

TRACCE DEL CONCORSO A 320 POSTI

Le tracce di diritto civile ed amministrativo avevano identico oggetto nel tema di fondo (principio del consenso traslativo e interdittive antimafia) a due sentenze del Consiglio di Stato del 2017 redatte dal Direttore impiegando il metodo scientifico, ragion per cui si soprassedè alla pubblicazione dello studio della Commissione.

TRACCE ASSEGNATE

Diritto penale:

- Concorso, 23 gennaio 2018 > *“Natura e fondamenti, anche di derivazione sovranazionale, delle confisca penali diretta, per equivalente, e pe per sproporzione, con particolare riferimento alla titolarità del bene confiscato”*.
- Corso intensivo 18 dicembre 2017: *“Premessi cenni sulla confisca, dica il candidato di quella per equivalente, con particolare riferimento alle ipotesi di responsabilità degli enti”* (fondamento, natura e disciplina delle diverse forme di confisca; tutela dei terzi, confisca dei beni nella titolarità degli enti nelle ipotesi di responsabilità da reato).

Diritto civile:

- Concorso, 24 gennaio 2018 > *“Il principio consensualistico nella compravendita e nell’appalto”*.
- Corso intensivo 7 dicembre 2017: *“Autonomia privata ed effetti reali”* (il principio consensualistico nei contratti ad effetti reali, rif. Cons. Stato AP, n. 3/2017).

Diritto amministrativo:

- Concorso, 26 gennaio 2018 > *“Gli strumenti amministrativi di contrasto alle organizzazioni criminali, con particolare riferimento alle interdittive prefettizie ed alle relative tutele giurisdizionali”*.
- Corso ordinario, rivista Diritto e Scienza, n. 7/2017: *“La formula di Hempel”* (interdittiva prefettizia antimafia e sindacato giurisdizionale, rif. Cons. Stato III sez., n. 3333/2017).

ANALISI DELLE TRACCE

Le tracce appartengono a tipi classici e sono costruite secondo lo schema generale/particolare. Più lineari quelle di diritto penale e amministrativo, ma su argomenti poco studiati per il concorso. Maggiormente problematica, ma nota, quella di diritto civile.

L’analisi di seguito riportata è su base schematica e tiene conto del fatto che si tratta di temi, in cui è decisiva la comprensione del problema e l’argomentazione della sua soluzione, non la monografica illustrazione delle informazioni in argomento.

DIRITTO PENALE

“Natura e fondamenti, anche di derivazione sovranazionale, delle confische penali diretta, per equivalente, e per sproporzione, con particolare riferimento alla titolarità del bene confiscato”.

1. Problema conoscitivo

Il tema verte sulle diverse forme giuridiche della confisca e sulle correlate conseguenze in tema di disciplina. Vengono in rilievo tre aree tematiche del diritto penale:

- Il c.d. doppio binario.
- Limiti e controlimiti internazionali alla sanzione penale.
- L'aggressione dei patrimoni illeciti come strumento di lotta alla criminalità economica.

Dal punto di vista strutturale la traccia segue uno schema quadripartito, costituito dalle tipologie di confisca, da analizzare con riferimento alle persone fisiche, con un separato accenno alle persone giuridiche. L'ordine logico di trattazione è dunque verticale (ciascuna tipologia esaminata singolarmente):

1. Definizione, fondamento e natura della confisca in generale.
2. Confische dirette speciali.
3. Confische per equivalente.
4. Confische per sproporzione.
5. Confisca nei confronti degli enti.

Della tutela dei terzi si può trattare nell'ambito di ciascun punto.

2. Svolgimento

2.1 Confisca in generale

La confisca trova collocazione nel codice penale tra le misure di sicurezza patrimoniali, fondate sul vincolo di pertinenza della cosa al reato commesso.

Secondo l'opinione tradizionale alle misure di sicurezza andrebbe attribuita natura amministrativa, in conformità al *nomen iuris* codicistico.

L'opinione oggi prevalente, invece, classifica le misure di sicurezza tra gli effetti penali, principalmente in ragione della giurisdizione penale in materia.

In verità i dati che sembra realmente avvicinare le misure di sicurezza alla pena sono la finalità di prevenzione speciale e il necessario presupposto della condanna per un reato, assunta quale concreta manifestazione della pericolosità sociale, il cui accertamento viene completato sulla base dei parametri di cui all'art. 133 c.p., che concerne appunto i criteri di determinazione della pena.

Le misure di sicurezza trovano esplicito riconoscimento a livello costituzionale nell'art. 25, comma 3, il quale prevede che *“Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge”*.

La portata precettiva della disposizione emerge dal suo raffronto con quella di cui al comma precedente, secondo cui *“Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”*.

Entrambe le norme fissano il principio di legalità, nella sua duplice dimensione, formale (riserva di legge) e sostanziale (determinatezza), ma la diversa formulazione linguistica sta a indicare che i valori sottesi a tale principio operano diversamente. Il principio di legalità in materia di reati e di pene è un assioma dell'ordinamento, espressione di esigenze di garanzia e razionalità, che costituisce al tempo stesso fondamento e limite della punibilità, e viene altresì sviluppato attraverso il principio di irretroattività. Quest'ultimo aspetto è invece assente nelle misure di sicurezza, dove il principio di legalità esprime, accanto al primato della legge nelle fonti di disciplina della materia, l'esigenza di determinare "i casi" in cui esse sono applicabili, in ragione della funzione preventiva che esse svolgono e della peculiarità della materia, atteso il ruolo svolto dal giudizio prognostico, sulla base di un elemento in sé evanescente, quale la pericolosità sociale.

In altri termini, la più netta definizione del principio di determinatezza è il contrappeso dell'intrinseca genericità della fattispecie. Pertanto, si vuole ancorare l'accertamento della pericolosità a fatti sintomatici di carattere individuale, a forte valenza empirica, sottraendo il giudizio alle labili categorie della colpa d'autore.

Il mancato riferimento all'irretroattività, che non compare neppure nel codice penale, dove pure è chiaramente enunciato – art. 199 – il principio di legalità delle misure di sicurezza, giustifica un'applicazione retroattiva.

L'ammissibilità delle misure di sicurezza non esaurisce il problema della compatibilità costituzionale del sistema del doppio binario accolto dal vigente codice penale. L'art. 25, comma 3 Cost. non dà, infatti, copertura a tale sistema, limitandosi a subordinare l'applicazione delle misure di sicurezza ad un'espressa previsione legale. Le perplessità al riguardo enunciate dalla dottrina appaiono però meno rilevanti per le misure di sicurezza patrimoniali.

L'art. 533, comma 1 c.p.p. stabilisce che *"Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio. Con la sentenza il giudice applica la pena e le eventuali misure di sicurezza"*.

La norma non prevede la regola *b.a.r.d.* per le misure di sicurezza, limitandosi a disporre che esse siano applicate con la sentenza di condanna. Piuttosto, essendo questa indicata solo per la statuizione sul reato, si deve ritenere che non disciplini il giudizio volto all'applicazione di una misura di sicurezza. Tale conclusione è imposta dalla natura di tale giudizio, fondato sull'accertamento della pericolosità sociale del soggetto, che, per ontologica struttura, non può essere effettuato sulla base dello statuto di certezza.

Ciò non comporta automaticamente la sua sottrazione alle scienze esatte, poiché un conto è lo *standard* gnoseologico raggiungibile, altro i mezzi per raggiungerlo. Tuttavia le scienze esatte non sono oggi in grado di effettuare indagini oggettive sulla personalità individuale e di fornire esiti affidabili sul futuro comportamento del soggetto. La debolezza della base teorica che sostiene il giudizio di pericolosità sociale mette in crisi il fondamento delle misure di sicurezza.

A ciò deve aggiungersi il divieto di perizia criminologica: l'art. 220, comma 2 c.p.p. stabilisce che *"Salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza non sono ammesse perizie per stabilire l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche"*.

La *ratio* della norma è, come noto, quella di evitare che l'indagine sulla personalità dell'imputato possa essere utilizzata nel giudizio di responsabilità. È un corollario del modello oggettivo di reato, che mette al centro del diritto penale il fatto, non l'autore. Ciò vale anche

laddove si tratti di valutarne la pericolosità sociale, salva l'ipotesi che essa dipenda da stati di non imputabilità (nei quali non vi è responsabilità penale).

La giurisprudenza ha sempre riconosciuto nella confisca disciplinata dal codice penale, in linea con la scelta del legislatore, un'effettiva misura di sicurezza patrimoniale, fondata sulla pericolosità derivante dalla disponibilità di cose servite o destinate a commettere il reato ovvero delle cose che ne sono il prodotto o il profitto e finalizzata a prevenire la commissione di ulteriori reati, anche se i corrispondenti effetti ablativi si risolvono sostanzialmente in una sanzione pecuniaria.

L'introduzione nell'ordinamento di ipotesi di confisca obbligatoria dei beni strumentali alla consumazione del reato e del profitto ricavato ha posto in crisi le costruzioni dogmatiche elaborate in passato e la identificazione, attraverso il *nomen iuris*, di un istituto unitario, superando così i ristretti confini tracciati dalla norma generale (le più importanti: artt. 322-ter, 466-bis, 600-septies, 640-quater, 644, 648-quater, 416-bis, comma 7 c.p.; art. 2641 c.c.; art. 187 d.lgs. n. 58 del 1998; art. 12 d.lgs. n. 286 del 1998; art. 44, comma 2 D.P.R. n. 380 del 2001; art. 74 D.P.R. 309/90).

Un ulteriore passo nella direzione della crisi dell'istituto, a conferma della determinazione con cui il legislatore intende perseguire l'obiettivo di privare l'autore del reato soprattutto del profitto che ne deriva, è la progressiva moltiplicazione delle ipotesi di confisca nella forma per equivalente o di valore, che va ad incidere, di fronte all'impossibilità di aggredire il bene che è pertinenza del reato, su somme di denaro, beni o altre utilità del condannato per un valore corrispondente a quello del profitto. L'obiettivo perseguito, non più incentrato sull'equivoca premessa della pericolosità intrinseca delle cose, tende a superare la rigida catalogazione codicistica dell'istituto.

La confisca per equivalente è stata diffusamente introdotta nel codice penale (es. artt. 322-ter, 466-bis, 600-septies, 640-quater, 644, 648-quater) e nella legislazione complementare (art. 187 d.lgs. n. 58 del 1998, art. 2641 c.c., art. 11 l. n. 146 del 2006, artt. 73 e 74 D.P.R. 309/90).

A tali ipotesi di confisca penale occorre aggiungere la confisca di prevenzione, prevista dalla legge n. 575 del 1965 e poi confluita nel codice antimafia, e la confisca allargata di cui all'art. 12-sexies, legge n. 356/92 (avente ad oggetto i valori di cui il condannato per determinati reati non è in grado di giustificare la legittima provenienza e comunque sproporzionati rispetto alla sua capacità reddituale).

Pertanto, attualmente, il panorama normativo si presenta variegato, potendosi individuare, accanto alla confisca ordinaria, una serie di figure, specifiche (confisca obbligatoria) o speciali (confisca per equivalente e confisca allargata). Ciò posto, appare assai arduo, oggi, catalogare l'istituto della confisca nel rigido schema della misura di sicurezza, essendo agevole riconoscere nelle confische obbligatorie i tratti distintivi di una vera e propria sanzione e, in quelle speciali, una natura ambigua, sospesa tra funzione preventiva e vero e proprio intento punitivo.

La confisca consiste nell'espropriazione di beni che servirono o furono destinati alla commissione del reato, di quelli che nel reato hanno la loro origine quale prodotto, profitto o prezzo, infine di quelli intrinsecamente illeciti.

L'elemento fondamentale che emerge dall'art. 240 c.p. è, dunque, la connessione dei beni con il reato commesso, che non è puramente materiale, essendo descritta in termini funzionali, con un'intensità crescente, che va dall'essere la cosa strumento del reato, a suo risultato, sino a integrare reato essa stessa. Il vincolo funzionale con il reato, cui è sottesa una valutazione legale di pericolosità dei beni, è espressione dello scopo perseguito con l'applicazione della confisca, ossia delimitare la pericolosità insita nei beni stessi, sottraendone la disponibilità al reo. Ciò implica che,

di regola, la confisca è facoltativa, occorrendo un accertamento in concreto della pericolosità sociale.

La pericolosità non è invece da accertare in concreto nelle ipotesi di confisca obbligatoria, poiché, sia per le cose che costituiscono il prezzo del reato, sia per i beni o gli strumenti informatici o telematici che risultano essere stati utilizzati per la commissione dei reati specificamente indicati, sia per le cose di cui la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione costituisce reato, la valutazione di pericolosità è svolta dal legislatore, sicché il giudice deve limitare la propria indagine all'esatta qualificazione dei beni da confiscare.

Gli ultimi due commi dell'art. 240 c.p. disciplinano le ipotesi in cui i beni oggetto della confisca, tanto facoltativa quanto obbligatoria, appartengano a un soggetto diverso dall'autore del reato.

Il terzo comma dispone nel senso dell'impossibilità di procedere alla confisca delle cose che servirono o che furono destinate alla commissione del reato, ovvero delle cose che ne costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo, ovvero dei beni o degli strumenti informatici o telematici che risultano essere stati utilizzati per la commissione di determinati reati, qualora le stesse appartengano a persona estranea al reato. La norma conferma ancora una volta come la pericolosità del bene, anche se presunta dal legislatore, come nell'ipotesi del prezzo del reato, sia in stretta relazione con la pericolosità del soggetto, la cui principale base indiziaria è costituita dalla precedente attività criminosa. L'assenza di tale presupposto, per non aver il soggetto a cui appartengono i beni commesso il reato, esclude che i beni possono rappresentare un pericolo, trovandosi nella disponibilità di soggetto non pericoloso.

Fa eccezione il caso già visto in cui le cose siano quelle di cui la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione costituisce reato, le quali possono essere confiscate anche se appartenenti a persona estranea al reato, in quanto intrinsecamente pericolose, quale che sia la persona che ne abbia il possesso, salvo che le attività indicate possano essere consentite mediante autorizzazione amministrativa.

La legittimità costituzionale delle disposizioni di legge che prevedono la confisca a carico di terzi devono essere vagliate alla luce degli artt. 42 e 24 della Costituzione.

Accanto ai formanti nazionali, nell'inquadramento della confisca occorre prendere in considerazione le fonti internazionali, avendo cura di distinguere tra obblighi di penalizzazione e limiti.

I primi sono posti essenzialmente dal diritto UE: La confisca penale (con finalità sia sanzionatoria che preventiva) è presa in considerazione da svariati atti comunitari, adottati in base alla competenza riconosciuta (prima dal TUE poi dal TFUE) all'Unione Europea in materia di cooperazione giudiziaria internazionale.

L'atto più importante è la Decisione Quadro 2005/212/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato.

Esso stabilisce [art. 3, comma 2, lettera (c)] che ciascuno Stato membro *“adotta le misure necessarie a consentire la confisca (...) perlomeno: quando un giudice nazionale, sulla base di fatti circostanziati, è pienamente convinto che il bene in questione sia il provento di attività criminose della persona condannata, (...) oppure quando si stabilisce che il valore del bene è sproporzionato al reddito legittimo della persona condannata e un giudice nazionale, sulla base di fatti circostanziati, è pienamente convinto che il bene in questione sia il provento di attività criminose della persona condannata stessa”*.

Il comma 3 dell'art. 3 facoltizza altresì gli Stati membri a prevedere la *“confisca totale o parziale dei beni acquisiti da persone con le quali [il prevenuto] ha le relazioni più strette e dei beni trasferiti a una persona giuridica su cui la persona in questione, che agisce da sola o in collegamento con persone con le quali essa ha relazioni più strette, esercita un controllo”*.

Il successivo art. 4, tuttavia, soggiunge che *“ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie ad assicurare che le persone cui si applicano le disposizioni di cui agli articoli 2 e 3 dispongano di effettivi mezzi giuridici a tutela dei propri diritti”*.

La decisione-quadro è stata recepita dalla quasi totalità dei Paesi Europei, anche se con provvedimenti dei quali si è segnalato un grado assai diverso di efficacia.

In questa ottica, il 12 marzo 2012, la Commissione Europea ha presentato al Parlamento una proposta di direttiva (2012/0036/COD), relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato nell'Unione Europea. La proposta di direttiva – nell'ottica di contrasto alla criminalità organizzata – consente la confisca anche in assenza di una condanna penale (art. 5) ed impone l'adozione di norme che consentano la confisca anche nei confronti dei terzi (art. 6).

In particolare, l'art. 8 della proposta di direttiva prevede al comma 1 che ciascuno Stato membro adotti *“le misure necessarie a garantire che, al fine di salvaguardare i propri diritti, le persone colpite dai provvedimenti disciplinati nella presente direttiva godano del diritto a un ricorso effettivo e che gli indagati godano del diritto a un giudice imparziale”*, ed al comma 6 che quando la confisca colpisca beni di un terzo *“questi o il suo difensore sono informati del procedimento che può portare ad un provvedimento di confisca di tali beni e possono partecipare al procedimento nella misura necessaria a preservare efficacemente i diritti dell'interessato. Tale persona gode quanto meno del diritto di essere ascoltata, del diritto di porre domande e del diritto di fornire prove prima che sia adottato un provvedimento definitivo di confisca”*.

Obblighi di previsione della confisca penale sono contenuti anche in diverse fonti di diritto internazionale, in particolare:

- a) la convenzione di Strasburgo dell'8 novembre 1990 sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, ratificata con la L. 9 agosto 1993, n. 328, il cui art. 5 impone a ciascuno degli Stati aderenti di adottare *“tutte le misure legislative o di altra natura eventualmente necessarie ad assicurare che coloro che siano interessati [dalla confisca] dispongano di effettivi mezzi giuridici a tutela dei propri diritti”*;
- b) la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, conclusa a Palermo il 12-15 dicembre 2000 (art. 12).

Come limite alla confisca, invece, opera la CEDU.

L'art. 1 del Protocollo n. 1 alla convenzione Europea dei diritti dell'uomo stabilisce che *“ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà, se non per causa d'utilità pubblica e alle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non precludono il diritto degli Stati di approvare le leggi reputate necessarie per regolamentare l'uso dei beni in conformità all'interesse generale, o per assicurare il pagamento delle imposte e di altri contributi o sanzioni”*.

La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, chiamata più volte a pronunciarsi sulla compatibilità con tale previsione della confisca penale in generale, e della confisca antimafia in particolare, ha affermato due principi:

- a) la confisca come misura di prevenzione, non solo non confligge con le norme della CEDU, ma anzi è una misura indispensabile per contrastare il crimine (22 febbraio 1994, Raimondo c. Italia, in causa 12954/87; 4 settembre 2001, Riela c. Italia, in causa 52439/09).

b) la confisca deve essere, in ogni caso, conforme alle prescrizioni dell'art. 1, primo paragrafo, del Protocollo n. 1 alla Convenzione.

Il che vuol dire che deve rispettare due limiti: deve essere irrogata sulla base di una espressa previsione di legge; e deve realizzare il giusto equilibrio tra l'interesse generale e la salvaguardia dei diritti dell'individuo (20 gennaio 2009, Sud Fondi s.r.l. c. Italia, in causa 75909/01). Per la Corte inoltre non costituisce di per sé violazione né della CEDU, né del Protocollo n. 1, l'inversione dell'onere della prova, in base al quale è il prevenuto a dover dimostrare l'origine lecita dei beni di cui dispone (5 luglio 2001, Arcuri c. Italia, in causa 52024/99; 23 dicembre 2008, Grayson e Barnham c. Regno Unito, nelle cause riunite 19955/05 e 15085/06).

Infine, nel celebre caso Varvara, la Corte ha statuito che, per la natura sostanzialmente penale, con conseguente assoggettamento all'art. 7 CEDU, la confisca per reati urbanistici non può essere emessa in assenza di una pronuncia di condanna, ancorché nella sentenza (dichiarativa della prescrizione) sia stata accertata la commissione del reato.

La Corte, con riferimento all'ipotesi di confisca ai danni di un terzo, diverso dal reo o dal prevenuto ha, in varie occasioni, affermato che il requisito del giusto equilibrio è rispettato quando al terzo proprietario dei beni confiscati sia data la possibilità di un ricorso giurisdizionale (per es. Decisione 26 giugno 2001, C.M. c. Francia, in causa 28078/95).

2.2 Confische dirette specifiche

Con diversi interventi negli ultimi anni il legislatore ha introdotto fattispecie di confisca obbligatoria per specifici reati in relazione a beni per i quali l'art. 240 c.p. prevede la confisca facoltativa. Si tratta, dunque, di figure che, pur riconducibili all'istituto di parte generale, presentano un profilo di specificità.

L'intento perseguito è quello di predisporre un'adeguata risposta a fenomenologie criminali produttrici di illeciti arricchimenti, tanto da far ritenere che il dato caratteristico delle confische in questione risieda nella polivalente funzione che esse realizzano nell'ordinamento. Queste, in particolare, sarebbero dirette non solo a prevenire la commissione di altri reati, ma anche a reprimere le condotte criminali già realizzate, tramite la sottrazione di quei beni che con le condotte medesime si trovano in relazione. L'estensione dell'obbligatorietà trova fondamento non solo in una pericolosità dei beni presuntivamente valutata dal legislatore, ma anche nella scelta politica di privare il reo di tutte quelle ricchezze accumulate grazie all'attività criminale.

Le diverse ipotesi di confisca specifica non rispondono a un modello unitario, nel senso dell'estensione omogenea dell'obbligatorietà della confisca a tutte le tipologie di beni indicate dall'art. 240 c.p. La selezione normativa delle tipologie di beni da confiscare, infatti, è strettamente legata alla natura dei reati rispetto ai quali l'estensione è prevista, il che rende necessaria una rapida disamina delle singole fattispecie.

Una prima ipotesi si rinviene nell'art. 322-ter c.p., in base al quale nel caso di condanna o di patteggiamento (art. 444 c.p.p.) per uno dei reati previsti dagli artt. da 314 a 320 c.p., è "sempre" ordinata la confisca del profitto o del prezzo del reato. L'estensione dell'obbligatorietà, dunque, riguarda il profitto e non anche il prodotto, posto che i reati indicati non si concretizzano nella produzione di cose materiali, ma richiedono la realizzazione di una condotta illecita, di regola consistente nel compimento da parte del pubblico amministratore di un'attività inerente il suo ufficio.

Il secondo comma dell'articolo, con riguardo alla figura del corruttore per i delitti di cui agli artt. 318 c.p. ss., oltre ad estendere la confisca obbligatoria al profitto, non fa alcuna menzione dei

beni che costituiscono il prezzo del reato, con ciò restringendo la portata applicativa dell'art. 240 c.p., in ragione dell'assenza di un'utilità del privato assimilabile al concetto di prezzo, posto che il corruttore è colui che paga il corrispettivo al pubblico ufficiale, per ottenere quale beneficio l'adozione o l'omissione di un'attività che ricade nella competenza del medesimo.

Nell'ipotesi di cui all'art. 600-*septies* c.p. la previsione della confisca, prima della novella legislativa apportata nel 2012 con la legge anticorruzione, avveniva attraverso una tecnica diversa, essendo stabilito che, in caso di condanna o di patteggiamento per uno dei delitti contro la personalità individuale (Libro II, Titolo XII, Capo III, Sezione I), fosse sempre ordinata *“la confisca di cui all'art. 240 c.p.”*. In tal modo, attraverso un rinvio formale ai beni da confiscare individuati nella norma generale, da un lato si confermavano le ipotesi di confisca obbligatoria ivi previste, dall'altro la si estendeva sia ai beni che servirono o furono destinati alla realizzazione del reato sia ai beni che costituiscono il prodotto o il profitto del reato. Con la legge n. 172/2012 si è precisato che *“è sempre ordinata ... la confisca dei beni che costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo del reato...”*.

Ancora una volta la scelta si giustifica in relazione alla tipologia di reati richiamati, tra i quali si segnalano in particolare quelli diretti a garantire la personalità individuale dei minori come la pornografia minorile (art. 600-*ter* c.p.) o la detenzione di materiale pornografico (art. 600-*quater* c.p.). Tali reati, infatti, da un lato richiedono la disponibilità da parte del reo di beni strumentali alla concreta attuazione della condotta, dall'altra producono il materiale pornografico e generano un prezzo e un profitto tramite la cessione a titolo oneroso del prodotto.

Altra ipotesi di confisca specifica è prevista dall'art. 640-*quater* c.p. che, per i reati di truffa (art. 640 c.p.), truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-*bis* c.p.) e frode informatica (art. 640-*ter* c.p.), rinvia alla disciplina di cui all'art. 322-*ter* c.p. L'ampiezza del rinvio fa ritenere che la confisca obbligatoria riguardi i beni che costituiscono tanto il profitto quanto il prezzo del reato, ma la struttura dei reati indicati sembra incompatibile con la nozione di prezzo. Dalla condotta truffaldina o fraudolenta, infatti, il reo non percepisce un corrispettivo, ma utilità economiche dalle stesse norme qualificate in termini di profitto. A sostegno di tale conclusione c'è l'espressa limitazione del rinvio alle disposizioni contenute nell'art. 322-*ter* *“in quanto applicabili”*.

Sempre nell'ambito dei delitti contro il patrimonio mediante frode, la confisca obbligatoria è prevista nel caso di condanna o di patteggiamento per il delitto di usura. Il sesto comma dell'art. 644 c.p. stabilisce l'obbligatorietà della confisca dei beni che costituiscono il prezzo o il profitto del reato, in coerenza con la struttura del delitto, caratterizzato dalla percezione da parte del reo di interessi o altri vantaggi usurari quale corrispettivo del prestito. La previsione di obbligatorietà risponde alla gravità ed alla dimensione socio-economica del fenomeno, configurandosi come un rimedio opportuno per la prevenzione e repressione di forme di criminalità economica perniciose sia a livello individuale che collettivo.

La confisca obbligatoria del prodotto, oltre a quella del profitto, è prevista anche per i delitti di riciclaggio (art. 648-*bis* c.p.) e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (art. 648-*ter* c.p.). La commissione di tali delitti, infatti, oltre a garantire un arricchimento illecito, presenta un crescente effetto di inquinamento dell'economia legale.

Ampliata al massimo, sino a coprire l'intero perimetro indicato dall'art. 240 c.p., è la confisca obbligatoria per taluni reati societari, in quanto ha ad oggetto non solo il prodotto o il profitto, ma anche i beni utilizzati per la commissione del reato. Così, ad esempio, la commissione del delitto di formazione fittizia di capitale (art. 2632 c.c.) implica la confisca sia dell'eventuale profitto

riconducibile alla condotta illecita, sia dei beni strumentali al compimento della stessa, quali le azioni o le quote attribuite in misura complessivamente superiore all'ammontare del capitale sociale ovvero quelle reciprocamente sottoscritte.

L'ultimo comma dell'art. 2641 c.c. rinvia alla disciplina di cui all'art. 240 c.p. per quanto non previsto nei commi precedenti, estendendo l'obbligatorietà ai beni comunemente assoggettati alla confisca facoltativa.

Analogo rinvio è previsto in tema di confisca obbligatoria conseguente alla condanna per uno dei reati commessi nello svolgimento dell'attività di intermediazione finanziaria. L'art. 187 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 estende l'obbligatorietà della confisca del prodotto o del profitto del reato, nonché dei beni utilizzati per commetterlo, facendo salva l'applicazione dell'art. 240 c.p. per quanto non espressamente previsto.

Dall'esame sin qui svolto, emerge come le figure particolari di confisca, più che derogare al modello ordinario di confisca nella parte in cui allargano le ipotesi di obbligatorietà, si presentano come fattispecie esclusive, perché tendono a sostituirsi all'art. 240 c.p. coprendone per intero lo spazio, come dimostra il fatto che è appositamente prevista o, al contrario, implicitamente esclusa l'obbligatorietà della confisca di beni che in base al modello ordinario sono soggetti alla confisca obbligatoria, oppure che si ripete espressamente l'inapplicabilità della confisca ai beni appartenenti al terzo.

Ne deriva che per queste ipotesi può mettersi in dubbio la natura di misura di sicurezza della misura.

Solo per le ipotesi in cui vi è un formale rinvio all'art. 240 c.p. si può parlare di semplici deroghe al modello ordinario. Ciò sempre che il rinvio non contrasti con la effettiva natura della confisca.

Ad esempio, l'art. 186, comma 2, lettera c), del codice della strada, stabilisce che, in caso di condanna tanto per guida in stato di ebbrezza in conseguenza dell'uso di bevande alcoliche o in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti, è *“sempre disposta la confisca del veicolo con il quale è stato commesso il reato ai sensi dell'articolo 240, secondo comma, del codice penale, salvo che il veicolo stesso appartenga a persona estranea al reato”*.

Testualmente, dunque, sembra trattarsi di una confisca ordinaria, ma essa non ricade in nessuna delle fattispecie prevista dall'art. 240, comma 2, non riguardando né il prezzo del reato, né cose intrinsecamente pericolose. La confisca dello strumento utilizzato per commettere il reato è invece prevista dal 240, comma 1, in quanto facoltativa.

Da qui l'idea che detta confisca abbia natura sanzionatoria, il che pone il problema della sua compatibilità con la regola della retroattività.

In merito si è pronunciata la Corte costituzionale¹, ricordando che la confisca può presentarsi, nelle leggi che la prevedono, con varia natura giuridica, giacché, se il suo contenuto consiste sempre nella «privazione di beni economici, essa «può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a varia finalità, sì da assumere, volta per volta, natura e funzione o di pena, o di misura di sicurezza, ovvero anche di misura giuridica civile e amministrativa»

Le diverse conseguenze che discendano dalla classificazione nell'una o nell'altra ipotesi ha posto l'attenzione sulla necessità di un controllo in ordine alla sua corrispondenza sostanziale della confisca alla natura spiccatamente preventiva della misura di sicurezza. Ciò, al fine di impedire che risposte di segno repressivo, e quindi con i caratteri propri delle pene in senso stretto, si prestino ad

¹ Corte cost. n. 196 del 2010.

essere qualificate come misure di sicurezza, con la conseguenza di eludere il principio di irretroattività valido per le pene.

Una preoccupazione analoga – e cioè quella di evitare che singole scelte compiute da taluni degli Stati aderenti alla CEDU, nell'escludere che un determinato illecito ovvero una determinata sanzione o misura restrittiva appartengano all'ambito penale, possano determinare un surrettizio aggiramento delle garanzie individuali che gli artt. 6 e 7 riservano alla materia penale – è, del resto, alla base dell'indirizzo interpretativo che ha portato la Corte di Strasburgo all'elaborazione di propri criteri, in aggiunta a quello della qualificazione giuridico-formale attribuita nel diritto nazionale, al fine di stabilire la natura penale o meno di un illecito e della relativa sanzione.

Dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, si ricava, pertanto, il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto.

Principio questo, del resto, desumibile dall'art. 25, comma 2 della Costituzione, il quale – data l'ampiezza della sua formulazione (“*Nessuno può essere punito*”) – può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato.

Sulla base di tali premesse, la Corte costituzionale, ravvisata la natura essenzialmente sanzionatoria della confisca prevista dall'art. 186 del codice della strada, ha dichiarato la disposizione illegittima nella parte in cui rinvia all'articolo 240, comma 2 c.p., dalla quale deriva l'applicazione retroattiva della misura in questione.

Estranea alle figure sin qui esaminate è la confisca disciplinata dall'art. 12 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286. Con l'intento di contrastare il fenomeno dell'immigrazione clandestina, la norma prevede che, nei casi di reati volti a favorire l'ingresso dello straniero nel territorio nazionale (commi 1 e 2) o la permanenza illegale tramite la locazione onerosa di immobili (comma 5-*bis*), sia sempre ordinata la confisca del mezzo di trasporto (comma 4-*ter*), ovvero dell'immobile locato (comma 5-*bis*). La difformità rispetto alle altre ipotesi di confisca specifica risiede nell'aver l'art. 12 delimitato l'estensione dell'obbligatorietà a specifici beni, strumentali all'esecuzione del reato. Una così ridotta estensione porta a ritenere che la confisca in esame non sia esclusiva, nel senso di non precludere l'applicazione dell'art. 240 c.p., e che il legislatore abbia solo voluto prevedere una limitata deroga alla regola generale della confisca facoltativa. Una differente soluzione, del resto, porterebbe a escludere la confisca del corrispettivo o più in generale di tutte quelle utilità economiche la cui percezione costituisce la maggiore spinta alla realizzazione delle attività criminali legate all'immigrazione clandestina. A sostegno di tale interpretazione c'è il comma 9 dell'art. 12, il quale, nel disciplinare la destinazione da parte dello Stato dei beni confiscati, fa espresso riferimento non solo a quanto ricevuto dalla vendita dei beni confiscati, quali i mezzi di trasporto e gli immobili, ma anche alle somme di denaro direttamente confiscate.

Analoga ricostruzione è da farsi anche con riguardo alla confisca disciplinata dall'art. 44 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, il quale in materia di reati edilizi dispone la confisca obbligatoria non di una categoria generale di beni, ma solo dei terreni abusivamente lottizzati o delle opere abusivamente costruite.

2.3 Confische per equivalente

L'idea di una confisca per equivalente, che colpisce il reo più che il reato, apparentemente allineandosi a un modello lontano dalla tradizione dello Stato liberale, appartiene all'ordinamento giuridico internazionale, e trova il suo punto di massima emersione nella decisione quadro del Consiglio U.E. del 24 febbraio 2005, in funzione di neutralizzazione dei vantaggi economici derivanti dall'attività criminosa.

Tale categoria entra nell'ordinamento interno per effetto della ratifica, con legge n. 328 del 1993, della Convenzione di Strasburgo 8 novembre 1990 n. 141 del Consiglio d'Europa relativa al riciclaggio, al rintracciamento, al sequestro o alla confisca dei proventi di reato, che introduce l'art. 735-bis c.p.p. in materia di esecuzione della confisca di valore in sede di cooperazione giudiziaria passiva.

Nel diritto penale sostanziale la prima ipotesi è stata prevista, in relazione al reato di usura, dalla legge 7 n. 108 del 1996, che, novellando l'art. 644 c.p., stabilì, oltre alla obbligatorietà della confisca del prezzo e del profitto del reato di usura, che la stessa potesse estendersi a *“somme di denaro, beni o utilità di cui il reo ha la disponibilità anche per interposta persona, per un importo pari al valore degli interessi, o degli altri vantaggi o compensi usurari”*.

La previsione della confisca per equivalente è rivolta a superare gli ostacoli e le difficoltà per la individuazione dei beni in cui si incorpora il profitto iniziale, nonché ad ovviare ai limiti che incontra la confisca dei beni di scambio o di quelli che ne costituiscono il reimpiego.

Ciò comporta che la stessa confisca per equivalente può riguardare beni che, oltre a non avere alcun rapporto con la pericolosità individuale del reo, neppure hanno alcun collegamento diretto con il singolo reato (a differenza dell'ordinaria confisca prevista dall'art. 240 c.p., che può avere ad oggetto soltanto cose direttamente riferibili al reato). La *ratio* dell'istituto è quella di privare il reo di un qualunque beneficio economico derivante dall'attività criminosa, anche di fronte all'impossibilità di aggredire l'oggetto principale, nella convinzione della capacità dissuasiva e disincentivante di tale strumento, che assume *“i tratti distintivi di una vera e propria sanzione”* (vedi Cass., Sez. Unite: 2.7.2008, n. 26654, Fisia Italimpianti Spa ed altri e 15.10.2008, n. 38834, P.M. in proc. De Maio).

Ciò ha determinato un'estensione della figura a diverse fattispecie di reato, con chiara preferenza verso la criminalità economica, come testimoniato dalla sua previsione nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, relativo alla responsabilità da reato degli enti, e nel d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, contenente la disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali.

La giurisprudenza di legittimità ne ha precisato i tratti caratteristici, affermando che:

- prescinde dal nesso di pertinenzialità tra reato e provvedimento ablatorio dei proventi illeciti, che caratterizza invece la misura ex art. 240 c.p.: fermo restando, cioè, il presupposto della consumazione di un reato, non è più richiesto alcun rapporto tra il reato e i beni da confiscare, potendo essere detti beni diversi dal provento (profitto o prezzo) del reato stesso;
- costituendo una «forma di prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti», viene ad assumere un carattere preminentemente sanzionatorio;
- richiede, oltre alla sussistenza di uno dei reati per i quali è consentita e alla non appartenenza dei beni a un terzo estraneo, che nella sfera giuridico-patrimoniale del responsabile non sia stato rinvenuto, per una qualsivoglia ragione, il prezzo o profitto (di cui sia però certa l'esistenza) del reato;
- è applicabile, nell'ipotesi di concorso di persone nel reato, nei confronti di uno qualsiasi tra i concorrenti per l'intero importo del prezzo o profitto del reato, anche se lo stesso non sia affatto

transitato, o sia transitato in minima parte, nel suo patrimonio e sia stato, invece, materialmente appreso da altri.

Non avendo una norma generale di riferimento, lo studio della confisca per equivalente deve procedere da singole disposizioni esemplari, quale soprattutto l'art. 322-ter c.p., il quale dispone:

“Nel caso di condanna, o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei delitti previsti dagli articoli da 314 a 320, anche se commessi dai soggetti indicati nell'articolo 322-bis, primo comma, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo o profitto.

Nel caso di condanna, o di applicazione della pena a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per il delitto previsto dall'articolo 321, anche se commesso ai sensi dell'articolo 322-bis, secondo comma, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a quello di detto profitto e, comunque, non inferiore a quello del denaro o delle altre utilità date o promesse al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio o agli altri soggetti indicati nell'articolo 322-bis, secondo comma.

Nei casi di cui ai commi primo e secondo, il giudice, con la sentenza di condanna, determina le somme di denaro o individua i beni assoggettati a confisca in quanto costituenti il profitto o il prezzo del reato ovvero in quanto di valore corrispondente al profitto o al prezzo del reato”.

La norma contempla la confisca per equivalente in alternativa a quella del profitto o del prezzo del reato, nelle ipotesi in cui questa non sia possibile.

L'attuale formulazione del primo comma è il prodotto della legge n. 190/2012, che ha esteso la confisca per equivalente – originariamente prevista per il solo prezzo del reato – al profitto del reato.

Guardando alle altre ipotesi di confisca per equivalente sparse nell'ordinamento, emerge che in molte di esse la confisca di valore è possibile anche in riferimento al profitto.

L'art. 9 l. 18 aprile 2005, n. 62 (Legge comunitaria 2004) ha stabilito che, in caso di condanna per uno dei reati previsti al d.lgs. n. 58 del 1998 (abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato), sia disposta *“la confisca del prodotto o del profitto conseguito dal reato e dei beni utilizzati per commetterlo”* e, in caso l'esecuzione della stessa non sia possibile, che la stessa possa avere ad oggetto *“una somma di denaro o beni di valore equivalente”*.

L'art. 11 l. 16 marzo 2006, n. 14, (Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001) ha previsto che, per i reati di criminalità organizzata transnazionale, qualora la confisca delle cose che costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo del reato non sia possibile, il giudice ordini la confisca di somme di denaro, beni od altre utilità di cui il reo ha la disponibilità, anche per interposta persona fisica o giuridica, *“per un valore corrispondente a tale prodotto, profitto o prezzo”*.

La confisca di valore di cui all'art. 648-quater c.p., introdotto con il d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231 (Attuazione della direttiva 2005/60/CE concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo nonché della direttiva 2006/70/CE che ne reca misure di esecuzione), fa espresso riferimento all'equivalente del prodotto, profitto o prezzo dei reati previsti dagli artt. 648-bis, 648-ter c.p.,

nonché 648-ter.1 (riciclaggio, impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, autoriciclaggio).

L'art. 1, comma 143 l. 24 dicembre 2007, n. 244 (Legge finanziaria 2008) ha esteso la confisca di valore anche ai reati fiscali, prevedendo che *“nei casi di cui al D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74, artt. 2, 3, 4, 5, 8, 10 bis, 10 ter, 10 quater e 11, si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni di cui all'art. 322 ter c.p.”*.

L'art. 474-bis c.p., introdotto con la legge 23 luglio 2009, n. 99 (Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia), prevede la confisca obbligatoria delle cose che servirono o furono destinate a commettere i reati di cui agli artt. 473 e 474 c.p. e delle cose che ne sono l'oggetto, il prodotto, il prezzo o il profitto, a chiunque appartenenti, nonché, qualora ciò non sia possibile, *“la confisca di beni di cui il reo ha la disponibilità per un valore corrispondente al profitto”*.

Il citato art. 19 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 prevede, in caso di condanna, la confisca obbligatoria, nei confronti dell'ente, del prezzo o del profitto del reato e, nel caso non sia possibile la sua esecuzione, la confisca di *“somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato”*.

Il d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, contenente la disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, ha novellato l'art. 2641 c.c., prevedendo la confisca obbligatoria del profitto o del prodotto e dei beni utilizzati per commettere uno dei reati previsti dal Titolo XI del Libro V del codice civile, o, in caso di impossibilità, di denaro o beni di valore equivalente.

La legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Legge finanziaria 2007), ha reso applicabile ai delitti previsti dagli artt. 314, 316, 316 bis, 316 ter, 317, 318, 319, 319 ter, 320, 322, 322 bis e 325 c.p., la speciale confisca di cui all'art. 12 sexies d.l. n. 306 del 1992, convertito con modificazioni dalla l. n. 356 del 1992.

Tale varietà di norme settoriali, non coordinate tra loro, in cui la confisca per equivalente viene prevista in modo altalenante o addirittura contraddittorio, è la riprova della sua novità rispetto al tradizionale assetto dell'istituto, la cui riconduzione a sistema si presenta piuttosto disagiata.

2.4 Confische per sproporzione

Con questa espressione si fa riferimento a due ipotesi: la confisca c.d. allargata e la confisca di prevenzione, entrambe più strettamente legate alla criminalità economica, in particolare di origine mafiosa.

L'ipotesi particolare di confisca prevista dall'art. 12-sexies del D.L. 8-6-1992, n. 306, convertito, con modificazioni, nella legge 7-8-1992, n.356², è stata introdotta dall'art. 2 D.L. 22-2-

² 1. *Nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'art. 444 del codice di procedura penale, per taluno dei delitti previsti dagli articoli 314, 316, 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-ter, 320, 322, 322-bis, 325, 416, sesto comma, 416, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 473, 474, 517-ter e 517-quater, 416-bis, 600, 601, 602, 629, 630, 644, 644-bis, 648, esclusa la fattispecie di cui al secondo comma, 648-bis, 648-ter del codice penale, nonché dall'art. 12-quinquies, comma 1, del D.L. 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla L. 7 agosto 1992, n. 356, ovvero per taluno dei delitti previsti dagli articoli 73, esclusa la fattispecie di cui al comma 5, e 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, è sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica. Le disposizioni indicate nel periodo precedente si applicano anche in caso di condanna*

1994, n. 123/94, reiterato dal D.L. 246/94 e ancora dal D.L. 20-6-94, n.399, convertito, con modificazioni, nella legge 8-8-1994, n.501, subito dopo l'intervento della Corte Costituzionale che con la sentenza n. 48 del 17-23 febbraio 1994 aveva dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art.12-quinques, comma 2, D.L. 8-6-1992, n.306 (possesso ingiustificato di valori).

Con tale norma in sostanza il legislatore ha voluto perseguire, ancora più incisivamente, l'obiettivo strategico di fronteggiare il fenomeno della criminalità organizzata anche con un efficace e necessario strumento di contrasto quale quello rappresentato dalle misure di carattere patrimoniale, idonee, sul piano della repressione e della prevenzione, ad aggredire le ricchezze delle organizzazioni criminali; tentando in tal modo di individuare e colpire i patrimoni sproporzionati rispetto alle attività economiche svolte dagli appartenenti alle organizzazioni suddette e alle loro capacità di reddito, e comunque illecitamente accumulati e detenuti anche per interposta persona.

Oltre alla condanna per i reati indicati, condizioni della confisca sono:

- l'esistenza di un complesso di elementi patrimoniali attivi costituiti da denaro, beni o altre utilità di cui il soggetto sia titolare o abbia, anche per interposta persona fisica o giuridica, la disponibilità di essi a qualsiasi titolo;
- il valore sproporzionato di tale complesso patrimoniale rispetto al reddito dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o all'attività economica svolta;
- la mancata giustificazione della provenienza dei beni suddetti.

L'art.12-sexies, a differenza dell'abrogato art.12-quinques secondo comma, non richiede al prevenuto di giustificare la legittima provenienza dei beni ma impone al condannato di giustificarne la provenienza.

La differente formulazione letterale della norma ha fatto molto discutere sul piano interpretativo, dando luogo a svariate osservazioni: la prima riguarda l'equipollenza attribuita alle due espressioni letterali nel senso che l'espressione "giustificare la provenienza" dei beni, secondo alcuni, equivarrebbe comunque alla precedente espressione " giustificare la legittima provenienza" dei beni; la seconda attiene all'onere della prova che, per altri, sarebbe ormai meno gravoso, dovendosi il condannato limitare a giustificare la provenienza dei beni senza dover dare conto della legittimità di essa; una terza osservazione riguarda infine il mantenimento anche nell'art.12-sexies dell'inversione dell'onere della prova della provenienza dei beni, posto ancora a carico del soggetto e non già del P.M.

Tuttavia, non manca chi sostiene non si tratterebbe di una vera e propria inversione dell'onere della prova ma di una diversa ripartizione di esso. Ossia si afferma che a carico del pubblico ministero è posto l'onere di provare le due circostanze che costituiscono gli elementi indizianti della riconducibilità del patrimonio alle attività illecite del condannato e cioè la titolarità o la disponibilità dei beni da parte del soggetto e la sproporzione di essi rispetto al suo reddito o alla sua attività. Al prevenuto spetta invece l'onere di vanificare la portata indiziante delle due circostanze dimostrando di avere legittimamente acquisito al proprio patrimonio i beni in questione.

e di applicazione della pena su richiesta, a norma dell'art. 444 del codice di procedura penale, per taluno dei delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine costituzionale.

2. Le disposizioni del comma 1 si applicano anche nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell' art. 444 del codice di procedura penale, per un delitto commesso avvalendosi delle condizioni previste dall' art. 416-bis del codice penale, ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché a chi è stato condannato per un delitto in materia di contrabbando, nei casi di cui all'articolo 295, secondo comma, del testo unico approvato con D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43.

Non pare che possa dubitarsi della natura giuridica di misura di sicurezza patrimoniale della confisca in questione; la quale per quanto possa ritenersi una ipotesi speciale che deroga, ai sensi dell'art. 15 c. p., alla norma generale posta dall'art.240 c. p., mantiene tutti i connotati propri della misura di sicurezza patrimoniale e in particolare una presunzione di pericolosità dei beni da confiscare, i cui presupposti sono ben determinati.

Non manca tuttavia chi attribuisce alla confisca prevista dall'art.12-sexies la natura di pena accessoria sul solo rilievo che la confisca deriverebbe non dalla pericolosità del condannato ma esclusivamente dalla sua condanna mentre i beni da confiscare non hanno alcun rapporto con il reato accertato in giudizio, ma di essi semmai si sospetta la provenienza illecita.

La tesi tuttavia non è convincente e non può quindi condividersi.

La pena accessoria consegue di diritto alla condanna, mentre nella fattispecie in esame la condanna rappresenta soltanto un presupposto per la confisca. Inoltre la pena accessoria, a differenza della pena principale e della misura di sicurezza che limitano la libertà personale e il patrimonio del condannato, intacca, di norma e secondo quanto emerge dalla disciplina prevista dagli articoli 28-36 del codice penale in materia di pene accessorie, la capacità giuridica e "l'onore giuridico" del condannato. Da ultimo, se la confisca ex art. 12-sexies avesse natura di pena accessoria, ad essa si estenderebbe, a norma del vigente art. 166 c.p., la sospensione condizionale della pena, vanificando nella sostanza la ratio e la finalità della norma. Ciò tanto più, quando la confisca dovesse seguire all'applicazione della pena su richiesta ex art. 444 c. p. p; che spesso è subordinata alla concessione della sospensione condizionale della pena.

Ai sensi dell'art. 24 del d.lgs. 159 del 2011 (c.d. Codice antimafia) il tribunale dispone la confisca dei beni sequestrati di cui *"la persona nei cui confronti è instaurato [di prevenzione] il procedimento non possa giustificare la legittima provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, nonché dei beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego"*.

Dunque, i presupposti della confisca quale misura di prevenzione, che prescinde dalla condanna penale, applicandosi agli *"indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'art. 416-bis del codice penale"* e agli altri soggetti indicati dall'art. 4 del Codice (cui rinvia l'art. 16):

- a) la sproporzione tra il valore dei beni nella disponibilità del soggetto e il reddito dichiarato o l'attività economica svolta;
- b) la mancata giustificazione della loro legittima provenienza, ovvero l'accertamento della provenienza dei beni da attività illecita o del loro costituire il reimpiego degli stessi.

La sproporzione è un indice sintomatico della provenienza illecita dei beni nella disponibilità del soggetto indiziato di appartenere a un'associazione criminale. La norma in particolare richiede l'accertamento di una difformità tra il valore del patrimonio realmente riconducibile al soggetto e quello ipoteticamente attribuibile al medesimo in ragione dei redditi prodotti o dell'attività svolta. Tale accertamento non si risolve nell'analisi dei soli dati indicati nella dichiarazione per fini fiscali, ma impone una penetrante verifica della situazione economico-finanziaria del soggetto in tutte le sue componenti. Qualora il soggetto svolga un'attività economica, devono essere considerati sia i proventi che i beni strumentali all'esercizio dell'attività medesima. In particolare, da un lato è richiesto di valutare la capacità d'acquisto del soggetto anche a fronte dei guadagni conseguenti all'attività economica ed eventualmente non dichiarati ai fini tributari, come ad esempio gli utili conseguenti alle partecipazioni societarie, dall'altro l'autorità giudiziaria è chiamata a verificare che

i beni strumentali all'esercizio dell'attività economica fossero passibili di acquisizione da parte del proposto in relazione alle proprie risorse economico-finanziarie.

In giurisprudenza si è affermata l'interpretazione per cui la sproporzione deve essere stimata in relazione a ogni singolo bene nella disponibilità del soggetto e circoscritta all'unità di tempo significativa.

In tal senso rilevano la sproporzione tra il singolo cespite patrimoniale e la capacità economica al momento dell'acquisto e l'appartenenza del soggetto all'associazione criminale in tale momento, il che porta a restringere l'ambito applicativo della confisca, in quanto delimitata a quei soli acquisti di beni dal valore sproporzionato in relazione al periodo di tempo in cui il soggetto medesimo è indiziato dell'appartenenza mafiosa.

Tale necessità, tuttavia, costituisce un punto controverso nel dibattito giurisprudenziale. Mentre l'orientamento tradizionale è nel senso del previo accertamento di un nesso causale tra acquisto di beni dal valore sproporzionato e appartenenza all'associazione mafiosa, la giurisprudenza più recente, così come parte della dottrina, ritiene insussistente la necessità di un simile accertamento. L'assunto trova conferma nell'assenza di qualsiasi riferimento normativo al nesso temporale tra acquisto del bene e appartenenza del soggetto al sodalizio criminale, laddove la confisca antimafia sarebbe in realtà diretta a privare la disponibilità di tutti i beni che siano riconducibili ad attività illecite e non solo a quelle di tipo mafioso.

La ricostruzione ermeneutica è del resto coerente con la finalità propria della confisca, che è quella di sottrarre al patrimonio del proposto tutti quei beni che per la loro intrinseca pericolosità possono essere impiegati in altre attività delittuose, visti e considerati gli indizi di appartenenza del proposto medesimo all'associazione mafiosa. Tale intrinseca pericolosità è indubbiamente riscontrabile anche in quei beni che abbiano la loro origine in attività illecite di tipo non mafioso.

Non sembrano prive di logica, tuttavia, le osservazioni critiche di quella parte della dottrina che rileva come la sproporzione, nella sua veste di presupposto dell'applicazione della confisca, sia un dato di per sé neutro, che non esclude la possibilità che il soggetto acquisti beni al di là della proprie capacità, assumendo obbligazioni di cui non è in grado di rispondere, ovvero dichiarare ai fini fiscali redditi minori rispetto a quelli effettivamente percepiti. La rilevanza giuridica della sproporzione, pertanto, andrebbe legata alla preventiva verifica degli indizi di appartenenza al sodalizio criminale, sì da poter connotare la sproporzione medesima in termini di illiceità. In definitiva, la confisca potrebbe colpire solamente quei singoli beni il cui valore risulti sproporzionato rispetto alle sostanze patrimoniali disponibili da parte del proposto al tempo dell'acquisto e solo qualora tale acquisto sia stata effettuato nel periodo temporale in cui il proposto medesimo è indiziato di appartenere all'associazione mafiosa.

Alle osservazioni critiche ora delineate si replica che la sproporzione non costituisce il solo presupposto per l'applicazione della confisca, ma concorre con l'ulteriore presupposto negativo, quale la mancata giustificazione della provenienza legittima dei beni dal valore sproporzionato. Proprio tale presupposto sembra essere in grado di connotare in senso illecito la provenienza dei beni dal valore sproporzionato, ammettendo il proposto a provare la diversa origine dei beni. Viene in tal modo prospettata la possibilità di scardinare la qualificazione della sproporzione mediante la dimostrazione dell'origine non delittuosa dei beni. Risulta evidente, pertanto, come l'interesse dell'ordinamento sia quello di sottrarre la disponibilità di quei soli beni acquisiti in ragione della partecipazione all'organizzazione criminale o dell'attività delittuosa posta in essere, coerentemente alla centralità che la pericolosità degli stessi assume nell'applicazione della confisca preventiva. Una diversa soluzione improntata alla confisca dei beni dal valore sproporzionato, ma rispetto ai

quali è possibile fornire la prova della legittima provenienza, infatti, tramuterebbe la funzione della misura da preventiva a repressiva, con evidente distorsione del sistema della prevenzione.

Qualora il soggetto non riesca a giustificare la legittima provenienza, è ragionevole inferire che la sproporzione non si presenti più alla stregua di un dato neutro, ma sia indicativa dell'origine illecita dei beni, anche se il loro illegittimo acquisto non sia riconducibile all'appartenenza del soggetto all'associazione criminale.

Si discute se la norma ponga una presunzione in ordine alla provenienza illecita dei beni il cui valore sia sproporzionato, così da gravare il soggetto indiziato dell'onere di provare la loro provenienza legittima. Una simile soluzione è tuttavia smentita dalla giurisprudenza di Cassazione, secondo la quale sul proposto grava esclusivamente l'onere di allegazione di elementi di fatto idonei a dimostrare l'origine lecita dei beni, mentre è compito dell'autorità verificare l'attendibilità delle stesse. Non vi sarebbe, dunque, l'inversione dell'onere della prova, quanto piuttosto la codificazione del meccanismo per cui il prevenuto deve spiegare la titolarità di beni non adeguati alla sua condizione economica, costituendo un diverso comportamento una conferma logica all'ipotesi della loro illecita origine.

In conclusione può affrontarsi il problema della natura giuridica dell'istituto, teoricamente suscettibile di tre diverse qualificazioni: sanzione di matrice sostanzialmente penale, misura di prevenzione reale, sanzione formalmente amministrativa equiparabile alla confisca obbligatoria.

La giurisprudenza consolidata propende per la tesi della sanzione amministrativa equiparabile alla confisca obbligatoria, sulla base dell'analisi della disciplina positiva e degli effetti della misura.

La dottrina maggioritaria, invece, ne sostiene la natura preventiva in relazione alla finalità perseguita tramite la sua applicazione, vale a dire la sottrazione di quei beni la cui disponibilità rende probabile un loro utilizzo in vista della realizzazione di attività criminose.

La giurisprudenza più recente aderisce alla tesi tradizionale con la conseguenza che alle misure di prevenzione si applica il principio di irretroattività proprio delle misure di sicurezza. Tuttavia vi sono isolati precedenti dissenzienti, che, sostenendo la tesi della natura sanzionatoria, concludono per l'operatività del principio penalistico di irretroattività.

Chiamate a risolvere definitivamente la questione, le Sezioni Unite hanno concluso nel senso che «Le modifiche introdotte dal Dl n. 92 del 2008 (convertito dalla legge n. 125 del 2008) e dalla legge n. 94 del 2009 all'articolo 2-bis della legge n. 575 del 1965 non hanno modificato la natura preventiva della confisca emessa nell'ambito del procedimento di prevenzione, di guisa che rimane tuttora valida l'assimilazione alle misure di sicurezza e, dunque, l'applicabilità, in caso di successione di leggi nel tempo, della previsione di cui all'articolo 200 del codice penale»³.

Quanto alla tutela dei terzi, l'art. 23 del Codice prevede, in conformità ai principi costituzionali ed europei, le garanzie a difesa dei loro diritti, stabilendo che:

“2. I terzi che risultino proprietari o comproprietari dei beni sequestrati, nei trenta giorni successivi all'esecuzione del sequestro, sono chiamati dal tribunale ad intervenire nel procedimento con decreto motivato che contiene la fissazione dell'udienza in camera di consiglio.

3. All'udienza gli interessati possono svolgere le loro deduzioni con l'assistenza di un difensore, nonché chiedere l'acquisizione di ogni elemento utile ai fini della decisione sulla confisca. Se non ricorre l'ipotesi di cui all'articolo 24 il tribunale ordina la restituzione dei beni ai proprietari.

³ Cass. sez. un., n. 4880 del 2015.

4. *Il comma 2 si applica anche nei confronti dei terzi che vantano diritti reali o personali di godimento nonché diritti reali di garanzia sui beni in sequestro. Se non ricorre l'ipotesi di cui all'articolo 26, per la liquidazione dei relativi diritti si applicano le disposizioni di cui al titolo IV del presente libro*".

L'art. 26 stabilisce al comma 1: *"Quando accerta che taluni beni sono stati fittiziamente intestati o trasferiti a terzi, con il decreto che dispone la confisca il giudice dichiara la nullità dei relativi atti di disposizione"*.

Viceversa, il tribunale dispone la restituzione dei beni sequestrati ai terzi che sono legittimi proprietari.

Con riguardo, invece, ai terzi non proprietari che siano titolari di diritti sui beni confiscati, si applica l'art. 52, secondo cui:

- comma 1: *"La confisca non pregiudica i diritti di credito dei terzi che risultano da atti aventi data certa anteriore al sequestro, nonché i diritti reali di garanzia costituiti in epoca anteriore al sequestro, ove ricorrano le seguenti condizioni:*

a) *che il proposto non disponga di altri beni sui quali esercitare la garanzia patrimoniale idonea al soddisfacimento del credito, salvo che per i crediti assistiti da cause legittime di prelazione su beni sequestrati;*

b) *che il credito non sia strumentale all'attività illecita o a quella che ne costituisce il frutto o il reiniego, sempre che il creditore dimostri la buona fede e l'inconsapevole affidamento;*

c) *nel caso di promessa di pagamento o di ricognizione di debito, che sia provato il rapporto fondamentale;*

d) *nel caso di titoli di credito, che il portatore provi il rapporto fondamentale e quello che ne legittima il possesso.*

- commi 4 e 5: *"4. La confisca definitiva di un bene determina lo scioglimento dei contratti aventi ad oggetto un diritto personale di godimento o un diritto reale di garanzia, nonché l'estinzione dei diritti reali di godimento sui beni stessi. 5. Ai titolari dei diritti di cui al comma 4, spetta in prededuzione un equo indennizzo commisurato alla durata residua del contratto o alla durata del diritto reale. Se il diritto reale si estingue con la morte del titolare, la durata residua del diritto è calcolata alla stregua della durata media della vita determinata sulla base di parametri statistici. Le modalità di calcolo dell'indennizzo sono stabilite con decreto da emanarsi dal Ministro dell'economia e delle finanze e del Ministro della giustizia entro centoottanta giorni dall'entrata in vigore del presente decreto"*.

Come si vede, dunque, in materia di misure di prevenzione è dettata una disciplina analitica a tutela dei terzi, mancante nelle ipotesi di confisca da reato, per le quali evidentemente sono state ritenute sufficienti le garanzie legate all'accertamento processuale condotto in sede giurisdizionale propria, in sede di cognizione e di esecuzione.

La giurisprudenza, tuttavia ha ritenuto applicabili in via di interpretazione estensiva le norme dettate per la confisca di prevenzione anche alle ipotesi assimilabili dal punto di vista funzionale:

- la confisca ex art. 12.sexies legge 356/92;

- la confisca per i reati di cui all'art. 51, comma 3-bis c.p.p.

Per le altre ipotesi è stata avanzata la soluzione dell'applicazione analogica.

Ancorché dettata da finalità di garanzia la costruzione appare una forzatura e opportunamente il legislatore con l'art. 31 della legge n. 161 del 2017 ha introdotto nell'art. 12-sexies del D.L. n. 306 del 1992 il comma 4-quinquies, che impone l'obbligo di citazione dei terzi estranei sin dal giudizio di primo grado.

1.5 Confische nei confronti degli enti

L'istituto della confisca previsto dal d.lgs. n. 231 del 2001 sulla responsabilità degli enti si connota in maniera differenziata a seconda del concreto contesto in cui è chiamato ad operare.

L'art. 9, comma 1, lett. c) prevede la confisca come sanzione, il cui contenuto e i cui presupposti applicativi sono precisati nell'art. 19, comma 1: *“Nei confronti dell'ente è sempre disposta, con la sentenza di condanna, la confisca del prezzo o del profitto del reato, salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato la parte che può essere restituita al danneggiato. Sono fatti salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede”*. Il comma 2 di quest'ultima disposizione autorizza la confisca anche nella forma per equivalente, replicando lo schema normativo di disposizioni già presenti nel codice penale o in leggi penali speciali. Chiara, quindi, la configurazione della confisca come sanzione principale, obbligatoria e autonoma rispetto alle altre pure previste nel decreto in esame.

L'art. 6, comma 5 prevede, però, la confisca del profitto del reato, commesso da persone che rivestono funzioni apicali, anche nell'ipotesi particolare in cui l'ente vada esente da responsabilità, per avere validamente adottato e attuato i modelli organizzativi previsti e disciplinati dalla stessa norma.

In questa ipotesi, riesce difficile cogliere la natura sanzionatoria della misura ablativa, che si differenzia strutturalmente da quella di cui all'art. 19, proprio perché difetta una responsabilità dell'ente. Una parte della dottrina ha ritenuto di ravvisare in tale tipo di confisca una finalità squisitamente preventiva, collegata alla pericolosità del profitto di provenienza criminale. Ritene la Corte che, in questo specifico caso, dovendosi escludere un necessario profilo di intrinseca pericolosità della res oggetto di espropriazione, la confisca assume più semplicemente la fisionomia di uno strumento volto a ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato-presupposto, i cui effetti, appunto economici, sono comunque andati a vantaggio dell'ente collettivo, che finirebbe, in caso contrario, per conseguire (sia pure incolpevolmente) un profitto geneticamente illecito. Ciò è tanto vero che, in relazione alla confisca di cui all'art. 6, comma 5, non può disporsi il sequestro preventivo, considerato che a tale norma non fa riferimento l'art. 53 del decreto, che richiama esclusivamente l'art. 19.

L'art. 15, comma 4 prevede che, in caso di commissariamento dell'ente, *“il profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività”* debba essere confiscato. La nomina del commissario è disposta, in base alla previsione della citata norma, dal giudice in sostituzione della sanzione interdittiva che determinerebbe l'interruzione dell'attività dell'ente, con grave pregiudizio per la collettività (interruzione di un servizio pubblico o di pubblica necessità) o per i livelli occupazionali (avuto riguardo alle dimensioni dell'ente e alle condizioni economiche del territorio). In questo caso, la confisca ha natura di sanzione sostitutiva e tanto emerge anche dalla Relazione allo schema del decreto legislativo, nella quale si precisa che è intimamente collegata alla natura comunque sanzionatoria del provvedimento adottato dal giudice: la confisca del profitto serve proprio ad enfatizzare questo aspetto, nel senso che la prosecuzione dell'attività è pur sempre legata alla sostituzione di una sanzione, sì che l'ente non deve essere messo nelle condizioni di ricavare un profitto dalla mancata interruzione di un'attività che, se non avesse avuto ad oggetto un pubblico servizio, sarebbe stata interdetta.

La confisca, infine, si atteggia nuovamente come sanzione principale nell'art. 23, comma 2, che configura la responsabilità dell'ente per il delitto di cui al comma 1 della stessa norma, commesso nell'interesse o a vantaggio del medesimo ente.

Nel caso di concorso fra la responsabilità individuale dell'autore e quella dell'ente la giurisprudenza ha affermato che la confisca per equivalente del profitto del reato può incidere contemporaneamente o indifferentemente sui beni dell'ente che dal medesimo reato ha tratto vantaggio e su quelli della persona fisica che lo ha commesso, con l'unico limite per cui il vincolo cautelare non può eccedere il valore complessivo del suddetto profitto.

Se, invece, il reato commesso dalla persona fisica organo dell'ente non rientra tra quelli cui il d.lgs. 231 ricollega la responsabilità dell'ente la confisca è ammessa con riferimento al profitto del reato nella disponibilità dell'ente, poiché esso non si può considerare "persona estranea al reato", mentre non è possibile la confisca per equivalente (in tal senso Cass. sez. un. 10561/2014 in tema di reati tributari).

DIRITTO CIVILE

“Il principio consensualistico nella compravendita e nell'appalto”.

1. Problema conoscitivo

Il tema è avvincente e si addice perfettamente alla selezione di un magistrato. La traccia verte sulle applicazioni del principio consensualistico nei prototipi del contratto ad effetti reali e del contratto ad effetti obbligatori di risultato. Vengono in rilievo quattro aree tematiche del diritto dei contratti:

- Autonomia privata ed effetti reali.
- Il principio del consenso traslativo.
- La produzione dell'effetto traslativo nella vendita.
- La produzione dell'effetto traslativo nell'appalto d'opera.

Dal punto di vista strutturale la traccia segue lo schema generale/particolare/particolare, articolandosi testualmente in tre parti, corrispondenti a quattro punti. L'ordine logico di trattazione doveva essere il seguente:

1. La teoria del negozio giuridico ed il ruolo dell'accordo.
2. L'art. 1376 c.c.
3. La compravendita.
4. L'appalto d'opera.

2. Svolgimento

2.1 La teoria del negozio giuridico ed il ruolo dell'accordo

Con la locuzione “principio consensualistico” nel diritto dei contratti si identifica ciò che, tecnicamente, è meglio noto come principio del consenso traslativo (art. 1376 c.c.), chiamato ad operare nei contratti ad effetti reali come tecnica di produzione dell'effetto giuridico tipico, ossia il trasferimento del diritto.

Appare evidente, dunque, come la ricognizione del principio consensualistico passi necessariamente per due momenti successivi:

- a) il consenso;
- b) l'effetto reale.

Nella scienza giuridica civilistica lo studio del consenso è avvenuto principalmente nell'ambito della teoria del negozio giuridico.

Il processo logico che ha portato all'elaborazione della categoria del negozio è noto, e, nelle sue linee essenziali, può essere così descritto. La concezione dell'ordinamento viene rifondata attraverso una laicizzazione della stessa e l'individuazione come unico suo fondamento dell'uomo e della ragione umana. Questa opinione apre la strada ad una concezione volontaristica del diritto che viene fondata sul principio *pacta sunt servanda*, che investe dapprima il diritto pubblico (dando origine alla dottrina del contratto sociale) e in un secondo momento il diritto privato.

Il giusnaturalismo ritiene che il sistema giuridico possa essere ricostruito sulla base della sola ragione attraverso l'individuazione di alcuni assiomi fondamentali. Dall'assioma della centralità dell'uomo e dalla sua natura di essere sociale si desume che compito primario del diritto è il mantenimento della pace raggiungibile, essenzialmente, attraverso lo *stare pactis*. Si riconosce, e

questo è uno dei passaggi fondamentali, la non necessità di alcun formalismo particolare per assicurare la validità di questi accordi che vengono fondati sul nudo consenso. L'applicazione di tale principio ai rapporti privati avviene sulla base di un duplice ordine di considerazioni. In primo luogo si osserva che l'ordinamento, sulla base del contrattualismo, si fonda, in ultima analisi, sulla volontà del singolo. A questo punto, riconosciuta la singola persona come fondamento dell'ordinamento, è agevole, si afferma, osservare come non risponda ad alcuna logica che ciò che può fare l'ordinamento non lo possa (già) fare il singolo⁴. E dunque si arriva all'affermazione per cui anche nei patti tra privati, il *nudus consensus obligat*.

L'affermazione del principio *pacta sunt servanda*, tuttavia, vale al più al fondare la forza del consenso in materia di negozi bilaterali e la categoria del contratto, mentre non è ancora sufficiente a giustificare la costruzione della categoria generale del negozio.

Tale passaggio peraltro appare meno scontato di quanto possa apparire a prima vista, corrispondendo le due figure ad un diverso ordine di *rationes* politiche.

Nel caso dell'accordo il principio del *pacta sunt servanda* soccorre inizialmente alla necessità che il privato non possa ritrattare la sua volontà (e a tale *ratio* non è estraneo lo stesso principio del *nudus consensus*). Il principio ha dunque in tali ipotesi una funzione di limite alla potestà privata. Nella categoria generale del negozio invece il principio della corrispondenza alla volontà del singolo di effetti giuridici ha una funzione differente, e precisamente quella di fondare la potestà creatrice del privato nell'ordinamento.

Tale ultimo passaggio avviene ad opera del Nettelblatt⁵, che sulla base di un sistema puramente razionalistico individua il contratto come categoria di un *genus* più ampio caratterizzato dal dato costante della presenza della volontà del singolo. Ancorché sulla base di ragioni parzialmente differenti dunque è l'individuazione del singolo come principio e fine della realtà giuridica che porta all'enucleazione di una categoria generale in cui la volontà potesse essere esaminata nella sua essenza, appunto il negozio giuridico. Ovvio corollario di tale ricostruzione è che la volontà del privato sia di per sé creatrice degli effetti giuridici.

La ricostruzione in esame tuttavia non può essere considerata come una vera e propria teoria del negozio giuridico. I limiti attengono sia al profilo sistematico sia alla stessa ricostruzione dell'essenza della categoria in ordine al momento statico ed a quello dinamico.

In ordine al primo profilo, la categoria delle dichiarazioni di volontà è considerata isolatamente da altri elementi del sistema, in una ricostruzione non organica. Esse, infatti, vengono esaminate (e collocate nel sistema) non in ragione del loro effetto, ma in base all'elemento soggettivo (in riferimento cioè al puro dato della provenienza da un soggetto di diritto) nell'ambito delle dichiarazioni umane, in posizione tra l'altro subordinata alle dichiarazioni di scienza.

⁴ In tale ragionamento, peraltro, si nasconde una fallacia di composizione, cioè l'errore logico per cui si inferisce che un oggetto debba necessariamente (e per ciò solo) possedere tutte le caratteristiche dei suoi elementi costitutivi e viceversa. Più in particolare il fatto che l'ordinamento si fondi sulle volontà dei singoli, non porta necessariamente al fatto che le volontà dei singoli isolatamente considerate (abbiano le stesse caratteristiche dell'ordinamento e dunque) producano immediatamente anche gli effetti dell'ordinamento, cioè gli effetti giuridici. E' infatti evidente che l'asserzione per la quale l'ordinamento si basa sulla volontà sottintende una diversità tra il primo ed il secondo pur posti -al massimo- in rapporto causale. A diverse conclusioni si potrebbe giungere ove si volesse riconoscere un rapporto di identità tra volontà e diritto, ma, a tutto concedere, nella ricostruzione giusnaturalistica il diritto è le volontà dei singoli cumulativamente considerate, il che presuppone sempre una diversità di oggetto rispetto alla volontà del singolo individuo.

⁵ V. NETTELBLADT, *Systema elementare*, op. cit., I, sect.I, tit. V, par. 63ss, ove si afferma: «*actus iuridicus* (altrove indicato come sinonimo di negozio giuridico n.d.A.) *dicitur qui iura et obligationes concernit. Actuum iuridicorum praecipue species sunt nudaes assertiones, quae sunt declarationes de eo quod est, vel non est, et dispositiones, quae sunt declarationes de eo quod fieri, vel non fieri quis vult*».

In relazione alla struttura è agevole rilevare come non si rinviene alcun esame analitico della categoria. Tale dato è un portato delle premesse generali accolte, per le quali il negozio consiste semplicemente nella volontà ed è dunque puro fatto, ma risulta evidente la mancanza di qualsiasi approfondimento ulteriore.

In relazione alla dinamica la pur pregevole intuizione di un rapporto di causalità immediato tra la volontà e gli effetti non viene sviluppata.

Mentre il giusnaturalismo partiva dal patto per arrivare in un secondo momento alla volontà del singolo (con qualche forzatura, di cui si è detto), lo storicismo parte direttamente dalla volontà del singolo. In forza di tale premessa dunque in esso la figura del negozio giuridico richiede ovviamente uno sforzo di dimostrazione comparativamente minore, permettendone una assai più lata valorizzazione.

La novità dell'opinione in esame sta nell'aver posto al centro del sistema la categoria del rapporto giuridico e di aver fondato su questa – e conseguentemente chiamato ad assumere un ruolo centrale – la categoria del negozio, in chiave dinamica, cioè come modalità di costituzione, modificazione od estinzione del rapporto stesso.

In coerenza a tale impostazione l'opinione in analisi passa a ricostruire le categorie generali del fatto e dell'atto giuridico (denominato atto volontario). In tale ultima categoria si inserisce la bipartizione fondante la categoria del negozio nei seguenti termini: *«negli atti volontari la volontà dell'agente può operare in un duplice modo: a) come diretta immediatamente alla nascita od allo scioglimento del rapporto giuridico, sebbene questi possano non essere altro che mezzi al conseguimento di altri scopi anche non giuridici. Tali fatti chiamansi dichiarazioni di volontà o negozi giuridici; b) o come immediatamente diretta ad altri scopi non giuridici di guisa, che l'effetto giuridico tenga nella coscienza un posto secondario, o decisamente non sia voluto. Le dichiarazioni di volontà finalmente ci appaiono alla lor volta in due maniere: 1) come volontà unilaterale dell'interessato, di cui il caso più importante è quello dell'ultima volontà (...). 2) Come concordanza della volontà dell'interessato colla volontà di una o più altre persone, ossia come contratto»*⁶.

Nell'impostazione in esame tanto la struttura quanto la dinamica della categoria poggiano esclusivamente nella volontà del soggetto.

In relazione alla prima infatti si afferma che *«propriamente la volontà di per sé stessa deve essere considerata come l'unico elemento importante ed efficace [del negozio] e soltanto perché essa è un fatto interiore, invisibile, noi abbiamo bisogno di un segno, per il quale possa essere conosciuta dagli altri e questo segno, mediante il quale la volontà si fa palese, è appunto la dichiarazione»*⁷.

Così ricostruita la prima è giocoforza che anche la produzione effettuale si fondi interamente sulla volontà, capace di operare in forza di quella che si considera come una capacità naturale della persona, consistente nel potere *«di indurre mutamenti mediante atti volontari»*⁸.

⁶ Così SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, op. cit., III, 3ss.

⁷ Così SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, op. cit., III, § 134.

⁸ Così SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, op. cit., III, § 113 e 114. In coerenza con tali postulati vi è la trattazione della violenza e dell'errore nel negozio. Secondo l'opinione in esame non si tratterebbe esattamente di vizi della volontà che abbiano la forza di rendere nullo il negozio, in quanto ciò contrasterebbe con la premessa della volontà come essenza del negozio. Questi dunque vengono considerati come rimedi positivi introdotti dall'ordinamento in forza dello scopo principale di questo, individuabile nello sviluppo sicuro e indipendente della personalità. Su tale punto Cfr. anche CALASSO, *Il negozio giuridico*, op. cit., 342ss.

In un primo momento la dottrina ha riproposto fondamentalmente la teoria elaborata dal Savigny, ma già con l'importante precisazione per la quale l'effetto giuridico doveva considerarsi prodotto dalla volontà, ma all'interno dell'ordinamento giuridico e per suo tramite.

La pandettistica inizialmente riprese la concezione del Savigny, definendo il negozio come «una dichiarazione privata di volontà che mira a produrre un effetto giuridico» con la precisazione però che «si dichiara di volere che abbia luogo un effetto giuridico e l'ordine giuridico fa che questo effetto giuridico abbia luogo, per ciò che esso è voluto dall'autore del negozio giuridico».

Analizzando più a fondo la struttura, emerge come in questa ricostruzione il negozio si identifica completamente con la volontà dell'autore, intesa come stato psicologico reale. Conseguentemente la trattazione della struttura del negozio consiste squisitamente nello studio della volontà e delle sue problematiche (fondamentalmente nei vizi della volontà e nella condizione).

In relazione alla dinamica della categoria, la volontà è *condicio sine qua non* della produzione effettuale e causa unica della stessa. Corollario di tale premessa è il regime delle divergenze tra la volontà e la dichiarazione concreta, che vengono risolte dando sempre la prevalenza (tranne qualche limitatissima eccezione, ancora non in grado di fondare una diversa ricostruzione della problematica) alla volontà.

Uno dei limiti della teoria della volontà, che interessa ai fini del tema in esame, è l'aspetto del meccanismo di produzione effettuale. La teoria entra sul punto in insanabile contrasto con le sue premesse quando afferma che l'effetto è un prodotto senza mediazioni della volontà del singolo, e che questo avviene per il tramite della volontà dell'ordinamento. Su un piano differente, come è stato rilevato da altra parte della dottrina già contemporanea, la stessa sembra presupporre una circolarità, per la quale, (utilizzando lo stesso linguaggio metaforico con cui l'obiezione è stata concepita) l'ordinamento vuole ciò che le parti vogliono, e le parti vogliono ciò che vuole l'ordinamento.

Il problema centrale deve essere rinvenuto in quello della causalità giuridica del negozio, cioè della spiegazione del meccanismo attraverso i quali si riconnette all'autonomia privata la produzione effettuale nel campo giuridico.

In quest'ottica i termini del problema appaiono con tutta evidenza. Lo storicismo riteneva che il negozio (cioè la volontà creatrice del privato) esistesse già prima e oltre l'ordinamento il quale si doveva limitare ad un suo riconoscimento. Operata tale deduzione, peraltro era chiaro perché alla volontà del singolo fossero ricollegati effetti sul piano giuridico. Il positivismo invece ritiene che il negozio sia una creazione dell'ordinamento. Adottando questa ricostruzione, è evidente come la produzione effettuale dello stesso riposi esclusivamente sulla sua giuridicità. In questo ordine di idee, tuttavia, appare arduo da spiegare come sia possibile che gli effetti derivino allo stesso tempo dalla volontà del privato e dall'ordinamento. Infatti si ha una duplice alternativa.

Accogliendo una posizione squisitamente formalistica si rischia di trasformare il negozio in un semplice fatto giuridico (cioè di ritenere che il negozio produca effetti automaticamente in ragione della sussunzione del fatto nella norma, al di là della volontà del privato).

Dando per contro un eccessivo rilievo alla volontà del singolo (e dunque a ritenere che sia questa a produrre automaticamente gli effetti) si rischia di entrare in contraddizione con le premesse di partenza.

Tanto gli sviluppi successivi della teoria della volontà (c.d. teoria della *fattispecie*), quanto l'affermarsi delle dottrine successive (teoria della dichiarazione e teoria precettiva), si sono sforzate di risolvere il problema, senza però pervenire a risultati definitivi.

La soluzione proviene dai fondamenti della teoria normativa⁹, che si combina con l'avvento della causa quale criterio di giustificazione dell'atto di autonomia privata.

Rappresentando in termini di logica formale questo approccio può dirsi che il negozio, in particolare il contratto, nasce secondo lo schema norma-potere-effetto, ma, una volta nato, esso rileva come fatto costitutivo del rapporto giuridico in base alla qualificazione di una norma. Per i negozi tipici la norma è determinata, per quelli atipici la norma è determinabile. Gli atti negoziali dunque operano in una doppia fase: nella prima sono il prodotto dell'esercizio del potere di autonomia privata; nella seconda sono il fatto da cui sorge il rapporto giuridico tra le parti.

Il contratto

PREMESSA MINORE Potere	PREMESSA MAGGIORE Norma	CONCLUSIONE Effetto
Autonomia negoziale	Art. 1321 – 1325	Contratto

PREMESSA MINORE Fatto	PREMESSA MAGGIORE Norma	CONCLUSIONE Effetto
Contratto	Art. 1322 (o le norme che regolano il tipo)	Rapporto contrattuale

In definitiva il meccanismo di produzione effettuale si snoda attraverso tre passaggi fondamentali: la previsione del potere di autonomia privata da parte dell'ordinamento giuridico, l'esercizio di tale potere da parte dei privati, la qualificazione del suo prodotto da parte dell'ordinamento giuridico.

Il combinato disposto degli art. 1173 e 1321, confermato dall'art. 1324 c.c., dimostra che la forma generale di esercizio del potere negoziale è l'accordo e su di esso riposa l'affermazione secondo cui "*il contratto ha forza di legge tra le parti*" (art. 1372 c.c.).

L'art. 1376 c.c. ne è, dunque, un corollario, e ciò che occorre spiegare è come sia possibile che anche gli effetti traslativi, come quelli obbligatori, possano prodursi contestualmente all'accordo.

Se, infatti, è pacifico che il contratto possa produrre effetti reali, riferendosi l'art. 1321 c.c. a qualsiasi rapporto giuridico patrimoniale e rientrando l'effetto reale nella nozione di "costituzione" (tanto costitutivo puro, quanto derivativo-costitutivo), non è scontato che il meccanismo di produzione possa realizzarsi in via immediata.

Da un lato l'art. 922 c.c. individua il contratto come modo di acquisto della proprietà, senza chiarire le modalità con cui l'acquisto opera, dall'altro l'art. 1173 c.c. individua il contratto come fonte di obbligazioni, portando a immaginare che il trasferimento si verifichi sempre in via mediata, cioè previa costituzione di un'obbligazione di dare, alla cui esecuzione seguirebbe l'acquisto della proprietà sul bene.

⁹ La teoria normativa individua nel negozio una vera e propria norma, promanante dai privati in forza di una autorizzazione ordinata mentale. Sul punto V. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Vienna, 1934, che ritiene il negozio un particolare passaggio nella costruzione a gradi dell'ordinamento, che costituisce allo stesso tempo produzione e applicazione del diritto, avendo una funzione di concretizzazione di una norma superiore e di posizione di una ulteriore regola tra i privati.

2.2 L'art. 1376 c.c.

Stabilisce l'art. 1376 c.c. che “*Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato*”.

Il codice civile prevede la regola del consenso traslativo nei contratti dispositivo, che hanno cioè ad oggetto la disposizione di un diritto, anche di credito. In tali contratti la volontà è diretta al trasferimento e la legge la riconosce come tale, assegnando all'accordo immediata efficacia traslativa.

Testualmente l'effetto traslativo, ancorché postuli l'avvenuto perfezionamento del contratto secondo il modello legale (“*legittimamente manifestato*”), è riferito al consenso in quanto tale, e non al contratto, il che accredita la formula del consenso traslativo.

Il consenso traslativo è una *fiction iuris*: si finge che il trasferimento del diritto avviene contestualmente al perfezionamento del contratto, anche se tra accordo e produzione dell'effetto giuridico vi è un ineliminabile spazio logico, che viene percorso dalla causalità giuridica.

Si comprende, allora, perché il principio consensualistico trovi fondamento, oltre che nel dogma negoziale, nella causa, che deve corrispondere a un tipo traslativo.

Il codice civile all'art. 1325 n. 2), indicando la causa tra i requisiti del contratto, accoglie il principio di causalità o causalistico del contratto, ossia la necessità che il consenso reciproco delle parti in ordine al loro programma contrattuale sia sorretto da uno scopo pratico meritevole di tutela giuridica (art. 1322 c.c.) e lecito (art. 1343 c.c.).

Prendendo le distanze dal giusnaturalismo, il nudo consenso è insufficiente alla costituzione di un vincolo giuridico, non potendosi lasciare all'arbitrio dei privati la produzione di effetti giuridici, tanto più di natura reale. La causa è, in definitiva, il parametro di controllo non solo della compatibilità con l'ordine socio-economico dello schema di interessi perseguito dalle parti, ma, ancor prima, uno strumento per conferire razionalità ai comportamenti umani, autorizzando i soli patti rispondenti a uno schema logicamente congruo.

Per snidare l'essenza del concetto di causa occorre seguire un percorso diverso da quello corrente in letteratura.

Il termine *causa* nell'ordinamento giuridico si riferisce al rapporto di causalità di cui agli articoli art. 40 e 41 c.p. La causalità indica una relazione tra entità, tanto materiali (causalità di fatto), quanto normative (causalità giuridica).

Per un elementare principio di coerenza, il legislatore, annoverando la causa fra gli elementi essenziali del contratto, non può averla intesa in un significato incompatibile con quello appena delineato.

L'art. 1321 c.c., nella sua descrizione linguistica di un fenomeno reale, disegnando l'accordo per costituire un rapporto giuridico patrimoniale, non si limita ad una qualificazione tecnica dell'accordo, ma ne fissa le condizioni, tra cui – appunto – la causa, che è ciò che spiega il passaggio dall'accordo agli effetti giuridici (“*per*”),

È evidente, allora, che nell'ambito dei contratti traslativi il passaggio – immediato – dal consenso all'effetto reale postula una causa idonea a giustificarlo.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha illuminato tanto il congegno del consenso traslativo quanto il suo nesso con la causa, essendo stata chiamata a pronunciarsi sulla questione se la cessione di un ramo d'azienda determini *ipso iure*, in forza del principio del consenso traslativo, la perdita da parte del cessionario dell'attestazione SOA (c.d. tesi formalistica).

Stabilisce l'art. 76, comma 11 d.P.R. 207/2010: *“Ai fini dell’attestazione di un nuovo soggetto, nell’ipotesi in cui lo stesso utilizzi l’istituto della cessione del complesso aziendale o di un suo ramo, le SOA accertano quali requisiti di cui all’articolo 79 sono trasferiti al cessionario con l’atto di cessione. Nel caso in cui l’impresa cedente ricorra alla cessione del complesso aziendale o di un suo ramo, la stessa può richiedere alla SOA una nuova attestazione, riferita ai requisiti oggetto di trasferimento, esclusivamente sulla base dei requisiti acquisiti successivamente alla cessione del complesso aziendale o del suo ramo”*.

La Plenaria rileva al riguardo quanto segue.

«Il comma 11, al primo periodo, disciplina il rilascio dell’attestazione al nuovo soggetto che intenda avvalersi dei requisiti di qualificazione in caso di cessione dell’azienda o di un suo ramo, stabilendo che compete alla SOA accertare quali requisiti sono trasferiti al cessionario con l’atto di cessione, ciò significando che non vi è alcun automatismo in proposito. Se l’automatismo è escluso dalla parte del cessionario, non può non esserlo da quella del cedente, poiché lo schema negoziale fondato sul principio del consenso traslativo postula la reciprocità degli effetti, per cui se chi acquista non riceve, chi cede non dà.

La portata soggettiva degli effetti traslativi è regolata da un sillogismo: premessa minore è il contratto traslativo, premessa maggiore è la biunivocità dell’effetto traslativo; conclusione necessaria è il prodursi contemporaneo dell’effetto di acquisto e di quello di perdita. Nei casi in cui un contratto traslativo non produce ipso iure l’acquisto del diritto in capo all’avente causa (perché, evidentemente, occorre un elemento aggiuntivo), non può produrre ipso iure la sua perdita in capo al dante causa. È logicamente impossibile dissociare i due effetti, e quando questo avviene è perché, in realtà, l’effetto traslativo non opera secondo la configurazione tipica; nella fattispecie in esame, infatti, l’efficacia traslativa tipica riguarda l’azienda, non le qualificazioni, poiché non necessariamente le parti hanno inteso disporre contestualmente al trasferimento aziendale il trasferimento dei requisiti di qualificazione ed in ogni caso, appunto, l’effetto traslativo dei requisiti è condizionarlo ad ulteriori elementi estranei alla volontà delle parti.

Il comma 11, al secondo periodo, disciplina la stessa ipotesi dal lato inverso, prevedendo che il cedente possa domandare una nuova attestazione esclusivamente sulla base dei requisiti acquisiti successivamente alla cessione. La tesi formalistica gioca molto su tale disposizione, ritenendo che essa dimostri come la cessione aziendale comporti la perdita della qualificazione. In verità si omette di considerare che la richiesta di nuova attestazione si riferisce ai "requisiti oggetto di trasferimento", quindi presuppone - e non già implica - che tali requisiti siano stati trasferiti. Effetto che non si produce automaticamente, altrimenti non sarebbe stato precisato, men che meno con la formula "oggetto di", la quale sottintende che l’effetto è disposto dal negozio e non dalla legge. In definitiva, la disposizione non stabilisce (neppure implicitamente) la perdita delle qualificazioni come effetto della cessione aziendale, ma prevede l’ipotesi in cui tale perdita si sia verificata.

Trattandosi dell’argomento principale della tesi formalistica, il Collegio ritiene di utilizzare una dimostrazione che consente di superare ogni incertezza, legata più che alla formulazione testuale (invero chiara), alla incompletezza della disposizione: l’assunto secondo cui la disposizione sottintende l’automatismo cade in una fallacia dell’argomentazione, nota come affermazione del conseguente.

Un esempio di codesta fallacia è la proposizione: “Se sono a Venezia, allora sono in Veneto. Sono in Veneto, perciò sono a Venezia”. Si critica questa fallacia mostrando come l’implicazione permette la conclusione solo se è una doppia implicazione, cioè se p e q si equivalgono, laddove

“sono in Veneto” non necessariamente equivale a “sono a Venezia”. Esempio di equivalenza: “Se sono a Roma (p), allora sono nella capitale d’Italia (q). Sono nella capitale d’Italia (q), perciò sono a Roma (p)”. Solo così affermando p si può derivare q. In simboli $[(p \leftrightarrow q) \wedge q] \rightarrow p$.

Ebbene, nel caso in esame la tesi formalistica legge la proposizione come se dicesse: “Se vi è una cessione di ramo d’azienda e sono trasferiti i requisiti di qualificazione, allora l’impresa cedente può chiedere una nuova attestazione. Se l’impresa cedente può chiedere una nuova attestazione, allora la cessione di ramo d’azienda determina la perdita dei requisiti di qualificazione”: appunto l’affermazione del conseguente.

La facoltà prevista dall’art. 76, comma 11, secondo periodo per l’impresa cedente di chiedere una nuova attestazione SOA per i requisiti oggetto di trasferimento non può essere trasformata nella previsione della automatica decadenza all’atto della cessione, tanto più che essa non sarebbe sufficiente ad evitare il venir meno della qualificazione durante la gara, atteso che la richiesta di nuova attestazione può avvenire “esclusivamente sulla base dei requisiti acquisiti successivamente alla cessione del complesso aziendale o del suo ramo”.

Ne discende che non automaticamente in caso di trasferimento del ramo d’azienda sono trasferiti anche i requisiti di cui all’art. 79, comma 1, del d.P.R. n. 207/2010. In particolare, è ben possibile che la cessione di parti dell’azienda, ancorché qualificate come ramo aziendale, si riferisca a porzioni prive di autonomia funzionale nel contesto dell’impresa e comunque non significative, quindi non sia tale da generare la perdita in capo al cedente (e il correlato acquisto in capo al cessionario) dei requisiti di qualificazione.

Se non sono trasferiti i requisiti di qualificazione, non possono esserlo le qualificazioni che ad essi si riferiscono».

Sul piano logico-sistemico il supremo Collegio, dopo aver richiamato l’art. 1376 c.c., così prosegue.

«La tesi formalistica riposa su un enunciato che, sebbene non esplicitato, costituisce il fondamento dell’intero ragionamento volto a ravvisare nella stipulazione del contratto di cessione la pietra tombale sulla qualificazione per il cedente: il consenso al trasferimento del ramo d’azienda implica il trasferimento – e dunque la perdita – della qualificazione.

È lo stesso appellante che richiama i passaggi decisivi in proposito delle citate pronunce: «Vero è che possono esistere situazioni di fatto in cui, ceduto un ramo d’azienda, la cedente mantenga comunque requisiti sostanziali tali da sorreggere ancora la qualificazione inerente al compendio ceduto, indipendentemente da ulteriori acquisizioni. E in questo senso può essere corretto il dubbio se, occorrendo, non sia possibile dare dell’art. 76 un’interpretazione non strettamente letterale, tale da consentire la nuova attestazione anche allo stato dei requisiti, cioè a prescindere da acquisizioni successive alla cessione. Quella che è invece insostenibile è l’interpretazione inversa, e cioè che si possano dare cessioni di rami d’azienda senza perdita di diritto dell’attestazione relativa. E ciò perché un’interpretazione di questo segno sarebbe in contrasto con l’impianto di fondo della normativa vigente alla strenua del quale la qualificazione non è autocertificata dalla parte interessata, ma “viene rilasciata al termine di un procedimento istruttorio diretto ad accertare il possesso dei requisiti previsti dalla legge in capo al solo soggetto giuridico che l’ha richiesta”».

In definitiva, ancorché si ammette che l’impresa cedente possa mantenere i requisiti sostanziali, si nega che possa conservare la correlata qualificazione, la quale sarebbe persa ipso iure all’atto del trasferimento aziendale.

L’assunto è doppiamente infondato.

In primo luogo perché viola il principio logico di identità.

Infatti, i requisiti di qualificazione contemplati dall'art. 79, comma 1 del DPR n. 207/2010 dipendono dalle risorse aziendali, ma non coincidono con esse. Ciò per il semplice motivo che un conto è un bene patrimoniale (qual è, in definitiva, l'azienda: Cass. sez. un., n. 5087/14), altro sono i requisiti di qualificazione. Quand'anche si volesse ritenere che le categorie del diritto commerciale siano recepite passivamente dal diritto amministrativo che le richiami, resta che nella fattispecie in esame non vi è ad esse alcun richiamo, atteso che la citata disposizione del regolamento sui contratti pubblici individua come requisiti speciali di qualificazione i seguenti:

- a) adeguata capacità economica e finanziaria;*
- b) adeguata idoneità tecnica e organizzativa;*
- c) adeguata dotazione di attrezzature tecniche;*
- d) adeguato organico medio annuo.*

Pur trattandosi di elementi afferenti all'organizzazione produttiva dell'impresa (capitale e lavoro), essi sono dotati di autonomia concettuale, che i commi successivi dell'art. 79 articolano con riferimento a una pluralità di indici per ciascuna voce.

Ne discende che il consenso traslativo avente ad oggetto un ramo d'azienda non può automaticamente estendersi alle qualificazioni, né vi è alcuna norma che tanto disponga.

Ciò è coerente con la previsione secondo cui le SOA accertano quali requisiti di cui all'articolo 79 sono trasferiti al cessionario con l'atto di cessione. Poiché il contratto è "l'accordo tra due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale", sicché il rapporto giuridico costituito non può che comprendere tutte le posizioni che sono oggetto del negozio (e ciò vale a maggior ragione per i negozi traslativi, in cui opera un meccanismo derivativo-costitutivo), se il cessionario può non acquistare taluni requisiti, il cedente può non perderli.

In secondo luogo la tesi formalistica postula che la qualificazione del negozio di cessione debba farsi sulla base della causa in astratto. Infatti, solo considerando esclusivamente la funzione socio-economica del modello negoziale adottato può pervenirsi all'affermazione che il trasferimento d'azienda implichi il trasferimento – e dunque la perdita in capo al cedente – dei requisiti di qualificazione, ancorché, in concreto, il negozio non persegua siffatto scopo.

La teoria della causa in astratto, già da tempo abbandonata dalla dottrina maggioritaria, è stata superata anche in giurisprudenza, in favore della teoria della causa in concreto, quale sintesi degli interessi reali delle parti.

Data la notorietà del tema, il Collegio non ritiene di trattarsi in argomento.

Merita, invece, di essere precisato come, in verità, la dicotomia causa astratta/concreta, riducendo la nozione di causa, rispettivamente, al tipo normativo o allo specifico contratto, incappa in una doppia fallacia di argomentazione:

- definizione troppo stretta: la definizione esclude elementi che dovrebbero essere inclusi. Per combattere la fallacia di definizione troppo stretta – che è una fallacia deduttiva – occorre confrontare il termine definito con l'ambito di definizione, mostrando che esso dovrebbe essere ampliato;

- causa complessa: l'effetto è causato da un numero di eventi maggiore di quelli presentati nell'argomento. Per evidenziare la fallacia di causa complessa – che è una fallacia causale – occorre individuare tutte le cause che, complessivamente, contribuiscono all'effetto.

Poiché il rapporto contrattuale si produce secondo lo schema fatto-norma-effetto, dove il fatto è dato dal singolo contratto e la norma dalla disposizione di legge che lo contempla, la causa, quale elemento del contratto, non può che riferirsi all'uno come all'altro.

Il contratto sarà tipico, allorquando la causa concreta (ossia la causa del singolo contratto) sarà riconducibile a quella astratta (ossia la causa del tipo contrattuale), operando il procedimento logico di sussunzione del fatto nella norma. Altrimenti sarà atipico. Ma, anche in tal ultima ipotesi, in base al metodo tipologico, costantemente seguito dalla Corte di cassazione, esisterà pur sempre una causa tipica (o una pluralità di cause tipiche) che fungeranno da paradigma nella definizione del contratto atipico.

In definitiva, entrambe le nozioni di causa hanno ragion d'essere, poiché esse, a ben guardare, si riferiscono ad entità diverse: il tipo legale ovvero il contratto storicamente stipulato.

Volendo pervenire a una nozione unitaria deve guardarsi all'art. 1321 c.c., in cui la causa è nella particella "per" ("il contratto è l'accordo per costituire ... un rapporto giuridico patrimoniale"), essendo ciò che giustifica la produzione degli effetti giuridici per atto di autonomia privata, ossia, in sostanza, la legge di copertura del contratto e, più precisamente, del meccanismo di causalità giuridica che lega l'accordo al rapporto cui dà vita.

Ciò premesso, si intuisce come tale legge appartenga alla realtà sociale ed economica, e il legislatore si limiti a codificarla nell'ordine giuridico. Ne discende che l'autorizzazione alla produzione di effetti giuridici e il tipo di effetti prodotti dipendono dalla valutazione degli scopi concretamente (cioè nella realtà) perseguiti dalle parti, ancorché ancorata in larga misura a parametri preventivamente definiti dall'ordinamento.

Allora, è fuori luogo sostenere che la cessione dei beni aziendali comporti di per sé il trasferimento delle qualificazioni, occorrendo considerare quale sia l'interesse pratico sotteso all'operazione e il suo effettivo contenuto e se l'eventuale interesse pratico possa realizzarsi senza il concorso di elementi esterni al contratto, come nel caso gli adempimenti ulteriori di competenza SOA».

2.3 La vendita

Ai sensi dell'art. 1470 c.c. "La vendita è il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo".

La definizione riconduce il contratto di vendita esattamente all'interno dell'art. 1376 c.c., sigillando un percorso secolare, che origina dall'opposta regola conosciuta dal diritto romano proprio con riguardo alla vendita.

*Nel diritto romano, infatti, la vendita aveva efficacia obbligatoria, in nome della scissione tra *titulus* e *modus adquirendi*, per la quale il trasferimento del bene richiedeva un atto esecutivo.*

Già nel codice civile del 1865, ancorché l'art. 1447 definisse la vendita come il "contratto per cui uno si obbliga a dare una cosa e l'altro a pagarne il prezzo", il superamento della regola romanistica poteva evincersi dall'art. 1448, secondo cui "la vendita è perfetta tra le parti, e la proprietà si acquista di diritto dal compratore al venditore, al momento che si è convenuto sulla cosa e sul prezzo".

La vigente formulazione elimina ogni dubbio, dando risalto al contenuto reale della vendita, che lo differenzia dalla promessa bilaterale. Infatti, non ripetendo la norma del codice napoleonico (art. 1589: "la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux partis sur la chose et sur le prix"), il nostro sistema ammette la possibilità di una promessa di vendita (che nella pratica si realizza con il preliminare).

La natura traslativa della vendita non è messa in crisi dalle ipotesi di vendita c.d. obbligatoria (vendita alternativa, vendita di cosa futura o di cose generiche, vendita con riserva di proprietà, vendita di cosa altrui), che non intaccano il principio basilare per cui il trasferimento è sempre conseguente alla dichiarazione di volontà.

In ordine alla natura della vendita obbligatoria sono state elaborate diverse tesi.

a) Doppio negozio, uno meramente obbligatorio e l'altro ad effetti reali. Tale opinione è in contrasto con l'art. 1376 c.c., il quale imputa il trasferimento al consenso delle parti e non a fatti ulteriori.

b) Negozio tipico, poiché vi è una scissione temporale tra l'effetto obbligatorio e quello reale. In realtà il differimento in questione non riguarda la perfezione del contratto ma soltanto l'efficacia del trasferimento.

c) Fattispecie traslativa complessa a formazione successiva, i cui elementi sono costituiti non solo da quelli essenziali per ogni contratto, ma anche da fatti ulteriori estranei allo schema causale del contratto stesso. In contrario è stato osservato che anche questa tesi finisce, in concreto, col negare alla vendita obbligatoria la natura di autentica vendita, la quale è l'unica fonte del trasferimento, per declassarla ad un fatto giuridico che concorre, con altri fatti o presupposti, alla formazione della fattispecie traslativa.

d) Negozio condizionato, avendo i fatti dai quali deriva l'effetto del trasferimento del diritto natura obbligatoria. In contrario si ritiene che la condizione sospende l'efficacia di ogni effetto del negozio sia reale che obbligatorio; nella vendita obbligatoria, invece, ciò che non si verifica subito è solo il trasferimento del diritto, mentre sorgono immediatamente determinati effetti sia pure solo obbligatori che sono effetti definitivi e non preliminari.

e) Negozio con effetti reali differiti, in cui l'immediata efficacia del trasferimento è un carattere normale, non essenziale del contratto. Questa è la tesi preferibile alla luce dell'art. 1476 n. 2) c.c., poiché l'obbligo di dare, cioè di far acquistare la proprietà, è solo strumentale, dal momento che l'effetto finale che nasce dal contratto di vendita è pur sempre quello reale.

Diversamente, nel preliminare di vendita l'obbligo è l'effetto diretto ed immediato del contratto, perché il trasferimento si riallaccia (anche) al definitivo, posto in essere successivamente.

Ecco dunque che si pone il problema della scissione tra consenso e produzione degli effetti reali, i quali, in deroga all'art. 1376, non si riallacciano esclusivamente al consenso stesso, inizialmente raggiunto. Le deroghe espressamente previste sono numerose, le più note sono il mandato ad acquistare senza rappresentanza, il conferimento di beni in società, il contratto sul patrimonio del terzo e legato di cosa del terzo, l'adempimento di obbligazione naturale. Dottrina e giurisprudenza ammettono anche la costituzione di obblighi atipici di dare, come negli accordi sulla separazione, nei negozi di destinazione e in quelli fiduciari.

Nella pratica il preliminare è utilizzato quasi soltanto in caso di compravendita, proprio in ragione dell'esigenza, particolarmente avvertita nella realtà dei traffici commerciali, di ricreare l'antica scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*, che si presentava in diritto romano nello schema di una promessa seguita dalla *traditio*, assistita da una *iusta causa*, ovvero in quello della vendita consensuale (*emptio-venditio*), da cui nasceva l'obbligo di consegnare la cosa e di pagare il prezzo, dipendendo l'acquisto della proprietà dal maturarsi dell'usucapione, assistito dalla garanzia per l'evizione a carico del venditore.

Nel diritto comune la scissione entrò in crisi quando si cominciò, nella pratica commerciale, a sostituire la preventiva o contestuale consegna del bene con una clausola di spossessamento del tipo costituito possessorio, in base alla quale l'alienante diveniva, da proprietario, detentore della cosa,

con obbligo di consegnarla all'acquirente. Questa clausola divenne, con il tempo, meramente di stile, al punto che essa si riteneva tacitamente concordata, in assenza di esplicita menzione.

Di qui l'ulteriore, inevitabile, acquisizione, anche a livello di principi informatori oltre che di pratica commerciale, della regola in base alla quale il consenso è sufficiente al trasferimento della proprietà del bene.

Il principio del consenso traslativo si affermò anche grazie agli entusiasmi utopistici del giusnaturalismo, secondo cui l'imperativo categorico della morale sarebbe stato sufficiente a garantire l'osservanza dei patti, dimenticando che il diritto ha il compito di prevenire le liti e di assicurare l'ordine dei commerci, sul presupposto incontrovertibile che l'uomo tende a non osservare i patti stessi, pur se liberamente assunti (così, testualmente, Gazzoni).

Proprio l'accoglimento del principio consensualistico spiega il successo del preliminare, che invece non ha senso laddove, come in Germania, l'operazione traslativa è procedimentalizzata. Il contratto di compravendita tedesco produce infatti sempre e solo l'effetto obbligatorio di vincolare il venditore a porre in essere il successivo negozio di trasferimento (per di più astratto e dunque non legato alla validità ed efficacia del precedente contratto), necessario alla iscrizione nei libri fondiari in caso di immobili o accompagnato dalla *traditio* in caso di mobili. Sistema più garantista per i terzi, cui non sono opponibili i vizi del *titulus*, ma solo quelli del *modus acquirendi*, con notevoli vantaggi in sede di circolazione.

La dottrina che identifica preliminare e vendita obbligatoria ravvisa nel definitivo un contratto ad effetti reali con doppia causa, esterna (solutoria) e interna (scambio). Altri autori precisano invece che il contratto definitivo è atto dovuto al pari dell'adempimento, perché se il definitivo fosse contratto ad effetti reali con causa (anche) interna, non vi sarebbe alcuna sostanziale deroga all'art. 1376, deroga che invece è evidente qualora l'effetto reale sia la risultante di un contratto ad effetti obbligatori seguito da un atto dovuto.

Tanto premesso sul piano logico-sistematico in ordine al principio consensualistico nella vendita, occorre comprendere che cosa giustifichi l'operatività di tale principio nell'ambito di tale contratto, dunque riflettere sulla causa astratta e sul suo rapporto con la causa concreta.

Nei singoli contratti codificati il tipo legale è un modello causale, nell'accezione bettiana (causa come funzione socio-economica), sicché causa astratta e tipo legale finiscono per coincidere, ancorché causa e tipo siano concetti diversi. Ciò rende necessario sempre verificare se la causa concreta sia sussumibile in quella astratta.

La causa tipica della vendita è lo scambio (*do ut des*), sicché solo i contratti che concretamente rispondano a questo schema hanno natura traslativa.

Il problema si è posto, ad esempio, per la c.d. vendita a prezzo vile, caratterizzata da una macroscopica sproporzione tra prezzo e valore del bene alienato. La giurisprudenza, pur con qualche oscillazione, ritiene che tale contratto sia valido in quanto sussumibile nell'art. 1470, incentrato su una nozione giuridico-formale di corrispettività. Al contrario, buona parte della dottrina esclude che si sia in presenza di una vendita, muovendo da una concezione economico-sostanziale del nesso di corrispettività.

L'individuazione della causa tipica è determinante per comprendere la natura dell'appalto e l'applicabilità o meno ad alcune specie di appalto del principio consensualistico.

Le conseguenze del principio consensualistico nella vendita sono molteplici, in ordine logico sono prioritarie quelle indicate dall'art. 1476 n. 1) e n. 3), ossia l'obbligo di consegnare la cosa al compratore e quella di garantire il compratore dall'evizione e dai vizi della cosa.

Il primo è l'effetto tipico, il secondo è un effetto naturale; entrambi trovano fondamento nell'effetto traslativo, per cui la consegna è l'esecuzione dell'obbligo di far acquisire la disponibilità materiale del bene al nuovo proprietario, mentre la garanzia per l'evizione e i vizi tutela il proprietario dal rischio di perdita o inutilizzabilità del bene trasferito.

Se il compratore subisce l'evizione totale della cosa per effetto di diritti che un terzo ha fatti valere su di essa, il venditore è tenuto a risarcirlo del danno (restituzione del prezzo pagato, rimborso delle spese legittimamente fatte per il contratto e di quelle necessarie e utili fatte per la cosa). I contraenti possono modificare o escludere la garanzia, ma in tal ultimo caso il venditore è sempre tenuto per l'evizione derivante da un fatto suo proprio.

Se cosa venduta presenti vizi che la rendano inidonea all'uso a cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore, il compratore può domandare a sua scelta la risoluzione del contratto ovvero la riduzione del prezzo, salvo che, per determinati vizi, gli usi escludano la risoluzione. In ogni caso il venditore è tenuto verso il compratore al risarcimento del danno se non prova di avere ignorato senza colpa i vizi della cosa. Il venditore deve altresì risarcire al compratore i danni derivati dai vizi della cosa. Il patto con cui si esclude o si limita la garanzia non ha effetto, se il venditore ha in mala fede taciuto al compratore i vizi della cosa.

Ulteriore conseguenza dell'effetto traslativo è il passaggio del rischio. Ai sensi dell'art. 1465 c.c. nei contratti ad effetti reali, il perimento della cosa non imputabile all'alienante non libera l'acquirente dall'obbligo di eseguire la controprestazione, ancorché la cosa non gli sia stata consegnata (*res perit domino*).

Il principio consensualistico opera tra le parti e non rispetto ai terzi: in ipotesi di doppia alienazione a prevalere non è il primo acquirente, ma chi per primo ha conseguito il possesso, se bene mobile, o ha trascritto il contratto, se bene immobile. Per converso, nella vendita *a non domino*, il contratto si considera titolo idoneo al trasferimento della proprietà, che si acquista al verificarsi degli altri elementi costitutivi idonei a sanare il difetto di legittimazione a disporre.

In materia di vendite obbligatorie, nell'ambito della vendita di cosa futura (1472 c.c.), una disciplina speciale è quella relativa agli immobili da costruire di cui al d.lgs. 122 del 2005.

L'art. 1 definisce «acquirente» *“la persona fisica che sia promissaria acquirente o che acquisti un immobile da costruire, ovvero che abbia stipulato ogni altro contratto, compreso quello di leasing, che abbia o possa avere per effetto l'acquisto o comunque il trasferimento non immediato, a sé o ad un proprio parente in primo grado, della proprietà o della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire”*, e «costruttore» *“l'imprenditore o la cooperativa edilizia che promettano in vendita o che vendano un immobile da costruire, ovvero che abbiano stipulato ogni altro contratto, compreso quello di leasing, che abbia o possa avere per effetto la cessione o il trasferimento non immediato in favore di un acquirente della proprietà o della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire, sia nel caso in cui lo stesso venga edificato direttamente dai medesimi, sia nel caso in cui la realizzazione della costruzione sia data in appalto o comunque eseguita da terzi”*.

La normativa riveste un duplice di interesse in ordine al principio consensualistico: in primo luogo perché conferma che le vendite obbligatorie sono più esattamente contratti che hanno per effetto il “trasferimento non immediato” del bene, cioè vendite ad effetti reali differiti, in cui il consenso, pur non determinando il trasferimento immediato, resta a fondamento dell'effetto reale; in secondo luogo perché il contratto di appalto viene menzionato come modalità di realizzazione della costruzione del bene che non inficia il rapporto giuridico di compravendita e la posizione dell'acquirente, che figura sempre come costruttore.

2.4 L'appalto

L'art. 1655 c.c. definisce l'appalto come “*il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di una opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro*”.

L'appalto è, dunque, un contratto ad effetti obbligatori, avente ad oggetto una prestazione dietro corrispettivo di fare, ancorché si tratti di un *facere cum effectu* (appalto d'opera). Poiché lo schema tipico è *do ut facias*, l'appalto non rientra nell'art. 1376 c.c.

Ciò pone una serie di problemi:

- a) l'individuazione del modo di acquisto della proprietà nell'appalto d'opera;
- b) la natura del c.d. appalto traslativo (art. 1658 c.c.);
- c) la distinzione in quest'ultima ipotesi con la vendita di cosa futura;

Il problema sub a) si risolve richiamando la disciplina dei modi di acquisto della proprietà a titolo originario: allorquando la materia (suolo o materiali) sia di proprietà del committente, la proprietà dell'opera si acquista da parte sua per accessione o specificazione, senza alcun onere economico, essendo la costruzione dell'opera da parte dell'appaltatore esecuzione dell'obbligazione contrattuale. Nella pratica può accadere che il proprietario del suolo lo ceda al costruttore in cambio della proprietà di uno degli appartamenti che su di esso andranno a realizzarsi. In tal caso ha luogo un collegamento tra permuta del suolo (con effetti reali immediati), appalto avente ad oggetto la costruzione, divisione di cosa futura.

Il problema sub b) è di meno agevole soluzione.

Dottrina e giurisprudenza maggioritarie sono inclini a ravvisare in quest'ipotesi l'esistenza di un'obbligazione di dare, che si affianca a quella di fare, il cui adempimento, mercé la consegna, determina il trasferimento del diritto di proprietà sull'opera realizzata, che inizialmente sorge in capo all'appaltatore a titolo originario. In base a questa ricostruzione l'effetto reale sarebbe il risultato di uno schema analogo a quella promessa di dare - adempimento.

Altra tesi sostiene, invece, che il trasferimento sarebbe conseguenza dell'accettazione dell'opera da parte del committente, atto di natura negoziale, che, combinandosi con la promessa, darebbe luogo ad una fattispecie di consenso traslativo a formazione progressiva. A sostegno di questa tesi si pone l'art. 1673, secondo cui se, per causa non imputabile ad alcuna delle parti, l'opera perisce o è deteriorata prima che sia accettata dal committente o prima che il committente sia in mora a verificarla, il perimento o il deterioramento è a carico dell'appaltatore, qualora questi abbia fornito la materia (comma 1), ovvero del committente per quanto riguarda la materia da lui fornita (comma 2). In senso contrario, tuttavia, si osserva che l'effetto legale dell'accettazione non è il trasferimento della proprietà, ma il sorgere dell'obbligazione di pagamento del prezzo in capo al committente (art. 1665, ult. comma) e l'esclusione della garanzia per le difformità e i vizi dell'opera.

Il problema sub c), come anticipato, si pone quando il suolo appartenga al costruttore, poiché se appartiene al committente si tratterà normalmente di un appalto.

La distinzione può farsi in base a criteri soggettivi oppure oggettivi.

Il criterio prioritario, coerentemente con l'art. 1362 c.c., riposa sulla volontà delle parti, che può essere diretta al trasferimento (nella vendita di cosa futura) ovvero alla produzione dell'opera (nell'appalto).

I criteri oggettivi principali sono:

- *l'accessorietà*, secondo cui il negozio deve qualificarsi vendita di cosa futura quando il carattere principale ed essenziale del contratto è nel trasferimento, mentre l'opera dell'uomo costituisce un

elemento strumentale ed accessorio; deve, invece, considerarsi appalto qualora abbia carattere accessorio il trasferimento e sia in primo piano l'opera dell'uomo;

- *la normale produzione*, nel senso che si ha vendita e non appalto quando l'oggetto costituisce la normale attività del fornitore. In virtù del criterio della normale produzione, il contratto deve essere qualificato come vendita di cosa futura nel caso in cui la cosa che forma oggetto del contratto, pur ancora non realizzata, costituisca un bene, con caratteristiche predeterminate e costanti, che viene prodotto periodicamente e professionalmente dalla parte. Il contratto deve essere invece qualificato come appalto nel caso in cui l'opera che deve essere fornita dalla parte non abbia le normali caratteristiche dei prodotti da questa periodicamente e professionalmente realizzati, ma se ne discosti in modo significativo, presentando caratteristiche particolari convenute tra i contraenti.

Ricostruita la figura come contratto misto, la disciplina applicabile può a sua volta essere individuata in base a criteri oggettivi o soggettivi.

In un primo tempo, è stato affermato un criterio oggettivo di prevalenza in forza del quale il contratto dovrebbe essere considerato vendita di cosa futura nel caso di una oggettiva prevalenza dell'elemento fornitura e trasferimento dei materiali da una parte del contratto all'altra, mentre dovrebbe essere qualificato come appalto nel caso di una oggettiva prevalenza dell'opera di lavorazione del materiale fornito. Si richiama l'art. 1, comma 1, della legge 19 luglio 1941, n. 771, secondo cui ai fini dell'imposta di registro devono essere considerati contratti di vendita e non di appalto quelli in cui prevalga il prezzo o il valore delle materie, merci e prodotti, rispetto al prezzo o al valore della prestazione d'opera. Un simile criterio aveva il pregio di non allontanarsi, anche nel caso delle fattispecie contrattuali più ambigue e incerte, dalla distinzione dogmatica classica che vede fondamentalmente nell'appalto un contratto dal quale nasce un'obbligazione di fare e nella vendita un contratto dal quale nasce un'obbligazione di dare. Nel caso in esame, l'obbligazione nascente dal contratto sarebbe da considerarsi come di dare nel caso di prevalenza nella prestazione dell'elemento traslativo della materia, mentre dovrebbe considerarsi come di fare nel caso in cui nella prestazione fosse prevalente l'elemento lavoro.

Più di recente la giurisprudenza ha elaborato un altro criterio, definibile della prevalenza in senso soggettivo, in cui il punto di riferimento per operare una distinzione continua ad essere la prevalenza dell'uno o dell'altro elemento della prestazione contrattuale; tuttavia, tale prevalenza deve essere valutata non più oggettivamente in base ad una valutazione astratta, fondata esclusivamente sul contenuto del contratto e sulla concreta attività che deve essere svolta da una delle parti, ma deve essere determinata dall'interprete sulla base di quella che è stata l'effettiva comune intenzione delle parti. L'elemento distintivo per determinare la corretta qualificazione del contratto diventa dunque la reale volontà dei contraenti: se nella comune intenzione delle parti l'attività lavorativa di trasformazione della materia è stata considerata a servizio del trasferimento del bene e quindi come attività meramente strumentale, ci si troverà di fronte ad una vendita di cosa futura; se invece è stato il trasferimento della proprietà dei materiali ad essere considerato come elemento accessorio diretto a consentire lo svolgimento dell'attività di trasformazione, allora ci si troverà di fronte ad un contratto di appalto.

La prima importante conseguenza della classificazione del contratto risiede nel prodursi dell'effetto traslativo: nella vendita al momento in cui la cosa è venuta ad esistenza, nell'appalto al momento della consegna, ovvero dell'accettazione.

DIRITTO AMMINISTRATIVO

“Gli strumenti amministrativi di contrasto alle organizzazioni criminali, con particolare riferimento alle interdittive prefettizie ed alle relative tutele giurisdizionali”.

1. Problema conoscitivo

Il tema verte sull'anticipazione della lotta alla criminalità organizzata messa in capo dalla legislazione non penalistica. Vengono in rilievo tre aree tematiche del diritto amministrativo:

- Pubblica sicurezza e principio di legalità.
- I provvedimenti interdittivi.
- La giustizia amministrativa alla prova del fatto.

Dal punto di vista strutturale, la traccia segue uno schema tripartito discendente: generale/speciale/particolare. L'ordine logico della trattazione è:

1. La legislazione antimafia.
2. L'informativa prefettizia antimafia.
3. La tutela giurisdizionale.

2. Svolgimento

2.1 La legislazione antimafia¹⁰

L'antimafia amministrativa costituisce un ramo del diritto della pubblica sicurezza che designa il complesso organizzativo e funzionale dello Stato volto contrastare le infiltrazioni della criminalità di stampo mafioso. Si integra un approccio non fondato solo sulla pura repressione, ma anche sulla vigilanza e i controlli preventivi, al fine di impedire l'ingresso delle associazioni criminali di stampo mafioso nell'economia legale e nel tessuto socio-politico di un territorio.

Le modalità di approccio della criminalità organizzata alla Pubblica Amministrazione sono riconducibili a due grandi categorie: la corruzione e l'intimidazione. A tali fenomeni la risposta avviene essenzialmente su tre livelli:

- a) la documentazione antimafia;
- b) la normativa anticorruzione;
- c) lo scioglimento per infiltrazione mafiosa.

I settori più toccati sono, dunque, i rapporti dei privati con la pubblica amministrazione e gli enti locali.

Il sistema della documentazione antimafia, previsto dal d.lgs. n. 159 del 2011 (c.d. Codice antimafia) si fonda sulla distinzione tra le comunicazioni e le informazioni antimafia (art. 84).

La legislazione antimafia persegue l'obiettivo di prevenire le infiltrazioni mafiose nelle attività economiche non solo nei rapporti dei privati con le pubbliche amministrazioni (contratti pubblici, concessioni e sovvenzioni), mediante lo strumento delle informazioni antimafia (art. 90-95), ma anche quello di inibire l'esercizio dell'attività economica, nei rapporti tra i privati stessi, mediante lo strumento delle comunicazioni antimafia (artt. 87-89), richieste per l'esercizio di qualsivoglia attività soggetta ad autorizzazione, concessione, abilitazione, iscrizione ad albi, o anche alla segnalazione certificata di inizio attività e alla disciplina del silenzio assenso.

¹⁰ MASSIMILIANO NOCCELLI, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza sulla legislazione antimafia*, 2018.

La collocazione sistematica della documentazione antimafia – nel libro II del Codice, dedicato appositamente alle “Nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia” – ne rivela, nell’intendimento del legislatore, l’estraneità già solo formale rispetto all’apparato di misure aventi carattere para-penale, dunque, anche al sistema delle misure di prevenzione personali o patrimoniali, separatamente regolato dal libro I del Codice antimafia.

Se le comunicazioni antimafia mantengono, infatti, un legame di tipo almeno formale con tale apparato, per il loro contenuto vincolato, poiché il presupposto della loro emissione consiste nell’attestazione che a carico di determinati soggetti, individuati dall’art. 85, non siano state emesse dal Tribunale misure di prevenzione personali definitive, le informazioni antimafia, invece, si distinguono per uno spiccato momento di autonomia valutativa da parte del Prefetto, nel soppesare il rischio di permeabilità mafiosa dell’impresa, di contenuto discrezionale, poiché ben possono prescindere dagli esiti delle indagini preliminari o dello stesso giudizio penale, che comunque la Prefettura ha il dovere di esaminare in presenza dei delitti spia (art. 84, comma 4), non vincolanti per l’apprezzamento che, a fini preventivi, la Prefettura è chiamata a compiere in ordine al rischio di condizionamento mafioso.

La loro differenza rispetto alle misure di indole penalistica e la natura essenziale cautelare è destinata a pesare nella valutazione in ordine alla complessiva tenuta del sistema di prevenzione alla luce delle critiche mosse dalla Corte EDU¹¹.

La delicatezza degli interessi sottesi alla previsione della documentazione antimafia e l’esigenza di ordine pubblico che la legislazione antimafia difende, proprio a livello preventivo, giustificano la portata derogatoria degli istituti della legislazione amministrativa antimafia rispetto alle generali regole sul procedimento amministrativo, di cui alla legge n. 241 del 1990.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato afferma, quindi, che in questo tipo di procedimenti non sono previsti né la comunicazione di avvio, né le ordinarie garanzie partecipative, e che il vincolo dei provvedimenti prefettizi antimafia, rispetto alle amministrazioni destinatarie della documentazione antimafia tenute a recepirne l’effetto interdittivo senza margini di residua discrezionalità, rende irrilevante l’esistenza da errori procedurali da queste compiuti nell’emissione dei provvedimenti consequenziali al documento antimafia (si pensi alla doverosa revoca delle aggiudicazioni o ai recessi dai contratti già stipulati), vizi che non sortiscono efficacia c.d. invalidante ai sensi dell’art. 21-octies, comma 2, della stessa l. n. 241 del 1990 per il contenuto vincolato, appunto, dei provvedimenti stessi.

Tanto premesso in via generale, occorre distinguere tra comunicazione antimafia e informativa antimafia, entrambi ricadenti nel *genus* delle interdittive.

La *comunicazione antimafia* consiste nell’attestazione della sussistenza, o meno, di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all’articolo 67 (art. 84, comma 2) e, cioè, l’applicazione, con provvedimento definitivo, di una delle misure di prevenzione personali previste dal Codice. La comunicazione antimafia fotografa, quindi, il cristallizzarsi di una situazione di permeabilità mafiosa contenuta in un provvedimento giurisdizionale ormai definitivo, con il quale il Tribunale ha applicato una misura prevenzione personale prevista dal Codice antimafia, ed ha un contenuto vincolato, di tipo accertativo, che attesta l’esistenza, o meno, di tale situazione tipizzata nel provvedimento di prevenzione.

¹¹ Il riferimento appena esplicitato è alla ben nota sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*, che ha criticato aspramente il sistema delle misure di prevenzione, quale previsto dall’art. 1 della l. n. 1423 del 1956, con particolare riferimento agli artt. 6 e 7 della Convenzione europea.

Le comunicazioni antimafia, come si è accennato, hanno efficacia interdittiva rispetto a tutte le iscrizioni e ai provvedimenti autorizzatori, concessori o abilitativi per lo svolgimento di attività imprenditoriali, comunque denominati, nonché a tutte le attività soggette a segnalazione certificata di inizio attività e a silenzio assenso (art. 89, comma 2, lett. a) e b), a differenza di quanto la legge prevede per le informazioni antimafia, e comportano, altresì, il divieto di concludere contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di cottimo fiduciario e relativi subappalti e subcontratti, compresi i cottimi di qualsiasi tipo, i noli a caldo e le forniture con posa in opera (art. 84, commi 1 e 2).

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 (l'esistenza, come detto, di un provvedimento di prevenzione definitivo), nonché nell'attestazione della sussistenza, o meno, di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare la scelte o gli indirizzi della società o delle imprese interessate (art. 84, comma 3).

Tale forma di documentazione antimafia, dunque, ha un duplice contenuto, di tipo vincolato, da un lato, e analogo a quello della comunicazione antimafia, nella parte in cui attesta o meno l'esistenza di un provvedimento definitivo di prevenzione personale emesso dal Tribunale, e di tipo discrezionale, dall'altro, nella parte in cui, invece, il Prefetto ritenga la sussistenza, o meno, di tentativi di infiltrazione mafiosa nell'attività di impresa, desumibili o dai provvedimenti e dagli elementi, tipizzati nell'art. 84, comma 4, o dai provvedimenti di condanna anche non definitiva per reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali unitamente a concreti elementi da cui risulti che l'attività di impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata.

Il rapporto tra le due forme di interdittive è regolato dall'art. 89-bis:

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

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

Il Consiglio di Stato, prima in sede consultiva¹² e poi in sede giurisdizionale¹³ ha interpretato questa disposizione nel senso che l'efficacia interdittiva delle informazioni antimafia, di regola chiamate ad operare solo nei rapporti dell'impresa con la pubblica amministrazione (contratti, concessioni o sovvenzioni), è estesa anche ai rapporti tra privati, disciplinati da autorizzazioni o atti di assenso comunque denominati.

Secondo il Consiglio di Stato *«il metodo mafioso è e resta tale, per un essenziale principio di eguaglianza sostanziale prima ancora che di logica giuridica, non solo nelle contrattazioni con la pubblica amministrazione, ma anche tra privati, nello svolgimento della libera iniziativa economica»*. Tra l'economia pubblica e l'economia privata sussista un intreccio tanto profondo, anche nell'attuale contesto di una economia globalizzata, che *«non è pensabile e possibile contrastare l'infiltrazione della mafia “imprenditrice” e i suoi interessi nell'una senza colpire anche gli altri e che tale distinzione, se poteva avere una giustificazione nella società meno complessa di cui la precedente legislazione antimafia era specchio, viene oggi a perdere ogni*

¹² Cons. St., sez. I, 17 novembre 2015, n. 497 (pres. Barbagallo, est. Bellomo), in *Foro it.*, 2016, III, 214, con nota di G. D'Angelo.

¹³ Cons. Stato, sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565 e 8 marzo 2017, n. 1109.

valore, ed efficacia deterrente, per entità economiche che, sostenute da ingenti risorse finanziarie di illecita origine ed agevolate, rispetto ad altri operatori, da modalità criminose ed omertose, entrino nel mercato con una aggressività tale da eliminare ogni concorrenza e, infine, da monopolizzarlo».

Questa interpretazione è stata messa in discussione per la sua portata limitativa della libertà economica privata, ma è stata confermata dalla Corte Costituzionale¹⁴.

La Corte evidenzia che non sussisteva alcun ostacolo logico o concettuale che imponesse al legislatore di circoscrivere gli effetti dell'informazione antimafia alle attività contrattuali della pubblica amministrazione. Nell'attuale sistema legislativo e nel contesto di inquinamento dell'economia legale non è irragionevole che, a fronte di un tentativo di infiltrazione mafiosa, il legislatore, rispetto agli elementi di allarme desunti dalla consultazione della banca dati, reagisca attraverso l'inibizione, sia delle attività contrattuali con la pubblica amministrazione, sia di quelle in senso lato autorizzatorie, prevedendo l'adozione di un'informazione antimafia interdittiva che produce gli effetti anche della comunicazione antimafia.

Nella motivazione della Corte spicca il riferimento alla Banca dati nazionale unica della documentazione amministrativa (prevista dall'art. 98, comma 1) operativa per effetto dell'adozione del d.P.C.M. n. 193 del 2014, che consente all'autorità prefettizia di avere una cognizione ad ampio spettro e aggiornata della posizione antimafia di una impresa e di potere venire a conoscenza, nella consultazione della Banca dati per il rilascio della comunicazione, di ulteriori elementi che la inducano a più seri approfondimenti circa la possibile permeabilità mafiosa dell'impresa e al rilascio di una informazione antimafia.

Il sistema della documentazione antimafia ora rafforzato dall'istituzione della Banca dati, per sua stessa struttura mutevole nel tempo, è soggetto a costante *aggiornamento* (art. 91, comma 5), perché, come prevede l'art. 86, le comunicazioni antimafia hanno validità semestrale (comma 1) e le informazioni antimafia hanno validità annuale (comma 2).

Al riguardo il Consiglio di Stato, nella sua più recente giurisprudenza, ha chiarito che la validità annuale dell'informazione antimafia, che va richiesta da ogni singola amministrazione in ogni singolo procedimento per il quale è prevista e deve essere rinnovata di volta in volta dalla Prefettura per ogni singolo procedimento (non essendo prevista nel nostro ordinamento una informazione antimafia c.d. *erga omnes*), deve intendersi riferita al valore legale del documento antimafia, che comunque mantiene i propri effetti interdittivi per una durata annuale, e non già per gli elementi indiziari posti a base dell'informativa, che non scadono", come è ovvio, né perdono la loro valenza sintomatica solo per il decorso del termine annuale, sicché ben potrà la Prefettura, ove richiesta dall'amministrazione interessata, emettere una nuova informativa, decorso l'anno, sulla base degli stessi elementi già posti a fondamento della precedente e purché non ne sopraggiungano di nuovi che elidano l'efficacia indiziante degli elementi pregressi¹⁵.

Al sistema legislativo delle misure antimafia si affianca il sistema pattizio, espresso dalla prassi dei *Protocolli di legalità* o *Patti di integrità*, che ha trovato un riconoscimento legislativo nell'art. 1, comma 17, della l. n. 190 del 2012, secondo cui "*le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara*".

¹⁴ Corte Cost. n. 4 del 18 gennaio 2018.

¹⁵ Cons. St., sez. III, 5 ottobre 2016, n. 4121.

Al riguardo la Corte di Giustizia UE ha rilevato che «*va riconosciuto agli Stati membri un certo potere discrezionale nell'adozione delle misure destinate a garantire il rispetto del principio della parità di trattamento e dell'obbligo di trasparenza, i quali si impongono alle amministrazioni aggiudicatrici in tutte le procedure di aggiudicazione di un appalto pubblico*», perché «*il singolo Stato membro è nella posizione migliore per individuare, alla luce di considerazione di ordine storico, giuridico, economico o sociale che gli sono proprie, le situazioni favorevoli alla comparsa di comportamenti in grado di provocare violazioni del rispetto del principio e dell'obbligo summenzionati*»¹⁶.

La Corte di Giustizia, però, ha ricordato un importante limite alla loro operatività e, cioè, la loro soggezione al principio di proporzionalità, sicché gli impegni assunti e le dichiarazioni contenute nei protocolli non possono oltrepassare i limiti di ciò che è necessario al fine di salvaguardare i principî di concorrenza, parità di trattamento e di non discriminazione nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva.

Anche il Consiglio di Stato si è espresso sulla portata dei protocolli di legalità in una nota vicenda, legata ai lavori di *Expo 2015*, negando, sulla scorta di diversi argomenti di carattere letterale e sistematico, che vi fossero elementi tali per ritenere violato, da parte dell'aggiudicatario dei lavori pubblici di Expo, il protocollo di legalità, e ciò in ragione anche del fatto che nessuna violazione emerse né fu accertata durante la fase selettiva, essendo le notizie delle indagini penali e gli arresti di molto successivi all'aggiudicazione ed alla stessa stipulazione del contratto d'appalto¹⁷.

La sentenza del Consiglio di Stato, tuttavia, ha posto l'accento anche sulla normativa sopravvenuta del d.l. n. 90 del 2014, convertito nella legge n. 114 del 2014, che, riformando radicalmente la materia dell'anticorruzione, ha inciso notevolmente sulla normativa antimafia e, per quanto qui rileva, in una duplice direzione.

L'art. 29, comma 1, del d.l. n. 90 del 2014, infatti, è intervenuto sul sistema delle c.d. *white list* (art. 1, commi 52 e 53 legge 190 del 2012), prevedendo un apposito elenco “*di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa operanti*” in delicati settori delle opere pubbliche, tenuto dalla Prefettura, il cui provvedimento negativo si fonda sugli stessi elementi che devono essere posti a base dell'informazione antimafia, in quanto la Prefettura “*effettua verifiche periodiche circa la perdurante insussistenza dei tentativi di infiltrazione mafiosa e, in caso di esito negativo, dispone la cancellazione dell'impresa dall'elenco*”.

Il potenziamento della c.d. *white list* e l'accreditamento antimafia degli operatori economici in appositi elenchi, tenuti dalle Prefetture, marginalizza il ruolo dei protocolli di legalità e del sistema pattizio delle misure antimafia, che pure tuttavia mantiene una propria vitalità, in quanto scongiura *a priori* il rischio di infiltrazioni mafiose in imprese chiamate a svolgere attività di particolare rilievo, tenute, per svolgere la loro attività (anche nei rapporti con privati, laddove sovvenzionati dallo Stato, come per la ricostruzione dai sismi), ad essere iscritte in appositi elenchi, previa verifica, appunto, della loro impermeabilità mafiosa da parte delle Prefetture.

Su altro versante, e *a posteriori*, la riforma del 2014 ha introdotto, con l'art. 32, comma 4 del d.l. n. 90, una serie di misure straordinarie, a carattere conservativo, intese a garantire la conclusione del contratto già avviato in funzione dell'interesse pubblico, considerato preminente, alla realizzazione dell'opera, del servizio o della fornitura, come nel caso della temporanea e

¹⁶ Corte di Giustizia UE, Sezione X, 22 ottobre 2015, causa C-425/14.

¹⁷ Cons. St., sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 143.

straordinaria gestione dell'impresa, alla quale concorrono, in diversa misura a seconda dei casi, l'intervento dell'ANAC e del Prefetto.

Il Consiglio di Stato ha chiarito che l'attività di temporanea e straordinaria gestione dell'impresa è considerata di pubblica utilità ad ogni effetto (art. 32, comma 4 del d.l. n. 90 del 2014), poiché essa risponde al solo interesse generale di assicurare la realizzazione dell'opera, del servizio o della fornitura¹⁸. Tale misura può essere adottata dal Prefetto, ai sensi dell'art. 32, comma 10, del d.l. n. 90 del 2014, anche *“nei casi in cui sia stata emessa dal Prefetto un'informazione antimafia interdittiva e sussista l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto ovvero dell'accordo contrattuale, ovvero la sua prosecuzione al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela dei diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici, ancorché ricorrano i presupposti di cui all'articolo 94, comma 3, del d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159”*.

Evidentemente il legislatore, consapevole degli effetti che un provvedimento informativo antimafia (o anche un diniego di iscrizione nella *white list*) esplica sulla realizzazione delle opere pubbliche, ha privilegiato una misura, quella della temporanea e straordinaria gestione dell'impresa, che può anche seguire l'emissione dell'informativa e consentire la realizzazione dell'opera, della fornitura e del servizio da parte dell'impresa colpita da informativa e guidata dai nuovi organi sociali o, nei casi più gravi, dagli amministratori, nominati dal Prefetto, che deve informarne l'ANAC.

Proprio nella citata sentenza n. 143 del 2015, il Consiglio di Stato ha rimarcato *«l'opzione normativa in favore del mantenimento in essere del rapporto contrattuale scaturito dall'originario affidamento»*, come è dimostrato dall'aver *«il legislatore bilanciato unicamente i due interessi pubblici alla sollecita realizzazione dell'opera pubblica e ad impedire al possibile reo di lucrare sul proprio illecito»*.

* * *

L'altro fondamentale strumento di contrasto della criminalità organizzata è lo scioglimento dei Consigli comunali o provinciali per infiltrazioni mafiose, previsto dall'art. 143 del d.lgs. n. 267 del 2000 (TUEL), che costituisce una misura di carattere eccezionale e cautelare prevista dall'ordinamento degli enti locali per situazioni straordinarie, che si hanno nelle ipotesi di collusione, anche indiretta, o comunque di interferenza, non solo voluta ma anche subita, degli organi elettivi e burocratici di Comuni e Province con la criminalità organizzata di stampo mafioso.

L'eccezionalità dell'istituto, nato a inizio degli anni '90 del secolo scorso in uno dei periodi più caldi della lotta intrapresa dallo Stato contro la minaccia mafiosa, lo ha subito posto, come è noto, al centro di dibattute questioni relative alla sua compatibilità con l'assetto costituzionale e, in particolare, con i parametri di cui agli artt. 3 della Cost., quanto al profilo della vaghezza della fattispecie nei suoi presupposti e alla responsabilità personale degli amministratori locali, e agli artt. 24 e 113 Cost., quanto al profilo della ridotta tutela giurisdizionale derivante dalla labilità e incontrollabilità degli elementi sui quali si fonda, e quanto agli artt. 48 e 51 Cost., quanto al profilo dell'elettorato passivo.

Nel respingere le questioni, la Corte costituzionale ne ha chiarito la natura, quale *«misura di carattere sanzionatorio, che ha come diretti destinatari gli organi elettivi, anche se caratterizzata da rilevanti aspetti di prevenzione sociale per la sua ricaduta sulle comunità locali che la legge intende sottrarre, nel suo complesso, all'influenza della criminalità organizzata»*, concludendo che

¹⁸ Cons. St., sez. III, 28 aprile 2016, n. 1630 nonché la già citata sentenza di Cons. St., sez. III, 24 luglio 2015, n. 3653.

«tale qualificazione, collegando la misura ad una emergenza straordinaria, attribuisce a quell'emergenza il valore di limite e di misura del potere, esercitabile perciò solo nei luoghi e fino a quando si manifesti tale straordinario fenomeno eversivo»¹⁹.

Il Consiglio di Stato, in numerose pronunce, ha invece privilegiato una lettura dell'istituto incentrata sulla sua finalità cautelare più che sull'aspetto sanzionatorio, pur presente, per valorizzarne la finalità preventiva di contrasto all'infiltrazione della criminalità organizzata nella vita, politica e amministrativa, degli enti locali, rimarcandone comunque la straordinarietà e la natura di atto di alta amministrazione, quasi *extrema ratio* dell'ordinamento intesa a salvaguardare la funzionalità dell'amministrazione pubblica²⁰, ove non siano appropriate, e sufficienti, le ordinarie misure previste dall'art. 141 del T.U.E.L.

Lo scioglimento dell'ente può essere determinato non solo dal collegamento di politici e burocrati locali con la criminalità organizzata, ma anche dal loro condizionamento, e tali situazioni spesso convivono nella vita amministrativa degli enti locali influenzate dalle cosche mafiose.

Come mostra la vasta casistica giurisprudenziale, le mafie, in molti contesti locali, sono in grado di condizionare in modo genetico la vita dell'ente, con accordi preelettorali, ed esercitano un controllo persino sulle urne, non limitandosi ad incidere solo ex post e sul piano funzionale sulla sua attività.

L'art. 143, comma 1, del T.U.E.L., nel testo novellato dall'art. 2, comma 30, della l. n. 94 del 2009, richiede che l'infiltrazione mafiosa, nei termini del condizionamento e/o del collegamento, sia resa significativa da elementi «concreti, univoci e rilevanti», che assumano valenza tale da determinare «un'alterazione del procedimento di formazione della volontà degli organi amministrativi e da compromettere l'imparzialità delle amministrazioni comunali e provinciali», aspetto, quest'ultimo, che riveste carattere essenziale per l'adozione della misura di scioglimento dell'organo rappresentativo della comunità locale.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha chiarito che, pur nell'ampiezza dell'apprezzamento discrezionale che compete all'autorità amministrativa, gli elementi sintomatici del condizionamento criminale posti a fondamento della misura devono però caratterizzarsi per *concretezza* ed essere, anzitutto, assistiti da un obiettivo e documentato accertamento nella loro realtà storica; per *univocità*, intesa quale loro chiara direzione agli scopi che la misura di rigore è intesa a prevenire; per *rilevanza*, che si caratterizza per l'idoneità all'effetto di compromettere il regolare svolgimento delle funzioni dell'ente locale.

La definizione di questi precisi parametri costituisce un vincolo con il quale il legislatore non ha voluto elidere quella discrezionalità, ma controbilanciarla, ancorandola a fatti concreti e univoci, in funzione della necessità di commisurare l'intervento più penetrante dello Stato a contrasto del fenomeno mafioso con i più alti valori costituzionali alla base del nostro ordinamento, quali il rispetto della volontà popolare espressa con il voto e l'autonomia dei diversi livelli di governo.

Le vicende "sintomatiche" del legame condizionante con ambienti mafiosi, che costituiscono il presupposto del provvedimento di scioglimento di un Consiglio comunale, devono essere però considerate nel loro insieme, alla luce del contesto locale e dei suoi rapporti con l'amministrazione del territorio. Assumono pertanto rilievo anche situazioni non traducibili in episodici addebiti personali, come frequentazioni, rapporti di amicizia o di affari, legami familiari o vincoli sentimentali, accordi preelettorali, cointeressenze economiche del più vario genere, vicende

¹⁹ Corte cost., 19 marzo 1993, n. 103.

²⁰ *Ex multis* Cons. St., sez. III, 24 aprile 2015, n. 2054, e più di recente Cons. St., sez. III, 24 febbraio 2016, n. 748.

amministrative, o anche solo conversazioni, oggetto di intercettazioni telefoniche e ambientali, o altri elementi emergenti da eventuali investigazioni penali o acquisiti dalla Commissione d'indagine nominata dal Prefetto in fase di istruttoria, ma tali da rendere, nel loro insieme, plausibile, nella concreta realtà contingente e in base ai dati dell'esperienza, l'ipotesi di una soggezione o di una pericolosa contiguità degli amministratori locali alla criminalità organizzata, e ciò anche quando il valore indiziario degli elementi raccolti non sia sufficiente per l'avvio dell'azione penale o per l'adozione di misure individuali di prevenzione.

Il carattere di straordinarietà della misura in esame e la sua natura di atto di alta amministrazione ne giustificano la portata derogatoria rispetto a diversi principi generali che regolano il procedimento amministrativo. Così, ad esempio, l'avvio del procedimento non deve essere preceduto dalla comunicazione, di cui all'art. 7 della l. n. 241 del 1990, né da particolari garanzie procedurali.

È dunque sul piano della tutela giurisdizionale che si sposta il controllo sull'emissione di queste misure, assoggettate al rito abbreviato (art. 119, comma 1, lett. e), c.p.a.) e alla competenza funzionale concentrata in capo al solo Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma (art. 135, comma 1, lett. q), c.p.a.).

Nella più recente giurisprudenza, facendo leva sul comune effetto interdittivo e sulla analogia di funzione, la tipologia del sindacato sui fatti sintomatici del condizionamento e/o del collegamento mafioso si è avvicinato a quello elaborato per le informative antimafia, improntato, come si vedrà, al criterio del "più probabile che non".

Ai sensi dell'art. 144 del TUEL l'esercizio del potere sostitutivo del Governo determina, insieme con lo scioglimento degli organi elettivi, l'insediamento di una Commissione straordinaria per la gestione dell'ente che svolge l'essenziale funzione di ripristinare la legalità violata, con il potere di annullare e revocare atti già adottati dalla disciolta amministrazione collusa con la mafia e di condurre entro tempi brevi l'ente a nuove elezioni, con il conseguente ripristino degli organi elettivi.

A tal fine la Commissione dispone di poteri eccezionali, previsti dall'art. 145 del T.U.E.L., con il compito di eliminare, con strumenti di tipo amministrativo, le fonti di condizionamento criminale, diretto od indiretto, dell'amministrazione pubblica nei settori di attività concernenti l'affidamento degli appalti pubblici e la gestione di pubblici servizi.

2.2 L'informativa prefettizia antimafia

L'interdittiva antimafia comporta che il Prefetto escluda che un imprenditore – pur dotato di adeguati mezzi economici e di una adeguata organizzazione – sia affidabile e possa svolgere attività economiche in settori regolati dalla pubblica amministrazione.

Richiamato quanto già rilevato in sede introduttiva, l'informativa antimafia accerta l'esistenza di "*tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate*". Il suo effetto è, appunto, di interdire l'impresa dalla titolarità di rapporti contrattuali con le pubbliche Amministrazioni o di titoli abilitativi allo svolgimento di attività economiche, a fini di salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della concorrenza nel mercato, del buon andamento dell'amministrazione.

Secondo la regola generale dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990 la motivazione della informativa deve indicare gli elementi di fatto posti a base delle relative valutazioni e le ragioni in

base alle quali gli elementi emersi nel corso del procedimento siano tali da ravvisare il rischio di infiltrazione mafiosa.

Tale rischio, ai sensi dell'art. 84, comma 4 del Codice antimafia, deve essere desunto:

- a) dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluni dei delitti di cui agli articoli 353, 353-bis, 603-bis, 629, 640-bis, 644, 648-bis, 648-ter del codice penale, dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale e di cui all'articolo 12-quinquies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356;
- b) dalla proposta o dal provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione;
- c) salvo che ricorra l'esimente di cui all'articolo 4 della legge 24 novembre 1981, n. 689, dall'omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di cui agli articoli 317 e 629 del codice penale, aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, da parte dei soggetti indicati nella lettera b) dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste;
- d) dagli accertamenti disposti dal prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'interno ai sensi del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, ovvero di quelli di cui all'articolo 93 del presente decreto;
- e) dagli accertamenti da effettuarsi in altra provincia a cura dei prefetti competenti su richiesta del prefetto precedente ai sensi della lettera d);
- f) dalle sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, effettuate da chiunque conviva stabilmente con i soggetti destinatari dei provvedimenti di cui alle lettere a) e b), con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti coinvolti nonché le qualità professionali dei subentranti, denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia.

Le previsioni di cui alle lett. d) – e), nonché quella di cui all'art. 91, comma 6 (*“Il prefetto può, altresì, desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa da provvedimenti di condanna anche non definitiva per reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali unitamente a concreti elementi da cui risulti che l'attività d'impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata”*) consentono di ritenere che esistono numerose situazioni, non tipizzate dal legislatore, indicative dell'infiltrazione mafiosa, sicché gli elementi che l'autorità prefettizia può valutare possono individuarsi nei seguenti tipi:

- i provvedimenti sfavorevoli del giudice penale;
- le sentenze di proscioglimento o di assoluzione;
- la proposta o il provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione previste dallo stesso d.lgs. n. 159 del 2011;
- i rapporti di parentela;
- i contatti o i rapporti di frequentazione, conoscenza, colleganza, amicizia;
- le vicende anomale nella formale struttura dell'impresa;
- le vicende anomale nella concreta gestione dell'impresa;
- la condivisione di un sistema di illegalità, volto ad ottenere i relativi benefici;

- l'inserimento in un contesto di illegalità o di abusivismo, in assenza di iniziative volte al ripristino della legalità.

Tali elementi sono stati puntualmente definiti dalla giurisprudenza, che li ha interpretati essenzialmente sulla base di categorie socio-criminali e della casistica²¹.

²¹ Cons. Stato, sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743:

«6.1. Passando ad un più dettagliato esame di tali elementi, osserva il Collegio che innanzitutto rilevano i provvedimenti del giudice penale che dispongano una misura cautelare o il giudizio o che rechino una condanna, anche non definitiva, di titolari, soci, amministratori, di fatto e di diritto, direttori generali dell'impresa, per uno dei delitti-spia previsti dall'art. 84, comma 4, lett. a), del d. lgs. n. 159 del 2011.

6.1.1. Tra questi delitti (rilevanti pur se 'risalenti nel tempo'), un particolare rilievo hanno quelli di turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.), turbata libertà di scelta del contraente (art. 353-bis c.p.), estorsione (art. 629 c.p.), truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-bis c.p.), usura (art. 644 c.p.), riciclaggio (art. 648-bis c.p.) o impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (art. 648-ter c.p.), e quelli indicati dall'art. 51, comma 3-bis, c.p.p., cioè, tra gli altri, i delitti di associazione semplice (art. 416 c.p.) o di associazione di stampo mafioso (art. 416-bis c.p.) o tutti i delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis c.p. o per agevolare le attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché l'art. 12-quinquies del d.l. n. 306 del 1992, convertito con modificazioni dalla l. n. 356 del 1992.

6.1.2. Rilevano anche tutti i provvedimenti di condanna anche non definitiva per reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali, di cui all'art. 91, comma 6, del d. lgs. n. 159 del 2011.

6.2. Le sentenze di proscioglimento o di assoluzione hanno una specifica rilevanza, ove dalla loro motivazione si desuma che titolari, soci, amministratori, direttori generali dell'impresa, pur essendo andati esenti da condanna, abbiano comunque subito, ancorché incolpevolmente, un condizionamento mafioso che pregiudichi le libere logiche imprenditoriali.

6.2.1. Può rilevare, più in generale, qualsivoglia provvedimento del giudice civile, penale, amministrativo, contabile o tributario, quale che sia il suo contenuto decisorio, dalla cui motivazione emergano elementi di condizionamento, in qualsiasi forma, delle associazioni malavitose sull'attività dell'impresa o, per converso, l'agevolazione, l'aiuto, il supporto, anche solo logistico, che questa abbia fornito, pur indirettamente, agli interessi e agli affari di tali associazioni.

6.3. Rileva anche la proposta o il provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione previste dallo stesso d. lgs. n. 159 del 2011, siano esse di natura personale o patrimoniale, nei confronti di titolari, soci, amministratori, direttori generali dell'impresa e dei loro parenti, proprio in coerenza con la logica preventiva e anticipatoria che sta a fondamento delle misure in esame.

6.4. Quanto ai rapporti di parentela tra titolari, soci, amministratori, direttori generali dell'impresa e familiari che siano soggetti affiliati, organici, contigui alle associazioni mafiose, l'Amministrazione può dare loro rilievo laddove tale rapporto, per la sua natura, intensità, o per altre caratteristiche concrete, lasci ritenere, per la logica del «più probabile che non», che l'impresa abbia una conduzione collettiva e una regia familiare (di diritto o di fatto, alla quale non risultino estranei detti soggetti) ovvero che le decisioni sulla sua attività possano essere influenzate, anche indirettamente, dalla mafia attraverso la famiglia, o da un affiliato alla mafia mediante il contatto col proprio congiunto.

6.4.1. Ai rapporti di parentela l'Autorità amministrativa, in presenza di altri elementi univoci e sintomatici, può anche assimilare quei «rapporti di comparaggio», derivanti da consuetudini di vita.

6.4.2. Infatti, specialmente nei contesti sociali in cui attecchisce il fenomeno mafioso, all'interno della famiglia si può verificare una «influenza reciproca» di comportamenti e possono sorgere legami di cointeressenza, di solidarietà, di copertura o quanto meno di soggezione o di tolleranza.

6.4.3. Una tale influenza può essere desunta non dalla considerazione (che sarebbe in sé errata e in contrasto con i principi costituzionali) che il parente di un mafioso sia anch'egli mafioso, ma per la doverosa considerazione, per converso, che la complessa organizzazione della mafia ha una struttura clanica, si fonda e si articola, a livello particellare, sul nucleo fondante della 'famiglia', sicché in una 'famiglia' mafiosa anche il soggetto che non sia attinto da pregiudizio mafioso può subire, nolente, l'influenza del 'capofamiglia' e dell'associazione.

6.4.4. Sotto tale profilo, hanno rilevanza circostanze obiettive (a titolo meramente esemplificativo, ad es., la convivenza, la cointeressenza di interessi economici, il coinvolgimento nei medesimi fatti, che pur non abbiano dato luogo a condanne in sede penale) e rilevano le peculiari realtà locali, ben potendo l'Amministrazione evidenziare come sia stata accertata l'esistenza – su un'area più o meno estesa – del controllo di una 'famiglia' e del sostanziale coinvolgimento dei suoi componenti (a fortiori se questi non risultino avere proprie fonti legittime di reddito).

6.4.5. In materia, possono risultare utili anche i principi formulati da questo Consiglio, in materia di revoca delle licenze di polizia, quando abbiano ad oggetto armi e munizioni, e cioè in una materia in cui similmente si pongono – sia pure sotto distinti profili – aspetti di protezione dell'ordine pubblico.

6.4.6. Infatti, l'Autorità di polizia può ragionevolmente disporre la revoca quando il titolare della licenza sia un congiunto di un appartenente alla criminalità organizzata e sia con questi convivente: si può senz'altro ritenere

sussistente un pericolo di abuso, quando un'arma sia custodita nella stessa abitazione di un appartenente alla criminalità organizzata, non solo perché è concretamente ipotizzabile che vi sia la possibilità di utilizzare l'arma senza il consenso del titolare della licenza, ma anche perché il legame familiare e la convivenza comportano reciproci condizionamenti.

6.4.7. Similmente, il provvedimento del Prefetto può ritenere sussistente il pericolo di condizionamento mafioso, quando l'imprenditore conviva con un congiunto, risultato appartenente ad un sodalizio criminoso.

6.5. Circa i contatti o i rapporti di frequentazione, conoscenza, colleganza, amicizia, di titolari, soci, amministratori, dipendenti dell'impresa con soggetti raggiunti da provvedimenti di carattere penale o da misure di prevenzione antimafia, l'Amministrazione può ragionevolmente attribuire loro rilevanza quando essi non siano frutto di casualità o, per converso, di necessità.

6.5.1. Se di per sé è irrilevante un episodio isolato ovvero giustificabile, sono invece altamente significativi i ripetuti contatti o le 'frequentazioni' di soggetti coinvolti in sodalizi criminali, di coloro che risultino avere precedenti penali o che comunque siano stati presi in considerazione da misure di prevenzione.

6.5.2. Tali contatti o frequentazioni (anche per le modalità, i luoghi e gli orari in cui avvengono) possono far presumere, secondo la logica del «più probabile che non», che l'imprenditore – direttamente o anche tramite un proprio intermediario - scelga consapevolmente di porsi in dialogo e in contatto con ambienti mafiosi.

6.5.3. Quand'anche ciò non risulti punibile (salva l'adozione delle misure di prevenzione), la consapevolezza dell'imprenditore di frequentare soggetti mafiosi e di porsi su una pericolosa linea di confine tra legalità e illegalità (che lo Stato deve invece demarcare e difendere ad ogni costo) deve comportare la reazione dello Stato proprio con l'esclusione dell'imprenditore medesimo dal conseguimento di appalti pubblici e comunque degli altri provvedimenti abilitativi individuati dalla legge.

6.5.4. In altri termini, l'imprenditore che – mediante incontri, telefonate o altri mezzi di comunicazione, contatti diretti o indiretti – abbia tali rapporti (e che si espone al rischio di esserne influenzato per quanto riguarda le proprie attività patrimoniali e scelte imprenditoriali) deve essere consapevole della inevitabile perdita di 'fiducia', nel senso sopra precisato, che ne consegue (perdita che il provvedimento prefettizio attesta, mediante l'informativa).

6.6. Rilevano altresì le vicende anomale nella formale struttura dell'impresa, sia essa in forma individuale o collettiva, nonché l'abuso della personalità giuridica.

6.6.1. Tali vicende e tale abuso non sono altrimenti spiegabili, secondo la logica del «più probabile che non», se non con la permeabilità mafiosa dell'impresa e il malcelato intento di dissimularla, come, ad esempio, nei casi previsti dall'art. 84, comma 4, lett. f), del d. lgs. n. 159 del 2011 e, cioè, le sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società, nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, effettuate da chiunque conviva con soggetti destinatari di provvedimenti di cui alle lettere a) e b) dello stesso art. 84, comma 4, del d. lgs. n. 159 del 2011, realizzate con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzate, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti e le qualità dei subentranti, «denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia».

6.7. Rilevano, più in generale, tutte quelle operazioni fraudolente, modificative o manipolative della struttura dell'impresa, che essa esercitata in forma individuale o societaria:

- scissioni, fusioni, affitti di azienda o anche solo di ramo di azienda, acquisti di pacchetti azionari o di quote societarie da parte di soggetti, italiani o esteri, al di sopra di ogni sospetto, spostamenti di sede, legale od operativa, in zone apparentemente 'franche' dall'influsso mafioso;

- aumenti di capitale sociale finalizzati a garantire il controllo della società sempre da parte degli stessi soggetti, patti parasociali, rimozione o dimissioni di sindaci o controllori sgraditi;

- walzer di cariche sociali tra i medesimi soggetti, partecipazioni in altre società colpite da interdittiva antimafia, gestione di diverse società, operanti in settori diversi, ma tutte riconducibili alla medesima governance e spostamenti degli stessi soggetti dalle cariche sociali dell'una o dell'altra, etc.

6.7.1. Tali operazioni vanno considerate fraudolente, quando sono eseguite al malcelato fine di nascondere o confondere il reale assetto gestionale e con un abuso delle forme societarie, dietro il cui schermo si vuol celare la realtà effettiva dell'influenza mafiosa, diretta o indiretta, ma pur sempre dominante.

6.8. Rilevano inoltre le vicende anomale nella concreta gestione dell'impresa, riscontrate dal Prefetto anche mediante i poteri di accesso e di accertamento di cui alle lettere d) ed e) dell'art. 84, comma 4, del d. lgs. n. 159 del 2011, consistenti in fatti che lasciano intravedere, nelle scelte aziendali, nelle dinamiche realizzative delle strategie imprenditoriali, nella stessa fase operativa e nella quotidiana attività di impresa, evidenti segni di influenza mafiosa.

6.8.1. Tale casistica è assai varia ed è ben nota alla giurisprudenza di questo Consiglio, potendo avere rilievo, a solo titolo esemplificativo:

- le cc.dd. teste di legno poste nelle cariche sociali, le sedi legali con uffici deserti e le sedi operative ubicate presso luoghi dove invece hanno sede uffici di altre imprese colpite da antimafia;

- l'inspiegabile presenza sul cantiere di soggetti affiliati alle associazioni mafiose;

- il nolo di mezzi esclusivamente da parte di imprese locali gestite dalla mafia;

- il subappalto o la tacita esecuzione diretta delle opere da parte di altre imprese, gregarie della mafia o colpite da interdittiva antimafia;

Nell'illustrare tali elementi, qualora i fatti risultino chiari ed evidenti, ad esempio perché provenienti da fonti qualificate, amministrative o giudiziarie, il provvedimento prefettizio si può anche limitare a richiamarli componendoli sotto l'egida del paradigma normativo.

Qualora, invece, i fatti emersi nel corso del procedimento risultino in qualche modo opinabili, e si debbano effettuare collegamenti e valutazioni, il provvedimento prefettizio deve motivatamente specificare quali elementi ritenga rilevanti e come essi si leghino tra loro.

In ogni caso, l'impianto motivazionale dell'informativa (ex se o col richiamo agli atti istruttori) deve fondarsi su una rappresentazione complessiva, imputabile all'autorità prefettizia, degli elementi di permeabilità rispetto alle iniziative della criminalità organizzata di stampo mafioso.

È estranea al sistema delle informative antimafia, che non hanno natura sanzionatoria ma cautelare, la logica penalistica di certezza probatoria, occorrendo valutare il rischio di inquinamento mafioso in base all'ormai consolidato criterio del più «*probabile che non*», alla luce di una regola di giudizio, cioè, che ben può essere integrata da dati di comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali, qual è, anzitutto, anche quello mafioso.

Per questo gli elementi posti a base dell'informativa possono essere anche non penalmente rilevanti o non costituire oggetto di procedimenti o di processi penali o, addirittura, possono essere già stati oggetto del giudizio penale, con esito di proscioglimento o di assoluzione.

2.3 La tutela giurisdizionale

In materia di informative antimafia sussiste la giurisdizione amministrativa di legittimità, estesa ai provvedimenti vincolati conseguenti che incidono sul rapporto contrattuale.

La competenza si radica, per l'esigenza del *simultaneus processus* propria di una tutela giurisdizionale rapida, effettiva e concentrata, in capo al Tribunale Amministrativo Regionale ove ha sede la Prefettura che ha emesso il provvedimento antimafia, anche nell'ipotesi in cui siano impugnati diversi atti di revoca/recesso/decadenza da parte delle singole amministrazioni dislocate sull'intero territorio nazionale.

-
- i rapporti commerciali intrattenuti solo con determinate imprese gestite o 'raccomandate' dalla mafia;
 - le irregolarità o le manomissioni contabili determinate dalla necessità di camuffare l'intervento e il tornaconto della mafia nella effettiva esecuzione dell'appalto;
 - gli stati di avanzamento di lavori 'gonfiati' o totalmente mendaci;
 - l'utilizzo dei beni aziendali a titolo personale, senza alcuna ragione, da parte di soggetti malavitosi;
 - la promiscuità di forze umane e di mezzi con imprese gestite dai medesimi soggetti riconducibili alla criminalità e già colpite, a loro volta, da interdittiva antimafia;
 - l'assunzione esclusiva o prevalente, da parte di imprese medio-piccole, di personale avente precedenti penali gravi o comunque contiguo ad associazioni criminali;
 - i rapporti tra impresa e politici locali collusi con la mafia o addirittura incandidabili, etc.
- 6.9. Quanto alla condivisione di un sistema di illegalità, volto ad ottenere i relativi 'benefici', la perdita di 'fiducia' – giustificativa della interdittiva – si può legittimamente basare anche sulla manifestata disponibilità dell'imprenditore di far parte di un sistema di gestione di un settore, caratterizzato da illegalità, con 'scambi di favori' (riferibili, ad es., ad una volontaria mancata partecipazione ad una gara, 'in cambio' di successivi vantaggi).
- 6.10. Può avere un rilievo decisivo – per escludere la fiducia necessaria perché vi siano i contatti con la pubblica Amministrazione – anche l'inserimento dell'imprenditore in un contesto di illegalità o di abusivismo, reiterato e costante o anche solo episodico, ma particolarmente allarmante, in assenza di iniziative volte al ripristino della legalità, sintomatiche di una sostanziale impunità.
- 6.11. In tali casi, il Prefetto può senz'altro desumere ulteriori argomenti per ritenere che l'imprenditore possa contare in loco su 'coperture' e connivenze, anche presso gli uffici pubblici, valendosi del clima tipico di una realtà pervasa e soggiogata dall'influenza mafiosa».

Il rito resta quello ordinario, anche quando siano impugnati atti di revoca e/o di recesso, adottati dalle stazioni appaltanti, senza che sia quindi possibile applicare il dimezzamento dei termini previsto dall'art. 119, comma 2, c.p.a. per gli appalti pubblici.

Le tecniche del sindacato giurisdizionale sono state precisate da una recente pronuncia del Consiglio di Stato²², che ha fissato il punto di equilibrio tra l'interesse pubblico sotteso alla funzione amministrativa di prevenzione antimafia e i principi dello Stato di diritto:

«I tre motivi di appello possono essere congiuntamente esaminati, devolvendo in sostanza le stesse questioni poste in primo grado, ossia l'assenza dei presupposti normativi per l'adozione dell'informativa in ragione dell'assenza di collegamenti tra la criminalità organizzata e la compagine societaria e, comunque, la non attualità del pericolo di condizionamento mafioso.

Entrambe le questioni ruotano intorno alla figura di -OMISSIS-, amministratore dell'appellante fino a circa tre anni prima dell'adozione dell'atto impugnato, che non può che essere analizzata alla luce della fenomenologia dell'impresa mafiosa, poiché questa è l'ipotesi accusatoria.

Tale indagine va però inserita nella cornice teorica che presiede all'accertamento dell'Autorità amministrativa in materia e, per conseguenza al sindacato giurisdizionale su di esso, retti, come noto, dalla regola "più probabile che non", il quale si individua per distinzione con il principio b.a.r.d. ("al di là del ragionevole dubbio"), che dunque occorre definire.

Ciò anche perché la difesa del privato – diversamente da quanto accade solitamente nei processi aventi ad oggetto questa materia – ha approfondito il tema nella discussione orale, soffermandosi proprio sul rapporto tra i due criteri, che ha ritenuto distinguibili sotto il profilo quantitativo ma non qualitativo, pervenendo così alla conclusione che l'Amministrazione non ha rispettato l'iter logico sotteso a dette regole, operando un vero e proprio "salto" concettuale, nell'affermare l'irrelevanza dei mutamenti societari intervenuti. Critica a cui la difesa erariale non ha replicato, rendendo dunque necessario che il Collegio prenda posizione sul punto, nei termini di seguito indicati.

È oramai invalso nel pensiero giuridico occidentale l'impiego nell'indagine giudiziaria – sia penale (Cass. pen. sez. un. 11 settembre 2002, n. 30328), che civile (Cass. civ. sez. un. 11 gennaio 2008, n. 58111) – del metodo scientifico, che si fonda su un compromesso delle concezioni di Hempel e di Popper, in forza del quale la probabilità (p) dell'ipotesi sul fatto (H) è proporzionale al grado di informazione coerente (K) introdotta nel processo attraverso l'acquisizione dei mezzi di prova, ed al crescere dell'informazione aumenta il grado di resistenza (r) alla falsificazione dell'ipotesi. In simboli: $p(HK) = r$.

Dal punto di vista logico, il ragionamento giudiziario – tradizionalmente ricondotto al sillogismo, in cui l'elemento noto (premessa minore o factum probans) viene analizzato secondo una regola (premessa maggiore) e fornisce un risultato sul fatto ignoto (conclusione o factum probandum) – segue il modello dell'abduzione e non della deduzione.

Cioè poiché nell'accertamento di un fatto – in sede civile, penale o amministrativa – si tratta di pensare a ritroso e l'impiego di leggi universali, ove disponibili, è limitato a singoli passaggi, sicché la conclusione provvisoria ha sempre natura probabilistica.

Nel processo l'abduzione si arricchisce grazie a una duplice operazione, rispettivamente di conferma e di verifica dell'ipotesi di partenza: la corroboration, che consiste nell'acquisire informazioni coerenti con quelle impiegate nella premessa minore dell'inferenza, e la cumulative

²² Cons. Stato, sez. III, 6 luglio 2017, n. 3333.

redundancy, che consiste nel validare la bontà del risultato dell'inferenza, mercé la confutazione delle ipotesi alternative.

Secondo la tesi prevalente, sia in giurisprudenza che in dottrina, il procedimento di conferma – cd. evidence – ha natura induttiva ed è centrale nel ragionamento giudiziario, distinguendosi nettamente dalla fase di formulazione dell'ipotesi e da quella, subito posteriore, della generazione delle conclusioni provvisorie.

Più precisamente, l'abduzione è limitata al momento iniziale, in cui, sulla base di associazioni o analogie spontanee, l'interprete elabora una congettura esplicativa del fatto, sulla cui base prosegue l'indagine, salvo che la stessa non superi la fase della conferma e sia necessario il ritorno alla fase della formazione delle ipotesi (c.d. andamento ricorsivo del ragionamento).

Nella fase successiva si traggono deduttivamente le conclusioni suggerite dall'ipotesi di partenza, onde riscontrare l'attendibilità dell'ipotesi mediante la c.d. esplorazione, che avviene nella terza fase.

In tale fase si procede alla revisione dell'ipotesi sulla base dell'evidenza empirica disponibile: se le conclusioni provvisoriamente raggiunte ricevono conferma, l'ipotesi acquisita consistenza, passando da possibile a probabile spiegazione dei fatti, tanto più probabile quanto più ampia è l'evidence.

Le tre fasi, pur se concatenate e suscettibili di considerazione circolare oltre che lineare, devono essere separate sul piano gnoseologico, non solo per l'intrinseca disomogeneità della logica argomentativa sottesa, ma anche per il diverso rischio di fallacie cognitive cui ciascuna è esposta. In particolare l'argomentazione abduttiva, essendo un prodotto del "pensiero spontaneo", da intendersi come il ragionamento umano non sostenuto «da strumenti formali correttamente appresi e correttamente applicati, come le logiche deduttive e induttive», sarebbe esposta a maggiori rischi di errore.

Orbene, la riferita classificazione strutturale del ragionamento giudiziario merita alcune precisazioni.

Nel processo l'interprete non elabora induzioni, potendo al più avvalersi di regole induttive preesistenti, siano esse leggi statistiche o massime di esperienza. L'argomentazione che giustifica un'ipotesi sul fatto tramite l'uso di un altro fatto con esso coerente o, quantomeno, compatibile, non è un'induzione.

La conferma dell'ipotesi avviene per completamento della premessa minore dell'abduzione.

È l'abduzione, dunque, il perno del ragionamento giudiziario sui fatti, come peraltro plasticamente evidenziato dalla formula matematica citata, la quale è incentrata sulla probabilità dell'ipotesi e definisce la fase di conferma come rivolta alla sua crescita, onde offrire maggiore resistenza ai successivi tentativi di falsificazione, necessari per raggiungere la soglia b.a.r.d.

Con riguardo all'abduzione, è improprio ritenere un maggiore rischio di fallacia sull'assunto che essa sarebbe il prodotto del "pensiero spontaneo". In primo luogo l'abduzione è, al pari della deduzione e dell'induzione un procedimento formale, benché connotato da un maggiore spazio di creatività dell'interprete. In secondo luogo, il c.d. pensiero spontaneo, altro non è che l'intuizione, un'istantanea forma di ragionamento basata su formule associative e dissociative, la cui potenza è direttamente proporzionale alle conoscenze e capacità intellettuali dell'operatore umano.

Sulla base di ciascuna inferenza abduttiva (una per ogni singolo tema di prova) viene organizzata una sequenza argomentativa finale, in cui i vari risultati ottenuti si comportano come elementi del modello globale di ricostruzione del fatto e vengono interpretati sulla base di

un'ipotesi esplicativa generale, in cui il complesso dei risultati ottenuti, valutati in base alle pertinenti regole di inferenza, generano la conclusione sul thema decidendum.

L'ipotesi potrà dirsi confermata quando la conclusione sia coerente con tutti i risultati ottenuti nel processo.

L'ipotesi potrà dirsi vera (oltre ogni ragionevole dubbio) quando la conclusione sia l'unica in grado di giustificare tutti i risultati ottenuti nel processo, o comunque sia nettamente preferibile rispetto ad ogni ipotesi alternativa astrattamente esistente.

L'ultimo nodo da sciogliere attiene al grado della verifica probabilistica: nei casi in cui un'ipotesi appaia non già l'unica, ma nettamente preferibile su ogni altra esistente, può non essere chiaro in cosa debba tradursi questa preferenza.

Superato, oramai, l'antico paradigma della certezza morale, l'alternativa è tra certezza scientifica (costruita su base nomologica-deduttiva: la spiegazione consiste nella deduzione di un fenomeno a partire da una serie di premesse, che siano sostenute perlomeno da una legge di natura. Le leggi scientifiche contengono una sorta di necessità intrinseca; oltre a ciò, esse non descrivono solamente il comportamento effettivo dei fenomeni, ma anche il loro comportamento virtuale) e certezza logica (costruita su base logico-deduttiva: la spiegazione razionalmente accettabile è quella in grado di giustificare deduttivamente, ponendosi come premessa, il fenomeno, ma non coperta da leggi scientifiche universali, sicché lascia spazio a ipotesi alternative astrattamente plausibili, ma dotate di capacità esplicativa quantitativamente assai inferiore).

In base alla prima la ricostruzione suscettibile di essere posto a fondamento del b.a.r.d. sarebbe solo la tesi non contraddetta da alcuna ipotesi alternativa dotata di minima plausibilità e sorretta da leggi scientifiche di carattere universale. In base alla seconda sarebbe sufficiente anche una ricostruzione del fatto sorretta da leggi induttivamente formate, ove dotata di capacità esplicativa nettamente superiore alle altre possibili ricostruzioni.

Il dualismo, tuttavia, appare superabile, alla luce della considerazione che neppure il paradigma della certezza scientifica è immune dall'esigenza di istituire una relazione tra tesi e antitesi.

Non è sufficiente che la tesi sostenuta sia nettamente preferibile rispetto ad ogni ipotesi alternativa concreta (nel qual caso si slitterebbe verso il parametro del "più probabile che non", quand'anche caratterizzato da alti livelli di probabilità), ma occorre che essa sia capace di neutralizzare l'ipotesi alternativa, degradandola allo stadio di ipotesi puramente astratta, in assoluto non escludibile, ma appartenente all'universo delle congetture teoriche, sfornite di appigli nella realtà.

La netta preferibilità, dunque, resiste come criterio, ma si misura sull'esistenza di ipotesi alternative astratte (rispetto alle quali altro non si può predicare – per gli insanabili limiti della conoscenza umana – che un giudizio di elevata preferibilità), laddove l'esistenza di spiegazioni divergenti, fornite di un qualche elemento concreto, implica un ragionevole dubbio.

È nell'area del ragionevole dubbio che si colloca il criterio del "più probabile che non": ciò che lo connota non è un diverso procedimento logico, ma la (minore) forza dimostrativa dell'evidence and inference.

Sul piano teorico, dunque, la difesa dell'appellante non sbaglia: in definitiva, l'interprete è sempre vincolato a sviluppare un'argomentazione rigorosa sul piano metodologico, ma al fine di ritenere provato un determinato fatto (nella specie il rischio di condizionamento mafioso, precisamente "la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate" ai sensi dell'art. 84, comma 3 d.lgs. 159/2011), gli

è sufficiente accertare che l'ipotesi intorno a quel fatto sia più probabile di tutte le altre messe insieme, ossia rappresenti il 50% + 1 di possibilità, ovvero, con formulazione più appropriata, la c.d. probabilità cruciale.

È invece nell'applicazione di questo metodo al caso in esame che la critica dell'appellante non convince: ancorché in termini sostanziali – non potendosi pretendere da una pubblica amministrazione l'adozione delle categorie formali proprie dell'indagine giudiziaria – l'impugnata informativa ha fatto buon governo del criterio probabilistico, per la peculiarità del fenomeno mafioso.

La natura della criminalità di tipo mafioso è stata efficacemente descritta nelle pronunce della Corte costituzionale che hanno progressivamente cancellato le presunzioni di adeguatezza della custodia cautelare in carcere aggiunte dal legislatore a quella originaria, prevista in relazione al reato di cui all'art. 416-bis c.p., sottolineandone l'assoluta peculiarità. Per tutte valga la sentenza n. 164/11:

«Ciò premesso, questa Corte ha ribadito, nella citata sentenza n. 265 del 2010, che «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'id quod plerumque accidit. In particolare, l'irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa (sentenza n. 139 del 2010)».

Sotto tale profitto, ai delitti a sfondo sessuale allora in discussione non poteva estendersi la ratio giustificativa del regime derogatorio già ravvisata in rapporto ai delitti di mafia: ossia che dalla struttura stessa della fattispecie e dalle sue connotazioni criminologiche - legate alla circostanza che l'appartenenza ad associazioni di tipo mafioso implica un'adesione permanente ad un sodalizio criminoso di norma fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali e dotato di particolare forza intimidatrice - deriva, nella generalità dei casi e secondo una regola di esperienza sufficientemente condivisa, una esigenza cautelare alla cui soddisfazione sarebbe adeguata solo la custodia in carcere (non essendo le misure «minori» sufficienti a troncare i rapporti tra l'indiziato e l'ambito delinquenziale di appartenenza, neutralizzandone la pericolosità)».

Prosegue la Corte rilevando che la presunzione assoluta nel caso della violenza sessuale di gruppo, così come in quello dell'omicidio, non è rispondente a un dato di esperienza generalizzato, ricollegabile alla «struttura stessa» e alle «connotazioni criminologiche» della figura criminosa, non trattandosi di un «reato che implichi o presupponga necessariamente un vincolo di appartenenza permanente a un sodalizio criminoso con accentuate caratteristiche di pericolosità - per radicamento nel territorio, intensità dei collegamenti personali e forza intimidatrice - vincolo che solo la misura più severa risulterebbe, nella generalità dei casi, in grado di interrompere».

Se solo la detenzione carceraria è ritenuta misura adeguata a interrompere il vincolo mafioso, si può ben comprendere come le condotte dissociative indicate dall'appellante non dimostrino la recisione del legame tra essa e la criminalità organizzata, di cui la passata presenza - OMISSIS- nelle vesti di amministratore delegato e di alcuni familiari o persone vicine al clan dei casalesi come dipendenti sono solo gli indici, neppure esclusivi.

Metaforicamente potrebbe dirsi che la debellazione di alcuni sintomi non implichi la cura della malattia.

Né rileva la circostanza che la società appellante faccia parte di una holding. Le associazioni criminali, infatti, si sono progressivamente evolute lungo due diverse direttrici: la mimetizzazione delle strutture illecite e la progressiva assunzione di modalità operative proprie dell'impresa legale. Alcune di esse, poi, somigliano sempre più ad holding, da un lato conservano il monopolio dei mercati illegali e, dall'altro, reimpiegano i proventi delle attività criminali in attività legali, massimizzando i propri profitti ed ottenendo la credibilità ed il prestigio propri del mondo dell'imprenditoria lecita. Se la criminalità organizzata può comportarsi a sua volta come un gruppo finanziario, non vi è nessun ostacolo a ritenere che nella sua sfera d'influenza possano entrare società controllate che si trovino nel suo territorio.

Nel quadro delineato, la censura sulla non attualità del pericolo di condizionamento mafioso assume scarsa consistenza, poiché l'impresa esposta al condizionamento della mafia per definizione non se ne sottrae per il decorso di un periodo tempo (peraltro relativamente breve) in cui ha eliminato dal suo interno i soggetti ad essa più vicini.

Conclusivamente, il Collegio ritiene che la prova del rischio di condizionamento raggiunga nel caso in esame la soglia della probabilità cruciale: l'ipotesi alternativa prospettata dall'appellante (l'impresa si è allontanata dalla criminalità organizzata) è ragionevole, ma il rischio di condizionamento mafioso rimane l'ipotesi più probabile».

CONCLUSIONI

Due sono gli aspetti da considerare all'esito dell'analisi delle tracce, riguardanti rispettivamente il corso ed il concorso.

Il corso

Da quanto illustrato in precedenza si evince che gli argomenti oggetto delle tracce di diritto civile e penale sono stati trattati durante il corso intensivo, quello di amministrativo è stato oggetto di pubblicazione sulla rivista telematica.

Ciò che più conta, però, ai fini della consueta prognosi sul risultato degli allievi della Scuola è che tutte e tre, per ragioni diverse, richiedevano spiccate abilità logico-razionali (civile) e di ricerca ed esegesi normativa (penale ed amministrativo), non potendosi certo pretendere la conoscenza *funditus* (e per amministrativo neppure *de minimis*) degli argomenti.

Il concorso

La traccia di civile è di pregevole fattura. Quella di penale è lineare, essenzialmente compilativa. Quella di amministrativo, ancorché su tema di grande attualità e rilevanza, è inconsueta nella preparazione del concorso in magistratura ordinaria, sicché è comprensibile la "fuga" dei candidati.

Se non si sarà verificato il paradossale fenomeno che le maggiori aspettative di *performance* degli allievi scoraggiano la consegna in caso di temi pur idonei, è ragionevole attendersi che la percentuale di vincitori della Scuola sarà – come e forse più di sempre – largamente superiore alla media nazionale.