

## SOMMARIO

### *Considerazioni preliminari e piano dell'indagine*

1. I riflessi civilistici dei *tentativi di infiltrazione mafiosa*. Capacità pervasive del potere criminale nel settore pubblico ed utilizzo distorto degli strumenti negoziali. Salvaguardia dei principi di trasparenza e libertà negoziale delle pubbliche amministrazioni nelle relazioni con i privati: informativa antimafia ed esigenze di prevenzione p. 5
2. Obbligo per le P.A. di richiedere l'informativa antimafia prima della contrattazione. Decorso del tempo e contrattazione in assenza di informativa. Incidenza dell'informativa ostativa sopraggiunta sul paradigma contrattuale: cenni e rinvio » 16

### CAPITOLO I

#### *Tentativi di infiltrazione mafiosa tra esigenze di repressione della criminalità e garanzie personalistiche*

1. Cause ostative al rilascio della liberatoria antimafia nel procedimento di formazione del contratto tra tipicità e atipicità. I *tentativi di infiltrazione mafiosa*: indeterminatezza del sintagma e problemi ermeneutici. Necessità di individuare i confini entro i quali le potenzialità espressive della nozione possono legittimamente dispiegarsi » 22
2. Giudizio di sintomaticità criminale e rischio di una prevalutazione negativa. Il problema del controllo delle modalità di esercizio del potere decisionale del prefetto. Esigenza di un'equilibrata composizione degli interessi in gioco: repressione della criminalità organizzata e tutela della libertà di iniziativa economica privata. Relativizzazione del procedimento ermeneutico ed individuazione del contenuto da attribuire ai *tentativi di infiltrazione mafiosa* » 36
3. Il concetto di tentativo contenuto nell'art. 56 del codice penale ed i *tentativi di infiltrazione mafiosa*: opportunità di indagare se all'affinità terminologica corrisponda anche un'omogeneità di significato. Pretesa inconciliabilità tra le nozioni secondo la giuri-

- sprudenza e l'equivoco in cui essa incorre. Diversità degli ambiti applicativi ed unitaria esigenza di intercettare le potenzialità lesive di un fatto prima che esse si manifestino. Recupero dell'utilità del richiamo all'art. 56 del codice penale in relazione ai criteri valutativi ivi contenuti: idoneità e non equivocità degli atti p. 44
4. Possibile obiezione fondata sull'art. 49, comma 2, del codice penale. Reazione dell'ordinamento pur in presenza dell'inidoneità dell'azione a produrre l'evento dannoso. Abbassamento della soglia di prevenzione dinanzi ad individui 'ritenuti' socialmente pericolosi. Inestensibilità del ragionamento ai *tentativi di infiltrazione mafiosa*. Consumazione di un fatto astrattamente conforme al modello legale ma in concreto inoffensivo quale presupposto del reato impossibile. Differenza con il concetto di tentativo che presuppone invece l'incompletezza dell'iter criminoso » 48
5. Informazioni antimafia e misure di prevenzione. Lo scopo di cautela anticipata ed il tratto comune del divieto di negoziare con le pubbliche amministrazioni. Il giudizio di (dis)valore nelle misure di prevenzione quale esito di una complessa valutazione condotta «sulla base di elementi di fatto» nel corso di iter procedurali specifici. Il differente regime normativo dell'informativa antimafia: discrezionalità prefettizia ed assenza di contraddittorio. Esigenza di impedire che l'informativa antimafia da strumento di prevenzione si trasformi in strumento di selezione incontrollata dei soggetti nell'accesso al mercato pubblico » 56
6. Verifica dei risultati raggiunti sul piano applicativo. Il problema delle relazioni familiari quale indice di una possibile ingerenza mafiosa. Rifiuto in astratto della logica del sospetto e rischio in concreto di un automatismo di giudizio » 61
7. Considerazioni di sintesi » 66

## CAPITOLO II

### *L'informativa antimafia nel procedimento di formazione del contratto tra privati e pubbliche amministrazioni: divieto di contrarre, condizione sospensiva, condizione risolutiva e recesso*

1. I referenti normativi dell'informativa antimafia nella legislazione previgente: l'art. 4 del d.lgs. n. 490 del 1994 e l'art. 11, comma 2, del d.P.R. n. 252 del 1998 » 70
2. Il nuovo Codice antimafia: le disposizioni di cui agli artt. 92 e 94 » 71
3. Il paradosso scaturente dall'interpretazione letterale dell'art. 92, commi 2 e 3: consultazione della banca dati, emersione di tenta-

<i>tivi di infiltrazione mafiosa</i> ed obbligo della P.A. di contrarre, decorso il termine di trenta giorni, anche in assenza dell'informazione antimafia	p.	74
4. Tentativo di restituire coerenza al sistema. Rilettura dell'art. 92 nella sua complessità e individuazione di una diversa disciplina a seconda che si tratti o meno di soggetti censiti nella banca dati. Estensibilità del rimedio della condizione sospensiva previsto dall'art. 92, comma 5, e blocco delle erogazioni fino alla ricezione della liberatoria antimafia per i contratti conclusi con soggetti censiti, gravati da indizi di pervasività criminale	»	75
5. La differente ipotesi del contratto stipulato con soggetti non censiti ed i rimedi consequenziali al sopraggiungere di un'informativa ostativa. L'interdittiva antimafia quale evento dedotto risolutivamente in condizione, capace di travolgere le prestazioni eseguite dalla P.A. in favore del privato, e quale contestuale causa di recesso	»	78
6. Il richiamo all'istituto del recesso. La terminologia impiegata dalla legislazione speciale in relazione ai contenuti espressi dall'art. 1373 del codice civile	»	80
7. Incongruenza degli esiti scaturenti dal processo valutativo costretto al dato testuale del «può recedere» e le indicazioni della giurisprudenza	»	84
8. Individuazione degli interessi protetti: dal piano esegetico a quello teleologico. Contaminazione criminale nei soggetti privati che si propongono di trattare con le pubbliche amministrazioni e giudizio di disvalore dell'ordinamento. Riformulazione del precetto: dal «può recedere» al «recedono». Compromissione nella fattispecie dei caratteri istituzionali del recesso e sua evocazione meramente nominalistica	»	87
9. Necessità di identificare il meccanismo caducatorio in concreto operante. Gli spunti derivanti dalla contestuale previsione della condizione risolutiva. Utilità di un'analisi tesa a valutare le implicazioni derivanti dall'utilizzo dell'istituto condizionale. Prospettiva funzionale e ripensamento del rapporto tra condizione risolutiva ed interessi in gioco	»	89
10. La scelta di ricorrere alla condizione risolutiva piuttosto che a quella sospensiva. Necessità di una verifica dell'«irriducibile diversità ontologica» tra i due modelli condizionali. Le differenze, dal punto di vista della struttura e della funzione, quale esito di un approccio metodologico compromesso dalla dialettica fattispecie-effetti. Cenni critici e delimitazione del successivo ambito di ricerca	»	93

### CAPITOLO III

#### *L'incidenza dell'interesse pubblico sui contratti con le pubbliche amministrazioni*

1. L'orientamento tradizionale che individua nei due modelli di condizione un duplice piano di interessi: interno ed esterno. Attitudine della condizione risolutiva a garantire l'interesse esterno, impresso in un distinto programma d'azione. Tenuta del ragionamento con riguardo all'informativa antimafia. Critica p. 108
2. Ripudio di una visione atomistica degli atti e ruolo della *condicio iuris* quale parte del complesso regolamento negoziale. Recupero del profilo unitario del meccanismo condizionale. Univocità funzionale dei due modelli: la precarietà degli effetti come caratteristica fisiologica della fase di pendenza della condizione (anche) risolutiva. Ripercussioni dei risultati raggiunti sulla normativa antimafia. Art. 92, comma 3, ed apparente conferma della rilevanza meramente esterna della condizione ivi prevista. Necessità di interpretare ciascuna disposizione all'interno del complesso testo normativo che la prevede e conversione degli esiti. Obbligo di richiesta preventiva della documentazione antimafia di cui agli artt. 83, comma 1, e 91, comma 1, e rilevanza dell'interesse sotteso già nella fase preparatoria del contratto. La contestuale previsione che si proceda alla contrattazione pur in mancanza del provvedimento prefettizio, contenuta nel comma 3 dell'art. 92 » 115
3. Tentativo di conciliare i dettami normativi di cui ai predetti artt. 83 comma 1, 91 comma 1 e 92 comma 3 del Codice antimafia. Compresenza di interessi eterogenei e necessità della loro composizione. Natura meramente procedimentale delle disposizioni indicate » 124
4. Implicazioni derivanti dalla natura pubblica di una delle parti: commistione tra il momento autoritativo-procedimentale e quello strettamente negoziale. Ruolo dell'interesse pubblico e sua riformulazione alla luce del principio di legalità costituzionale. Transitò dall'interesse pubblico astratto all'interesse pubblico concreto: la prevenzione e repressione del fenomeno mafioso quale criterio normativo di controllo » 127
5. Incidenza dell'interesse pubblico anche nella fase successiva a quella dedicata al perfezionamento dell'accordo. Necessità di individuare le modalità di interazione dell'interesse pubblico con la funzione del negozio complessivamente intesa » 138
6. L'orientamento che relega l'interesse pubblico a mero motivo dell'azione della pubblica amministrazione. Critica. Prospettiva teleologico-funzionale: l'interesse pubblico sotteso alla documen-

tazione prefettizia quale componente necessaria del momento causale, rilevante nell'intero ciclo del rapporto. Incidenza dei risultati acquisiti e conferma dell'inderogabilità del <i>non posse</i> conchiuso nella prescrizione di cui all'art. 94, comma 1. Il disposto di cui all'art. 83, comma 3 ed il problema dei contratti c.d. sotto soglia: asserita indisponibilità dei limiti prefissati dalla legge per la richiesta della nota prefettizia. Rilevanza dell'informativa ostativa «indipendentemente dal valore» del contratto. La riprova fornita dall'art. 95, comma 3	p. 140
7. Utilità degli esiti raggiunti al fine della identificazione degli strumenti di reazione previsti per l'ipotesi di informativa ostativa sovrappiunta alla stipula del contratto. Interesse concreto della P.A. a non contrarre in presenza di condizionamento criminale. La condizione risolutiva quale causa di rimozione dell'unico assetto di interessi che giustifica l'operazione negoziale. Compiutezza prescrittiva e teleologica del programma negoziale, capace di svolgersi anche in forma non condizionale	» 153
8. Analisi dei vantaggi e degli svantaggi che derivano dall'applicazione dell'opzione rimediata adottata dal legislatore. Condizionalità ed obiettivo di reintegra del patrimonio della pubblica amministrazione. Ricorso a fattispecie esemplificative capaci di chiarire il senso delle sistematiche di tutela: le differenti conseguenze ascrivibili al sopravvenire di un'informativa ostativa nel contratto di appalto. Condizione risolutiva e 'recesso': diversità nominalistica, unicità della tipologia rimediata e differente modulazione degli effetti	» 158
9. Ragioni di pubblica utilità ed estensione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese ex art. 32, comma 10, d.l. n. 90 del 2014, all'operatore economico raggiunto da informativa ostativa. Il rapporto con la disposizione contenuta nell'art. 94, comma 3, del Codice antimafia. La difficile conciliazione tra gli effetti preclusivi scaturenti dall'informativa e quelli conservativi della gestione straordinaria	» 173
10. La previsione di cui all'art. 34 <i>bis</i> , comma 6, del Codice antimafia e l'applicazione della nuova misura del controllo giudiziario alle imprese destinatarie di interdittiva. Il rapporto con la disposizione di cui all'art. 32, comma 10, d.l. n. 90 del 2014. Il controllo giudiziario quale strumento di temperamento tra l'interesse privato e l'interesse pubblico. Problemi di coordinamento tra le diverse discipline e rischio di possibili interferenze tra giurisdizione e amministrazione	» 181
<i>Indice degli autori</i>	» 191