



Diritto e Processo Amministrativo

Interdittiva antimafia e ius ritentionis (nota ad Adunanza Plenaria 26 10 2020 n. 23)

di [Andrea Crismani](#)

19 dicembre 2020

Interdittiva antimafia e *ius ritentionis* (nota ad Adunanza Plenaria 26 10 2020 n. 23).

di Andrea Crismani

Sommario: 1. *Premessa.*– 2. *Lo ius ritentionis da parte dell'operatore attinto da informativa interdittiva.* – 3. *Gli orientamenti della giurisprudenza sulla “utilità conseguita” e la certezza dei rapporti.* – 4. *La posizione della Plenaria*

1. Premessa

L'Adunanza Plenaria si pronuncia sul tema delle conseguenze connesse all'adozione di un'interdittiva antimafia sulla pregressa percezione di contributi pubblici diretti all'incentivazione di un'iniziativa imprenditoriale ormai interamente realizzata.

Il tema delle interdittive è molto dibattuto sotto molteplici profili e, in particolare sui limiti prefettizi (le c.d. interdittive generiche) e sui poteri di cognizione del giudice amministrativo (in particolare il ruolo della Sezione III del Consiglio di Stato). La dottrina è molto attenta e critica sul punto palesando in recenti interventi “un'ennesima, incondizionata, presa di posizione a favore delle misure interdittive antimafia”^[1]. Per converso la giurisprudenza è granitica nel ritenere che l'informazione antimafia implica una valutazione discrezionale da parte

dell'autorità prefettizia in ordine al pericolo di infiltrazione mafiosa, capace di condizionare le scelte e gli indirizzi dell'impresa[2]. La complessità dell'informazione interdittiva è in costante ricerca di un punto di bilanciamento tra lotta alla mafia e diritto di difesa[3]. In effetti, come nota attenta dottrina vi è un “continuo confronto tra Stato e anti-Stato” il quale “richiede un uso di strumenti, accertamenti, collegamenti, risultanze, necessariamente anche atipici come atipica, del resto, è la capacità, da parte delle mafie, di perseguire i propri fini”[4].

L'aspetto economico ne è un ulteriore aspetto imprescindibile che attesta l'effettività delle misure.

Oggetto del quesito deferito dalla Sezione III del Consiglio di Stato (Cons. St., Sez. III, 23 dicembre 2019, n. 8672 sentenza non definitiva) alla Adunanza Plenaria sono gli artt. 92, comma 4, e 94, comma 2 d.lgs. n.159/2011, nella parte in cui questi consentono la salvezza del “pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite”. Testualmente prevedono che i soggetti di cui all'art. 83 “revocano le autorizzazioni o le concessioni o recedono dai contratti fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite”; l'art. 94, comma 3, dispone che i soggetti di cui all'art. 83 “non procedono alle revoche o ai recessi di cui al comma precedente nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi”.

Contenuto del quesito deferito alla Plenaria, e da questa rimodulato, riguarda la questione se il limite normativo delle “*utilità conseguite*”, di cui all'inciso finale contenuto sia nell'art. 92, comma 3, che nell'art. 94, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011, sia da ritenersi applicabile ai soli contratti di appalto pubblico, ovvero anche ai finanziamenti e ai contributi pubblici erogati per finalità di interesse collettivo.

All'esito di un complesso ragionamento la Plenaria ha stabilito il seguente principio di diritto che: *“la salvezza del pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite, previsti dagli articoli 92, comma 3, e 94, comma 2, del d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159, si applicano solo con riferimento ai contratti di appalto di lavori, di servizi e di forniture”*.

Vanno altresì posti all'attenzione due ulteriori aspetti che sono emersi.

Il primo aspetto, squisitamente di natura processuale, riguarda la possibilità di spiegare l'intervento volontario a fronte della sola analogia fra le *quaestiones iuris* controverse nei due giudizi. Nel caso è stato esperito l'intervento *ad opponendum* di un terzo imprenditore (estraneo al merito della vicenda processuale) rispetto all'appello proposto dall'appellante sul presupposto che il giudizio dell'interveniente vertente sul medesimo principio di diritto (ma non connesso) è stato sospeso ai sensi degli articoli 79, comma 1, c.p.a e 295 c.p.c. e conseguentemente rinviato per la decisione in attesa della pronuncia della Plenaria. Quest'ultima ha giudicato l'intervento *ad opponendum* inammissibile in quanto: *“non è sufficiente a consentire l'istanza di intervento ad opponendum la sola circostanza per cui il proponente tale istanza sia parte in un giudizio in cui venga in rilievo una quaestio iuris analoga a quella divisata nell'ambito del giudizio”*. La Plenaria esclude che la sua attesa pronuncia possa inevitabilmente condizionare l'esito del giudizio in cui è parte chi ha spiegato intervento, ben potendo il Giudice di tale controversia vagliare gli approdi cui perviene l'Adunanza Plenaria in funzione nomofilattica e non condividere il principio di diritto enunciato e disporre ai sensi dell'art. 99, comma 3 cpa.

Il secondo aspetto, di tecnica redazionale dei quesiti, desta interesse, poiché la questione deferita all'esame della Plenaria dalla Sezione abbisognava di una diversa e più ampia formulazione. In effetti, il problema dell'ambito di applicazione della norma di eccezione (e dunque la vera questione oggetto di esame da parte della Plenaria) *“riguarda la salvezza del pagamento, e non già, almeno in prima battuta, il significato e la misura delle utilità conseguite dall'amministrazione con riguardo all'interesse pubblico”*. In questi termini la Plenaria ha riformulato il quesito, poiché è *la “salvezza” del pagamento il vero “limite” normativo (ovvero l'eccezione agli effetti della revoca e del recesso dai contratti), contribuendo invece il limite delle “utilità conseguite” solo alla definizione del “quantum” di una salvezza già verificata sussistente*”.

2. Lo ius ritentionis da parte dell'operatore attinto da informativa interdittiva

La vicenda fattuale da cui trae origine la pronuncia in commento riguarda la richiesta di ripetizione di un contributo pubblico concesso ad un'azienda agricola per l'acquisto di attrezzature e macchinari necessari alla costruzione e all'ampliamento di una cantina.

L'A.G.E.A., a seguito di positiva istruttoria, ammetteva la richiedente al contributo regionale ed erogava lo stesso in sei diverse tranches nel periodo 2013-2016. In previsione dell'erogazione del contributo la Regione Basilicata richiedeva il rilascio dell'informativa antimafia una prima volta nel 2012 e una seconda volta nel 2014, senza tuttavia ricevere alcuna risposta da parte della

Prefettura competente. Solo nel 2017 la Regione riceveva la comunicazione che l'azienda finanziata era stata attinta da una informativa antimafia positiva, emessa dalla Prefettura nel febbraio del 2016.

L'amministrazione regionale informava di un tanto l'A.G.E.A. che, in applicazione del disposto dell'art. 92, comma 3, d.lgs. 159/2011, disponeva la revoca dei contributi erogati richiedendone la restituzione. Alla prima interdittiva del 2006, poi, ne seguivano altre due, una nel 2017 e una nel 2018.

L'azienda agricola impugnava con due distinti ricorsi le prime due interdittive, mentre con motivi aggiunti la terza. Infine, un terzo giudizio veniva instaurato avverso gli atti di revoca dei finanziamenti.

Il contenzioso risultante dalla riunione dei succitati tre giudizi è stato definito nel merito dal T.A.R. Basilicata (T.A.R. Basilicata, Potenza, Sez. I, 23 ottobre 2018, n. 707). Il Collegio adito ha rigettato i ricorsi riguardanti la legittimità dei provvedimenti di interdittiva, mentre ha accolto il ricorso avente ad oggetto la ripetizione delle somme ricevute, con il conseguenziale annullamento dei provvedimenti con cui provvedimenti con cui l'A.G.E.A. aveva revocato i finanziamenti erogati alla società ricorrente.

Lasciando in disparte i motivi sulla base dei quali sono stati respinti i ricorsi avverso la legittimità delle interdittive antimafia che non rilevano sulla questione rimessa all'Adunanza plenaria in commento, pare opportuno, invece, evidenziare le motivazioni che hanno portato all'accoglimento del ricorso avverso la richiesta restitutoria dei finanziamenti percepiti. A tal riguardo il T.A.R. ha fatto proprio quell'orientamento giurisprudenziale richiamato dalla ricorrente (cfr. T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 15 febbraio 2013, n. 119; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 13 giugno 2017, n. 3237; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 3 gennaio 2018, n. 3237, n. 52) secondo il quale gli artt. 92, comma 3, e 94, comma 2, d.lgs. n. 159/2011, nella parte in cui fanno *“salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite ed il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite”*, vanno applicati, oltre che alle revoche dei contratti di appalto pubblico, anche alle revoche dei finanziamenti e dei contributi pubblici, che vengono corrisposti per finalità di interesse collettivo, tenuto conto del bilanciamento tra l'interesse pubblico (di impedire l'erogazione di denaro pubblico in favore di soggetti economici privati, condizionati dall'infiltrazione mafiosa) ed il principio di affidamento dei soggetti privati (trattandosi di soggetti che non sono indiziati di appartenenza alla criminalità organizzata, ma solo sottoposte al rischio dell'infiltrazione mafiosa). La finalità delle norme sarebbe quella di non erogare il pubblico denaro, ma non di restituire quello già speso come,

nella specie, il contributo concesso per l'ammodernamento dell'azienda agricola ricorrente mediante l'acquisto di attrezzature e macchinari per la cantina.

Avverso tale sentenza di primo grado è stato proposto appello da parte dell'A.G.E.A.che, dopo aver contestato la ricostruzione motivazionale del giudice di prime cure poiché in contrasto con la corretta applicazione della normativa vigente, ha pure evidenziato che sul punto in giurisprudenza sussistono due opposte soluzioni interpretative, avanzando istanza di deferimento del ricorso all'Adunanza plenaria, onde addivenire alla composizione di tale contrasto giurisprudenziale.

L'adita Sezione III del Consiglio di Stato, in accoglimento a tale richiesta e previa reiezione dell'appello incidentale dell'appellata avente ad oggetto l'asserita illegittimità dei provvedimenti prefettizi di interdittiva, ha rimesso all'Adunanza Plenaria la questione interpretativa in ordine all'esatta portata della clausola di salvaguardia di cui agli artt. 92, comma 3, e 94, comma 2, d.lgs. 159/2011.

3. Gli orientamenti della giurisprudenza sulla "utilità conseguita" e la certezza dei rapporti

La lettura della clausola di salvaguardia di cui all'art. 92 comma 3 d.lgs. 159/2011, è stata oggetto di due opposti orientamenti giurisprudenziali, uno estensivo e l'altro restrittivo. Si dibatteva sulla portata della disposizione nel senso se fosse limitata al solo caso della revoca del contratto, escludendo la diversa ipotesi della revoca del finanziamento oppure se lo *ius retentionis* fosse ammesso oltre che per i contratti di appalto caratterizzati da un nesso di corrispettività anche per i provvedimenti unilaterali di concessione o autorizzazione di finanziamenti o contributi pubblici con un nesso di corrispettività attenuato.

Secondo l'interpretazione estensiva del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia nelle sentenze n. 3 e n. 19 del 2019 si propone una nozione ampia e onnicomprensiva del concetto di "utilità conseguite". In tal modo si slega il riferimento dalle utilità economiche direttamente ritraibili dall'amministrazione concedente come nel caso dei contratti di appalto e si estende a quei vantaggi di ordine generale che sono sottesi a qualunque iniziativa privata finanziata dall'amministrazione.

Per contro invece secondo l'interpretazione restrittiva del Consiglio di Stato, Sez. III, nelle sentenze n.1108 e n. 5578 del 2018, la nozione di "utilità conseguite" di cui all'art. 92 comma 3 "*non sarebbe dilatabile sino al punto da ricomprendervi anche l'ipotesi del finanziamento andato a buon fine mercé l'integrale realizzazione del programma finanziato, e ciò in quanto in tale*

evenienza l'interesse pubblico risulterebbe essere soltanto indiretto".

I due orientamenti si sono incentrati sull'interpretazione della nozione di utilità assumendo la distinzione tra utilità dirette e indirette ovvero tra quelle "direttamente ritraibili dall'amministrazione concedente come nel caso dei contratti di appalto" e quei vantaggi che soddisfatto, anche in via indiretta, l'interesse generale sotteso all'erogazione ma che non di rado *rendono assai evanescente o difficilmente percepibile il riflesso di "utilità su scala collettiva" che lo stesso è in grado di generare*".

Altro nodo da sciogliere riguarda l'ordine pubblico economico degli effetti dell'interdittiva – cioè l'incapacità giuridica parziale *ad accipiendum* in capo all'operatore attinto da un'informativa interdittiva – sui rapporti esauriti o che sarebbero dovuti esserlo da tempo ma che non lo sono stati per ragioni imputabili alla pubblica amministrazione a causa di ritardi nella richiesta o comunicazione di fatti ostativi. In tale ambito la sentenza n. 3/2019 del Consiglio di Giustizia Amministrativa si era, infatti, posta la questione della certezza e sicurezza nei traffici giuridici ponendo in risalto il legittimo affidamento in capo all'operatore privato.

4. La posizione della Plenaria

Secondo la Plenaria l'esame ermeneutico degli articoli 92, comma 3 e 94, comma 2, risponde alla regola di stretta interpretazione propria delle norme di eccezione. Gli articoli richiamati sono norme di eccezione e precisa scelta del legislatore che derogano all'ordinario procedimento il quale prevede che il rilascio di autorizzazioni, concessioni, ovvero la stipula di contratti o subcontratti (v. art. 91), da parte dei soggetti pubblici deve essere preceduta necessariamente dalla acquisizione dell'informazione antimafia. La deroga invece consente nel caso di mancata comunicazione dell'informazione antimafia entro i termini previsti dall'art. 92, comma 2, ovvero nei casi di urgenza (art. 94, comma 2) di procedere anche in assenza dell'informazione sulla capacità a intrattenere rapporti con la pubblica amministrazione.

In tale contesto di lettura delle norme la Plenaria, in continuità con la sua precedente n. 3/2018, ribadisce che l'interdittiva antimafia non costituisce un "fatto" sopravvenuto che determina la revoca del provvedimento emanato ovvero la risoluzione del contratto. L'interdittiva consiste nell'accertamento dell'insussistenza della capacità del soggetto ad essere parte del rapporto con la pubblica amministrazione: *"quella incapacità che – laddove fosse stata, come di regola, previamente accertata – avrebbe escluso in radice sia l'adozione di provvedimenti sia la stipula di contratti"*. Infatti, giova ribadire che l'atto di revoca non rappresenta un nuovo provvedimento

adottato in autotutela dall'amministrazione nell'esercizio di un potere discrezionale, ma "un mero atto ricognitivo che constata l'avvenuta verifica della condizione risolutiva afferente al contributo ancora precario". Del pari si ha in caso di recesso che si contraddistingue in differenti varie tipologie non tutte riconducibili alle figure che ineriscono ad un diritto potestativo privato di ripensamento, come il recesso ordinario civilistico ovvero a quello previsto dall'articolo 109 del Codice dei contratti, ma si identificano in quelle che scaturiscono da una verifica postuma negativa sui requisiti generali ovvero nell'accertamento autoritativo postumo di una causa di esclusione (Tar Lazio, sez. II, 28 maggio 2020, n. 5700). In un caso il rapporto è da considerarsi consolidato nell'altro caso è invece contraddistinto dalla precarietà degli effetti dei rapporti espressamente enunciata nelle norme. In quest'ultima ipotesi non è ravvisabile l'insorgere di un affidamento in capo al soggetto privato o di un suo diritto di ritenzione delle somme beneficate.

L'ambito di applicazione della norma di eccezione relativa alla salvezza dei pagamenti è secondo la Plenaria strettamente circoscritto ai contratti di appalto in quanto "anche il dato letterale della disposizione" si oppone "ad una sua estensione dai contratti di appalto ai finanziamenti". Del pari anche il riferimento alle "utilità conseguite" contribuisce ad escludere che la norma possa estendersi anche ai finanziamenti ed ai contributi.

Nell'ipotesi in cui ricorrono i presupposti di eccezione alla procedura ordinaria la Plenaria, in correzione del quesito, afferma che, intanto potrà procedersi alla verifica della "utilità conseguita", in quanto si ritenga ammissibile la salvezza del pagamento delle "opere già eseguite" ovvero del "rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente", poichè il riferimento "nei limiti delle utilità conseguite" va inteso come misura del "quantum" dovuto dall'amministrazione al privato colpito da interdittiva.

Sulla base di queste premesse, e aderendo alla posizione restrittiva, la Plenaria indica quando non sia possibile ricondurre alla "utilità conseguita" anche più generali interessi pubblici. E precisamente non è possibile quando: (i) l'accertamento appare non rispondere (o non rispondere sempre) a parametri giuridici, bensì a parametri macroeconomici, proporzionati alla tipologia, all'estesa latitudine degli interessi programmati e alla loro distribuzione nel lungo periodo; e (ii) (per altro verso) essi stessi prescindono da una vera e propria possibilità di "misurazione" in senso giuridico o economico, afferendo alla migliore esplicazione di diritti politici o economici, ovvero ad aspetti di sviluppo sociale o culturale.

In tale contesto la Plenaria ha tracciato l'ambito operativo delle norme riconducendo a sistema anche l'aspetto delle conseguenze economiche delle interdittive. La legislazione antimafia

indubbiamente presenta caratteristiche di eccezionalità che si declinano nel diritto della prevenzione palesando le criticità nell'individuazione "del punto di equilibrio tra prevenzione antimafia e interessi pubblici concorrenti o diritti di libertà"^[5]. In effetti, non sono mancate critiche alla giurisprudenza amministrativa per aver operato uno spostamento e aggravamento dell'asse fissato dal Legislatore modificando perfino "l'architettura del sistema"^[6]. Per converso va però notato che l'interpretazione giurisprudenziale tassativizzante, in particolare sul fronte degli elementi indicativi dell'infiltrazione mafiosa già a partire dalla sentenza n. 1743 del 3 maggio 2016, consente ragionevolmente di prevedere l'applicazione e le conseguenze della misura interdittiva nel rispetto del principio di legalità, non solo in senso formale ma anche sostanziale. Del resto la Corte Costituzionale n. 24 del 27 febbraio 2019 che, in seguito alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*, (sebbene con riferimento alle misure di prevenzione personali), ha evidenziato l'esigenza di rispettare, anche per il diritto della prevenzione, le essenziali garanzie di *tassatività sostanziale e processuale* (Consiglio di Stato, Sez. III, 6 novembre 2019, n. 7575)^[7].

* * *

^[1] G. Amarelli, *Interdittive antimafia e «valori fondanti della democrazia»: il pericoloso equivoco da evitare*, in *Questa Rivista*.

^[2] R. Rolli, *L'informativa antimafia come "frontiera avanzata"* (Nota a sentenza Cons. Stato, Sez. III, n. 3641 dell' 8 giugno 2020) in *Questa Rivista* e; V.Di Iorio, *Informative interdittive antimafia*, in *l'Amministrativista – Il Portale sugli appalti e i contratti pubblici*, 10 gennaio 2017.

^[3] R. Rolli e M. Maggiolini, *Informativa antimafia e contraddittorio procedimentale* (Nota a Cons. St. sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979), in *Questa Rivista*.

^[4] C. Felicetti, *Self cleaning e interdittiva antimafia* (Nota a Cons. St., Sez. III, 19 giugno 2020, n. 3945), in *Questa Rivista*.

^[5] M. Mazzamuto, *Lo scettro alla prefettocrazia: l'indefinita pervasività del sottosistema antimafia delle grandi opere e il caso emblematico della "filiera"*, in *Dir. econ.*, 2013, 624.

^[6] F.G. Scoca, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in <https://www.giustamm.it/>, 6, 2018.

^[7] A. M. Speciale, *Interdittive antimafia tra vecchi confini e nuovi scenari*, in <https://www.giustizia-amministrativa.it/>, 2020.
