



2 GIUGNO 2021

Le sanzioni interdittive tra codice
antimafia e modello della
responsabilità amministrativa degli enti
da reato

di Felice Piemontese

Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche
Università degli Studi di Siena



Le sanzioni interdittive tra codice antimafia e modello della responsabilità amministrativa degli enti da reato^{*}

di Felice Piemontese

Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche
Università degli Studi di Siena

Abstract [It]: Il presente contributo intende fornire uno sguardo d'insieme ad una contaminazione tra sistemi, spiccatamente tra quello penale e quello amministrativo, relativo all'importante tematica della prevenzione e della lotta al fenomeno dell'infiltrazione del crimine organizzato all'interno delle società. In particolare ci si riferisce alle misure del controllo giudiziario e del commissariamento giudiziale previste rispettivamente dall'art. 34-bis del d.lgs. n. 159/2011 (codice antimafia) e dall'art. 15 del d.lgs. n. 231/2001 in merito alla responsabilità amministrativa degli enti da reato.

Abstract [En]: This contribution intends to provide an overview of a contamination between systems, particularly between criminal and administrative systems, relating to the important issue of prevention and fight against the infiltration of organized crime within companies. In particular, it refers to the measures of judicial control and the judicial commissioner provided for respectively by art. 34-bis of Legislative Decree no. 159/2011 (anti-mafia code) and by art. 15 of the legislative decree n. 231/2001 regarding companies administrative liability.

Parole chiave: codice antimafia, modello 231, controllo giudiziario, commissariamento giudiziale, interdittiva antimafia

Keywords: anti-mafia code, model 231, judicial control, judicial commissioner, anti-mafia interdiction

Sommario: **1.** Interdittive antimafia all'interno del codice antimafia del 2011. **2.** Il controllo giudiziario e la prosecuzione dell'attività aziendale. **3.** Le sanzioni interdittive di cui al d.lgs. n. 231/2001. **4.** L'istituto del commissariamento giudiziale. **5.** Problematiche relative alla contaminazione tra sistemi e spunti di riflessione.

1. Interdittive antimafia all'interno del codice antimafia del 2011

Gli artt. 90 e ss. del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 recante “Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136”, d'ora in poi “Codice antimafia”, introducono specifiche disposizioni in tema di interdittive antimafia. Si tratta di particolari misure preventive che colpiscono i soggetti che, nell'esercizio dell'attività imprenditoriale, vedono i loro rapporti con la Pubblica Amministrazione¹ caratterizzati da forme di ingerenza della criminalità organizzata.

^{*} Articolo sottoposto a referaggio.

¹ In base all'art. 83 del d.lgs. n. 159/2011, l'ambito di applicazione della normativa in esame è riferito alle pubbliche amministrazioni ed agli enti pubblici, anche costituiti in stazione uniche appaltanti, agli enti ed alle aziende vigilati dallo Stato o da altro ente pubblico e alle società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico nonché

L'interdittiva antimafia è un atto di natura amministrativa adottato dal prefetto nei confronti di imprese, a seguito della sua valutazione in termini di rilevanza di accertamenti compiuti dagli organi di polizia, che impedisce alle pubbliche amministrazioni di stipulare, approvare o autorizzare contratti o subcontratti nonché autorizzare, rilasciare o comunque consentire concessioni ed erogazioni con l'impresa destinataria dell'interdittiva, con ciò escludendo la stessa impresa dalla possibilità di divenire titolare di rapporti contrattuali con la Pubblica Amministrazione a causa dell'incapacità giuridica determinata dall'interdittiva².

Il rischio di permeabilità delle imprese alle influenze della criminalità era stato già oggetto di analisi qualche decennio fa da parte di Giovanni Falcone, allora Procuratore della Repubblica Aggiunto presso il Tribunale di Palermo, nel corso di un suo intervento presso la Scuola di Polizia Tributaria della Guardia di Finanza il 30 novembre 1990, in cui affermava che *“altra fonte di notevoli guadagni per cosa nostra è il controllo dei pubblici appalti o meglio il controllo dell'erogazione della spesa pubblica in sede locale e più in generale, delle attività imprenditoriali di qualsivoglia natura, purché produttive di congruo reddito”*³.

Il provvedimento prefettizio, che consiste *“nell’attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate”*⁴ non si fonda su dati certi, ma su una valutazione probabilistica in base a indizi gravi, precisi e concordanti e non ha natura afflittiva e tende più che altro a impedire che la mafia o in generale la criminalità organizzata penetri e si infiltri all'interno dell'economia legale. Sotto tale aspetto, i poteri di accesso attribuiti al prefetto⁵, che vedono il contraddittorio riconosciuto solo eventualmente mediante l'audizione dell'interessato⁶, devono

ai concessionari di lavori o di servizi pubblici in occasione della stipulazione, approvazione o autorizzazione dei contratti e dei subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, ovvero prima del rilascio dei provvedimenti di cui all'art. 67 del medesimo decreto legislativo.

² Art. 94, co. 1, Codice.

³ G. FALCONE, *Professionalità e coordinamento per sconfiggere cosa nostra*, in Rivista della Guardia di Finanza, n. 4, 1991.

⁴ Art. 84, co. 3, Codice.

⁵ Art. 93, Codice.

⁶ L'art. 93, co. 7 del d.lgs. n. 159/2011 prevede che il prefetto competente al rilascio dell'informazione antimafia, ove lo ritenga utile, sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite invita, in sede di audizione personale, i soggetti interessati a produrre, anche allegando elementi documentali, ogni informazione ritenuta utile. Sulla non necessità del contraddittorio procedimentale è intervenuto al Consiglio di Stato che ha escluso l'applicazione degli artt. 7 e 10-bis della l. n. 241/1990 in tema di comunicazione di avvio del procedimento e di preavviso di rigetto ribadendo che la finalità preventiva sottesa al rilascio dell'informazione interdittiva antimafia può comportare un'attenuazione (se non una eliminazione) del contraddittorio procedimentale (Cons. Stato, sez. III, 31 gennaio 2020, n. 820, id., 6 maggio 2020, n. 2854, consultabile sul sito della Giustizia Amministrativa). Si intende richiamare in questa sede anche il tentativo promosso dal Tar Puglia, sede di Bari di effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea in merito alla valutazione circa la compatibilità delle norme di cui al d.lgs. n. 159/2011 con il principio del contraddittorio così come ricostruito e riconosciuto quale diritto dell'Unione Europea di cui all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Tar Puglia, Bari, Sezione III, ord. 13 gennaio 2020, n. 58, consultabile sul sito della Giustizia Amministrativa). Il rinvio è stato tuttavia dichiarato manifestamente irricevibile dalla CGUE in quanto, a dir del giudice europeo, il giudice del rinvio non ha dimostrato l'esistenza di *“un criterio di collegamento tra, da un lato il diritto dell'Unione e, dall'altro, l'informazione antimafia interdittiva”* posto che nel caso di specie la questione verte

condurre a sufficienti elementi sintomatici e indicatori dell'infiltrazione della criminalità organizzata, non dovendo fornire né la prova, oltre ogni ragionevole dubbio, che l'infiltrazione mafiosa sia in atto, né in quale misura essa condizioni le scelte dell'impresa, poiché esigere una simile dimostrazione, analoga allo *standard* probatorio richiesto per il giudizio penale anche nella sola forma del delitto tentato, non solo significherebbe costruire una fattispecie di danno e non più di pericolo – carattere intrinseco delle misure di carattere preventivo –, ma implicherebbe una serie di accertamenti e di ragionamenti evidentemente incompatibili con l'efficace e immediata operatività dello strumento *de quo* che, nell'anticipare la soglia di difesa sociale, intende assicurare una tutela avanzata nel campo del contrasto alle attività criminali⁷.

In tale ottica, la valutazione in sede contenziosa, affidata al giudice amministrativo rispetto a quello che è senza dubbio l'esercizio di un potere discrezionale ampio ma non indeterminato del prefetto⁸, deve operare un concreto bilanciamento tra contrapposti valori costituzionali: la libertà di impresa, da un lato, e la tutela dei fondamentali beni che presidiano il principio di legalità sostanziale, secondo la logica della prevenzione, dall'altro lato; ponderazione che vede, più dettagliatamente, un'attenta operazione di bilanciamento, secondo il criterio del *"più probabile che non"*, tra le irrinunciabili condizioni di tassatività sostanziale e processuale e l'altrettanto irrinunciabile, vitale, interesse dello Stato a contrastare l'insidia delle mafie⁹. Lo stesso Consiglio di Stato¹⁰ ha infatti più volte affermato che è sufficiente un quadro indiziario tale da generare un ragionevole convincimento sulla sussistenza di un condizionamento mafioso: tale quadro può basarsi su una condanna non irrevocabile, l'irrogazione di misure cautelari, il coinvolgimento in un'indagine penale, collegamenti parentali, cointeressenze societarie e/o frequentazioni con soggetti malavitosi che – nella loro valutazione d'insieme e non atomisticamente –

"sull'interpretazione del principio di buona amministrazione" e la disposizione di cui all'art. 41 della Carta *"si rivolge non agli Stati membri bensì unicamente alle istituzioni, agli organi e agli organismi dell'Unione Europea"* (ordinanza del 28 maggio 2020, IX sezione, C-17/20, EU:C:2020:409, punti 26, 27, 31, consultabile sul sito della Corte di Giustizia dell'Unione Europea).

⁷ Cons. Stato, sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758, in consultabile sul sito della Giustizia Amministrativa.

⁸ Sull'uso della nozione di discrezionalità all'interno del procedimento di informativa antimafia si veda F.G. SCOCA, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in *GiustAmm*, Anno XV, 2018, n. 6. Secondo l'Autore l'informazione antimafia consiste in una attestazione, ossia in un atto di conoscenza (o di giudizio), avente ad oggetto eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa nella *governance* dell'impresa. In tale ottica, la stessa regola del *"più probabile che non"* formulata e sostenuta dalla giurisprudenza consolidata, richiamerebbe concetti di prova, di dimostrazione, più o meno piena, di verità che escluderebbe valutazioni genuinamente discrezionali, ossia di opportunità con ciò comportando che la valutazione del prefetto, seppur certamente opinabile e soggettiva non sarebbe discrezionale in quanto attinente alla conoscenza dei fatti, alla determinazione del loro valore indiziario, ed alla prova (anche non piena e non costituente rango di prova penale) della possibilità che un'impresa possa essere esposta ad infiltrazioni da parte della criminalità organizzata. Contrariamente si veda Cons. Stato, sez. III, 31 gennaio 2020, n. 820, disponibile sul sito della Giustizia Amministrativa, che qualifica l'informazione antimafia come *"provvedimento giammai vincolato ma per sua stessa natura discrezionale"* (si veda anche Cons. Stato, sez. III, 29 febbraio 2016, n. 868).

⁹ Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105, disponibile sul sito della Giustizia Amministrativa.

¹⁰ *ex plurimis* Cons. Stato, sez. III, 13 agosto 2018, n. 4938, ib. 9 ottobre 2018, n. 5784, sempre in Giustizia Amministrativa.

siano tali da fondare un giudizio di probabilità che l'attività d'impresa sia in grado, anche in maniera indiretta, di agevolare le attività commerciali della criminalità o di esserne in qualche modo condizionata.

2. Il controllo giudiziario e la prosecuzione dell'attività aziendale

La novella al codice antimafia introdotta con l'approvazione della legge 17 ottobre 2017, n. 161 ha introdotto all'interno del novero delle misure di prevenzione patrimoniali, diverse dalla confisca e dal sequestro¹¹ la figura del controllo giudiziario delle aziende di cui al nuovo articolo 34-*bis*¹².

L'istituto in questione, applicabile anche in caso di imprese destinatarie di informazione interdittiva antimafia¹³, consente di preservare la continuità aziendale, evitando le perdite economiche, oltre che salvaguardare i livelli occupazionali e verificare l'efficacia degli interventi sulla gestione dell'impresa che, pur mantenendo invariati i propri organi amministrativi e di direzione, vede a questi affiancati un giudice delegato ed un amministratore giudiziario: quest'ultimo riferisce periodicamente, almeno bimestralmente, gli esiti dell'attività di controllo al giudice ed al pubblico ministero¹⁴. Le attività di controllo possono concretizzarsi nella previsione all'interno del provvedimento che dispone il controllo giudiziario di una serie di obblighi a carico dell'azienda tra i quali: non cambiare la sede, la denominazione e la ragione sociale, l'oggetto sociale e la composizione degli organi di amministrazione, direzione e vigilanza e non compiere fusioni o altre trasformazioni senza l'autorizzazione da parte del giudice delegato; adempiere ad eventuali doveri informativi nei confronti dell'amministratore giudiziario¹⁵; informare preventivamente l'amministratore giudiziario circa eventuali forme di finanziamento della società da parte dei soci o di terzi; adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli articoli 6, 7 e 24-*ter* del

¹¹ Capo V, Codice. La misura del controllo giudiziario, a differenza delle citate ipotesi della confisca e del sequestro, non pregiudica l'integrità aziendale.

¹² Il giudice che dispone per l'applicazione di tale misura è il tribunale competente per le misure di prevenzione che può essere anche differente rispetto al tribunale del luogo di emissione del provvedimento amministrativo interdittivo dovendosi fare riferimento a quello del luogo di manifestazione esteriore della pericolosità dei soggetti con cui la compagine aziendale è entrata in contatto (*ex plurimis* Cass. pen., sez. I, 7 maggio 2019, n. 29487, disponibile sul sito della Corte di Cassazione).

¹³ Art. 34-bis, co. 6, Codice.

¹⁴ A.G. DIANA, *Il controllo giudiziario delle aziende*, Pacini Giuridica, Pisa, 2019, pp. 47-178.

¹⁵ Ci si riferisce in modo particolare a quanto previsto dall'art. 34-bis, co. 2, lett. a) che prevede la possibilità per il tribunale di imporre nei confronti di chi ha la proprietà, l'uso o l'amministrazione dei beni e delle aziende oggetto di misura interdittiva, l'obbligo di comunicare al questore e al nucleo di polizia tributaria del luogo di dimora abituale, ovvero del luogo in cui si trovano i beni se si tratta di residenti all'estero, ovvero della sede legale se si tratta di un'impresa, gli atti di disposizione, di acquisto o di pagamento effettuati, gli atti di pagamento ricevuti, gli incarichi professionali, di amministrazione o di gestione fiduciaria ricevuti e gli altri atti o contratti indicati dal tribunale, di valore non inferiore a euro 7.000 o del valore superiore stabilito dal tribunale in relazione al reddito della persona o al patrimonio e al volume d'affari dell'impresa. Tale obbligo deve essere assolto entro dieci giorni dal compimento dell'atto e comunque entro il 31 gennaio di ogni anno per gli atti posti in essere nell'anno precedente.

decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231¹⁶; assumere qualsiasi altra iniziativa finalizzata a prevenire specificamente il rischio di tentativi di infiltrazione o condizionamento mafiosi¹⁷.

Per procedere con l'applicazione della misura in esame è necessaria la simultanea presenza di due presupposti: il requisito dell'occasionalità dell'agevolazione mafiosa, in assenza del quale le finalità del controllo giudiziario sarebbero vanificate¹⁸, e la necessaria impugnazione del provvedimento prefettizio che ha adottato l'interdittiva antimafia¹⁹. Quest'ultimo presupposto condurrà, con l'istanza di ammissione al regime di cui all'art. 34-*bis*, sia alla sospensione del processo innanzi al giudice amministrativo per tutta la durata del controllo giudiziario (in modo tale che il giudice amministrativo possa valutare anche gli elementi offerti dalla relazione finale dell'amministratore giudiziario), sia alla nascita di un procedimento interdipendente rispetto a quello amministrativo nato dall'impugnazione²⁰.

Il provvedimento che dispone il controllo giudiziario, che può avere una durata variabile da un minimo di uno ad un massimo di tre anni, sospende gli effetti di cui all'interdittiva antimafia²¹ salvaguardando pertanto i rapporti presenti e futuri dell'azienda con la Pubblica Amministrazione.

Nell'anticipare, inoltre, quanto sarà oggetto di più specifiche considerazioni al termine di questo studio, deve rilevarsi che l'assetto dei rimedi impugnatori previsti per il controllo giudiziario riflette quello delineato per la misura dell'amministrazione giudiziaria²². Inoltre, sempre con riferimento all'interdipendenza dei due giudizi, si intende evidenziare l'orientamento della Suprema Corte nello stabilire che il provvedimento con cui il tribunale competente per le misure di prevenzione nega l'applicazione del controllo giudiziario richiesto è impugnabile con ricorso alla corte di appello anche per il merito. Il giudice di legittimità ha infatti chiarito che il ricorso per Cassazione può essere proposto solo

¹⁶ Si intende rimarcare in tale sede il recente orientamento del giudice amministrativo che, con riferimento alle misure di *self cleaning*, ha ribadito la necessità di verificare *“l'effettiva idoneità delle misure stesse a recidere quei collegamenti e cointeressenze con le associazioni criminali che hanno fondato l'adozione della informazione antimafia”* non essendo invece sufficienti misure elusive adottate al solo scopo di eliminare in apparenza gli effetti del provvedimento prefettizio interdittivo (Cons. Stato, sez. III, 19 giugno 2020, n. 3945, disponibile sul sito della Giustizia Amministrativa).

¹⁷ Art. 34-*bis*, co. 3, codice.

¹⁸ Qualora non si tratti di occasionalità dell'agevolazione ma di stabilità della stessa, troverà applicazione la differente misura dell'amministrazione giudiziaria di cui all'art. 34 del Codice Antimafia prevista in tutti quei casi in cui *“gli interessi imprenditoriali e quelli criminali risultino più stabilmente convergenti?”* (così il Tribunale di Catanzaro, Sez. Misure di prevenzione nel Decreto n. 14/2018).

¹⁹ Sarebbe dunque inammissibile la richiesta di sottoposizione al controllo giudiziario da parte dell'azienda il cui provvedimento interdittivo sia divenuto irrevocabile in sede di giudizio amministrativo in quanto sarebbe vana la finalità, rappresentata dalla misura del controllo giudiziario, di evitare che l'azienda possa essere privata di commesse pubbliche, autorizzazioni e/o concessioni essenziali per la prosecuzione dell'attività, subendo così dei danni irreparabili a causa della pendenza del provvedimento prefettizio (Cass. pen., sez. II, 15 marzo 2019, n. 16105, disponibile sul sito della Corte di Cassazione). Sul punto si rinvia *infra* al paragrafo 5.

²⁰ Cass. pen., sez. II, 22 marzo 2019, n. 27856, disponibile sul sito della Corte di Cassazione.

²¹ Art. 34-*bis*, co. 7, codice.

²² Art. 34, codice come modificato dalla legge n. 161/2017 che richiama l'art. 10 dello stesso codice in tema di impugnazioni.

per violazione di legge in quanto, la previsione di un rimedio impugnatorio, che di fatto andrebbe a consentire la rivalutazione dei presupposti alla base delle decisioni del prefetto di adottare l'informazione interdittiva, determinerebbe una inutile duplicazione del giudizio amministrativo, non coerente con l'assetto della misura²³. Di qui la conclusione circa la fisionomia di un sistema che *“col doppio grado di giudizio - il primo dei quali, di merito, ed il secondo per la sola violazione di legge - si pone come quello generale e di riferimento a tutela degli interessi perseguiti dal corpo normativo, aventi tanto natura pubblicistica, quanto garanzia costituzionale come la libertà di iniziativa economica e la proprietà privata”*.²⁴

3. Le sanzioni interdittive di cui al d.lgs. n. 231/2001

Il quadro normativo offerto dal d.lgs. 08 giugno 2001, n. 231 introduce una responsabilità autonoma e diretta degli enti derivante dalla commissione di alcuni reati (c.d. reati-presupposto²⁵) compiuti nel loro interesse o a loro vantaggio da soggetti qualificatamente inseriti nell'organizzazione (persone con funzione apicale all'interno dell'azienda nonché da persone sottoposte alla loro direzione o vigilanza). Si tratta anche in questo caso di una evoluzione del c.d. principio di accessorietà degli strumenti di ablazione patrimoniale originariamente vincolati all'emissione di misure personali²⁶, che hanno subito nel tempo un progressivo ampliamento soggettivo sino al riconoscimento della loro autonomia.

Il modello adottato dal legislatore prevede delle sanzioni interdittive, in grado di colpire indirettamente una vasta platea di *stakeholders*, sanzioni che, in quest'ottica, rappresentano un *quid pluris* rispetto alle sanzioni pecuniarie che non destano particolare preoccupazione per l'ente e che, invece, vengono anche rappresentate come costi di impresa, come tali preventivabili ed ammortizzabili²⁷.

Si tratta di sanzioni principali e obbligatorie, ma allo stesso tempo speciali in quanto applicabili, in forza di un chiaro principio di tassatività, solo in relazione ai reati per cui sono espressamente previste e purché ricorra alternativamente uno dei due presupposti che fanno scattare l'obbligo in capo al giudice di irrogare la sanzione²⁸:

²³ Cass. pen., sez. II, 14 febbraio 2019, n. 17451 e id., 12 aprile 2019, n. 31280. In senso opposto, ad escludere il ricorso per cassazione in accoglimento del principio di tassatività dei mezzi di impugnazione desumibili dall'art. 127 del c.p.p. si veda Cass. pen., sez. VI, 9 maggio 2019, n. 35431 e id., n. 26349, disponibili sul sito della Corte di Cassazione.

²⁴ Cass. pen., SS.UU., sent. 26 settembre 2019, (dep. 19 novembre 2019), n. 46898, sempre su Corte di Cassazione.

²⁵ L'intera Sezione III del Capo I del d.lgs. n. 231/2001 declina il catalogo dei reati dai quali può derivare la responsabilità amministrativa degli enti. Tra questi troviamo i delitti informativi e il trattamento illecito di dati, i delitti di criminalità organizzata, la concussione e la corruzione, alcuni reati societari e tributari, gli abusi di mercato e così via.

²⁶ Si veda a tal proposito l'art. 2-bis e ss. della 13 settembre 1982, n. 646 (legge Rognoni-La Torre).

²⁷ F. SBISÀ, E. SPINELLI (a cura di), *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 140.

²⁸ Art. 13, co. 1, d.lgs. n. 232/2001.

- a. la presenza di profitto di rilevante entità tratto dall'ente per la commissione di un reato da parte di soggetti posti in posizione apicale ovvero da soggetti sottoposti all'altrui direzione quando, in questo caso, la commissione del reato è stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative;
- b. la presenza di una reiterazione degli illeciti²⁹.

In tali ipotesi è prevista l'applicazione di sanzioni interdittive, di durata da un minimo di tre mesi ad un massimo di due anni³⁰, rappresentate, in ordine di gravità, dall'interdizione dall'esercizio dell'attività³¹, dalla sospensione o dalla revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito, dal divieto di contrarre con la pubblica amministrazione (che, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio, può arrivare a colpire sia contratti di diritto privato che di diritto pubblico), dall'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi oltre alla revoca di quelli già concessi, dal divieto di pubblicizzare beni o servizi.

L'applicazione delle sanzioni previste è disposta dal giudice seguendo criteri di idoneità, necessità e proporzionalità, in virtù dei quali scopo della sanzione deve essere quello di prevenire la commissione di ulteriori illeciti, ottenendo risultati efficaci senza l'applicazione di una sanzione interdittiva più gravosa rispetto alla gravità oggettiva e soggettiva dell'illecito commesso³².

È inoltre prevista la possibilità di applicare in via definitiva³³:

- l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività se l'ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entità ed è già stato condannato, almeno tre volte negli ultimi sette anni, alla interdizione temporanea dall'esercizio dell'attività (c.d. ipotesi di recidiva reiterata e specifica) o se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione di reati in relazione ai quali è prevista la sua responsabilità (c.d. ipotesi dell'impresa illecita)³⁴;

²⁹ Relativamente a tale requisito si fa presente che l'art. 20 del d.lgs. n. 231/2001 prevede che il presupposto della reiterazione ricorre se, dopo aver ricevuto una condanna in via definitiva per un illecito, l'ente ne commette un altro nei cinque anni successivi.

³⁰ Art. 13, co. 2, d.lgs. n. 231/2001.

³¹ Il carattere particolarmente intenso di tale sanzione ne prevede la sua applicabilità esclusivamente quando l'irrogazione di altre sanzioni interdittive risulta inadeguata (art. 14, co. 4, d.lgs. n. 231/2001).

³² F. VIGANÒ, *Artt. 13 e 14*, in Presutti-Bernascioni-Fiorio (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D.Legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Wolters Kluwer, Milano, 2008.

³³ Art. 16, d.lgs. n. 231/2001.

³⁴ Con riferimento all'ipotesi dell'impresa illecita ed alla presenza degli altri scopi perseguiti solo in quanto strumentali al raggiungimento dell'ulteriore scopo illecito, si fa presente che l'art. 16, co. 3 del d.lgs. n. 231/2001 prevede esplicitamente, in tale ipotesi, l'impossibilità per l'ente di evitare l'interdizione definitiva ponendo in essere le condotte riparatorie previste dall'art. 17 che prevede, ferma l'applicazione delle sanzioni pecuniarie, la non applicabilità delle sanzioni interdittive se, prima dell'apertura del dibattimento, ricorrono congiuntamente le condizioni relative a: risarcimento integrale del danno ed eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero se vi è

- il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione ovvero il divieto di pubblicizzare beni o servizi quando l'ente è già stato condannato alla stessa sanzione almeno tre volte negli ultimi sette anni.

4. L'istituto del commissariamento giudiziale

Chiarito il tema delle sanzioni interdittive previste dal legislatore in tema di responsabilità amministrativa degli enti da reato, deve ora analizzarsi lo specifico strumento previsto dal d.lgs. n. 231/2001 rappresentato dal commissariamento giudiziale dell'ente³⁵.

Qualora ricorrano i presupposti per l'applicazione di una sanzione interdittiva che determina l'interruzione dell'attività dell'ente³⁶ è infatti prevista la possibilità da parte del giudice di disporre la prosecuzione dell'attività, in luogo dell'applicazione della sanzione, attraverso la nomina di un commissario purché si sia in presenza o di un ente che svolge un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità, la cui interruzione può provocare un grave pregiudizio alla collettività oppure qualora l'interruzione dell'attività dell'ente può provocare, tenuto conto delle sue dimensioni e delle condizioni economiche in cui è situato, rilevanti ripercussioni sull'occupazione.

Il commissario, che esercita le sue funzioni per un periodo pari alla durata della pena interdittiva che sarebbe stata applicata, viene nominato dal giudice dell'esecuzione su richiesta del pubblico ministero al quale dovrà riferire, trimestralmente, sull'andamento della gestione avendo cura di adottare ed attuare i modelli organizzativi e di controllo idonei a prevenire i reati della specie di quello verificatosi³⁷.

Con questa misura ci troviamo di fronte ad una espropriazione temporanea dei poteri direttivi e gestionali dell'ente in quanto il commissario si occuperà dell'ordinaria amministrazione³⁸ dello stesso in sostituzione

comunque stato un operamento efficace in tal senso; eliminazione delle carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; messa a disposizione da parte dell'ente del profitto (inteso come profitto lordo) conseguito ai fini della confisca. Si tratta di una previsione che vede il suo fondamento sulla convinzione per cui un ente completamente votato alla commissione di reati non può in nessun modo essere recuperato alla liceità. Sul punto si veda M. VIZZARDI, *Artt. 16, 17, 18*, in ID., *La responsabilità degli enti. ...cit.* e L.D. CERQUA., *Il trattamento sanzionatorio*, in Monesi C. (a cura di), *I Modelli Organizzativi ex D.Lgs. n. 231/2001*, Giuffrè, Milano, 2005.

³⁵ Art. 15, d.lgs. n. 231/2001.

³⁶ Ci si riferisce in questo caso sicuramente alla sanzione dell'interdizione dall'esercizio dell'attività, ma anche a quella relativa all'interdizione dalla capacità di contrarre con la Pubblica Amministrazione quando l'attività dell'ente sia interamente riferita a questo ambito (es. ente operante esclusivamente nella partecipazione ad appalti pubblici) ed a quella relativa alla revoca di autorizzazioni, licenze e concessioni (es. stabilimenti balneari titolari di concessione demaniale per l'esercizio della propria attività).

³⁷ Artt. 15, co. 3 e 79, co. 1 e 2, d.lgs. n. 231/2001.

³⁸ Eventuali atti di straordinaria amministrazione sono subordinati alla previa autorizzazione del giudice dell'esecuzione.

degli organi sociali: questi ultimi restano in carica, non essendo prevista dal legislatore alcuna ipotesi di decadenza, e torneranno ad esercitare i propri poteri al termine del periodo di commissariamento³⁹.

Parimenti con quanto previsto in tema di controllo giudiziario (*supra*, par. 2) è prevista anche in questo caso l'impossibilità di ricorrere all'istituto del commissariamento giudiziale quando l'interruzione dell'attività consegue all'applicazione in via definitiva di una sanzione interdittiva.

A differenza invece della misura già analizzata in tema di interdittive antimafia, di cui al d.lgs. n. 159/2011, l'ammissione al commissariamento giudiziale qui esposta comporta anche la confisca del profitto derivante dalla prosecuzione dall'attività in modo da far sì che l'ente riconosciuto responsabile non tragga beneficio dalla misura sostitutiva. Trattandosi, in questo caso di profitto derivante da attività lecita conseguito grazie all'attività altrettanto lecita rappresentata dal commissario, sarà oggetto di confisca esclusivamente l'utile netto⁴⁰.

Come già evidenziato dalla dottrina, la presente misura, unitamente a quella del controllo giudiziario e ad altre simili previste dall'ordinamento⁴¹, intende conciliare l'esigenza di contrasto alla criminalità d'impresa con la tutela di altri interessi sovra-individuali legati alla salvaguardia del tessuto economico-sociale e, in particolare, all'esercizio di importanti attività imprenditoriali⁴².

5. Problematiche relative alla contaminazione tra sistemi e spunti di riflessione

Nel riprendere le finalità poste alla base di questo studio si intende ora porre l'attenzione sulla reale contaminazione presente tra il sistema amministrativo, rappresentato dalle interdittive antimafia e, più

³⁹ Sui compiti del commissario in tema di prosecuzione dell'attività si veda, *ex plurimis*, Cass. pen., sez. VI, 25 gennaio 2010, n. 20560, disponibile sul sito della Corte di Cassazione.

⁴⁰ *op.cit.*, p. 150.

⁴¹ Ci si riferisce in modo particolare, oltre al già esaminato art. 34-bis del d.lgs. n. 159/2011 ed art. 15 del d.lgs. n. 231/2001, all'art. 3 della legge 29 ottobre 2016, n. 199 che prevede, in luogo del sequestro, il "controllo giudiziario dell'azienda" applicato nei procedimenti di cui all'art. 603-bis c.p. sul presupposto di cui all'art. 321, co. 1, c.p.p qualora l'interruzione dell'attività ed imprenditoriale possa provocare ripercussioni negative sui livelli occupazionali o comprometterne il valore economico del complesso aziendale ed all'art. 32 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90 (convertito con modificazioni con l. 11 agosto 2014, n. 114) relativo ai provvedimenti di straordinaria amministrazione e gestione dell'impresa per la completa esecuzione delle prestazioni oggetto di uno specifico contratto pubblico di appalto.

⁴² Si veda sul punto R. BORSARI, *Misure per il contrasto alla criminalità d'impresa*, in *Diritto online*, 2018, dove si evidenzia l'introduzione nel sistema di "istituti eterogenei, genericamente compendati nella nozione di 'commissariamento', mediante i quali l'autorità (giudiziaria o amministrativa) dispone, a determinate condizioni, la temporanea sostituzione o il controllo degli organi sociali nella gestione degli enti, sì da mantenere la continuità aziendale e favorire il rientro o la permanenza nel mercato in condizioni di legalità", e L. DEL FAVERO e C. C. CORSARO, *L'estensione delle misure di prevenzione patrimoniale ai reati comuni. Amministrazione giudiziaria e controllo giudiziario quali occasione per la predisposizione degli strumenti di organizzazione, gestione e controllo aziendale*, in *Responsabilità degli enti: problematiche e prospettive di riforma a venti anni dal d.lgs. 231/2001* (a cura di G. S. BASSI), *Giurisprudenza penale*, 2021/1-bis, 2021, pp. 358-367, ove viene offerto il Modello 231 quale strumento principe, idoneo ad impedire la contaminazione tra sistemi per permettere al soggetto economico chiamato a partecipare al progetto di risanamento di "eliminare le contaminazioni e riappropriarsi delle condizioni di legalità [...] e procedere, con la necessaria collaborazione della Autorità Giudiziaria, alla nuova elaborazione delle strategie aziendali finalizzate alla eliminazione, nel breve termine, delle contaminazioni e, nel lungo termine, al controllo del rischio e alla intercettazione delle infiltrazioni di elementi inquinanti".

precisamente, dal controllo giudiziario di cui all'art. 34-bis del d.lgs. n. 159/2011, e quello penale, rappresentato dalle misure interdittive e, in modo particolare, dal commissariamento giudiziale previsto dall'art. 15 del d.lgs. n. 231/2001. Si tratta di misure che, cercando soprattutto di salvaguardare i livelli di occupazione in attesa della definizione delle impugnazioni relative ai rispettivi procedimenti, evidenziano una serie di interferenze e sovrapposizioni dovute al mancato coordinamento degli istituti in sede legislativa.

Molteplici sono gli aspetti che vedono i due sistemi entrare in contatto tra loro e che pongono le basi per le seguenti riflessioni:

- se, da un lato, la misura interdittiva prevista dal codice antimafia nasce all'interno di un procedimento di natura amministrativa, che culmina nell'adozione del relativo atto da parte del prefetto, dall'altro lato la misura interdittiva del D.Lgs. n. 231/01 – c.d. Modello 231 – nasce come provvedimento giurisdizionale e come strumento alternativo alla eventuale sanzione che dovrebbe essere comminata nell'ambito di un procedimento penale⁴³;
- la discrezionalità presente all'interno del procedimento che conduce all'adozione dell'informazione interdittiva antimafia secondo il criterio del *“più probabile che non”* è contrapposta al rigido principio di tassatività per l'adozione delle misure interdittive previste dal d.lgs. n. 231/2001, fondate sulla figura dei c.d. reati presupposto che, essendo presenti all'interno di un procedimento penale, richiedono *standard* probatori *“oltre ogni ragionevole dubbio”*⁴⁴;
- alla figura dell'amministratore giudiziario previsto dal codice antimafia che si affianca agli organi sociali, si contrappone l'amministratore di cui al d.lgs. n. 231/2001, che invece si sostituisce agli organi sociali, ponendo in essere quella che è una vera e propria espropriazione temporanea dei poteri direttivi e gestionali dell'ente;
- contrariamente al procedimento relativo all'ammissione dell'azienda al controllo giudiziario, che vede pronunciarsi un giudice che è soggetto ben diverso da quello che conosce delle vicende poste alla base dell'informazione interdittiva antimafia (il prefetto, per l'appunto), l'ammissione

⁴³ Si ritiene utile richiamare in tale sede l'orientamento ormai consolidato della Corte EDU che ha ampliato, ritagliandone un'esegesi autonoma del concetto, la nozione di *matière penale*, assimilando alla stessa tutte quelle reazioni sanzionatorie, variamente denominate, dotate di un contenuto intrinsecamente punitivo. In tal senso, lo strumento dell'informazione antimafia sarebbe caratterizzato da una incerta collocazione sistematica, a metà tra la forma della misura amministrativa, che conserva per origine normativa, e la concreta finalità sanzionatoria, che di fatto persegue. Per un approfondimento della questione si veda: A. LONGO, *la «massima anticipazione di tutela». Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, in *federalismi.it*, 16 ottobre 2019; C. E. PALIERO, *“Materia penale” e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione “classica” a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, 908 e Corte EDU, Gr. Cam., 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, disponibile sul portale della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

⁴⁴ Art. 533 c.p.p.

alla misura del controllo giudiziale e la pronuncia sulla prosecuzione dell'attività dell'ente sono disposte dallo stesso giudice che conosce anche della misura interdittiva⁴⁵;

- al contraddittorio puramente facoltativo previsto dall'art. 93, co. 7 del d.lgs. n. 159/2011 in tema di informazione antimafia⁴⁶ è contrapposta l'interdittiva adottata all'esito di un procedimento di accertamento dell'illecito che spetta al giudice penale competente per i reati presupposto e come tale, oggetto di un contraddittorio necessario. Conseguentemente, se il controllo giudiziario è misura richiedibile con semplice istanza di parte a seguito dell'impugnazione del provvedimento interdittivo, il commissariamento giudiziale è sottoposto all'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero;
- se da un lato il d.lgs. n. 231/2001 è modellato sul codice penale ed i suoi destinatari fruiscono, come si è avuto modo di evidenziare, delle garanzie tipiche del procedimento penale, quanto previsto dal d.lgs. n. 159/2011, nel rappresentare regole formalmente amministrative, contenenti misure sanzionatorie ad alto contenuto affittivo ed idonee ad incidere su beni costituzionali di primaria importanza – primo fra tutti la libertà di iniziativa economica⁴⁷ –, non risente dei necessari elementi di raccordo che sarebbero auspicabili con il modello 231.

Infine, ultimo elemento da prendere in considerazione e sicuramente meritevole di attenzione da parte del legislatore, è il requisito della impugnazione/non definitività del provvedimento interdittivo ai fini dell'ammissione alle misure, rispettivamente, del controllo giudiziario o del commissariamento giudiziale: non può infatti non rilevarsi che l'art. 34-*bis*, co. 6 del codice antimafia prevede in merito all'applicazione del controllo giudiziario su istanza di parte, esclusivamente, da parte delle imprese destinatarie di informazione antimafia interdittiva *“l'impugnazione del relativo provvedimento del prefetto”*, senza nulla

⁴⁵ In tema di interdittiva antimafia e di controllo giudiziario si richiama l'orientamento del giudice di legittimità (Cass. pen., sez. II, 15 marzo 2019, n. 16105, disponibile sul sito della Corte di Cassazione) a sostegno della tesi dell'interdipendenza tra il procedimento innanzi al giudice penale (tribunale della prevenzione) e quello innanzi al giudice amministrativo (Tar-Consiglio di Stato) ove il primo giudice, seppur può accogliere la richiesta di controllo giudiziario *“ove ne ricorrano i presupposti”*, non può occuparsi della legittimità dell'interdittiva antimafia e cioè della correttezza dell'impianto che la sorregge: sindacato, quest'ultimo, rimesso in via esclusiva al prefetto ed al giudice amministrativo. *De iure condendo* sarebbe inoltre auspicabile un intervento normativo volto a dare una più chiara soluzione ai rapporti tra le due giurisdizioni coinvolte.

⁴⁶ Sulla necessità di prevedere da parte del legislatore delle garanzie procedurali in tutte quelle ipotesi in cui la permeabilità mafiosa appaia alquanto dubbia, incerta, e presenti per così dire, delle zone grigie o interstiziali, rispetto alle quali l'apporto procedimentale del soggetto potrebbe fornire utili elementi a chiarire alla stessa autorità procedente la natura dei rapporti tra il soggetto e le dinamiche, spesso ambigue e fluide, del mondo criminale, si richiama in questa sede Cons. Stato, sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979, disponibile sul sito della Giustizia Amministrativa, così come menzionata nella relazione annuale sull'attività della giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato (Palazzo Spada, 2 febbraio 2021, Relazione pubblicata sul medesimo sito) per ribadire la centralità della partecipazione al procedimento quale *“principio strumentale alla conoscibilità e alla trasparenza dell'azione amministrativa”*. Sulla centralità del procedimento quale sede dove *“può e deve avvenire la valutazione sincronica degli interessi pubblici coinvolti e meritevoli di tutela”* si veda anche Corte Cost. n. 116/2020 (dep. 23 giugno 2020), disponibile sul sito della Corte Costituzionale.

⁴⁷ Art. 41 Cost.

specificare in merito al regime impugnatorio (ordinario o straordinario) e sulla conseguente definitività (giudicato) del relativo giudizio che definisce il ricorso.

A parere dello scrivente il legislatore parrebbe pertanto aver voluto fornire la possibilità di richiedere l'ammissione al controllo giudiziario per tutte quelle volte in cui è possibile prevedere, anche solo astrattamente, un sindacato del giudice amministrativo sul provvedimento prefettizio, con ciò salvaguardando la possibilità di ricorrere all'istituto in esame anche in presenza di rimedi impugnatori previsti per pronunce definitive come, per esempio, alle ipotesi di revocazione straordinaria⁴⁸.

Vi è di più: la norma parla di "*impugnazione*" senza ulteriori qualificazioni, sicché non necessariamente dovrà trattarsi di un ricorso al giudice amministrativo, ben potendosi addirittura far rientrare in tale configurazione anche un ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Inoltre, si potrebbe addirittura sostenere che ciò che rileva unicamente ai fini dell'applicabilità della misura oggetto del presente studio è che vi sia stata un'impugnativa e che, conseguentemente, non solo la "perduranza" della pendenza ma anche la "pendenza" stessa non rientra nel presupposto. In tale circostanza l'impresa potrebbe quindi addirittura chiedere per la prima volta il controllo giudiziario successivamente al giudicato amministrativo di rigetto⁴⁹.

Diversamente avviene nel caso del commissariamento giudiziale, di cui al già menzionato art. 15 del d.lgs. n. 231/2001, per il quale si prevede espressamente che la prosecuzione dell'attività da parte del commissario non può essere disposta quando "*l'interruzione dell'attività consegue all'applicazione in via definitiva di una sanzione interdittiva*".

Risulta ormai imprescindibile, ad ormai vent'anni dall'entrata in vigore delle norme che prevedono la responsabilità amministrativa degli enti da reato ed a dieci anni dall'entrata in vigore del codice antimafia, un coordinamento tra le due discipline in tema di lotta e contrasto alle infiltrazioni mafiose che sintetizzi sia la funzione preventiva che quella repressiva, armonizzandole tra loro, avendo di mira la fondamentale esigenza di limitare gli spazi di discrezionalità in capo all'autorità amministrativa a vantaggio esclusivo di quella certezza del diritto che, per dirla con un brocardo latino di ciceroniana memoria, spazzi via quella che sembra un'autentica situazione di *summum ius, summa iniuria*.

⁴⁸ Si ricorda infatti, con riferimento ai casi di revocazione, che l'art. 106 c.p.a. rinvia espressamente agli artt. 395-396 c.p.c. In particolare ci si riferisce alla revocazione "straordinaria" per i vizi previsti dall'art. 395 n. 1, 2, 3 e 6 perché, contrariamente alla cosiddetta revocazione "ordinaria" nei casi previsti dall'art. 395 n. 4 e 5, può riguardare sentenze passate in giudicato.

⁴⁹ M. MAZZUTO, *Il salvataggio delle imprese tra controllo giudiziario volontario, interdittive prefettizie e giustizia amministrativa*, in Sistema Penale, n. 3/2020.