

2156 -23



REPUBBLICA ITALIANA
In nome del Popolo Italiano
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SECONDA SEZIONE PENALE



SENTENZA



RITENUTO IN FATTO

1. Con decreto in data 14/06/2022, la Corte di appello di Milano rigettava l'appello proposto da F.B.S. s.r.l. avverso il decreto emesso dal Tribunale di Milano in data 21/09/2021 con il quale era stata respinta la richiesta di controllo giudiziario ex art. 34-*bis*, comma 6, d.lvo 159/2011.

2. Avverso il predetto decreto, nell'interesse di F.B.S. s.r.l., è stato proposto ricorso per cassazione per i motivi di seguito enunciati nei limiti strettamente necessari per la motivazione ex art. 173 disp. att. cod. proc. pen.

La società ricorrente, dopo aver evidenziato che la domanda è stata proposta per evitare le conseguenze paralizzanti dell'attività d'impresa che verrebbe privata non solo della possibilità di contrattare con enti pubblici ma anche la possibilità di continuare la propria attività in favore di soggetti privati nonché il concreto rischio di perdere l'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali con l'ineludibile conseguenza di essere posta in liquidazione con licenziamento dei suoi dipendenti, lamenta quanto segue.

-Primo motivo: mancanza di motivazione. Nell'atto di appello erano stati forniti plurimi spunti ermeneutici volti a dimostrare come il diniego di iscrizione all'elenco dei fornitori prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa, operanti nei settori esposti maggiormente a rischio (cd. *white list*), debba considerarsi produttivo dei medesimi effetti lesivi dell'interdittiva antimafia. La Corte territoriale, dopo aver evidenziato tutte le criticità derivanti dal paradosso che si verrebbe a creare concedendo la misura nei casi di interdittiva e negandola nei casi di diniego dell'iscrizione nella *White List*, con un evidente salto logico, si ricollega *sic et simpliciter* alla statuizione del primo giudice affermando apoditticamente che, mancando il presupposto costituito dall'interdittiva, la misura non è applicabile. Anche volendo ritenere l'interpretazione letterale come la più corretta, il giudice d'appello avrebbe dovuto pronunciarsi sulla questione di costituzionalità (per violazione degli artt. 2, 3, 24 e 25 Cost.) sollevata dalla difesa, inerente all'ingiustificata disparità di trattamento che deriverebbe dall'applicare il controllo giudiziario solo in caso di formale provvedimento interdittivo.

-Secondo motivo: violazione e falsa applicazione dell'art. 34-bis d.lgs. 159/2011. Si è osservato che la peculiarità dell'accertamento giudiziale relativo al controllo ex art. 34-bis, e a maggior ragione al controllo volontario, sta nel fatto che il fuoco dello scrutinio deve individuarsi nella verifica di concrete possibilità che la singola realtà aziendale abbia o meno di compiere fruttuosamente il cammino verso il riallineamento con il contesto economico sano, anche avvalendosi dei controlli e delle sollecitazioni che il giudice delegato può rivolgere nel guidare la impresa infiltrata"; in questa prospettiva, "l'accertamento dello stato di condizionamento e di infiltrazione non può [...] essere soltanto funzionale a fotografare lo stato attuale di pericolosità oggettiva in cui versano la realtà aziendale a causa delle relazioni esterne patologiche, quanto piuttosto a comprendere e a prevedere le potenzialità che quella realtà ha di affrancarsene seguendo l'iter che la misura alternativa comporta». Pertanto, sebbene sia indubbio che il tribunale

non abbia potere di sindacato sulla legittimità della interdittiva antimafia adottata dal prefetto, per la evidente autonomia dei mandati delle due giurisdizioni, è anche vero che l'intera gamma delle situazioni richiamate dall'art. 34-*bis*, comma 6, d.lgs. 159/2011 è devoluta alla sua cognizione, dovendosi esso esprimere non solo sulla applicabilità del controllo giudiziario di cui alla lett. b) del comma 2 dell'articolo citato - cioè quello che prevede la nomina del giudice delegato e dell'amministratore giudiziario con poteri di controllo - ma anche di verificare il ricorso dei relativi presupposti - e cioè la occasionalità della agevolazione ai soggetti mafiosi e non ivi previsti, il pericolo concreto di infiltrazioni mafiose e la sua intensità - e saggiare la sussistenza delle condizioni per applicare uno o più degli obblighi informativi ed anche gestionali previsti dal comma 3 dell'art. 34-*bis*" (Sez. 5, n. 3856 del 06/11/2020, Biessemme S.r.l., Rv. 279982; nello stesso senso, Sez. 2, n. 18265 del 31/03/2022, S.a.s. Moviter, non mass.).

L'indagine condotta dalla Corte territoriale si ferma al 2019, allorquando la figura del Balestrucci è stata del tutto estromessa. Non vi è alcun giudizio prognostico rivolto alla futura attività della società, bensì vi è un pregiudizio fondato sui precedenti penali del Balestrucci risalenti a prima del 2010 che avrebbero la forza cogente di influenzare non solo il comportamento del Balestrucci, ma anche dell'intero nucleo familiare. Pur volendo aderire alla tesi secondo cui vi sarebbe stata l'ingerenza dal 2011 al 2014 del Balestrucci sulla gestione della società, non si è tenuto conto del fatto che vi sono stati plurimi atteggiamenti di ravvedimento certamente antecedenti al provvedimento prefettizio.

-Terzo motivo: violazione dell'art. 183, comma 1, lett. l) d.lgs. 152/2006 e 452-*quaterdecies* cod. pen. La connotazione di illiceità alla condotta di intermediazione non può in alcun modo sussistere allorquando, come nella fattispecie, sussiste prova del rispetto di tutte le condizioni di esercizio dell'attività.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è fondato e, come tale, meritevole di accoglimento.

2. La giurisprudenza di legittimità ha già chiarito, con principio che qui si intende ribadire, che in tema di misure di prevenzione, il ricorso per cassazione avverso il provvedimento della corte d'appello che, in sede di impugnazione, decide sull'ammissione al controllo giudiziario ex art. 34-*bis*, comma 6, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, è ammissibile solo per violazione di legge, essendo, in tal caso, applicabili i limiti di deducibilità di cui agli artt. 10, comma 3, e 27 del

medesimo decreto (Sez. 5, n. 3856 del 06/11/2020, Biessemme S.r.l., Rv. 279982).

Si è in tal senso osservato che: "L'assetto dei rimedi impugnatori previsti per il controllo giudiziario *ex art. 34-bis* del d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159 riflette quello delineato per la misura dell'amministrazione giudiziaria dall'*art. 34* del medesimo decreto legislativo; ora, quest'ultima disposizione richiama espressamente, a proposito della disciplina delle impugnazioni, l'*art. 27*, d. lgs. n. 159 del 2011, il quale, a sua volta, in tema di impugnazioni, richiama l'*art. 10* del d.lgs. n. 159 *cit.*, il cui comma 3 limita alla violazione di legge l'ambito delle censure proponibili con il ricorso per cassazione. In questa prospettiva, del resto, è univoca l'indicazione che si trae da Sez. U, n. 46898 del 26/09/2019, Ricchiuto, Rv. 277156, che, nello stabilire che il provvedimento con cui il tribunale competente per le misure di prevenzione nega l'applicazione del controllo giudiziario richiesto *ex art. 34-bis*, comma 6, del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, è impugnabile con ricorso alla corte di appello anche per il merito, ha chiarito che, nella riedizione degli artt. 34 e *34-bis* effettuata con la legge 161 del 2017, l'intervento del legislatore sembra essersi concentrato piuttosto sulla previsione di procedure camerali *ex art. 127* cod. proc. pen. destinate a garantire, in molti dei casi previsti, la conoscenza ed il contraddittorio anticipati: così dando la sensazione di non occuparsi, o meglio, [...] lasciando libero, in punto di impugnabilità, uno spazio che è possibile ed anzi doveroso occupare, col ricorso al principio generale sotteso al sistema delle impugnazioni delle misure di prevenzione», che è quello elaborato nell'*art. 10* del d. lgs. n. 159 del 2011 (la «norma fondamentale delle impugnazioni»); 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 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, ed ancora quanto alle caratteristiche del giudizio *ex art. 34-bis* predetto che con riferimento, poi, alla domanda della parte privata, che sia raggiunta da interdittiva antimafia, di accedere al controllo giudiziario il sindacato del giudice, deve essere indirizzato ad accertare i presupposti della misura, necessariamente comprensivi della occasionalità dell'agevolazione dei soggetti pericolosi, come si desume dal rilievo che l'accertamento della insussistenza di tale presupposto ed eventualmente di una situazione più compromessa possono comportare il rigetto della domanda e magari l'accoglimento di quella, di parte avversa, relativa alla più gravosa misura della amministrazione giudiziaria o di altra ablativa".

Si è quindi osservato, nella prospettiva che la stessa ricorrente ha evidenziato, che: "La peculiarità dell'accertamento giudiziale relativo al controllo ex art. 34-*bis*, e a maggior ragione al controllo volontario, sta nel fatto che il fuoco dello scrutinio deve individuarsi nella verifica di concrete possibilità che la singola realtà aziendale abbia o meno di compiere fruttuosamente il cammino verso il riallineamento con il contesto economico sano, anche avvalendosi dei controlli e delle sollecitazioni (nel caso della amministrazione, anche vere intromissioni) che il giudice delegato può rivolgere nel guidare la impresa infiltrata"; in questa prospettiva, "l'accertamento dello stato di condizionamento e di infiltrazione non può [...] essere soltanto funzionale a fotografare lo stato attuale di pericolosità oggettiva in cui versi la realtà aziendale a causa delle relazioni esterne patologiche, quanto piuttosto a comprendere e a prevedere le potenzialità che quella realtà ha di affrancarsene seguendo l'*iter* che la misura alternativa comporta".

Pertanto, sebbene sia indubbio che il tribunale non abbia potere di sindacato sulla legittimità della interdittiva antimafia adottata dal prefetto, per la evidente autonomia dei mandati delle due giurisdizioni, è anche vero che l'intera gamma delle situazioni richiamate dall'art. 34-*bis*, comma 6, d.lgs. 159/2011 è devoluta alla sua cognizione, dovendosi esso esprimere non solo sulla applicabilità del controllo giudiziario di cui alla lett. b) del comma 2 dell'articolo citato - cioè quello che prevede la nomina del giudice delegato e dell'amministratore giudiziario con poteri di controllo - ma anche di verificare il ricorso dei relativi presupposti - e cioè la occasionalità della agevolazione ai soggetti mafiosi e non ivi previsti, il pericolo concreto di infiltrazioni mafiose e la sua intensità - e saggiare la sussistenza delle condizioni per applicare uno o più degli obblighi informativi ed anche gestionali previsti dal comma 3 dell'art. 34-*bis* (Sez. 5, n. 3856 del 06/11/2020, *cit.*; da ultimo, Sez. 2, n. 18265 del 31/03/2022, Sas Moviter, non mass.).

3. E' stato dedotto come F.B.S. s.r.l., costituita il 19/09/2011, operante nel settore ambientale, fornisca servizi di intermediazione per la gestione, smaltimento e recupero di residui pericolosi e rifiuti in genere provenienti da attività industriali, civili e artigianali.

La lettera l) dell'art. 183 del codice dell'ambiente (d.lgs. n. 152/2006) definisce intermediario "qualsiasi impresa che dispone il recupero o lo smaltimento dei rifiuti per conto di terzi, compresi gli intermediari che non acquisiscono la materiale disponibilità dei rifiuti". Dal 14/12/2011, la F.B.S. s.r.l. risulta iscritta all'Albo Nazionale Gestori Ambientali ed attualmente è iscritta per la categoria 8 (Intermediazione e commercio di rifiuti senza detenzione dei rifiuti stessi) per la Classe A (quantitativi superiori a 200.000 ton.); a seguito delle verifiche previste

dall'ente certificatore, F.B.S. ha ottenuto, il 20/07/2021, il rinnovo della propria certificazione di qualità ambientale fino al 12/08/2024; il responsabile tecnico della società e amministratore unico è Sandra Camnasio e nella società sono impiegati sei dipendenti; il fatturato societario è passato da euro 6.645.047 nel 2017 ad euro 13.317.538 nel 2020. Dal 14/09/2016, la F.B.S. ha chiesto ed ottenuto dalla Prefettura di Varese l'iscrizione nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa operanti nei settori maggiormente a rischio (cd. *White List*) di cui all'art. 1, comma 52, della l. n. 190/2012. L'ultimo rinnovo favorevole rilasciato dalla Prefettura di Varese è stato emesso con provvedimento del 14/03/2019, a seguito di richiesta del 17/07/2018.

In data 18/02/2021, la società, a seguito di richiesta di rinnovo di iscrizione nella citata lista del 24/01/2020, si vedeva recapitare una nota della Prefettura di Varese ai sensi dell'art. 10 bis della l. n. 214/1990, con la quale veniva notiziata del c.d. preavviso di rigetto dell'istanza, adducendo l'esistenza di condizioni ostative al rilascio in capo a Michelangelo Balestrucci, familiare convivente dell'amministratore unico, Sandra Camnasio. Nella successiva data del 17/03/2021 veniva notificato alla F.B.S. il decreto del Prefetto di Varese in data 04/03/2021 con il quale veniva rigettata la domanda di iscrizione nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa, operanti nei settori maggiormente a rischio di cui all'art. 1, comma 52, della l. n. 190/2012, non ricorrendo le condizioni di cui all'art. 2, comma 2, lett. b) del D.P.C.M. 18/04/2013. Nella comunicazione di avvio del procedimento di cancellazione, la Sezione Regionale dell'Albo riporta una notazione della Prefettura di Varese, nella quale il diniego di iscrizione alla *white list* viene definito espressamente come "interdittiva antimafia"; il diniego risulta motivato con esclusivo riferimento ad una condanna (risalente al 2011 ed estinta) del Balestrucci e a circostanze (la convivenza ed i presunti rapporti di lavoro) che sussistevano anche nel 2016, nel 2017 e nel 2019, allorchè l'iscrizione fu rilasciata e successivamente rinnovata.

4. Con il decreto impugnato la Corte di Appello di Milano ha respinto l'appello della società ricorrente avverso il decreto emesso dal Tribunale di Milano in data 21/09/2021 che aveva rigettato la richiesta di applicazione del controllo giudiziario ai sensi del sesto comma dell'art. 34-*bis* d.lgs. n. 159/2011 per assenza dei presupposti legittimanti l'applicazione della misura. Entrambi i giudici hanno respinto nel merito la richiesta senza risolvere, in via pregiudiziale, la questione dell'ammissibilità della richiesta stessa, in quanto proveniente da una impresa non sottoposta ad informazione antimafia interdittiva ai sensi dell'art. 84 quarto

comma del suddetto decreto, ma destinataria di un diniego (di rinnovo) di iscrizione nell'elenco di fornitori di beni, prestatori di servizi e esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa (c.d. *white list*), ai sensi dell'art. 1 comma 52 della legge n. 190 del 2012.

5. La società ricorrente denuncia, con il primo motivo, vizio di motivazione per omessa pronuncia proprio sull'ammissibilità della richiesta di controllo giudiziario in conseguenza del diniego di iscrizione ritualmente impugnato dinanzi al competente giudice amministrativo.

Sul punto la ricorrente deduce l'equivalenza dei presupposti operativi e degli effetti tra tale provvedimento e l'interdittiva antimafia, trattandosi di istituti disciplinati dagli stessi principi, tanto è vero che, ai sensi dell'art. 1 comma 52-*bis* della legge anticorruzione (n. 190/2012), l'iscrizione nell'elenco di cui al comma 52 tiene luogo della comunicazione e dell'informazione antimafia liberatoria.

La società ricorrente richiama a sostegno della propria posizione la giurisprudenza di merito e, in termini più generali, la pronuncia delle Sezioni unite n. 46898 del 26/09/2019, Ricchiuto, Rv. 277156, denunciando l'omessa motivazione anche in ordine alla questione di costituzionalità formulata con l'atto di appello, per ingiustificata disparità di trattamento, laddove l'accesso al controllo giudiziario dovesse ritenersi impedito in presenza di un diniego di iscrizione nella *white list* rispetto a chi fosse soggetto alla "sola" interdittiva antimafia.

5.1. L'esame di questo primo motivo assume evidente carattere pregiudiziale.

5.1.1. Con il provvedimento impugnato, la Corte territoriale ha confermato la decisione del giudice di prime cure rimanendo del tutto equivoca sul tema prioritario dell'ammissibilità del ricorso, avendo affermato la condivisibilità del pensiero del Tribunale che, adottando un'interpretazione tassativa della norma, ha ritenuto che l'interdittiva antimafia sia presupposto ineludibile per l'applicazione del controllo volontario e, superando il profilo dell'ammissibilità o meno della richiesta, aveva introdotto assorbenti considerazioni di merito che avevano imposto il suo rigetto.

5.1.2. Il sistema della documentazione antimafia, previsto dal c.d. Codice antimafia (d. lgs. n. 159 del 2011), in attuazione della legge delega n. 136 del 13 agosto 2010 (art. 2), si fonda sulla distinzione tra le comunicazioni antimafia e le informazioni antimafia (art. 84 del d. lgs. n. 159 del 2011), che – come è noto – costituiscono le fondamentali misure di prevenzione amministrative previste dal Codice nel libro II e tuttora confermate, nel loro impianto anche dalla modifica del Codice antimafia, di cui alla l. n. 161 del 17 ottobre 2017, entrata in vigore il 19 novembre 2017.

Le comunicazioni antimafia mantengono 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 del d. lgs. n. 159 del 2011, non siano state emesse dal Tribunale misure di prevenzione personali definitive.

5.1.3. 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 cc.dd. delitti spia (art. 84, comma 4, del d. lgs. n. 159 del 2011), non vincolanti per l'apprezzamento che, a fini preventivi, la Prefettura è chiamata a compiere in ordine al rischio di condizionamento mafioso.

La nuova legislazione antimafia persegue, per finalità di sicurezza pubblica e di contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso, 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 (artt. 90-95 del d. lgs. n. 159 del 2011), 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 del d. lgs. n. 159 del 2011), richieste per l'esercizio di qualsivoglia attività soggetta ad autorizzazione, concessione, abilitazione, iscrizione ad albi, o anche alla segnalazione certificata di inizio attività (c.d. s.c.i.a.) e alla disciplina del silenzio assenso (art. 89, comma 2, lett. a) e lett. b) del d. lgs. n. 159 del 2011).

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 penale o para-penale e, dunque, anche al sistema delle misure di prevenzione personali, separatamente regolato dal libro I del Codice antimafia.

Per quanto riguarda la *ratio* dell'istituto della interdittiva antimafia, va precisato che si tratta di una misura volta – ad un tempo – alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della pubblica amministrazione: nella sostanza, l'interdittiva antimafia comporta che il Prefetto escluda che un imprenditore – pur dotato di adeguati mezzi economici e di una adeguata organizzazione – meriti la fiducia delle Istituzioni (vale a dire che risulti «affidabile») e possa essere titolare di rapporti

contrattuali con le pubbliche amministrazioni o degli altri titoli abilitativi, individuati dalla legge.

Fondamentale è la distinzione tra le comunicazioni antimafia e le informazioni (o informative) antimafia.

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, del d. lgs. n. 159 del 2011) e, cioè, l'applicazione, con provvedimento definitivo, di una delle misure di prevenzione personali previste dal libro I, titolo I, capo II, del d. lgs. n. 159 del 2011 e statuite dall'autorità giudiziaria, ovvero condanne penali con sentenza definitiva o confermata in appello per taluno dei delitti consumati o tentati elencati all'art. 51, comma 3-*bis* cod. proc. pen. è di competenza delle Direzioni distrettuali antimafia 3-*bis*. Si tratta di condanne definitive per i delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, sesto e settimo comma, 416, realizzato allo scopo di commettere taluno dei delitti di cui all'articolo 12, commi 3 e 3-*ter*, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, 416, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 473 e 474, 600, 601, 602, 416-*bis*, 416-*ter*, 452-*quaterdecies* e 630 del codice penale, per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-*bis* ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti previsti dall'articolo 74 del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall'articolo 291-*quater* del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e [dall'articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152,] le funzioni indicate nel comma 1, lettera a), sono attribuite all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente.

Al riguardo, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha chiarito che per "definitivo", ai sensi dell'art. 84, comma 2, del d. lgs. n. 159 del 2011, nel sistema del Codice antimafia, alla luce di una interpretazione sistematica delle disposizioni in materia, si deve intendere il provvedimento non impugnato o non più impugnabile, che ha acquisito, quindi, la stabilità connessa o, comunque, equivalente al giudicato (Cons. St., Sez. 3, 1 aprile 2016, n. 1234, che ribadisce la "distinzione, ben netta ed ancorata a tassativi presupposti, tra informazione antimafia e comunicazione antimafia, vincolata, quest'ultima, alla definitività della misura di prevenzione").

La comunicazione antimafia descrive, 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 di 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.

Il legislatore ha espressamente previsto che 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 (c.d. s.c.i.a.) e a silenzio assenso (art. 89, comma 2, lett. a) e b), del d. lgs. n. 159 del 2011), a differenza di quanto ordinariamente 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, del d. lgs. n. 159 del 2011).

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 le scelte o gli indirizzi della società o delle imprese interessate (art. 84, comma 3, del d. lgs. n. 159 del 2011).

Detta 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, del d. lgs. n. 159 del 2011, 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.

A differenza delle comunicazioni antimafia, il cui effetto interdittivo, come visto, è esteso non solo ai contratti e alle concessioni, ma anche alle autorizzazioni, le informazioni antimafia, normalmente, esplicano i loro effetti solo in rapporto ai contratti pubblici, alle concessioni e alle sovvenzioni salvo quanto si dirà a seguito dell'introduzione dell'art. 89-*bis* del codice antimafia.

Con riguardo alla natura giuridica e degli effetti dell'interdittiva antimafia, va precisato che:

- 1) si tratta di un provvedimento di natura cautelare e preventiva, espressione del bilanciamento tra tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica e libertà di iniziativa economica riconosciuta dall'art. 41 Cost.;
- 2) costituisce una misura volta alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della pubblica amministrazione;
- 3) mira a prevenire tentativi di infiltrazione mafiosa nelle imprese volti a condizionare le scelte e gli indirizzi della pubblica amministrazione;
- 4) preclude all'imprenditore di essere titolare di rapporti contrattuali con le pubbliche amministrazioni ovvero destinatario di titoli abilitativi o di contributi, finanziamenti, mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo;
- 5) determina una particolare forma di incapacità giuridica, parziale e tendenzialmente temporanea, in quanto comporta l'inidoneità del destinatario ad essere titolare di talune situazioni giuridiche soggettive (diritti soggettivi, interessi legittimi).

5.2. Discorso solo in parte diverso va fatto per le c.d. *white list*.

Il legislatore, con l'art. 29, comma 1, del d.l. n. 90 del 2014, è intervenuto in modo organico sul sistema delle c.d. *white list* e, cioè, su quell'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»: detti settori sono costituiti dalle attività di estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti; confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume; noli a freddo di macchinari; fornitura di ferro lavorato; noli a caldo; autotrasporti per conto di terzi; guardiania dei cantieri; servizi funerari e cimiteriali; ristorazione, gestione delle mense e catering; servizi ambientali, comprese le attività di raccolta, di trasporto nazionale e transfrontaliero, anche per conto di terzi, di trattamento e di smaltimento dei rifiuti, nonché le attività di risanamento e di bonifica e gli altri servizi connessi alla gestione dei rifiuti.

Per poter essere iscritte nell'elenco *white list*, le imprese devono presentare un'apposita istanza alla Prefettura territorialmente competente, ossia alla Prefettura della provincia in cui l'impresa ha la propria sede legale.

All'istanza dovranno essere allegate la dichiarazione sostitutiva del certificato di iscrizione alla Camera di Commercio e le autocertificazioni, rese da ciascun soggetto sottoposto a verifica ai sensi dell'art. 85 del Codice Antimafia.

A seguito della presentazione dell'istanza di iscrizione, la Prefettura territorialmente competente verifica:

-l'assenza di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67 del d.lgs. n. 159/2011;

-l'assenza di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi dell'impresa di cui all'art. 84, comma 3, del d.lgs. n. 159/2011.

Se le verifiche danno esito positivo, la Prefettura dispone l'iscrizione dell'impresa nell'elenco pubblicato sul sito. Nel caso in cui emergano condizioni ostative, la stessa rigetta l'istanza di iscrizione comunicandolo all'impresa interessata.

Eventuali modifiche degli organi sociali (soci, amministratori e collegio sindacale) devono essere segnalate alla Prefettura territorialmente competente entro trenta giorni, tramite l'apposita modulistica presente all'interno della sezione del sito dedicata alla *white list*.

Entro trenta giorni dalla scadenza (l'iscrizione nell'elenco *white list* ha una durata di dodici mesi dalla data di iscrizione indicata nell'elenco accanto al numero di iscrizione), l'impresa che ha interesse a mantenere la propria iscrizione nell'elenco *white list* dovrà comunicare l'interesse a permanere. La mancata comunicazione dell'interesse a permanere entro 30 giorni dalla scadenza comporta la cancellazione dall'elenco *white list*. Le imprese che non presentano la comunicazione di interesse a permanere devono pertanto procedere con nuova iscrizione. L'iscrizione alla *white list* sostituisce la comunicazione ed anche l'informazione antimafia liberatoria, anche ai fini della stipula, approvazione o autorizzazione di contratti o subcontratti relativi ad attività diverse da quelle per la quali essa è stata disposta: quindi, una volta iscritte nelle c.d. *white list*, le imprese non dovranno presentare altri documenti alle pubbliche amministrazioni ai fini della cosiddetta "liberatoria antimafia" (art. 1, comma 52-*bis* l. n. 190/2012).

Il potenziamento della c.d. *white list*, modulo ormai generalizzato nella legislazione antimafia, dopo le esperienze delle ricostruzioni postsismiche in Abruzzo e in Emilia, e l'"accreditamento" antimafia degli operatori economici in appositi elenchi, tenuti dalle Prefetture, marginalizza la problematica dei protocolli di legalità e del sistema pattizio delle misure antimafia, che purtuttavia 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 post-sismica), ad essere iscritte in appositi elenchi, previa verifica, appunto, della loro impermeabilità mafiosa da parte delle Prefetture.

6. L'equivalenza dei presupposti legittimanti il diniego della iscrizione nella *white list* con quelli che comporta la adozione della interdittiva determina una sostanziale equiparazione tra i due istituti, con la differenza che il primo consegue ad un procedimento promosso dal privato, la seconda ad un procedimento avviato d'ufficio. Detta equivalenza costituisce consolidato ed univoco orientamento dei giudici amministrativi. In tal senso, si è affermato che il diniego di iscrizione nella *white list* provinciale presenta identica *ratio* delle comunicazioni interdittive antimafia, in quanto si tratta di misure volte alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della pubblica amministrazione (cfr., Cons. St. Sez. 3, 5 agosto 2021, n. 5765; Cons. St. Sez. 1, 1 febbraio 2019, n. 337; Cons. St. Sez. 1, 21 settembre 2018, n. 2241). Si è inoltre affermato (Cons. St. Sez. 1, 20 febbraio 2019, n. 1182; Cons. St. Sez. 1, 24 gennaio 2018, n. 492) come le disposizioni relative all'iscrizione nella c.d. *white list* formano un corpo normativo unico con quelle dettate dal codice antimafia per le misure antimafia (comunicazioni ed informazioni), tanto che, come chiarisce l'art. 1, comma 52-*bis*, della l. n. 190 del 2012 introdotto dall'art. 29, comma 1, d.l. n. 90 del 2014 conv., con mod., dalla l. n. 114 del 2014 "l'iscrizione nell'elenco di cui al comma 52 tiene luogo della comunicazione e dell'informazione antimafia liberatoria anche ai fini della stipula, approvazione o autorizzazione di contratti o subcontratti relativi ad attività diverse da quelle per la quali essa è stata disposta". Inoltre, "l'unicità e l'organicità del sistema normativo antimafia vietano all'interprete una lettura atomistica, frammentaria e non coordinata dei due sottosistemi - quello della c.d. *white list* e quello delle comunicazioni antimafia - che, limitandosi ad un criterio formalisticamente letterale e di c.d. stretta interpretazione, renda incoerente o addirittura vanifichi il sistema dei controlli antimafia ...".

7. La Procura generale dubita della sovrapponibilità di questi due sottosistemi, affermando che l'informativa antimafia prevista dall'art. 84 del decreto legislativo n. 159 del 2011 è strumento generale, riferibile a tutte le imprese ed a qualsiasi attività economica esercitata, per la cui applicazione l'autorità amministrativa, sulla base degli indici espressamente previsti dalla norma, accerta, in positivo, il tentativo di infiltrazione mafiosa nella gestione dell'impresa e ne interdice l'operatività. La sua adozione determina, in via cautelare e preventiva, una particolare forma di incapacità giuridica per il destinatario ad essere titolare di rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione, ovvero destinatario di titoli abilitativi da questa rilasciati, ovvero ancora ad essere destinatario di "*contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed*

altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate". Pur muovendosi nello stesso ambito, per così dire, preventivo, invece, il diniego di iscrizione nella *white list* ha innanzi tutto una diversa (e più ridotta) sfera di operatività soggettiva., essendo detta iscrizione prevista soltanto per le imprese che esercitano la loro attività negli specifici settori di cui al comma 53 dell'art. 1 della legge anticorruzione (e limitatamente ad essi). In particolare, secondo l'Accusa, quel che la norma afferma è che una volta verificata, in negativo, l'assenza di infiltrazioni mafiose per l'iscrizione nella lista, questa stessa iscrizione esime l'impresa (e la pubblica amministrazione) di richiedere una nuova certificazione antimafia liberatoria per dedicarsi anche ad altre attività: il che – contrariamente all'assunto argomentato in ricorso – non determina affatto una piena sovrapposibilità degli effetti tra i due istituti. Invero, il diniego di iscrizione nella *white list* continua ad impedire soltanto lo svolgimento delle attività espressamente indicate al comma 53 e non le altre attività per le quali andrà, invece, richiesta la comunicazione liberatoria.

In altri termini, è opinione del requirente che, il diniego di iscrizione non è atto giuridicamente equivalente all'informativa antimafia che legittima la richiesta di controllo giudiziario *ex art. 34-bis*, perché solo quest'ultima impedisce all'impresa di operare indistintamente con la pubblica amministrazione. Del tutto legittimamente, dunque, il legislatore ha previsto, a salvaguardia della stessa impresa, di consentire il controllo giudiziario a richiesta soltanto per le imprese colpite da un provvedimento amministrativo che impedisce in radice di operare in ambito pubblico e non anche per quelle oggetto del diniego di iscrizione nella *white list*, trattandosi di situazioni distinte e non equivalenti.

Tanto premesso, il controllo giudiziario (c.d. a richiesta) previsto dal sesto comma dell'art. 34-*bis* del codice antimafia è norma di sicuro carattere eccezionale (e dunque di stretta interpretazione) che prevede tre fondamentali presupposti operativi:

- 1) l'applicazione a carico dell'impresa richiedente della misura dell'interdittiva antimafia da parte del Prefetto ai sensi dell'art. 84 del codice antimafia;
- 2) l'impugnazione di tale provvedimento dinanzi al competente giudice amministrativo;
- 3) la pendenza di quel giudizio.

In presenza di tali condizioni (e laddove risulti l'occasionalità dei tentativi di infiltrazione mafiosa) il giudice della prevenzione adotta un provvedimento di natura interinale finalizzato alla prosecuzione dell'attività di impresa in condizioni, per così dire, di rafforzata sicurezza e per una durata la cui misura massima è determinata dalla norma stessa (non superiore a tre anni). L'ammissione al controllo determina, ai sensi del settimo comma dell'art. 34-*bis*, la sospensione

degli effetti dell'interdittiva previsti dall'art. 94. E, l'eccezionalità dello strumento, si ricaverebbe agilmente dalla lettera della legge, che soltanto all'interdittiva di cui all'art. 84 fa riferimento, nonché dall'evidente intersezione con il giudizio amministrativo che consegue dall'automatica sospensione del provvedimento prefettizio in caso di ammissione del controllo.

8. Il Collegio non condivide le conclusioni della Procura generale, risultando di contro pienamente fondati i rilievi contenuti nei primi due collegati ed assorbenti motivi di ricorso proposti dalla difesa.

In generale, va subito detto che, in ordine al rapporto tra questi due sottosistemi, è pacifico in giurisprudenza che il diniego di iscrizione nella *white list* costituisce una determinazione conseguente e di natura vincolata rispetto alla misura interdittiva antimafia, tanto che non occorre la previa comunicazione del preavviso di rigetto previsto dall'art. 10-*bis*, l. n. 241 del 1990; è altrettanto pacifico che l'iscrizione nella *white list* è ricollegata ad un'attività istruttoria della medesima tipologia e contenuto di quelle previste per le informative antimafia e, anche in questo caso, è stabilita la necessità di un aggiornamento periodico degli elementi che evidenziano tentativi di infiltrazione mafiosa, con conseguente sussistenza di un obbligo di provvedere, in capo all'Amministrazione, in ordine alla revisione di tali procedimenti. Detto orientamento ha trovato conferma anche in sede di giudizio di merito, laddove (Trib. Bologna Sez. Misure di prevenzione, decreto n. 14/20 dep. il 07/09/2020) si è affermato che "... all'indirizzo giurisprudenziale più restrittivo, a tenore del quale le due situazioni non sarebbero equiparabili, giacché l'istituto di cui all'art. 34-*bis*, comma 6, cod. ant. sarebbe fattispecie eccezionale rispetto a quello di cui all'art. 34-*bis*, comma 1, cod. ant., e pertanto sarebbe preclusa qualsiasi interpretazione analogica, deve preferirsi il contrapposto orientamento che valorizza l'identità dei presupposti applicativi e degli effetti dell'interdittiva prefettizia e del diniego di rinnovo alla *white list*. Entrambi i provvedimenti, infatti, pur estrinsecandosi con mobilità distinte, si fondano sulla sussistenza di un pericolo di infiltrazione e/o attività agevolativa dell'impresa nei confronti della criminalità organizzata. In altre parole, l'informazione interdittiva antimafia accerta positivamente – seppure alla luce di un giudizio probabilistico – la presenza del pericolo menzionato; il provvedimento prefettizio, invece, formula un giudizio in termini negativi sulla insussistenza del pericolo di infiltrazione". Equiparazione che, come si è detto, è stata normativizzata dall'art. 1, comma 52-*bis* l. n. 190/2012.

E, una interpretazione che consente di dare una lettura coerente e sistematica a tutta la normativa antimafia, in una prospettiva costituzionalmente orientata che consenta il superamento di una contraddittorietà intrinseca ed una

irragionevole disparità di trattamento, impone la parificazione delle due situazioni, ben potendosi riconoscere come il diniego di iscrizione all'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti maggiormente a rischio debba considerarsi produttivo dei medesimi effetti lesivi dell'interdittiva antimafia. Detta interpretazione, come evidenziato dalla difesa, è stata accolta dalle stesse Prefetture con la finalità di non aggravare il procedimento amministrativo con l'adozione di diversi provvedimenti con identico contenuto. La stessa difesa, in sede di merito, ha depositato un documento recante la comunicazione alla F.B.S. di avvio del procedimento di cancellazione dall'Albo dei gestori ambientali e il Ministero della Transizione Ecologica aveva informato che la Prefettura di Varese aveva effettuato un'interdittiva antimafia nei confronti della predetta società in data 4 marzo 2021: e, detta interdittiva, altro non è che il diniego opposto al rinnovo dell'iscrizione nella *white list*, adottato in pari data.

9. Il provvedimento impugnato viene censurato anche perché i giudici d'appello, dopo aver riconosciuto il paradosso che si verrebbe a creare concedendo la misura richiesta nei casi di interdittiva antimafia e negandola nei casi di diniego dell'iscrizione nella *white list*, con un evidente salto logico, ricollegandosi al provvedimento di prime cure, affermano apoditticamente che, mancando il presupposto costituito dall'interdittiva, la misura non sia applicabile.

Invero, ferme le considerazioni che precedono sulla sovrapposibilità dei due sottosistemi, rileva il Collegio come la Corte territoriale, notiziata della pendenza del giudizio amministrativo (il ricorso cautelare della F.B.S. avverso il diniego di rinnovo di iscrizione risulta essere stato respinto dal Tar territorialmente competente con ordinanza n. 476/2021 e l'udienza per il giudizio di merito non è stata ancora fissata, con conseguente verificata pendenza del giudizio), abbia del tutto omesso di motivare sulla ricorrenza dei presupposti normativi di cui all'art. 34-*bis* d.lgs. n. 159/2011, necessariamente comprensivi della occasionalità dell'agevolazione dei soggetti pericolosi.

Come evidenziato dalle Sez. U, n. 46898 del 26/09/2019, Ricchiuto, *cit.*, nel caso di controllo giudiziario richiesto dalla parte privata che sia stata raggiunta da interdittiva antimafia, l'accertamento rimesso al Tribunale si connota in modo specifico, atteso che anche la domanda presentata dalla parte privata ai sensi del comma 6 rappresenta una richiesta di applicazione di una misura di prevenzione. In sostanza, l'impresa liberamente operante sul mercato a seguito dell'interdittiva sceglie di affidarsi al Tribunale della prevenzione al fine di gestire e proseguire la propria attività nell'ambito di una efficace vigilanza prescrittiva dell'azienda da parte del commissario nominato dal Tribunale. Si è quindi evidenziato come sia certamente rilevante la considerazione del presupposto relativo all'occasionalità

della agevolazione di soggetti pericolosi, ma pur tuttavia "il fuoco dell'attenzione e quindi del risultato di analisi deve essere posto non solo su tale pre-requisito, quanto piuttosto, valorizzando le caratteristiche strutturali del presupposto verificato, sulle concrete possibilità che la singola realtà aziendale ha o meno di compiere fruttuosamente il cammino verso il riallineamento con il contesto economico sano, anche avvalendosi dei controlli e delle sollecitazioni che il giudice delegato può rivolgere nel guidare la impresa infiltrata. L'accertamento dello stato di condizionamento e di infiltrazione non può, cioè, essere soltanto funzionale a fotografare lo stato attuale di pericolosità oggettiva in cui versano la realtà aziendale a causa delle relazioni esterne patologiche, quanto piuttosto a comprendere e a prevedere le potenzialità che quella realtà ha di affrancarsene seguendo l'iter che la misura alternativa comporta".

La giurisprudenza di legittimità successiva ha ulteriormente specificato come la necessità che la valutazione relativa alla sussistenza o meno di un'infiltrazione connotata da occasionalità "non sia finalizzata all'acquisizione di un dato statico - consistente nella cristallizzazione della realtà preesistente: una mera fotografia del passato - bensì all'argomentata formulazione di un giudizio prognostico circa l'emendabilità della situazione rilevata, connotata da condizionamento e/o agevolazione di soggetti o associazioni criminali, mediante l'intera gamma di strumenti previsti dall'art. 34-*bis*" (Sez. 6, n. 1590 del 14/10/2020, Senesi S.p.a., Rv. 280341).

10. Di fatto, l'argomentazione del giudice di appello si è caratterizzata per una ricostruzione, certamente analitica, della posizione giudiziaria di Michelangelo Balestrucci (v. pagg. 1 e 2 del provvedimento impugnato), per poi concludere ritenendo che "nessuna dimostrazione la ricorrente ha fornito relativamente al distacco dagli interessi familiari e relazionali posti in essere da Balestrucci Michelangelo e della possibilità della società di poter agire sul mercato indipendentemente da essi. Ebbene, da un lato, l'opacità e la poca trasparenza nelle vere figure di riferimento della società, soprattutto per quanto concerne la posizione di Sandra Camnasio quale amministratrice e, dall'altro, lo sviluppo delle attività economiche che avevano visto protagonista il marito, disinvoltamente transitato, sempre all'interno della società, prima come dipendente e poi come collaboratore, senza alcun vero distacco dalle sue precedenti esperienze, non rendono attuabile in via prospettica il controllo richiesto in relazione alle finalità dell'istituto".

In realtà, non è stata, invece, in alcun modo affrontata, risultando sul punto del tutto assente la motivazione, la valutazione relativa al giudizio prognostico di cui si è detto quanto alle concrete possibilità che la singola realtà aziendale,

indipendentemente dal ruolo e dalla figura del Balestrucci e dalle sue "influenze" societarie, ha o meno di compiere fruttuosamente il cammino verso il riallineamento con il contesto economico sano, anche avvalendosi dei controlli e delle sollecitazioni che il giudice delegato può rivolgere nel guidare la impresa infiltrata. La Corte territoriale ha, pertanto, ommesso qualsiasi considerazione relativa al progetto di gestione e della compagine societaria che erano state considerate invece criticamente dal Tribunale, al fine di escludere la possibilità di accedere alla misura di cui all'art. 34-*bis* del d.lgs. n. 159 del 2011. Risulta conseguentemente omessa la motivazione, sul punto necessaria, in ordine alla natura occasionale o meno dell'infiltrazione mafiosa e la valutazione relativa ad una eventuale prognosi favorevole quanto al possibile riallineamento dell'azienda nel circuito imprenditoriale sano (Sez. 6, n. 1590 del 14/10/2020, Senesi, *cit.*), in base alla valutazione, in concreto, e non vincolata da alcun automatismo, del giudice della prevenzione (cfr., Sez. 2, n. 22083 del 20/05/2021, Imprecoge S.r.l., Rv. 281450; Sez. 5, n.13388 del 17/12/2020, Società Costruzioni S.r.l., Rv. 280851).

11. Da qui l'annullamento del decreto impugnato con rinvio alla stessa sezione della Corte di appello di Milano – in diversa composizione – per nuovo giudizio che dovrà tener conto dei principi di diritto sopra espressi.

P.Q.M.

Annulla il decreto impugnato con rinvio alla stessa sezione della Corte di appello di Milano – in diversa composizione – per nuovo giudizio.

Così deciso in Roma il 17/11/2022.

Il Consigliere estensore



Il Presidente



DEPOSITATO IN CANCELLERIA
SECONDA SEZIONE PENALE

19 GEN. 2023



IL FUNZIONARIO CANCELLIERE GIUDIZIARIO

