

L'AGENZIA NAZIONALE PER L'AMMINISTRAZIONE E LA GESTIONE DEI BENI SEQUESTRATI E CONFISCATI ALLA CRIMINALITA' ORGANIZZATA

di Marco Mazzamuto

SOMMARIO: 1. Sulla dislocazione codicistica delle norme relative all'Agenzia. – 2. La competenza legislativa statale tra giurisdizione e ordine pubblico. – 3. I fini. – 4. Compiti di ausilio alla giurisdizione e compiti amministrativi. – 5. Organizzazione e funzionamento dell'Agenzia. – 6. I compiti ausiliari: dubbi di costituzionalità. L'Agenzia tra strumentalità e indipendenza. – 7. La destinazione dei beni confiscati tra alienazione e destinazione simbolica. – 7.1. La destinazione dei beni prima della confisca definitiva. – 7.2. Le somme di danaro. – 7.3. I beni immobili. – 7.4. I beni aziendali. – 7.5. I beni mobili. – 7.6. La distruzione dei beni. – 7.7. La "scelta" della destinazione. – 7.8. Motivi di ordine pubblico e principi comunitari in materia di gare. – 7.9. Destinazione e criminalità. – 7.10. Procedimenti di autotutela. – 7.11. Destinazione "simbolica"? – 8. Profili processuali. – 8.1. Questioni di competenza – 8.2. Questioni di giurisdizione – 9. Prospettive di riforma. – 10. Il testo approvato dalla Camera l'11 novembre 2015.

1. Sulla dislocazione codicistica delle norme relative all'Agenzia.

Gli artt. 110 ss del codice antimafia (Titolo II: L'agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata) potrebbero sembrare racchiudere una disciplina completa dell'Agenzia.

Ciò è quasi integralmente vero se si guarda soprattutto agli aspetti "organizzativi", ma se lo sguardo si allarga all'attività il discorso si presenta più articolato.

Norme fondamentali, che coinvolgono l'Agenzia, sono infatti ravvisabili *aliunde* nello stesso codice.

Si tratta di svariate disposizioni riguardanti sia i procedimenti giurisdizionali, sia le vicende di gestione e destinazione dei beni confiscati.

Possono elencarsi in via di approssimazione i seguenti articoli nei quali si fa menzione dell'Agenzia: 30, 35, 36, 38, 40, 42, 43, 44, 45 ss., 51, 59, 61, 62, e, nell'ambito delle norme transitorie, 117-118. Altri riferimenti sono contenuti al di fuori del codice: art. 1, c. 190 ss., l. n. 228/2012.

E non mancano sovrapposizioni non puntualmente collegate o tali che, da un lato o dall'altro, il dato normativo non è immediatamente intelligibile nella sua completezza.

Così, ad es., si potrebbe pensare che l'art. 48 esaurisca il tema della "destinazione" dei beni, mentre l'art. 112, c. 2, contempla altresì la possibilità, in presenza di certi presupposti, della loro distruzione o di una richiesta dell'Agenzia di modifica dell'uso (c. 3, lett. h)); che, sempre a mente dell'art. 48, la "revoca" sia disciplinata soltanto per le ipotesi di mancata assegnazione nei termini del bene

immobile da parte dell'ente territoriale o di rientro nella disponibilità del soggetto prevenuto, mentre l'art. 112, c. 4, lett. h), prevede un autonomo e generale presupposto delle revoca, ossia il mancato o difforme utilizzo del bene, rimandando per il resto laconicamente agli "altri casi stabiliti dalla legge".

O ancora, come vedremo, la monca individuazione nell'art. 110 dei compiti di "ausiliarità", sebbene il coordinamento sia qui nel complesso più semplice, facendosi essenzialmente rinvio alle norme che disciplinano i procedimenti giurisdizionali.

Si tratta con tutta evidenza di dettagli che non hanno potuto avere adeguata attenzione in sede di assemblaggio del codice, ma che è augurabile possano essere in futuro perfezionati. Per l'intanto, l'interprete è costretto ad un'attenta ricognizione dei riferimenti normativi.

2. La competenza legislativa statale tra giurisdizione e ordine pubblico.

Si impone anzitutto una preliminare considerazione della disciplina codicistica nel quadro del riparto delle competenze legislative¹ e ciò per almeno due motivi: la presenza di interventi legislativi regionali; la doppia anima dell'Agenzia tra amministrazione e ausilio alla giurisdizione.

In ordine al primo profilo, si è ormai formata una consolidata giurisprudenza costituzionale che imputa la materia alla competenza legislativa statale con riferimento all'ordine pubblico ed alla sicurezza (art. 117, c. 2, lett. h), cost.).

L'intervento regionale non è del tutto escluso, poiché "la promozione della legalità, in quanto tesa alla diffusione dei valori di civiltà e pacifica convivenza sui cui regge la Repubblica, non è attribuzione monopolistica", ma rimane pur sempre astretto in un ambito limitatissimo, non potendo determinare alcuna interferenza, anche solo potenziale, con la disciplina statale (da ult. C. cost., 23 febbraio 2012, n. 35).

La conseguenza è che, al di là di un caso abruzzese dove era previsto un comitato regionale dedito a compiti di studio e di ricerca (C. cost., 17 marzo 2006, n. 105), le pronunce del giudice delle leggi sono tutte segnate dalla censura delle norme regionali (C. cost., 13 marzo 2001, n. 55; 7 maggio 2004, n. 134), sino di recente a vicende che investono direttamente la sfera di competenze dell'Agenzia nazionale, come nel caso emblematico della istituzione in Calabria di un'Agenzia regionale per i beni confiscati alle organizzazioni criminali (C. cost., 23 febbraio 2012, n. 34; ma v. anche 2 dicembre 2011, n. 325). Allo stesso modo, sono state rigettate questioni di legittimità costituzionale del codice antimafia per presunta invasione della sfera di competenza regionale (C. cost., 19 ottobre 2012, n. 234).

Anche da ultimo, si è dichiarata l'incostituzionalità di una legge regionale siciliana che, in materia di appalti, interferiva con la disciplina nazionale sulla tracciabilità dei flussi finanziari pubblici, cioè con una disciplina volta al contrasto della

¹ Per un maggiore approfondimento M. MAZZAMUTO, *Gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati tra giurisdizione e amministrazione*, in *Giur. it.*, 2013, 485 ss.

criminalità organizzata e rientrante nella competenza esclusiva statale su “ordine pubblico e sicurezza” (C. cost. 12 marzo 2015 n. 33)².

In ordine al secondo profilo, questa stessa giurisprudenza è anche significativa del fatto che la posizione dell’Agenzia non si attegga soltanto in termini di ausiliarità alla giurisdizione, ma vi è un momento in cui rientra pienamente nell’alveo del potere “amministrativo”, tanto che è vero che il giudice delle leggi evoca la materia “ordine pubblico e sicurezza”.

Si può dunque ritenere che, a seconda della ricorrenza del ruolo di ausiliario alla giurisdizione o della veste di vera e propria amministrazione, la disciplina codicistica vada imputata alternativamente, da un lato, alla materia “giurisdizione e norme processuali” o anche “ordinamento penale” (art. 117, c. 2, lett. l), cost.), d’altro lato, alla materia “ordine pubblico e sicurezza” (lett. h)).

In entrambi i casi, si tratterà sempre di materie rientranti nell’ambito della competenza legislativa “esclusiva” dello Stato, senza dunque che in una disciplina già alquanto complessa – tra diritto penale, processo e diritto amministrativo – possano insistere, ad ulteriore elemento di complicazione, le fonti legislative regionali.

3. I fini.

Le finalità che presidiano all’istituzione dell’Agenzia ed alle relative competenze rispondono complessivamente agli obiettivi di contrasto della criminalità organizzata.

In questo senso, può ravvisarsi un’unità teleologica che va dalla confisca giurisdizionale alla destinazione qualificata dei beni e di cui si ha chiara traccia nella giurisprudenza costituzionale, a proposito della restituzione “simbolica” agli enti infrastatali: “La restituzione alle collettività territoriali – le quali sopportano il costo più alto dell’“emergenza mafiosa” – delle risorse economiche acquisite illecitamente dalle organizzazioni criminali rappresenta, infatti, uno strumento fondamentale per contrastarne l’attività, mirando ad indebolire il radicamento sociale di tali organizzazioni ed a favorire un più ampio e diffuso consenso dell’opinione pubblica all’intervento repressivo dello Stato per il ripristino della legalità” (C. cost. n. 34/12 cit.). E ciò sulla falsariga di altro precedente nel quale si statuiva che il fine ultimo perseguito dalla confisca sia proprio quello di “sottrarre definitivamente i beni di provenienza illecita al circuito economico di origine per inserirli in altro esente da condizionamenti criminali” (C. cost., 8 ottobre 1996, n. 335).

Una siffatta unità teleologica si colloca tuttavia ad un livello assai generale, poiché, non appena il discorso si articola nel concorrere di giurisdizione e amministrazione, non solo i mezzi, ma gli stessi fini si calano in contesti qualificatori diversi che ne mutano la natura ed il regime giuridico.

² Nel senso della incostituzionalità della suddetta disciplina regionale si consenta già il rimando a M. MAZZAMUTO, *Profili di (in)costituzionalità della disciplina degli appalti pubblici nell’ordinamento regionale siciliano*, in *Nuove autonomie*, 2012, 74.

Una cosa è infatti il fine obbiettivato dall'ordinamento ed insito nella norme sostanziali e processuali rimesse all'attuazione giurisdizionale, altra cosa è il fine pubblico rimesso alla cura dell'Agenzia al pari di una qualsiasi altra pubblica amministrazione.

Il fine "amministrativo" rimesso alla cura dell'Agenzia rientra, come chiarito dalla giurisprudenza costituzionale, nel *genus* dell'ordine pubblico.

Né deve al riguardo sviare il quadro pirotecnico che offre la disciplina della destinazione dei beni (art. 48), anche quando sembra che ci si allontani da un'immediata attinenza alla materia (ad es., destinazione ad istituzioni culturali), poiché si tratta di finalità di secondo grado o, se si vuole, di fini-mezzi che vanno pur sempre ricondotti a quel medesimo denominatore teleologico. Una conclusione questa che appare peraltro "costituzionalmente" necessaria: se tali fini-mezzi avessero autonoma valenza, ben altro esito, almeno in certe parti, avrebbe avuto il problema di una invasione nella sfera di competenza legislativa regionale, mentre una siffatta invasione è stata recisamente esclusa dal giudice delle leggi, e proprio in ragione dell'imputazione dell'istituto alla competenza statale in materia di ordine pubblico e sicurezza.

4. Compiti di ausilio alla giurisdizione e compiti amministrativi.

L'art. 110, c. 2, elenca i "compiti" dell'Agenzia, che vanno essenzialmente distinti in compiti di "ausilio" alla giurisdizione e compiti "amministrativi".

Tale distinguo è di primaria importanza poiché da esso derivano conseguenze in ordine alla qualificazione degli atti, al relativo regime giuridico ed al riparto di giurisdizione, ma non pare che di ciò si abbia adeguata consapevolezza né nel legislatore, né nei commentatori. E' come se l'Agenzia, in chiave meramente efficientistica, sia sempre collocabile in questo o in quel punto della vicenda, senza considerare che si tratta di un vero e proprio ente pubblico con tutto il carico di regole e problematiche proprie del sistema amministrativistico.

E' in particolare a seguito della confisca definitiva che l'Agenzia, al di là di qualche eccezione (ad es. il perdurare di vicende di liquidazione dei beni per il soddisfacimento dei terzi creditori), fuoriesce dall'alveo dell'ausiliarità alla giurisdizione e i relativi atti (di gestione e di destinazione) assumono una valenza non solo "soggettivamente", ma anche "oggettivamente" amministrativa.

Dal punto di vista dell'Agenzia, i due comparti trovano un momento di coordinamento attraverso "gli atti di indirizzo e le linee-guida in materia di amministrazione, assegnazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati" (art. 112, c. 4, lett. a)).

L'innovativa previsione dei compiti "ausiliari" dell'Agenzia sta in fondo proprio nell'esigenza di condizionare sin dall'inizio la gestione dei beni nella prospettiva della futura destinazione. Si comprende così perché la funzione d'indirizzo copra l'intera vicenda dei beni, a cominciare dalla fase giurisdizionale, e che anzi si sia arrivati al punto da individuarne il destinatario non solo, come è naturale, nella stessa Agenzia

(che si dà il proprio indirizzo), ma anche nel giudice delegato in sede di adozione delle “direttive generali” per la gestione dei beni sequestrati (art. 40).

Non a caso lo stesso “programma” di assegnazione e destinazione dei beni va adottato non dopo la confisca definitiva, bensì già “in previsione della confisca” (art. 112, c. 4, lett. b)).

i) I compiti di “ausilio” alla giurisdizione sono sinteticamente evocati nell’art. 110, c. 2, lett. b) e c))³.

La formulazione adottata non è tuttavia completa. Si fa infatti riferimento alla sola fase del “sequestro” nell’ambito dei procedimenti penali o di prevenzione e si richiama l’assunzione della gestione da parte dell’Agenzia con esclusivo riguardo alla conclusione dell’udienza preliminare (nei procedimenti penali).

La disciplina sui procedimenti giurisdizionali mostra invece che l’attività di “ausilio” continua nella fase della confisca non ancora definitiva, senza che questa ambientazione, nei procedimenti di prevenzione, sia inficiata dal fatto che l’Agenzia acquisisce altresì la titolarità della gestione (v. art. 44).

Le previsioni sulle procedure di liquidazione volte al soddisfacimento dei terzi creditori mostrano inoltre che possa persistere, in parte qua, la veste ausiliaria anche dopo la confisca definitiva (art. 59, c. 10).

Possono, in via sintesi, rappresentarsi le seguenti attività di ausilio⁴.

Nella fase del sequestro relativa al procedimento di prevenzione, l’Agenzia opera sotto la “direzione del giudice delegato” (art. 38), ma adotta indirizzi e linee guida di cui lo stesso giudice delegato tiene conto nell’impartire le proprie “direttive generali” (art. 40), “può chiedere al Tribunale la revoca o la modifica dei provvedimenti di amministrazione adottati dal giudice delegato quando ritenga che essi possono arrecare pregiudizio alla destinazione o all’assegnazione del bene” e, più generale, proporre “al Tribunale l’adozione di tutti i provvedimenti necessari per la migliore utilizzazione del bene in vista della sua destinazione o assegnazione (art. 38).

Svolge altresì un ruolo significativo nei rispetti dell’amministratore giudiziario: “promuove le intese con l’autorità giudiziaria per assicurare, attraverso criteri di trasparenza, la rotazione degli incarichi, la corrispondenza tra i profili professionali e i beni sequestrati, nonché la pubblicità dei compensi”, “coadiuva l’amministratore giudiziario” (art. 38), è destinataria della “relazione periodica sull’amministrazione” (art. 36), può proporre al Tribunale la revoca dell’amministratore giudiziario “in caso di grave irregolarità o di incapacità” (art. 35).

Nella fase della confisca non ancora definitiva la posizione di “ausiliarità” si arricchisce dell’assunzione della titolarità della gestione dei beni, in posizione analoga a quella dell’amministratore giudiziario (v. art 44).

³ La lett. c) è stata sostituita dall’art. 1, c. 189, lett. e), n. 1, l. n. 228/2012 nel senso di un ampliamento delle ipotesi di ausilio (nonché, con correlativa sostituzione della lett. e), anche della successiva gestione e destinazione): v. F. MENDITTO, [Le prime modifiche al c.d. codice antimafia: d. lg. N. 218/12 e L. n. 228/12](#), in *questa Rivista*, 2012, 9.

⁴ V. anche MAZZAMUTO, *Gestione...*, cit., 481 ss.

Riguardo alla parallela vicenda della tutela dei terzi, nell'udienza di accertamento dei crediti, l'Agenzia "può sempre partecipare per il tramite di un proprio rappresentante, nonché depositare atti e documenti" (art. 59), così come può "in ogni tempo chiedere la revocazione del provvedimento di ammissione del credito" (art. 62). Successivamente alla confisca non ancora definitiva, nella veste di amministratore giudiziario, provvede alla vendita dei beni ed al piano di pagamento per il soddisfacimento dei creditori (artt. 60-61), ma, come si è già detto, a mente dell'art. 59 c. 10, la posizione di ausiliarità, per questo aspetto, può continuare anche a seguito della confisca definitiva, fermo restando, rispetto ai beni "residui", il successivo emergere del potere "amministrativo" di destinazione (considerazioni analoghe possono farsi per la recente disciplina dell'art. 1, commi 189-205, l. n. 228/2012).

Nell'ambito dei procedimenti penali, la titolarità della gestione viene invece anticipata, già nella fase del sequestro, a partire alla conclusione dell'udienza preliminare.

ii) In ordine ai compiti amministrativi le norme codicistiche presentano una qualche ridondanza, sicché si prospetterà un quadro più sintetico che consta essenzialmente di due versanti.

L'Agenzia deve svolgere anzitutto una continua attività di acquisizione dei "dati" relativi ai beni sequestrati e confiscati, dalle vicende giurisdizionali alla verifica delle condizioni di tali beni (art. 110, c. 2, lett. a)). Si tratta di un'attività conoscitiva fondamentale per lo svolgimento sia delle sopra menzionate funzioni di "ausilio", sia degli altri compiti amministrativi.

Non a caso l'art. 113, c. 1, lett. c) prevede, tra l'altro, un apposito regolamento su "i flussi informativi necessari per l'esercizio dei compiti attribuiti all'Agenzia" (v. anche art. 49).

In secondo luogo, ed è questo il cuore dei compiti "amministrativi" dell'Agenzia, vi è la cura della amministrazione e destinazione dei beni confiscati, *rectius* dei beni confiscati in via definitiva (art. 110, c. 2, lett. a), d), e), f)).

Anche qui insiste ovviamente la già evocata funzione d'indirizzo, che trova ulteriore specificazione nella prevista "programmazione dell'assegnazione e della destinazione dei beni confiscati" (art. 110, c. 2, lett. a) e 112, c. 4, lett. b)).

A questi fini, l'Agenzia si avvale principalmente di poteri pubblicistici: dalla difesa della proprietà in via di autotutela amministrativa ai sensi dell'art. 823, c. 2, c.c. (richiamato dall'art. 47, c. 2) ai provvedimenti di destinazione, compresi quelli che dispongono procedure ad evidenza pubblica, alla vigilanza sul rispetto della destinazione del bene, ai procedimenti di secondo grado in autotutela.

Il codice prevede inoltre il ricorso a strumenti "convenzionali", sia con puntuali disposizioni al fine di avvalersi, anche a titolo oneroso, del concorso dell'Agenzia del demanio⁵, delle Agenzie fiscali o di altre pubbliche amministrazioni (art. 113, c. 2 e 3), sia, con uno sguardo aperto anche a soggetti privati, con una previsione più generale

⁵ La disciplina previgente dell'art. 4, c. 2, d.l. n. 4/2010, prevedeva invece che la convenzione con l'Agenzia del demanio fosse "non" onerosa.

che autorizza l’Agenzia alla sottoscrizione di “convenzioni e protocolli con pubbliche amministrazioni, regioni, enti locali, ordini professionali, enti ed associazioni per le finalità del presente decreto” (art. 112, c. 4, lett. i)).

In questo quadro si inserisce altresì la previsione di incarico e relativa convenzione ad una società a totale o prevalente capitale pubblico per le attività di liquidazione dei beni confiscati, che vanno più immediatamente inquadrati in un vero e proprio appalto di servizi (art. 113, c. 3-bis).

Tali riferimenti impongono almeno due avvertenze.

Quando si tratti di accordi tra pp. aa., rimane significativa l’ambientazione pubblicistica del rapporto, non fosse altro che per la presenza in materia della giurisdizione esclusiva del g.a. (art. 133, c. 1, lett. a), n. 2, c.p.a.).

Il ricorso agli strumenti convenzionali e contrattuali va sempre vagliato in termini di compatibilità con i principi comunitari in materia di gare e di tutela concorrenza (v. infra).

5. Organizzazione e funzionamento dell’Agenzia.

L’istituzione dell’Agenzia, già prevista dal d.l. n. 4/2010⁶, risponde all’esigenza di “un’autorità specializzata di rilevanza nazionale” che concentri le competenze in materia (C. cost. n. 34/2012 cit.). Si tratta di una scelta che trova oggi anche conferma nella disciplina europea che individua nella “istituzione di uffici nazionali centralizzati” una delle misure adottabili per la gestione dei beni sottoposti a congelamento e confisca (art. 10 Dir. 2014/42/UE relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell’Unione europea, che, ai sensi dell’art. 3 lett. h), si applica anche ai reati contemplati dalla decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio, del 24 ottobre 2008, relativa alla lotta contro la criminalità organizzata).

In questa direzione, insistono ragioni legate alle rilevanti dimensioni assunte nel tempo dai patrimoni confiscati ed alla complessità delle funzioni. Quanto basta per ritenere insufficiente, sul versante giurisdizionale, l’amministrazione giudiziaria dei beni, e, sul versante amministrativo, l’apporto di un gestore, per così dire, “generalista” del patrimonio pubblico, come l’Agenzia del demanio, pur combinato con l’intervento dell’autorità prefettizia.

Ciò fa comprendere l’importanza ed il significato delle scelte legislative.

Anzitutto, non si tratta di costituire un semplice ufficio di coordinamento, magari rafforzato, bensì della istituzione di un vero e proprio ente pubblico, con sede principale in Reggio Calabria, più esattamente di una “agenzia”, dotata di personalità giuridica di diritto pubblico e di autonomia organizzativa e contabile, sottoposta alla vigilanza del Ministero dell’interno e al controllo della Corte dei conti ex art. 3, c. 4m l.

⁶ V. ad es. A. BALSAMO, *La istituzione dell’agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 2010, 2105.

n. 20/1994 (art. 110, c. 1 e 3)⁷, rispondendo così con un'intera organizzazione a quella cura più impegnativa che esige ormai la materia.

In secondo luogo, la concentrazione delle competenze consente di calibrare, all'interno della stessa organizzazione, il necessario concorso di sapienza aziendalistica, per l'efficiente gestione dei beni, e di prioritaria funzionalizzazione agli obiettivi di contrasto alla criminalità organizzata, rispondendo così, questa volta, alla complessità "qualitativa" delle problematiche coinvolte.

Il codice si preoccupa di disciplinare, e con un certo grado di dettaglio, l'architettura principale dell'assetto organizzativo, rimandando poi all'adozione di appositi regolamenti del Governo, riguardanti, oltre la disciplina dei "flussi informativi", anche "l'organizzazione e la dotazione delle risorse umane e strumentali per il funzionamento dell'Agenzia" e "la contabilità finanziaria ed economico patrimoniale" (art. 113, c. 1).

i) L'art. 111 individua tre "organi" dell'Agenzia che restano in carica per quattro anni e sono rinnovabili per una sola volta: il Direttore, il Consiglio Direttivo e il Collegio dei revisori.

La composizione di tali organi è assai significativa.

L'ancoraggio dell'Agenzia alle finalità di tutela dell'ordine pubblico trova immediato riscontro non solo nella sottoposizione dell'ente alla vigilanza del Ministero dell'interno (art. 110, c. 1), ma anche nella provenienza del direttore dell'Agenzia, che deve essere "scelto tra i Prefetti" con d.P.R., su "proposta del Ministero dell'interno, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri" (art. 111, c. 2).

La composizione del Consiglio direttivo riflette invece la complessità "qualitativa" dei compiti dell'Agenzia⁸.

Oltre alla presenza del direttore (prefetto), il Consiglio internalizza le altre componenti rilevanti, e cioè quella giurisdizionale, *lato sensu* rappresentata da due magistrati, designati uno dal Ministro della giustizia, l'altro dal Procuratore nazionale antimafia, e quella aziendalistica, con due qualificati esperti "in materia di gestioni aziendali e patrimoniali" designati di concerto dal Ministro dell'interno e dal Ministro dell'economia e delle finanze. Le nomine sono effettuate con d.P.C., su proposta sempre del Ministero dell'interno, alla stregua delle suddette designazioni.

⁷ Va anche evidenziato che, ai sensi dell'art. 113, c. 4, l'Agenzia è inserita nella Tabella A allegata alla l. n. 720/1984 e rientra dunque tra gli enti sottoposti al regime di tesoreria unica.

Di particolare rilievo è poi che in sede di adozione del regolamento sulla contabilità occorre assicurare "la separazione finanziaria e contabile dalle attività di amministrazione e custodia dei beni sequestrati e confiscati" (art. 113, c. 1, lett. b)).

⁸ La composizione del Consiglio è stata in parte modificata dall'art. 1, c. 189, lett. f), n. 2, l. n. 228/2012 che ha sostituito l'art. 111, c. 3, lett. c).

Rispetto alla iniziale composizione codicistica si è rafforzata la componente aziendalistica a scapito di quella derivante dal Ministero dell'interno: la prima componente conta adesso "due" esperti, mentre è venuto meno, a parte il direttore, il rappresentante del Ministero dell'interno.

Inoltre, la componente aziendalistica non fa più capo all'Agenzia del demanio, ma diviene diretta proiezione ministeriale, sia del Ministero dell'economia e delle finanze, sia, quasi a compensare la perdita del proprio rappresentante, del Ministero dell'interno.

Non meno significativa, in tal senso, è la possibilità che alle riunioni del Consiglio possano essere chiamati a partecipare “rappresentanti delle amministrazioni pubbliche, centrali e locali, di enti e associazioni di volta in volta interessati e l’autorità giudiziaria” (art. 112, c. 5).

Anche il Collegio dei revisori presenta una qualche articolazione. I componenti (tre effettivi e due supplenti) sono tutti nominati con decreto del Ministero dell’interno, dei quali però un effettivo e un supplente su designazione del Ministro dell’economia e delle finanze.

ii) L’art. 112 disciplina il riparto di “competenze” tra i suddetti organi.

A parte lo specifico ruolo del Collegio dei revisori, il governo dell’Agenzia ruota attorno al Direttore e al Consiglio direttivo.

Ai sensi dell’art. 112, c. 1, il Direttore ha la rappresentanza legale; presiede, convoca e fissa l’ordine del giorno del Consiglio; provvede all’attuazione degli indirizzi e delle linee guida fissate dal Consiglio; propone al Consiglio il bilancio preventivo e il conto consuntivo; riferisce periodicamente ai Ministri dell’interno e della giustizia e presenta una relazione semestrale sull’attività dell’Agenzia.

Ai sensi dell’art. 112, c. 3 e 4, il Consiglio direttivo adotta gli atti fondamentali d’indirizzo; approva i piani generali di destinazione dei beni; approva il bilancio preventivo e il conto consuntivo; provvede sull’istituzione di sedi secondarie; nonché ha competenza su altre questioni, specie riguardanti la destinazione⁹.

Di primo acchito, si potrebbe avere l’impressione di una certa distinzione di funzioni: il Consiglio direttivo organo d’indirizzo e il Direttore organo attuatore.

Ad uno sguardo più attento, emerge invece, più che una separazione, una sorta di sovrapposizione gerarchica dei ruoli.

Il Direttore presiede il Consiglio, potendo dunque ben influenzarne le scelte d’indirizzo.

Ma a rendere quantomai rilevante tale presenza non è soltanto la presidenza del collegio, bensì soprattutto il fatto che il Direttore-Prefetto si attesta inevitabilmente in una posizione privilegiata di trasmissione dell’indirizzo sovraordinato del Ministro dell’interno. Non priva di significato è al riguardo la sopravvenuta disciplina regolamentare, ed in particolare l’art. 3 d.P.R. n. 234/2011, ove si prescrive che il Consiglio adotta la programmazione pluriennale “tenendo conto degli atti di indirizzo emanati dal Ministro dell’interno e sulla base delle proposte formulate dal Direttore” (previsioni analoghe valgono anche per la “direttiva generale” annuale).

In altre parole, ancora prima che organo attuatore, il Direttore, anche soltanto *ex auctoritate principis* (il Ministro), è in una posizione di preminenza nella stessa adozione degli atti di indirizzo.

⁹ Ai sensi dell’art. 112, c. 4, lett. m), il Consiglio, con deliberazione 2 dicembre 2011 n. 4, ha adottato anche il proprio regolamento di organizzazione interna.

Si tratta perlopiù della disciplina del funzionamento del collegio, che in alcune sue parti non tiene ovviamente conto del mutamento della composizione dell’organo intervenuto nel 2012 e che per questo andrebbe aggiornata (ad es l’art. 1 co. 4 fa ancora riferimento al Direttore dell’Agenzia del Demanio).

Sin qui si potrebbe dire che l'ambivalenza del Direttore risponde in qualche misura ad un modello le cui tracce erano già presenti nell'organizzazione delle Agenzie fiscali ai sensi dell'art. 67, c. 1, lett. b), d. lg. n. 300/1999, ove similmente il Direttore presiede il Comitato direttivo.

La disciplina normativa presenta tuttavia anche una sovrapposizione di segno opposto, che ci induce appunto a parlare di diarchia. Il Consiglio non esaurisce affatto la sua sfera d'azione nell'alveo dell'indirizzo o dell'approvazione di alcuni atti fondamentali (come ad es. quelli di bilancio), bensì sono ravvisabili competenze di carattere gestionale e provvedimentale che coprono una parte significativa dei compiti dell'Agenzia, venendo così a ridimensionare specularmente le competenze attuative del Direttore (o in secondo grado della dirigenza).

Si pensi ad es. alla "sottoscrizione" di convenzioni e protocolli con altri soggetti pubblici e privati (art. 112, c. 4, lett. l)).

Ma il punto più delicato di sovrapposizione tra indirizzo e gestione è il ruolo del Consiglio in ciò che concerne la "destinazione" dei beni.

E' il Consiglio a decidere della distruzione o demolizione (art. 112, c. 3), della richiesta al Ministero dell'interno di autorizzazione all'uso da parte dell'Agenzia per finalità economiche (art. 112, c. 4, lett. d)), della richiesta di modificazione dell'uso (lett. e)). E ancora è il Consiglio che, in autotutela, verifica la conformità dell'utilizzo dei beni alla loro destinazione (lett. g) e revoca il provvedimento in caso di uso mancato o difforme (lett. h).

I primi casi sopra evocati (art. 112, c. 3, art. 112, c. 4, lett. d) ed e)), riguardano ipotesi particolari di destinazione, mentre non si comprende a quale organo sia attribuito il "generale" potere di "destinazione".

Potrebbe trovarsi la soluzione nella competenza del Consiglio in sede di approvazione dei "piani generali" di destinazione dei beni confiscati (art. 112, c. 4 lett. c)). In effetti, non si tratta qui di un atto meramente programmatico, non fosse altro che già la lett. b) prevede appunto il "programma" di assegnazione e destinazione dei beni in previsione della confisca, ma il dubbio resta in quanto la dizione "piani generali" può lasciar intendere che fuoriescano dalla competenza del Consiglio le decisioni sulle "singole" destinazioni.

Un riferimento più stringente si ritrova invece in altra parte del codice. L'art. 47, c. 1, dispone esplicitamente che "la destinazione dei beni immobili e dei beni aziendali è effettuata con delibera del Consiglio direttivo".

Con tale riferimento il nodo si scioglie, ma non del tutto, poiché l'art. 47 cit. evoca i soli beni immobili e aziendali, non anche i beni "mobili", per quanto l'intitolazione "procedimento di destinazione" sembra avere una portata generale e può lasciar pensare che la mancata menzione dei beni "mobili" sia stata una mera dimenticanza (*minus dixit quam voluit*).

Invero, desta francamente un qualche sconcerto che proprio sulla decisione "principe" dell'Agenzia, in luogo di una chiara e puntuale individuazione della "competenza", si offra un quadro così sfilacciato.

Ad ogni modo, l'interpretazione sistematica spinge a ritenere che i poteri del Consiglio comprendano altresì la destinazione dei beni "mobili", non fosse altro che si

avrebbe altrimenti difficoltà a comprendere l'evocata competenza "generale", dunque anche comprensiva dei beni mobili, in sede di revoca, ovvero sia riguardo al *contrarius actus* del provvedimento di destinazione.

Non dovrebbe peraltro più avere seguito la prassi amministrativa dell'Agenzia, presumibilmente formatasi alla stregua dell'art. 2-decies, c. 1, l. n. 575/1965, come modificato dal d.l. n. 4/2010, di far seguire la delibera di destinazione del Consiglio da un apposito decreto del Direttore. Il Consiglio è un "organo" dell'Agenzia e dunque la decisione sulla destinazione è già del tutto idonea ad esprimere all'esterno la volontà dell'ente.

iii) Riguardo ad altri profili organizzativi, le norme codicistiche contengono pochi riferimenti.

Va anzitutto evocata, a scanso di equivoci, la possibilità di avvalersi delle prefetture territorialmente competenti, che, a tal fine costituiscono appositi "nuclei di supporto" (art. 112, c. 3). Questo strumento ha avuto un immediato rilievo nell'avvio delle attività dell'Agenzia (v. Circ. Ministro dell'interno, 13 luglio 2011), tuttavia non si può dire che ciò dia luogo ad una articolazione dell'ente, tanto è vero che nel d.P.R. n. 235/2011, che riguarda l'organizzazione, non se ne ha traccia. Invero si tratta piuttosto di una forma di collaborazione stretta con gli organi periferici del ministero vigilante.

Di sicura attinenza all'organizzazione dell'Agenzia è invece la possibilità, "in relazione a particolari esigenze", che con delibera del Consiglio si provveda all'istituzione di "sedi secondarie nelle regioni ove sono presenti in quantità significativa beni sequestrati e confiscato alla criminalità organizzata" (art. 112, c. 4, lett. 1)).

Ciò non prelude tuttavia ad una strutturale deconcentrazione, su base regionale, dell'ente. La norma ancora infatti la scelta a presupposti particolari che potrebbero non sussistere o che potrebbero ad un certo punto venire meno. E' significativo del resto che in sede regolamentare si sia previsto che le sedi secondarie "possono essere individuate nel numero massimo di sei" e che "non costituiscono uffici di livello dirigenziale" (art. 3, c. 1 e 2, d.P.R. n. 235/11 cit.).

Per avere un quadro più completo dell'organizzazione occorre invero considerare i regolamenti governativi previsti dall'art. 113, c. 1 (d.P.R., 15 dicembre 2011 n. 233, 234 e 235)¹⁰.

A parte il tecnicismo della disciplina contabilistica, e senza potere in questa sede approfondire tutti i rinvii dell'argomento, i citati regolamenti sono di grande rilievo per almeno i seguenti profili: rapporti con il Ministero vigilante, ulteriori specificazioni sulle competenze di Consiglio e Direttore, assetto degli uffici e della dirigenza (oltre alle sedi periferiche cui si è già accennato).

Anzitutto, rispetto alla sintetiche disposizioni codicistiche (la sottoposizione alla vigilanza ministeriale e l'obbligo di riferire periodicamente e con relazione semestrale:

¹⁰ Per una prima esposizione, per lo più descrittiva, di tali regolamenti, v. M. NICOLÒ, *I regolamenti ai fini dell'organizzazione e del funzionamento dell'Agenzia nazionale*, in A. CISTERNA (a cura di), *L'agenzia nazionale per i patrimoni di mafia*, Santarcangelo di Romagna, 2012, 137 ss.

art. 110, c. 1, e 112, c. 1), è certamente significativo il continuo riferimento ai rapporti con il Ministro dell'interno.

Si tratta, come si è già visto, degli "atti di indirizzo" ministeriale di cui il Consiglio deve tenere conto nell'adozione della "relazione programmatica" e della "direttiva generale" annuale (art. 3, d.P.R. 234/11), ma anche delle "direttive" del Direttore agli uffici e alle sedi periferiche, che vengono adottati "sotto la vigilanza del Ministro" (art. 1, c. 5, d.P.R. 235/11 cit.).

E ancora di puntualizzazioni dell'obbligo di informazione: trasmissione dello schema di rendiconto generale (art. 25, co. 4, d.P.R. 234 cit.), dei verbali del Collegio dei revisori (art. 35, c. 4).

A volte rafforzate anche dal carattere "previo" della comunicazione: in caso di ricorso all'esercizio provvisorio (art. 13, d.P.R. 234/11), a mutui e altre operazioni finanziarie (art. 24), di articolazione interna delle unità organizzative (art. 1, c. 3, d.P.R. n. 235/11) e più generale riguardo all'esercizio dei poteri del Direttore previsti dall'art. 4 d.P.R. 235 cit., nonché al conferimento dell'incarico di livello dirigenziale generale (art. 8, c. 4, d.P.R. 235 cit.).

Non è inoltre privo di rilievo, sempre nell'economia dei rapporti con il Ministero, che l'Agenzia si avvale dell'Organismo indipendente di valutazione del proprio vigilante (art. 10 d.P.R. 235 cit.).

Sono poi riscontrabili talune specificazioni delle competenze del Consiglio e del Direttore.

Nel primo caso, si tratta anzitutto di naturali puntualizzazioni delle generale competenza in materia di approvazione del bilancio preventivo e del conto consuntivo (così ad es. l'assestamento del bilancio, le variazioni o l'autorizzazione all'esercizio provvisorio: art. 12 e 13 d.P.R. 234/11 cit.) o in materia di indirizzo ("relazione programmatica" e "direttiva generale" annuale: art. 3). Il Consiglio delibera altresì sul ricorso al mercato finanziario (art. 24)

Non mancano, ancora nel segno della diarchia, riferimenti a funzioni consultive rispetto alle competenze del Direttore: così ad es. l'incarico di livello dirigenziale generale è conferito "sentito il Consiglio" (art. 8, c. 4, d.P.R. 235/11 cit.).

Più articolato è il fronte delle competenze del Direttore.

In primo luogo, e sempre nel segno della diarchia, può registrarsi uno speculare rafforzamento dell'organo monocratico rispetto alle competenze del Consiglio, attraverso l'attribuzione, in diverse fattispecie, del potere di "proposta".

Non si tratta soltanto di naturali puntualizzazioni derivanti dalla legge, ove è previsto che il Direttore "presenta [...] il bilancio preventivo e il conto consuntivo" (art. 112, c. 1), come nel caso dell'assestamento, delle variazioni di bilancio e dello schema di rendiconto generale (art. 12 e 25, c. 3, d.P.R. 234/11 cit.).

E' altresì il Direttore a proporre significativamente al Consiglio le decisioni sulla istituzione delle sedi secondarie (art. 1, c. 4, d.P.R. 235/11 cit.) o riguardanti gli atti di indirizzo (art. 3 d.P.R. 234/11 cit.).

In secondo luogo, possono ravvisarsi specifiche competenze attribuite espressamente al Direttore: così la cooperazione con sistemi informativi di altre pp.aa.

avviene “sulla base di protocolli tecnici concordati con le stesse, nonché con enti e soggetti privati individuati con provvedimento del Direttore” (art. 1 d.P.R. n. 233/11).

Ma il nucleo fondamentale della disciplina regolamentare riguarda i poteri del Direttore in relazione alla struttura burocratica, cioè all’ambito più strettamente gestionale dell’attività dell’ente.

Si tratta anzitutto di poteri “organizzativi”, nell’ambito dell’assetto complessivo degli uffici stabilito dal Regolamento: è al Direttore che spetta disporre “l’istituzione di centri di responsabilità” per la gestione contabile e finanziaria (art. 2 d.P.R. 234/11 cit.) e “l’articolazione interna delle unità organizzative” (art. 1, c. 3, d.P.R. 235/11 cit.).

Si riscontrano a volte poteri “regolativi”: è così al Direttore che spetta disciplinare “le modalità di iscrizione e cancellazione dagli inventari, di classificazione e di gestione dei beni, i criteri di valutazione dei medesimi, nonché specificati i compiti dei consegnatari e le modalità di controllo delle loro attività” (art. 40, c. 6, d.P.R. 234/11 cit.).

Vi è poi tutta la catena che porta dall’attività d’indirizzo a quella di gestione dirigenziale.

Il Direttore, in secondo grado rispetto a quelle del Consiglio, emana proprie “direttive di indirizzo e coordinamento” rivolte agli uffici (art. 1, c. 5, d.P.R. 235/11 cit.), di cui a volte si menzionano contenuti particolari (così riguardo alle “linee di indirizzo” per il “consegnatario”: art. 40, c. 1, d.P.R. 234/11 cit.); conferisce l’incarico di livello dirigenziale generale (art. 8, c. 4, d.P.R. 235/11 cit.); assegna le “risorse” finanziarie, umane e strumentali (art. 4, c. 2, lett. b) e c)), ed in particolare, dopo l’approvazione del bilancio, quelle destinate ai “dirigenti titolari dei centri di responsabilità” (art. 14, c. 1, d.P.R. 234/11 cit.).

Più in generale “soprintende” all’attività delle unità organizzative e delle sedi secondarie “assicurandone l’unicità di indirizzo amministrativo, il coordinamento, nonché la continuità e l’efficace svolgimento dei compiti affidati, anche mediante l’attribuzione di specifici compiti, poteri e responsabilità ai dirigenti o mediante l’utilizzazione di professionalità esterne” (art. 4, c. 2, lett. a), d.P.R. 235/11 cit.).

Infine, riguardo al profilo di macro-organizzazione degli uffici, esso è delineato direttamente dal Regolamento.

Sono previste cinque “unità organizzative”, che costituiscono “uffici di livello dirigenziale” (art. 2, c. 1, d.P.R. 235/11 cit.): la “Direzione per la pianificazione strategica e le risorse umane” (lett. a)), che è l’unico ufficio dirigenziale di livello “generale” (art. 2, c. 2); “l’Ufficio per i beni sequestrati e confiscati” (lett. b)); “l’Ufficio per i servizi informativi e l’amministrazione generale” (lett. c)); “l’Ufficio per i servizi economico-finanziari” (lett. d)); “l’Ufficio per le relazioni internazionali e istituzionali e per gli affari normativi” (lett. e)).

Tutto quanto si è andato evidenziando consente una considerazione complessiva finale sull’organizzazione dell’Agenzia.

Nonostante la disciplina regolamentare tenda a riprodurre lo schema della competenza dirigenziale, proprio della disciplina generale dell’organizzazione amministrativa, l’Agenzia appare essenzialmente informata ad un assetto verticistico.

Il novero dei poteri, non solo d'indirizzo, conferiti al Consiglio e al Direttore è assai stringente e confina di riflesso la competenza dirigenziale in un ambito più ristretto.

Non a caso in sede regolamentare si è sentita l'esigenza, pur di rilievo solo ricognitivo, della seguente previsione: "Il personale dell'area dirigenziale svolge le funzioni previste dagli articoli 16 e 17 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, in quanto non attribuite espressamente al Direttore dell'Agenzia con le disposizioni del presente regolamento, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e degli atti regolamentari interni all'Agenzia" (art. 6, c. 2, d.P.R. 235/11 cit.).

Lo stesso potrebbe ovviamente dirsi per le competenze "provvedimentali" attribuite al Consiglio, che, secondo le regole generali ex D. lg. n. 165/01, avrebbero potuto naturalmente confluire nella competenza dirigenziale.

Significativa in tal senso è, come si è visto, anche la disciplina delle sedi secondarie, che non prelude affatto ad una stabile articolazione regionale dell'ente e che esclude comunque che tali sedi possano assurgere a uffici di livello dirigenziale. In altre parole, le sedi secondarie non danno luogo ad uffici "organi", dotati di una propria sfera di "competenza".

Non vi è del resto da meravigliarsi di siffatto verticismo, se si considera la delicatezza delle funzioni attribuite all'Agenzia.

iv) Riguardo al personale, soltanto qualche cenno, trattandosi per lo più di temi che attengono in generale alla disciplina del pubblico impiego.

La dotazione organica dell'Agenzia è fissata direttamente dall'art. 113-bis, c. 1, nella misura di trenta unità, mentre si rimanda al Regolamento per la ripartizione tra le diverse qualifiche (v. Tabella A, all. 1, d.P.R. 235/11 cit.).

Per il resto le norme sono essenzialmente volte a consentire, anche in deroga a discipline generali, l'avvalimento di personale di altre amministrazioni, oltre la dotazione organica, o il ricorso, entro un certo tempo, a contratti a tempo determinato (art. 113-bis, c. 2-5).

La ratio di tali previsioni è facilmente comprensibile. Si vuole garantire lo start up dell'Agenzia, in attesa che si arrivi ad una condizione accettabile di funzionamento dell'ente.

Non si può tuttavia non evidenziare che, nonostante tali strumenti normativi, sia sempre ricorrente la rappresentazione di una situazione di insufficienza del personale a disposizione per fronteggiare i gravosi compiti dell'Agenzia¹¹.

In ordine poi al regime giuridico del personale, proprio dell'Agenzia, si tratta di categoria rientrante nell'ambito del pubblico impiego privatizzato e a cui, al momento, si applica il contratto collettivo nazionale del comparto Ministeri (v. art. 5 d.P.R. 235/11 cit.).

¹¹ Ad es., vedi intervista al Direttore dell'Agenzia, *Giornale di Sicilia*, 10 agosto 2013, 2.

6. I compiti ausiliari: dubbi di costituzionalità. L'Agenzia tra strumentalità e indipendenza.

L'inedito connubio tra giurisdizione e amministrazione, iscritto nella doppia anima dell'Agenzia, quale "ausiliario" del giudice e quale ente pubblico, involge delicate problematiche, da un lato, di compatibilità con il regime costituzionale della giurisdizione e con il diritto europeo, d'altro lato, di interpretazione dei rapporti intercorrenti con l'autorità politica vigilante.

i) La ratio dei compiti "ausiliari" dell'Agenzia, cioè di un'anticipazione dell'intervento dell'Agenzia nella fase giurisdizionale, è nota. Si vuole in tal modo, da un lato, supportare l'amministrazione giudiziaria dei beni, d'altro lato, preparare il terreno, nel caso in cui il bene venga definitivamente confiscato, alla successiva gestione e destinazione.

In sé si tratta di un proposito ragionevole, né vi sono ostacoli di principio a che una pubblica amministrazione svolga compiti di ausilio alla giurisdizione.

Senonché, il legislatore delegato ha in qualche modo "forzato" questa prospettiva, da un lato, configurando una serie di poteri e facoltà che deformano il profilo naturale di quello che dovrebbe essere un organo "ausiliario", d'altro lato, rendendo troppo appariscente il perseguimento del fine pubblico (amministrativo) dell'Agenzia.

Nel caso di specie, non si rientra in situazioni già censurate di intromissione di soggetti legati alla P.A. nel collegio giurisdizionale (C. cost., 17 luglio 2002, n. 353) o di sovrapposizione di un formale potere decisorio della P.A. alla funzione giurisdizionale (C. cost., 23 dicembre 2005, n. 457).

I poteri dell'Agenzia, dietro un'apparente ausiliarità, presentano tuttavia palesi contenuti di esorbitanza. Appare difficile infatti ammettere l'idea di un organo "ausiliario" della giurisdizione che debba essere "sentito" dall'organo ausiliato o che patteggi "intese" con l'organo ausiliato o che rivolga atti di indirizzo all'organo ausiliato o che addirittura possa impugnare gli atti dell'organo ausiliato.

Questa posizione di "non" subordinazione di fronte al giudice non è del resto causale. Essa in realtà non esprime altro che la misura del disvelarsi dell'Agenzia come ente pubblico che persegue un proprio interesse e che, in luogo dell'ausiliarità, assume piuttosto la veste di una "parte" del processo.

Ed è lo stesso legislatore che rende esplicita siffatta proiezione teleologica quando attribuisce all'Agenzia la facoltà di proporre al tribunale l'adozione di tutti i provvedimenti necessari per la migliore utilizzazione del bene "in vista della sua destinazione o assegnazione" (art. 38, c. 1).

Né tutto questo può essere giustificato alla luce di una superiore unità del *telos* – il contrasto alla criminalità organizzata –, poiché, come si è già evidenziato, una cosa è il fine obbiettivato dall'ordinamento e rimesso alla giurisdizione, con le forme che le sono proprie, altra cosa è il fine rimesso ad una pubblica amministrazione, con la qualità di parte che questa assume nelle relazioni con gli altri soggetti.

In altre parole, gli obiettivi della riforma potevano essere pacificamente perseguiti, qualora l'Agenzia fosse stata ricondotta strettamente ad un compito di

“ausiliarietà”, sotto la piena autorità del giudice, senza per questo far venire meno la *liason* con la fase successiva della gestione e destinazione, ma come dato puramente “interno” allo stesso ente pubblico.

L'imprudente scelta legislativa si espone invece a gravi dubbi di costituzionalità, anche alla stregua dei principi della Cedu¹², nonché, più di recente, di contrarietà all'art. 8 Dir. 2014/42/UE, il quale prescrive che “le persone colpite dai provvedimenti previsti nella presente direttiva godano del diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale”.

Non è difficile evidenziare come la conformazione data ai compiti (ausiliari) dell'Agenzia metta sostanzialmente in discussione l'indipendenza e la terzietà del giudice.

Ma non meno può evidenziarsi una violazione del diritto di difesa e del diritto alla parità delle armi.

Finché non si perviene alla confisca definitiva vi è un'aspettativa del tutto legittima dell'interessato ad un uso tendenzialmente “conservativo” e non “distraente” dei beni. Ed invece l'equilibrio delle “parti” viene decisamente compromesso dall'intervento “privilegiato” dell'Agenzia, grazie all'ambigua qualità di ausiliario, che condiziona la gestione del bene già in una prospettiva di destinazione.

Anche la citata direttiva europea non manca di riferimenti in tal senso. Così il congelamento dei beni in vista di un'eventuale conseguente confisca, può comportare “azioni urgenti da intraprendere, se necessario, al fine di conservare i beni” (art. 7 c. 1); “Il provvedimento di congelamento dei beni resta in vigore solo per il tempo necessario a conservare i beni in vista di un'eventuale successiva confisca” (art. 8 c. 3); “I beni sottoposti a congelamento che non sono successivamente confiscati sono restituiti immediatamente” (art. 8 c. 5); e si considera la “possibilità di vendere o trasferire i beni” congelati, soltanto “ove necessario” (art. 10 c. 2).

ii) La sovrapposizione tra amministrazione e giurisdizione si ripercuote problematicamente anche sull'inquadramento organizzativo dell'Agenzia nel contesto della pubblica amministrazione.

La previsione dei compiti di “ausilio” alla giurisdizione ha spinto infatti ad individuare elementi che consentano di rafforzare l'autonomia dell'ente rispetto specialmente al potere politico.

Questi tentativi provengono non a caso dai commentatori che hanno accolto con entusiasmo la riforma e che, forse tardivamente accortisi dell'avvenuta creazione di un mostro giuridico a due teste (come Ortro, fratello maggiore del tricefalo Cerbero), hanno cercato di mettere in campo qualche debole rimedio interpretativo.

Si è così osservato:

¹² V. *amplius* MAZZAMUTO, *Gestione...*, cit., 490 ss.

Non paiono adeguati alla complessità delle questioni giuridiche in gioco i tentativi iniziali di incensare siffatto modello di “codecisione” o di collaborazione su basi “paritarie” tra amministrazione e giurisdizione: già A. CISTERNA., *Una inedita cooperazione inter-istituzionale che consente di evitare i tavoli di consultazione*, in *Guida Dir.*, 2010, 16, 32 ss.; v. anche G. CAPOCCIA., *Gli organismi specializzati per la lotta contro la criminalità organizzata*, in M.E. MALAGNINO (a cura di), *Il codice antimafia*, Torino, 2011, 306 ss.

– che, per rispondere all’esigenza di costituire un soggetto “neutro e imparziale, secondo le regole dell’art. 97” e al contempo “il più possibile autonomo e indipendente in analogia alle guarentigie della giurisdizione”, il legislatore ha attribuito all’Agenzia “personalità giuridica di diritto pubblico”, dotandola di “autonomia organizzativa e contabile [...] sotto la vigilanza del Ministro dell’interno”;

– che l’Agenzia “soggiace all’attività di vigilanza, ma non a quella di indirizzo del Ministro dell’interno” e che “da questo punto di vista emerge con chiarezza il coefficiente di maggior autonomia che il legislatore ha inteso assegnare a questa peculiare forma organizzativa”, proprio al fine di evitare che, in ragione dei compiti di “ausilio” dell’Agenzia, la giurisdizione “possa risentire di interferenze” che ne mettano in discussione “la necessaria autonomia, imparzialità ed indipendenza”;

– che la legge avrebbe approntato “una serie di accorgimenti volti ad assicurare l’autonomia e indipendenza” con riferimento ai protocolli di nomina del Direttore e dei componenti del Consiglio direttivo, nonché alla previsione di un termine “minimo” di durata dell’incarico¹³.

Nel nostro ordinamento il modello dell’agenzia si è sostanzialmente attestato sul terreno di una più o meno stretta “strumentalità” a compiti dello Stato o di altro ente territoriale¹⁴ e tale carattere non viene a mancare anche quando, in taluni casi, si adombri una qualche similitudine alle autorità amministrative indipendenti¹⁵.

L’Agenzia de qua non sfugge a siffatta ambientazione.

Gli indici sopra evocati (personalità giuridica, autonomia organizzativa e contabile, etc.), di per sé non costituiscono affatto espressione di una “particolare” autonomia nell’ambito delle figure amministrative di agenzia e tanto meno di un’autonomia assimilabile a quella delle autorità amministrative indipendenti o addirittura alle guarentigie della giurisdizione.

Non va peraltro dimenticato che l’Agenzia non è dotata (a differenza ad es. delle Agenzie fiscali) di potestà regolamentare, rimessa invece al Governo, e che le materie sulle quali insiste tale potestà regolamentare, per come individuate dalla legge, ridimensionano drasticamente la proclamata autonomia organizzativa e contabile. Non privo di rilievo è altresì che la dotazione organica, a parte l’articolazione interna tra le varie qualifiche, è fissata direttamente dalla legge.

¹³ A. CISTERNA, *L’operatività della legge 50/2011 tra giurisdizione e pubblica amministrazione. Struttura ed organi processuali ed amministrativi*, in *L’Agenzia nazionale per i patrimoni di mafia*, cit., p. 67, 73, 74, 83-85. V. anche G. CAPOCCIA, *op. cit.*, 311, che, con troppa facilità, individua nella durata quadriennale degli incarichi, “una scansione temporale che, allontanandosi dai termini propri degli incarichi di alta amministrazione, avvicina l’Agenzia agli incarichi direttivi e semidirettivi della magistratura ordinaria”.

¹⁴ Già F. MERLONI, *Il nuovo modello di agenzia nella riforma dei ministeri*, in *Dir. pubb.*, 1999, 763: “uffici dell’organizzazione del governo, esterni e alternativi agli uffici ministeriali, dotati o meno di personalità giuridica, sottoposto all’indirizzo politico e alla vigilanza dell’amministrazione di riferimento, costituiti per l’esercizio di funzioni amministrative (tecniche e operative), cui sono riconosciute autonomie normative e organizzatorie per la funzionale gestione dei compiti affidati”.

¹⁵ Di recente, M. CLARICH., *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 325: “Alcune di esse, dal punto di vista funzionale, e pur mantenendo un legame di dipendenza stretto rispetto ai ministeri, sono più simili alle autorità indipendenti”.

Risulta così difficile sostenere che il legislatore abbia voluto attribuire un'effettiva valenza alla laconica evocazione della "sola" vigilanza, tanto più che nelle formulazioni legislative non vi è certo un uso rigoroso nel senso della distinzione tra vigilanza e indirizzo. Significativo del resto è che, proprio in materia di agenzie, l'art. 8 D. lg. 300/99 cit. faccia riferimento, come *genus*, ai poteri di "vigilanza", includendovi, come *species*, anche quelli di indirizzo: il c. 4, lett. d), tra le materie rimesse al regolamento indica la "definizione dei poteri ministeriali di vigilanza, che devono comprendere, comunque, oltre a quelli espressamente menzionati nel precedente comma 2", anche, ex lett. d2), "l'emanazione di direttive con l'indicazione degli obiettivi da raggiungere".

Non meraviglia dunque che nei regolamenti governativi, adottati ai sensi dell'art. 113, come si è già visto, si fa espressamente e ripetutamente riferimento al potere d'indirizzo del Ministro dell'interno nei confronti dell'Agenzia, e che nella prima giurisprudenza amministrativa, come vedremo subito, riguardo alla nomina del Direttore generale, si sia non meno richiamata la "potestà d'indirizzo dell'Amministrazione" vigilante (TAR Lazio, Roma, sez. I, 5 aprile 2012, n. 3151; confermata da Cons. St., sez. III, 8 settembre 2014 n. 4536).

Il caso giurisprudenziale appena evocato è particolarmente significativo, mettendo persino in discussione uno degli altri indici che si sono voluti rappresentare per la presunta autonomia "rafforzata" dell'Agenzia.

Si è trattato della revoca dell'incarico di direttore dell'Agenzia, impugnata di fronte al giudice amministrativo dall'interessato.

Nelle lagnanze, come riportate in sentenza, si evidenziava, tra l'altro, che "le prerogative del direttore dell'Agenzia non possono essere in alcun modo assimilate a quelle tipiche delle figure apicali dell'amministrazione pubblica, che si pongono come snodo tra la funzione di indirizzo e quella di gestione attiva. Le funzioni affidate al direttore dell'Agenzia sono di natura tecnica e di supporto alla magistratura e come tali non partecipano dell'attività di indirizzo politico generale dettata dal Governo".

Senonché, la pronuncia del TAR è andata in senso diametralmente opposto. La decisione impugnata viene ricondotta al paradigma dei "provvedimenti di alta amministrazione, espressione della potestà di indirizzo dell'amministrazione" e, quindi, di "atti sostanzialmente fiduciari". Né si attribuisce alcun rilievo alla durata quadriennale dell'incarico, poiché l'art. 111, c. 1, indicherebbe soltanto "la durata massima", non impedendo all'amministrazione scelte appunto "caratterizzate da ampia discrezionalità e dal carattere fiduciario dei rapporti in gioco". Addirittura, il giudice arriva a negare che l'atto impugnato sia una "revoca", da cui sarebbe derivata l'applicazione della relativa disciplina pubblicistica (artt. 7, 8 e 21-octies, l. n. 241/1990), dovendosi piuttosto qualificare nell'ambito di un mero "avvicendamento di incarichi legato alla manifestata esigenza di procedere ad una diversa riorganizzazione di diversi uffici dell'amministrazione", *rectius* del Ministero dell'interno.

E' certo discutibile che si sviscenda in tal modo il termine quadriennale previsto dalla legge, con una rimozione "anticipata" dall'incarico poggiata sull'ampia discrezionalità dall'art. 237 del d.P.R. 3/1957.

Tuttavia, ai fini di quanto si andava dicendo, appare comunque corretta la complessiva ambientazione dei rapporti tra l'ente "strumentale" e l'amministrazione di riferimento effettuata dal giudice amministrativo.

Deve infine sottolinearsi che tutti questi tentativi, in sé già forzati, di amplificare una condizione di autonomia dell'Agenzia, rimangono pur sempre vani, nella misura in cui si intenda con ciò costruire un terreno di compatibilità tra l'esorbitanza dei compiti "ausiliari" dell'Agenzia e l'indipendenza della giurisdizione.

Non ci si avvede infatti che qualunque sia lo statuto della p.a. (o, se si vuole, di un qualsiasi altro soggetto), anche in ipotesi quello di un'autorità amministrativa indipendente, sottratta all'indirizzo politico, nulla cambierebbe in ordine all'inammissibilità di poteri di un soggetto estraneo alla giurisdizione che incidano sulla terzietà e indipendenza del giudice.

In altre parole, persino una esplicita trasformazione legislativa del nostro ente in un'autorità amministrativa indipendente lascerebbe del tutto integri i dubbi di costituzionalità (v. *supra*) riguardo all'esorbitanza del ruolo e dei poteri dell'Agenzia nella fase giurisdizionale.

7. La destinazione dei beni confiscati tra alienazione e destinazione simbolica.

7.1. La destinazione dei beni prima della confisca definitiva.

Occorre anzitutto delineare le vicende che possono coinvolgere i beni prima della confisca definitiva.

I beni possono essere già destinati alla vendita ai fini del soddisfacimento dei terzi creditori (Titolo IV del codice).

I beni "mobili" sono suscettibili di vendita anche quando "non possono essere amministrati senza pericolo di deterioramento o di rilevanti diseconomie", o ancora suscettibili di "distruzione o demolizione" se "privi di valore, improduttivi, oggettivamente inutilizzabili e non alienabili" (art. 40, c. 5-ter e quater).

Nei casi sopra menzionati la disposizione del bene risponde pur sempre ad un interesse dello stesso proprietario, come garante dei propri creditori o in ragione dello stato in cui si trovano i beni, nella cornice di un uso tendenzialmente "conservativo" e non "distraente" dei beni, finché non si pervenga alla confisca definitiva.

Ed è proprio in questo senso ed entro questi limiti che va interpretata la clausola comunitaria che considera la "possibilità di vendere o trasferire i beni" congelati, soltanto "ove necessario" (art. 10 c. 2 Dir. 2014/42/UE cit.).

Di dubbia costituzionalità, anche alla luce della Cedu, nonché di dubbia conformità alla citata direttiva è invece che il codice consenta già la possibile destinazione dei beni mobili a finalità pubbliche (art. 40, c. 5-bis).

Sin qui si tratta ovviamente di decisioni assunte dal giudice.

Occorre altresì chiedersi se sia possibile, prima della confisca definitiva, una destinazione del bene da parte dell'Agenzia.

Il problema si pone poiché l'art. 47, c.2, fa decorrere i termini del procedimento di destinazione non solo, come è naturale, dal ricevimento della comunicazione del provvedimento definitivo di confisca, ma anche, nel caso di applicazione del Titolo IV, dall'approvazione del progetto di riparto.

E come se il legislatore abbia guardato alla sola questione del superamento dello scoglio della tutela dei terzi creditori, senza però preoccuparsi della "fase" nella quale questo passaggio potrebbe venire cadere, ed in particolare del fatto che l'approvazione del riparto può in ipotesi intervenire in un momento in cui non si è ancora maturata la definitività della confisca.

Di primo acchito, si potrebbe così ritenere che, nella fase della confisca di primo grado, l'Agenzia non soltanto acquisisce la "gestione" del bene, ma, riguardo ai beni "residui" della liquidazione a favore dei terzi, possa anche "destinare" il bene.

Senonché, tale conclusione non sarebbe condivisibile.

A parte il fatto che si riproporrebbero i dubbi di costituzionalità sopra evidenziati, si oppongono ragioni interpretative interne allo stesso codice.

La norma di cui all'art. 47, c. 2, è collocata nella parte relativa ai poteri "amministrativi" dell'Agenzia successivi alla confisca "definitiva".

Sarebbe dunque distonico, rispetto al sistema, sia che tale norma operi anche prima della confisca definitiva, sia che si configuri un autonomo potere "amministrativo" in una fase, quella della confisca di primo grado, in cui l'Agenzia è ancora confinata ai compiti di "ausilio" e dunque soggetta al giudice della confisca. E' sufficiente, ad es., evidenziare la non compatibilità di un siffatto "potere" con il nullaosta del giudice per gli atti di straordinaria amministrazione.

L'unico significato attribuibile al citato art. 47, c. 2, può ravvisarsi nel combinato disposto con l'art. 59, c. 10, ove si prevede che "anche dopo la confisca definitiva" il procedimento giurisdizionale per la verifica ed il riparto dei crediti "prosegue d'anzì al tribunale".

In altre parole:

– se il piano di riparto viene approvato prima della confisca definitiva non decorre ancora alcun termine, bensì bisognerà aspettare come *dies a quo* la comunicazione della confisca definitiva;

– se è stata già comunicata la confisca definitiva, ma il piano di riparto non è stato ancora approvato, è invece da tale approvazione che decorre il termine.

7.2. Le somme di danaro.

L'art. 48 del codice, riproducendo sostanzialmente, ma non del tutto, le previgenti previsioni degli art. 2-ter e 2-undecies, l. n. 575/1965 (con le modifiche del d.l. n. 4/2010), regola la destinazione dei beni oggetto di confisca definitiva e le misure adottabili qualora il bene dovesse rientrare nel dominio del prevenuto.

In ordine al primo profilo ci si trova di fronte ad una disciplina alquanto farraginoso, in un intreccio poco districabile tra tipologia di beni, tipologia di destinazioni e tipologia di beneficiari, anche perché non solo tali tipologie sono

molteplici, ma presentano altresì vari ordini e graduazioni nell'ambito di una medesima fattispecie.

Si assume a principale criterio tassonomico delle destinazioni una distinzione che si muove attorno a tre gruppi fondamentali di beni confiscati – somme di danaro, beni immobili e beni aziendali –, rimanendo invece meno focalizzata la trattazione dei beni mobili diversi dalle somme di danaro.

Nel primo nucleo di disposizioni, specificatamente dedicato alle somme di danaro (c. 1 e 2), possono già distinguersi ben quattro tipologie di somme e diverse tipologie di beneficiari.

Si sarebbe potuto limitare questa parte alle sole somme confiscate o invece estenderla anche alle somme derivanti da beni confiscati. La legge opta per la seconda soluzione ma in modo incompleto, poiché altre disposizioni del genere si ritrovano nelle successive disposizioni riguardanti i beni immobili e quelli aziendali.

Si evocano anzitutto le “somme di danaro confiscate” (c. 1, lett. a)) e subito dopo si fa anche riferimento a somme che non sono esse stesse confiscate, ma che vengono ricavate da beni confiscati e che sono distinte a seconda della provenienza: dalla vendita, anche mediante trattativa privata, dei beni mobili, anche registrati, confiscati, compresi i titoli e le partecipazioni societarie” (c. 1, lett. b), come modificata dall'art. 1, c. 189, lett. c), l. n. 228/2012); “dal recupero dei crediti personali” (c. 1, lett. c)).

Mentre – innovando rispetto alla previgente disciplina dell'art. art. 2-ter, l. n. 575/1965 – si escludono dall'ambito di applicazione di questo primo nucleo di destinazioni, cioè dalla disciplina del comma 1, le somme di danaro e i proventi “derivanti o comunque connessi ai beni aziendali confiscati” (c. 2).

Il gioco plurale dei beneficiari poi si articola in relazione alla tipologia della somma, ma anche, all'interno di una stessa tipologia, con un ordine di preferenze.

Le somme confiscate vanno utilizzate per la gestione di altri beni confiscati o per il risarcimento delle vittime di mafia, diversamente confluiscono nel Fondo Unico Giustizia (FUG); quelle derivanti dalla vendita di beni mobili sono finalizzate al risarcimento delle vittime di mafia e solo il residuo va al FUG; quelle derivanti dal recupero dei crediti personali al FUG; quelle connesse ai beni aziendali sono escluse dalle destinazioni del comma 1, senza che tuttavia si indichi una destinazione alternativa, sicché si deve ritenere implicitamente che rimangano alla stessa impresa confiscata.

Se si tiene conto della derivazione delle somme, il quadro, come si diceva, non è in realtà completo. Altre ipotesi sono individuabili nelle successive disposizioni che riguardano i beni immobili o aziendali, nel momento in cui da tali beni sono ricavabili proventi derivanti dall'utilizzo o dalla cessione, sicché anche in tali casi si finisce *aliunde* per disciplinare la destinazione di somme di danaro.

Così i beni immobili sono venduti in vista del risarcimento delle vittime di mafia (c. 3 lett. a)); o, se utilizzati dall'Agenzia per finalità economiche, i relativi proventi vanno al FUG per essere poi rassegnati nello stato di previsione del Ministero dell'interno “al fine di assicurare il potenziamento dell'Agenzia” (c. 3, lett. b) e c. 4); o possono essere destinati dagli enti territoriali, se non assegnati, a fini di lucro i cui proventi “devono essere reimpiegati esclusivamente per finalità sociali” (c. 3, lett. c)); o,

se venduti, perché non è stato possibile effettuare la destinazione o il trasferimento, i relativi proventi vanno al FUG per essere rassegnati nella misura del 50% al Ministero dell'interno "per la tutela della sicurezza pubblica e del soccorso pubblico" e nella misura dell'altro 50% al Ministero della giustizia "per assicurare il funzionamento e il potenziamento degli uffici giudiziari e degli altri servizi istituzionali" (c. 5 e 10).

Così ancora per i beni aziendali i proventi derivanti dall'affitto, dalla vendita o alla liquidazione vanno al FUG per essere rassegnati, diversamente da quanto previsto dal previgente art. 2-undecies, c. 5, l. n. 575/1965 (edilizia scolastica e informatizzazione del processo), per le finalità di cui all'art. 2, c. 7, d.l. n. 143/08, conv. l. 181/08, ossia il fondo di solidarietà per le vittime dell'estorsione o per le vittime di mafia, sicurezza pubblica e soccorso pubblico, funzionamento e potenziamento uffici giudiziari e degli altri servizi istituzionali, entrate del bilancio dello Stato (c. 9).

Invero, nel caso della vendita o della liquidazione dei beni aziendali, è prevista la destinazione per il risarcimento delle vittime di mafia (c. 8, lett. b)), che sembra essere sovraordinata alle varie destinazioni di cui al citato comma 9.

Non di immediata chiarezza è poi il rapporto con il citato comma 2. Sembra che, mentre quest'ultima disposizione mira ad evitare un pregiudizio per la vita dell'azienda, sicché, come si è detto, si intende implicitamente che le somme di danaro e i proventi dei beni aziendali rimangano nel circuito dell'impresa, i commi 8 e 9 riguarderebbero i proventi derivanti dall'affitto, dalla vendita o dalla liquidazione dell'intero complesso aziendale, con le diverse destinazioni sopra evocate.

7.3. I beni immobili.

Più complicato è l'ordine delle destinazioni relativo ai beni "immobili", sussistendo una forte aspettativa di utilizzo diretto di tali beni in luogo di una loro monetizzazione. La complessità è data sia dai vari percorsi alternativi delineati, sia da un'articolazione interna a ciascuno di questi percorsi.

I primi tre percorsi sono in concorrenza insistendo tutti sugli stessi immobili, senza ulteriore qualificazione (c. 3, lett. a), b) e c)). Il quarto percorso appare invece esclusivo poiché si riferisce ad immobili con una specifica derivazione (c. 3, lett. d)).

Nel primo percorso si dà priorità alla vendita in funzione di risarcimento alle vittime di mafia, altrimenti i beni sono "mantenuti al patrimonio dello Stato per finalità di giustizia, di ordine pubblico e di protezione civile e, ove idonei, anche per altri usi governativi o pubblici connessi allo svolgimento delle attività istituzionali di amministrazioni statali, agenzie fiscali, università statali, enti pubblici e istituzioni culturali di rilevante interesse", dunque principalmente nell'ambito di un asservimento ad organizzazioni statali (c. 3, lett. a)).

Più semplice il secondo – non contemplato nella previgente disciplina dell'art. 2-undecies, l. n. 575/1965 –, dove si evoca la sola destinazione all'Agenzia per finalità economiche (c. 3, lett. b)), mentre i proventi dei beni, come si è visto, vengono riassegnati in sede di bilancio per il potenziamento dell'Agenzia (c. 4).

Il terzo percorso è invece alquanto articolato, muovendosi su due livelli: quello del trasferimento agli enti territoriali da parte dell’Agenzia per “finalità istituzionali o sociali” e quello della disciplina cui tali enti dovranno comunque sottostare nell’utilizzo del bene, con presidio di poteri sostituitivi e di revoca del trasferimento (c. 3 lett. c)).

Il trasferimento va effettuato “in via prioritaria, al patrimonio del comune ove l’immobile è sito”, ovvero alla provincia o alla regione. Si tratta con tutta evidenza di un criterio che vuole privilegiare le porzioni di territorio e le relative comunità che più immediatamente hanno subito il danno dell’attività criminale.

L’ente territoriale, sempre nel rispetto dell’asservimento a finalità istituzionali o sociali, può amministrare direttamente il bene ovvero darlo in concessione a titolo gratuito, accompagnata da apposita convenzione, secondo principi di trasparenza, adeguata pubblicità e parità di trattamento, ma nell’ambito di una delimitata cerchia di potenziali beneficiari (“a comunità, anche giovanili, ad enti, ad associazioni maggiormente rappresentative degli enti locali, ad organizzazioni di volontariato di cui alla legge 11 agosto 1991, n. 266, a cooperative sociali di cui alla legge 8 novembre 1991, n. 381, o a comunità terapeutiche e centri di recupero e cura di tossicodipendenti di cui al testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, nonché alle associazioni di protezione ambientale riconosciute ai sensi dell’articolo 13 della legge 8 luglio 1986, n. 349, e successive modificazioni”).

Se i beni non vengono assegnati, come si è visto, l’ente territoriale può utilizzarli a fini di lucro, fermo restando che i relativi proventi siano reimpiegati per fini sociali, ripristinando il vincolo teleologico che sta alla base del trasferimento.

In caso di inerzia, trascorso un anno, l’Agenzia può nominare un commissario con poteri sostituitivi o, più radicalmente, disporre la revoca del trasferimento all’ente territoriale.

Nel quarto percorso, gli immobili sono quelli confiscati per il reato di cui all’art. 74, d.P.R. n. 309/90 (associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope) ed è previsto il solo trasferimento al comune dove il bene è sito (c. 3, lett. d)).

La disciplina è in parte simile a quella del percorso precedente. Anche qui si prevede l’amministrazione diretta o – questa volta “preferibilmente” – l’assegnazione in concessione, nonché – ma solo in via eventuale (“anche”) – il carattere gratuito, con un rimando ai criteri di cui all’art. 129, d.P.R. 309/90 cit. (concessione di strutture appartenenti allo Stato), e in un ambito di beneficiari ancor più ristretto, ovvero sia “associazioni, comunità o enti per il recupero di tossicodipendenti operanti nel territorio ove è sito l’immobile”.

Identica è invece la configurazione dei poteri dell’Agenzia, in caso di inerzia dell’ente territoriale (revoca del trasferimento o esercizio di poteri sostituitivi).

Nel caso “non sia possibile” effettuare la destinazione o il trasferimento del bene immobile si prescrive che l’Agenzia provveda alla vendita (c. 5).

Il punto è di un qualche rilievo, sia perché il codice antepone chiaramente le sopra indicate destinazioni dei beni immobili alla vendita, sia perché l’attuale formulazione normativa non ancora più la possibilità della vendita all’inutile spirare dei

termini di conclusione del procedimento di destinazione (art. 47), allentando così la stringenza temporale che caratterizzava la previgente disciplina¹⁶.

La vendita, ove si consumi il suddetto presupposto, è sottoposta a diverse prescrizioni.

Essa deve avvenire secondo le disposizioni, in quanto compatibili, del codice di procedure civile, con apposito avviso di vendita pubblicato nei siti internet.

In assenza di offerte, il prezzo minimo non può essere rideterminato in misura inferiore all'80% della stima già effettuata ai sensi dell'art. 47.

Qualche considerazione merita la disciplina dei potenziali acquirenti.

Riguardo alla previsione di un diritto di opzione a favore di cooperative edilizie formate dal personale delle Forze armate e di polizia (c. 6), nonché di un diritto di prelazione degli enti territoriali (il cui esercizio rimane ancora condizionato dall'emanazione di apposito regolamento attuativo, c. 7), e al di là di valutazioni squisitamente civilistiche sui rapporti tra le due figure (ove l'opzione sembra logicamente prevenire la prelazione) o di un'eventuale diversa qualificazione sostanziale rispetto al *nomen iuris* usato dal legislatore, ci sembra che in ogni caso il primo debba prevalere sul secondo, in ragione sia dell'ordine dei commi, sia soprattutto del fatto che la suddetta opzione è qualificata espressamente come "prioritaria".

Suscettibile di riserve è poi la previsione del diritto di prelazione in capo agli enti territoriali, dato che tali enti avrebbero potuto ottenere il bene gratuitamente in sede di trasferimento ex c. 3, lett. c) e d). Tuttavia, deve considerarsi che le due situazioni non sono tout court assimilabili: col presente acquisto, l'ente territoriale è libero dal vincolo teleologico, dalle regole di attribuzione in concessione e dai poteri (sostituiti o di revoca) dell'Agenzia, propri del trasferimento.

Piuttosto, ci si potrebbe chiedere se, nella logica complessiva del favor per la destinazione simbolica, non fosse stato ragionevole prevedere la possibilità che un ente territoriale, che avesse magari avuto notizia del bene solo grazie all'avviso di vendita, potesse richiedere anche in questa sede il trasferimento a titolo gratuito, certo con i vincoli che ne conseguono, quasi a riportare indietro la vicenda alla fase della destinazione precedente alla vendita.

Un risultato che forse, de iure condito, potrebbe ottenersi con l'inserzione nell'avviso di vendita di una clausola risolutiva, nel caso in cui, nei termini ivi previsti, giunga una richiesta di trasferimento a titolo gratuito, cioè ai sensi del c. 3, da parte di un ente territoriale, rimanendo tuttavia qualche dubbio sul carattere elusivo di una tale soluzione rispetto al diritto di opzione di cui al c. 6.

Fermo restando i citati diritti di opzione e di prelazione, si prescrive che "la vendita è effettuata agli enti pubblici aventi tra le altre finalità istituzionali anche quella dell'investimento nel settore immobiliare, alle associazioni di categoria che assicurano

¹⁶ Sull'art. 2-*undecies*, l. n. 575/1965, come modificato dall'art. 2, c. 52, l. n. 191/2009, secondo il quale si procedeva alla vendita in caso di mancata destinazione alla destinazione "entro i termini", si erano infatti appuntate talune critiche, nel senso che tale disciplina avrebbe drasticamente compromesso l'effettiva possibilità di destinazione, specie quella "simbolica": v. G. MEROLA, *La destinazione dei beni confiscati tra evoluzione normativa e incerte prospettive future*, in *Leg. pen.*, 2, 2010, 99.

maggiori garanzie e utilità per il perseguimento dell'interesse pubblico e alle fondazioni bancarie". Tranne a voler interpretare tale inciso nei termini di una mera "preferenza", tra i criteri di aggiudicazione, a favore dei suindicati soggetti, stando più al dato letterale, sembrerebbe che invece si sia così voluto previamente delimitare l'ambito dei potenziali acquirenti. Una misura forse eccessiva, che potrebbe anche fortemente ostacolare la riuscita della vendita, se si considerano peraltro le cautele messe in campo per limitare il rischio di un reingresso del bene nel circuito criminale.

Da un lato, si impone infatti che l'immobile non possa essere alienato se non dopo cinque anni dalla trascrizione della vendita e che i beni anche diversi dai fabbricati sono soggetti alla disciplina dell'art. 12, d.l. n. 59/78 (conv. l. 191/78)¹⁷, d'altro lato, che l'Agenzia, prima della vendita, richieda parere obbligatorio al Prefetto, e più in generale ogni informazione utile (staremmo per dire: una sorta di informativa atipica), proprio al fine di prevenire che "i beni non siano acquistati, anche per interposta persona, dai soggetti ai quali furono confiscati, da soggetti altrimenti riconducibili alla criminalità organizzata ovvero utilizzando proventi di natura illecita."

In ordine poi ai proventi della vendita, come si è già visto, ex c. 10, le relative somme vanno al FUG, per essere poi riassegnate, con varie finalità, al Ministero dell'interno e a quello della giustizia.

7.4. I beni aziendali.

La disciplina dei beni aziendali è contenuta nell'art. 48, commi 8 (destinazione dei beni), 9 (destinazione dei proventi derivanti dall'affitto, vendita o liquidazione) e 11 (modalità di scelta del cessionario o dell'affittuario).

Si prescrive anzitutto (c. 8) che essi "sono mantenuti al patrimonio dello Stato", ma l'affermazione è in parte inesatta, poiché dipende dalla destinazione scelta, che nel caso della vendita o della liquidazione non può ovviamente che comportare la fuoriuscita dal patrimonio pubblico.

Sono quindi elencati tre tipi di destinazione, da individuare con provvedimento dell'Agenzia.

Ancora prima di vagliarne analiticamente i contenuti, deve subito evidenziarsi un aspetto di un certo rilievo, e cioè che tali destinazioni (affitto, vendita o liquidazione) mostrano inequivocabilmente che lo Stato-antimafia non voglia farsi altresì Stato-imprenditore, poiché in nessun caso è previsto che lo Stato, dopo le vicende dell'amministrazione giudiziaria, continui ad occuparsi della "gestione" dell'impresa: il che dovrebbe anche far riflettere criticamente su certe propensioni a fare dell'Agenzia una sorta di holding pubblica.

¹⁷ Con il presidio della sanzione penale l'art. 12 cit. prescrive che "Chiunque aliena, cede in locazione o a qualunque altro titolo consente l'uso di fabbricati, ha l'obbligo di comunicare all'autorità locale di pubblica sicurezza, entro quarantotto ore dalla consegna dei fabbricati stessi, l'esatta ubicazione di essi, nonché le generalità dell'acquirente, del conduttore o della persona che assume la disponibilità del bene e gli estremi del documento di identità o di riconoscimento, che deve essere richiesto all'interessato".

Né va dimenticato al riguardo, rispetto ad un qualche inerziale mantenimento delle gestioni pubbliche, che l'art. 47 prevede dei termini, pur ordinatori, di conclusione del procedimento di destinazione e ciò vale per *tabulas* anche per i beni aziendali.

Un primo percorso è quello dell'“affitto” dell'azienda (c. 8, lett. a)).

E' evidente qui il significato “simbolico” del tentativo di garantire, nel ripristino della legalità, la sopravvivenza dell'azienda e dei rapporti di lavoro, tanto che “nella scelta dell'affittuario sono privilegiate le soluzioni che garantiscono i livelli occupazionali”.

Si tratta tuttavia di un'ardua prospettiva, poiché non è raro che l'impresa, proprio perché “mafiosa”, godesse di indebiti vantaggi e che soltanto grazie a questi ultimi fosse in grado di stare sul mercato¹⁸.

Il primo e ineludibile presupposto per l'attivazione di questo percorso è infatti che “vi siano fondate prospettive di continuazione o di ripresa dell'attività produttiva”. Dato questo presupposto si aprono due strade: una di affitto, a titolo oneroso, a società o imprese pubbliche o private, l'altra, più ambiziosa nell'ottica della destinazione “simbolica”, di affitto, a titolo gratuito, a “cooperative di lavoratori dipendenti dell'impresa confiscata”.

Ovviamente questa ultima soluzione, proprio perché più ambiziosa, è anche più esposta al pericolo che si rimanga impantanati in un contesto ancora legato al circuito criminale, tanto che si esclude espressamente che tale affidamento possa avvenire se tra i soci della cooperativa ci sia un “parente, coniuge, affine o convivente con il destinatario della confisca, ovvero nel caso in cui nei suoi confronti sia stato adottato taluno dei provvedimenti indicati nell'articolo 15, commi 1 e 2, della legge 19 marzo 1990, n. 55”.

Il secondo percorso è quello della vendita (c. 8, lett. b)).

L'azienda evidentemente mantiene integra la sua unità funzionale e le prospettive di continuazione dell'attività, nel qual caso è previsto già l'affitto, ma si prospetta l'eventualità che l'introito derivante dalla vendita, sempre nel rispetto del corrispettivo stimato dall'Agenzia, sia di “maggiore utilità per l'interesse pubblico” o sia di ausilio al “risarcimento” delle vittime di mafia.

Si prevede anche un raccordo col percorso precedente, sicché “nel caso di vendita disposta alla scadenza del contratto di affitto dei beni, l'affittuario può esercitare il diritto di prelazione entro trenta giorni dalla comunicazione della vendita del bene da parte dell'Agenzia”.

Il terzo percorso è quello della liquidazione (c. 8, lett. c)).

I presupposti e le modalità della vendita sono gli stessi del percorso precedente. Vi è tuttavia una differenza fondamentale che è implicita nel fatto stesso che si ricorra alla liquidazione, ovvero sia che il complesso aziendale è evidentemente ormai privo di unità e funzionalità economiche.

¹⁸ Puntualmente al riguardo F. MESSINEO, *Punti di forza e criticità delle misure patrimoniali tra diritto dottrinale e diritto giurisprudenziale*, in S. MAZZARESE S., A. AIELLO (a cura di), *Le misure patrimoniali antimafia*, Milano, 2010, 547.

In altre parole, la fattispecie de qua, più che a ragioni di “maggiore utilità per l’interesse pubblico” o di ausilio al “risarcimento” delle vittime di mafia, sembra avere il suo terreno naturale di applicazione in presenza di imprese non più idonee a restare sul mercato. Non è del resto privo di significato che, *aliunde*, nella fase del sequestro, sia prevista la possibilità della liquidazione “se mancano concrete possibilità di prosecuzione o di ripresa dell’attività” (art. 41, c. 5).

La disciplina codicistica si preoccupa anche di stabilire le modalità di scelta del cessionario o dell’affittuario, prevedendo che “l’Agenzia procede mediante licitazione privata ovvero, qualora ragioni di necessità o di convenienza, specificatamente indicate e motivate, lo richiedano, mediante trattativa privata”. Si prescrive inoltre che “sui relativi contratti è richiesto il parere di organi consultivi solo per importi eccedenti euro 1.032.913,80 nel caso di licitazione privata euro 516.456,90 nel caso di trattativa privata”.

Infine, si è già visto che i proventi di affitto, vendita e liquidazione vanno al FUG, perché siano rassegnati per le finalità di cui all’art. 2, c. 7, d.l. n. 143/08 cit. (c. 9), e che tuttavia, come si desume, dal c. 8, lett. b) e c), in caso di vendita o di liquidazione, su tali destinazioni potrebbe prevalere, se presupposto della stessa vendita o liquidazione in luogo della maggiore utilità per l’interesse pubblico, il risarcimento delle vittime di mafia.

7.5. I beni mobili.

A parte le somme di danaro, il codice non presta una particolare e ordinata attenzione per i beni mobili in generale, tuttavia possono ricavarsi le seguenti indicazioni.

Dalla disciplina delle somme di danaro si desume che i beni mobili, così come nella fase del sequestro, sono suscettibili di vendita e che il ricavato va al risarcimento delle vittime di mafia e in seconda battuta al FUG (art. 48 c. 1, lett. b)).

D’altro lato, è anche possibile, così come nella fase del sequestro, che tali beni non siano destinati alla vendita. Il c. 12 dell’art. 48 (come sostituito dall’art. 1, c. 189, lett. c), n. 2, l. n. 228/12) dispone infatti che “i beni mobili, anche iscritti in pubblici registri, possono essere utilizzati dall’Agenzia per l’impiego in attività istituzionali ovvero destinati ad altri organi dello Stato, agli enti territoriali o ad associazioni di volontariato che operano nel sociale”.

La modifica di tale previsione è stata opportuna, in quanto l’originaria stesura, derivante dall’art. 2-undecies, c. 3-bis, l. n. 575/1965 (come inserito dal d.l. n. 4/2010), rimandava alla decisione dell’autorità giudiziaria, sicché, da un lato, si trattava di una errata collocazione¹⁹, d’altro lato, si lasciava priva di disciplina la destinazione dei beni mobili nella fase “amministrativa” da parte dell’Agenzia.

¹⁹ Il punto era stato correttamente evidenziato da R. ALFONSO, *La gestione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata. Dal Commissario straordinario all’Agenzia*, in *L’agenzia nazionale per i patrimoni di mafia*, cit., 57.

La soluzione è stata di ripulire la norma dai riferimenti alla giurisdizione, riconducendola questa volta coerentemente al tessuto della destinazione “amministrativa” dei beni, e al contempo di introdurre, nella sede propria, una apposita previsione per la destinazione dei beni mobili “sequestrati” (art. 40 c. 5-bis, ter e quater).

Suscita tuttavia qualche perplessità il fatto che il legislatore del 2012, nel momento in cui ha contestualmente disciplinato l’impiego o la vendita di beni mobili “sequestrati”, lo abbia fatto con contenuti in parte diversi, sia per la destinazione d’uso, sia per la destinazione dei proventi della vendita, rispetto all’art. 48 (si rimanda al lettore il confronto tra art. 40 e art. 48).

Sotto questo profilo, a parte i dubbi di costituzionalità e di conformità al diritto europeo del c. 5-bis (v. *supra*), il quadro già caotico delle destinazioni trova altresì alimento nella disciplina dei beni mobili a seconda che si tratti di beni sequestrati o di beni confiscati.

Più di recente, con l’art. 14 c. 4-ter L. n. 119/2013, è stato aggiunto, nell’art. 48, il comma 12-bis, che prevede, per taluni beni mobili particolari (autocarri, carrelli elevatori etc) la destinazione “in via prioritaria” ai vigili del fuoco. Si tratta tuttavia di una previsione di dettaglio, sempre nel segno della frammentarietà, che non incide sull’assetto complessivo della disciplina dei beni mobili.

7.6. La distruzione dei beni.

L’art. 48 conteneva originariamente (c. 1, lett. b)) soltanto un riferimento alla “cessione gratuita” o alla “distruzione del bene” qualora la procedura di vendita dei beni “mobili” fosse “antieconomica”.

Si trattava di un riferimento limitato, riguardando la sola vicenda della vendita di beni mobili, e che è stato di recente eliminato nella nuova versione della lett. b) cit., come modificata dall’art. 1, c. 189, l. n. 228/12.

Non si è tuttavia determinata alcuna lacuna. Invero, al di fuori dell’art. 48 e segnatamente nell’art. 112, c. 2, era già possibile riscontrare una disciplina “generale” in materia: “nelle ipotesi previste dalle norme in materia di tutela ambientale e di sicurezza, ovvero quando il bene sia improduttivo, oggettivamente inutilizzabile, non destinabile o non alienabile, l’Agenzia, con delibera del Consiglio direttivo, adotta i provvedimenti di distruzione o di demolizione”.

I presupposti indicati sembrano potersi atteggiare, a seconda dei casi, sia a monte, sia a valle delle destinazioni previste dall’art. 48.

Così, se la distruzione del bene è imposta da ragioni ambientali o di sicurezza, ciò non potrà che valere in ogni caso. E lo stesso potrebbe dirsi per il bene improduttivo o oggettivamente inutilizzabile. Il carattere di non destinabilità o non alienabilità potrebbe essere assunto aprioristicamente (eventualità forse discutibile) o conseguire al tentativo concreto, non andato a buon fine, di effettuare la destinazione o la vendita.

Analoga disposizione, nella fase del sequestro, è stata introdotta dal legislatore del 2012 con l’art. 40, c. 5-ter: “Se i beni mobili sottoposti a sequestro sono privi di

valore, improduttivi, oggettivamente inutilizzabili e non alienabili, il tribunale può procedere alla loro distruzione o demolizione”.

Vi sono tuttavia delle differenze. La competenza è ovviamente qui del giudice, trattandosi di beni sequestrati. Ingiustificato è invece che “non” si siano riprodotti integralmente i presupposti di cui all’art. 112 cit. Non si menzionano le ragioni ambientali o di sicurezza e non si menziona l’inciso “non destinabili”, nonostante si sia contestualmente prefigurata – pur con previsione di dubbia costituzionalità – la possibilità di un utilizzo dei beni mobili sequestrati da parte di organi di polizia, dell’Agenzia, etc (art. 40, c. 5-bis).

7.7. La “scelta” della destinazione.

La “scelta” sulla destinazione, come è comprensibile, involge valutazioni di un certa delicatezza, ed è di primaria importanza fissare in che misura tale scelta sia discrezionale o incontri vincoli normativi, anche perché nulla impedisce che i relativi “provvedimenti” diventino oggetto di impugnazione, nella concorrenza tra potenziali beneficiari, di fronte al giudice amministrativo.

Il quadro assai articolato di destinazioni e la tutela dell’ordine pubblico, che è comunque a fondamento di tutte queste disposizioni, lascerebbero pensare, *prima facie*, alla configurazione in capo all’Agenzia di una larga discrezionalità²⁰, suscettibile di un limitato sindacato giurisdizionale.

Ma, ad una più attenta analisi, il potere di destinazione appare piuttosto come una figura “mista” fatta sì di discrezionalità, ma puntellata, nelle pieghe dei vari percorsi, da momenti di vero e proprio vincolo, o comunque da momenti di preferenza o di indicazione di necessari presupposti, che incidono direttamente sulla legittimità del provvedimento²¹.

Non va quindi sottovalutata l’esistenza di profili di ordine gerarchico delle varie destinazioni, così come deve tenersi conto, nell’ambito di ciascun tipo di destinazione, delle specifiche correlazioni normative, tra soggetti, fini, mezzi e terzi beneficiari.

In ogni caso, l’Agenzia, in omaggio ai principi generali (art. 3, l. n. 241/1990), non potrà esimersi dall’adottare le proprie decisioni con il corredo di una adeguata motivazione, specialmente nei momenti di discrezionalità o riguardo alla ricorrenza in concreto di determinati presupposti normativi. Un particolare rilievo potrebbero anche assumere gli atti di indirizzo e le linee guida adottati ex art. 112, c. 4, lett. a), come autolimitazione della discrezionalità dell’Agenzia, assumibili in ipotesi a parametro di legittimità dei singoli provvedimenti.

²⁰ N. GULLO, *La destinazione dei beni confiscati alla luce delle recenti riforme legislative*, in G. FIANDACA, C. VISCONTI, (a cura di), *Scenari di mafia*, Torino, 2010, 461: “la scelta della destinazione appare connotata da un alto grado di discrezionalità tecnica ed amministrativa”.

²¹ V. già, MAZZAMUTO, *Gestione..*, cit., 485 ss.

Non vi è dubbio tuttavia che, nel complesso, la disciplina legislativa rimanga troppo farraginoso e non sarebbe inopportuna, de iure condendo, una sua significativa semplificazione.

Senza potere qui rappresentare, tra vincolo e discrezionalità, una certissima ricostruzione dei molteplici percorsi normativi, qualche cenno merita il caso dei beni immobili, coinvolgendo la tematica della cd. destinazione simbolica.

Tranne l'ipotesi del c. 3, lett. d), per tutti gli altri beni immobili, l'art. 48 elenca tre possibili destinazioni. Nelle prime due (lett. a) e b)) il bene viene mantenuto al patrimonio dello Stato, con varie possibili destinazioni, nella terza (lett. c)) invece è previsto il trasferimento agli enti territoriali.

La legge invero non sembra stabilire alcuna esplicita gerarchia tra questi percorsi, né all'interno di essi vi sono particolari presupposti che determinano, sul piano logico, una scalarità delle opzioni, così come ad es. per i beni aziendali, ove l'affitto o la vendita presumono la vitalità dell'azienda, mentre la liquidazione la perdita della sua unità funzionale.

Tuttavia, non può sottacersi che, secondo il giudice delle leggi (C. cost., 19 ottobre 2012, n. 234), la restituzione alle collettività territoriali costituisce "principio ispiratore sulla destinazione dei beni confiscati", sicché, su questa falsa riga, l'interpretazione sistematica della norma dovrebbe condurre a ritenere che sussista, se non un ordine gerarchico, quantomeno una preferenza a favore degli enti territoriali²².

Non meraviglia così che si annuncino ricorsi al giudice amministrativo: così ad es. la Regione Toscana, per la tenuta di Suvignano, contro l'Agenzia che aveva rifiutato il trasferimento e disposto la vendita, lamentando significativamente il difetto di motivazione e la violazione della ratio della legge che privilegierebbe le destinazioni simbolica (vedi firenze.repubblica.it/cronaca/2013/08/22).

Vanno infine evidenziati altri due profili.

In primo luogo, le decisioni di destinazione da parte dell'Agenzia non possono ovviamente imporsi sul beneficiario, ma ne presuppongono il consenso, che si tratti di un privato o di un ente pubblico, specialmente poi se entrano in gioco enti, come quelli territoriali, che godono di uno status costituzionale di autonomia.

In secondo luogo, la destinazione del bene può complessivamente dar luogo a più procedimenti amministrativi.

E' tipicamente il caso dei beni immobili. Vi può essere un primo procedimento dell'Agenzia di trasferimento del bene ad un ente territoriale ed un secondo procedimento con il quale l'ente territoriale dispone la gestione diretta del bene o l'affidamento in concessione a terzi.

²² Non pare così possa ancora del tutto seguirsi N. GULLO, *op. cit.*, 468, secondo il quale, a seguito della l. n. 296/2006, non poteva più sostenersi "la tesi della prevalenza degli interessi riconducibili ad un particolare livello istituzionale, in quanto la legislazione non accorda una preferenza né allo Stato, né agli enti territoriali". Peraltro, già con riguardo alla riforma del 2010 che ha istituito l'Agenzia, A. BALSAMO, *op. cit.*, 2105, osservava che "la destinazione considerata prioritaria dal Legislatore è quella del trasferimento dei beni immobili confiscati, per finalità istituzionali o sociali, al patrimonio del Comune, della Provincia o della Regione".

In queste fattispecie, salva in entrambi i livelli l'applicazione dei principi generali in materia di procedimento amministrativo, per "procedimento di destinazione" disciplinato dall'art. 47 va inteso in senso stretto quello di trasferimento da parte dell'Agenzia. Ciò ha rilievo specialmente per i termini di conclusione del procedimento, fissati in 90 giorni dall'art. 47 cit., mentre per il procedimento di competenza dell'ente territoriale, il termine si ricava indirettamente dai presupposti per l'esercizio dei poteri sostitutivi e del potere di revoca da parte dell'Agenzia, quando cioè "entro un anno l'ente territoriale non ha provveduto alla destinazione del bene" (art. 48, co. 3, lett. c) e d)).

Il collegamento tra i due procedimenti ha ovviamente rilievo anche sotto il profilo dell'invalidità. Entrambi i procedimenti sono autonomamente impugnabili per vizi propri, così come il secondo procedimento potrà essere altresì impugnato, in via di invalidità derivata, per vizi del primo procedimento a sua volta impugnato. E' discutibile poi se l'annullamento del solo provvedimento dell'Agenzia determini una invalidità derivata viziante o caducante del provvedimento dell'ente territoriale. Come è noto, nella giurisprudenza amministrativa, ciò ha rilievo in ordine alla necessità (se solo viziante) o meno (se caducante) dell'impugnazione del provvedimento a valle.

7.8. Motivi di ordine pubblico e principi comunitari in materia di gare.

Si è avuto modo di evidenziare come l'art. 48 preveda la possibilità della vendita dei beni confiscati o anche la possibilità di affidarli in concessione o in affitto a terzi.

Sotto il profilo delle modalità attraverso le quali vanno seguiti tali percorsi siffatta disciplina presenta ancora un volta tratti frastagliati e disomogenei.

Si fa riferimento alla vendita dei beni mobili "anche mediante trattativa privata" (c. 1 lett. b)), alla vendita dei beni immobili "osservate, in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura civile" (c. 5), all'affitto o alla vendita dei beni aziendali "mediante licitazione privata, ovvero, qualora ragioni di necessità o di convenienza, specificatamente indicate e motivate, lo richiedano, mediante trattativa privata" (c. 11), all'affidamento in concessione dei beni immobili "nel rispetto dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità e parità di trattamento" (c. 3, lett. c)).

Colpisce tra l'altro che, mentre si evocano figure riconducibili all'ambientazione pubblicistica dei procedimenti di scelta del contraente nella p.a., si rimandi invece, nel caso dei beni immobili, al codice di procedura civile. Non si comprende infatti cosa abbia a che fare la citata disciplina processual-civilistica con l'operato di un ente pubblico, se non come uno degli indici di una certa, e a volte confusionaria, sovrapposizione tra giurisdizione e amministrazione che attraversa l'intero codice antimafia.

Significative sono anche le previsioni che introducono una delimitazione legislativa dei potenziali soggetti beneficiari.

Si fa riferimento per la concessione di beni immobili a "comunità, anche giovanili, ad enti, ad associazioni maggiormente rappresentative degli enti locali, ad organizzazione di volontariato [...] a cooperative sociali [...] o a comunità terapeutiche e

centri di recupero e cura di tossicodipendenti” (c. 3, lett. c) o ancora soltanto a “comunità o enti per il recupero di tossicodipendenti” (c. 3, lett. d)); per la vendita di beni immobili, in via di opzione, a “cooperative edilizie” costituite da personale delle Forze armate e di polizia (c. 6), in via di prelazione, agli “enti territoriali” (c. 7), nonché a “enti pubblici aventi tra le finalità istituzionali anche quella dell’investimento nel settore immobiliare, alle associazioni di categoria che assicurano maggiori garanzie e utilità per il perseguimento dell’interesse pubblico e alle fondazioni bancarie” (c. 5)

Orbene tutta questa disciplina, al di là di ogni valutazione sulla sua intrinseca fattura, mette in campo un inedito versante di confronto tra le ragioni di ordine pubblico e quelle di tutela della concorrenza.

Va anzitutto evidenziato che la giurisprudenza amministrativa di questi ultimi anni, anche alla stregua delle indicazioni provenienti dall’ordinamento comunitario, si è ormai consolidata attorno all’idea che “le regole e i principi dell’evidenza pubblica – in quanto principi generali direttamente desumibili dalle disposizioni del Trattato – trovano applicazione non solo nelle ipotesi in cui una puntuale prescrizione del diritto comunitario derivato ne renda obbligatorio l’utilizzo ma, più in generale, in tutti i casi in cui un soggetto decida di individuare un contraente per l’attribuzione di un’*utilitas* di rilievo economico comunque contendibile fra più operatori del mercato” (così, riguardo alla vendita di un immobile pubblico, Cons. St., sez. VI, 19 maggio 2008, n. 2279; v. anche sez. V, 4 marzo 2008, n. 889, nonché Cons. giust. amm., 27 aprile 2009 n. 302, ove si precisa altresì che “l’esigenza di trasparenza e di rispetto dei principi di concorrenza assume una portata generale, non limitata al solo settore dei contratti pubblici” e che “l’obbligo di seguire una procedura concorsuale sussiste, ovviamente, anche nei casi in cui non siano state preventivamente formulate istanze per il conseguimento del bene dell’amministrazione. Infatti, l’interesse alla utilità economica del rapporto concessorio potrebbe ragionevolmente manifestarsi solo in seguito all’avvio di una procedura di evidenza pubblica”).

E’ vero che l’ordinamento europeo ha segnato di recente una significativa apertura, prescrivendo che “gli Stati membri valutano se adottare misure che permettano di utilizzare i beni confiscati per scopi di interesse pubblico o sociale” (art. 10 c. 3 Dir. 2014/42/UE cit.), ma ciò non autorizza una facile o elusiva estromissione dei generali principi di tutela della concorrenza, sicché non è affatto da escludere che la disciplina codicistica, sia sotto il profilo dei metodi di scelta del contraente, sia sotto quello di una previa delimitazione dei destinatari, possa, in qualche misura, risultare censurabile²³.

²³ Ridimensiona il problema, dando troppo per scontato che non si tratti qui di operatori economici, N. GULLO, *La destinazione dei beni confiscati nel codice antimafia tra tutela e valorizzazione*, in *Il diritto dell’economia*, 2014, 104.

Basti ricordare che nella giurisprudenza UE persino le università pubbliche possono rientrare nel novero degli affidatari di appalti pubblici ai fini dell’applicazione delle direttive UE in materia (C. giust. UE 23 dicembre 2009 C-350/08).

E lo stesso legislatore delegato mostra anche una parziale consapevolezza al riguardo, ove, per la concessione di beni immobili, evoca i “principi di trasparenza, adeguata pubblicità e parità di trattamento”.

Ancor più problematica è poi la recente introduzione, con la legge di stabilità, della possibilità che l’Agenzia ricorra a “società a totale o prevalente capitale pubblico”, tramite “apposita convenzione”, ai fini della vendita e liquidazione delle “aziende e degli altri beni definitivamente confiscati” (art. 113, c. 3-bis). Qui addirittura ci troveremmo di fronte all’affidamento diretto di un vero e proprio appalto di servizi e, stando al dato letterale, non certo negli stretti limiti in cui l’affidamento diretto è consentito dalla giurisprudenza comunitaria con la figura degli appalti *in house* o, a certe condizioni, grazie ad una previa gara per la scelta del socio privato.

Ma il discorso non può ridursi all’immediata presa d’atto di una qualche possibile contrarietà di tali disposizioni ai principi comunitari, e per questo persino suscettibili di immediata “disapplicazione”, sia da parte dell’amministrazione (l’Agenzia e gli enti territoriali), sia, in seconda battuta, da parte del giudice amministrativo.

Il tema sollevato esige invero un ulteriore grado di approfondimento.

Il quesito giuridico non è difficile da formulare: se e in che misura le ragioni di ordine pubblico possano giustificare una deroga ai principi della concorrenza.

La risposta è altrettanto piana sul “se”, ben più problematica invece sulla “misura”.

Non vi è alcun dubbio infatti che nell’ordinamento comunitario l’ordine pubblico costituisca una valida ragione imperativa di interesse generale per apportare limitazioni alle libertà di circolazione o ai principi concorrenziali. Ma è altrettanto indubbio che, nella consolidata giurisprudenza comunitaria, l’ordine pubblico deve essere inteso in senso stretto, così come la relativa misura di tutela deve essere idonea allo scopo e rispettosa del principio di proporzionalità (v. ad es. C. giust. UE, 14 ottobre 2004, C-36/02; o anche 2 ottobre 2008, C-157/06)

Ci troviamo cioè sul terreno grigio di una non sempre prevedibile applicazione in concreto di principi generali.

Dal punto di vista interno, come si desume dalla giurisprudenza costituzionale sul riparto di competenze legislative, tutta la disciplina “amministrativistica” del presente codice è ascrivibile all’ordine pubblico.

Certo è però che la tendenza “espansiva” della normativa antimafia sembra spesso allontanarsi oltremisura dai criteri comunitari.

Fino a che punto si può dire che le varie destinazioni sociali e la stessa destinazione “simbolica” siano riconducibili ad una nozione in senso stretto di ordine pubblico? Fino a che punto è giustificabile che si ricorra a forma di affidamento diretto o che si selezionino non solo in negativo (ad es. l’esclusione del prevenuto), ma anche in positivo i potenziali beneficiari?

Tutti profili bisognosi di chiarimento, nei rapporti tra l’ordinamento nazionale e quello dell’unione europea, ma che fanno comprendere, anche per tali aspetti, che l’ingresso della normativa antimafia nell’ambiente giuspubblicistico non può essere condotto, in tutta autoreferenzialità, come se si trattasse di operare su una tabula rasa.

Del resto, che gli interventi in materia non siano esenti da uno scrutinio di proporzionalità ha anche di recente conferma in una significativa pronuncia del giudice comunitario nel settore degli appalti pubblici, ove si è ritenuto non conforme appunto al principio di proporzionalità che un protocollo di legalità determinasse l'esclusione automatica di un candidato che aveva omissso di fornire una dichiarazione riguardante situazioni di controllo, collegamento e subappalto (C. giust. UE 22 ottobre 2015 C-425-14).

Per completezza può infine evidenziarsi che uno stesso ordine di problemi si può porre per le varie previsioni di rapporti "convenzionali" con altri soggetti (art. 112, c. 4, lett. i), art. 113, c. 2 e 3).

Ciò non solo per la pacifica rilevanza dei principi concorrenziali in caso di Partenariato Pubblico-Privato. Anche il cd. Partenariato contrattuale Pubblico-Pubblico non è più un terreno franco, come era nella prassi tradizionale delle nostre pp. aa., bensì è oggi sottoposto ad alcune condizioni fissate di recente dalla giurisprudenza comunitaria²⁴.

7.9. Destinazione e criminalità.

Una delle preoccupazioni che attraversano l'art. 48 è che la destinazione possa comportare, anche indirettamente, un rientro del bene nel circuito criminale.

Già nella fase della "scelta" della destinazione sono predisposte talune cautele.

Così, nel caso della vendita dei beni immobili, vi è il divieto di alienazione se non dopo cinque anni dalla trascrizione della vendita, la soggezione alla disciplina dell'art. 12 d.l. n. 59/78 ed è richiesto un parere obbligatorio alla prefettura (c. 5), o, nel caso di affitto di azienda, si pone un divieto se uno dei soci è il prevenuto o un suo parente, coniuge, affine o convivente (c. 8, lett. a)).

Ma, anche per la fase successiva, è prevista una revoca dell'assegnazione o della destinazione se i beni sono entrati "anche per interposta persona, nella disponibilità o sotto il controllo del soggetto sottoposto al provvedimento di confisca" (c. 15).

Ci sembra tuttavia che la materia, sotto questo profilo, sia stata regolata in modo insufficiente e frammentario.

Anzitutto, colpisce che, nella fase della "scelta" siano previste cautele soltanto nei casi sopra menzionati. Nulla si dice sulla "vendita" dei beni aziendali, sulla "vendita" dei beni mobili, sui soggetti cui si affidano in concessione i beni immobili, mentre è del tutto evidente che anche in tali casi sussistano i medesimi pericoli di inquinamento criminale.

Non si considera poi che il problema non può essere limitato ad una riappropriazione da parte del prevenuto. Invero, il citato parere obbligatorio va al di là,

²⁴ Sul punto si consenta di recente un rimando a M. MAZZAMUTO, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in house al Partenariato "Pubblico-Pubblico"*, nota a C. giust. Ue, 19 dicembre 2012, C-159/11, in *Giur. it.*, 2013, 1416 ss

evocando anche “soggetti altrimenti riconducibili alla criminalità organizzata ovvero utilizzando proventi di natura illecita”, ma lo stesso non può dirsi per le altre disposizioni evocate.

Non pare poi che si sia tenuto conto dell’eventuale interferenza con la disciplina in materia di documentazione antimafia contenuta nello stesso codice (art. 82 ss.).

Vi è infatti almeno un caso nel quale può ritenersi che la necessaria richiesta della documentazione antimafia sia applicabile ai procedimenti di destinazione.

Premesso che i beni confiscati rientrano nel demanio (o comunque nel patrimonio indisponibile), deve considerarsi che la documentazione antimafia è anche dovuta in caso di concessione di beni demaniali per l’esercizio di attività imprenditoriali (v. art. 83, c. 1, e art. 67, c. 1, lett. b)), come, ad es., può essere il caso dell’affidamento in concessione da parte dell’ente territoriale del bene immobile alle cooperative sociali, che, se pur volte a finalità sociali e non di lucro, sono pur sempre qualificate dalla legge come “imprese” (art. 1, c. 1, l. n. 381/1991).

Invero, de iure condendo, non va sottovalutata la prospettiva di estendere ai provvedimenti di destinazione la disciplina della documentazione antimafia.

Ciò consentirebbe, da un lato, di andare ben al di là della stretta logica della riappropriazione da parte del prevenuto, guardando ad altre realtà della criminalità organizzata o ad altri fenomeni rilevanti di criminalità (sovversione, terrorismo)²⁵, d’altro lato, di introdurre un robusto e unitario sistema di garanzie di cui non si può dire che proprio i beni confiscati abbiano minor bisogno rispetto all’ambito naturale di applicazione della documentazione antimafia.

In questa direzione non convince neanche la previsione del parere obbligatorio (ma non vincolante) del prefetto, in caso di vendita del bene immobile, quasi a voler lasciare all’Agenzia l’ultima parola sull’argomento.

Se è da esservi una sorta di interdittiva, perché ne sussistono i presupposti, non si vede perché questa valutazione non debba rimanere riservata agli organi che vi sono naturalmente preposti. Si toglierebbe peraltro in radice ogni eventuale sospetto su decisioni difformi dell’Agenzia, che potrebbe magari venire, a volte, troppo condizionata da obiettivi di efficienza gestionale (ad es il “risultato” della vendita) a scapito del necessario rigore delle misure amministrative di prevenzione contro la criminalità.

7.10. Procedimenti di autotutela.

I provvedimenti di destinazione, che “sono immediatamente esecutivi” (c. 13), in quanto veri e propri provvedimenti “amministrativi” devono ritenersi sottoposti alla

²⁵ Di recente, S. GAMBACURTA, *La documentazione antimafia: tipologia e contenuto*, in CISTERNA E ALTRI, *Codice antimafia*, Santarcangelo di Romagna, 2013, 171-2, il quale evidenzia come le comunicazioni antimafia “costituiscano un provvedimento amministrativo capace di realizzare uno ‘sbarramento’ anche verso forme di criminalità diverse da quella mafiosa”, ed in particolare riguardo a “soggetti destinatari di misure di prevenzione per fatti di terrorismo o per altri reati contro l’ordine pubblico”.

generale disciplina in materia di autotutela (annullamento o revoca d'ufficio ex art. 21-quinquies e 21-nonies, l. n. 241/1990) e dunque allo *ius poenitendi* dell'Agenzia o degli enti territoriali.

Ovviamente, anche nel caso di esercizio di annullamento o di revoca d'ufficio da parte dell'Agenzia, si pone il problema dei riflessi che ne derivano sull'eventuale provvedimento dell'ente territoriale, in termini di invalidità viziante o caducante.

Non è inoltre da escludere che possa profilarsi un conflitto tra Agenzia ed ente territoriale, che potrebbe essere certo legittimato ad impugnare l'atto di autotutela dell'Agenzia.

L'art. 48 non si occupa invero di tali profili, se non per aspetti limitati.

Qualora l'ente territoriale non provveda entro un anno alla destinazione del bene immobile, l'Agenzia o nomina un commissario con poteri sostitutivi o "dispone la revoca del trasferimento" (c. 3, lett. b) e c)). Si tratta di una revoca di tipo sanzionatorio, per inerzia, e che, se non si opta per i poteri sostitutivi, sembra assumere carattere vincolato, con tutto ciò che ne consegue, ad esempio, in ordine alla non annullabilità per omessa comunicazione dell'avvio del procedimento (di revoca).

Si "può" inoltre disporre la revoca dell'assegnazione o della destinazione "da parte dello stesso organo che ha disposto il relativo provvedimento" (quindi, ove il caso, anche dall'ente territoriale), quando i beni "sono rientrati, anche per interposta persona, nella disponibilità o sotto il controllo del soggetto sottoposto al provvedimento di confisca" (c. 15: già art. 2-ter, l. n. 575/1965). Il dato letterale ("può") sembra configurare una qualche discrezionalità, tuttavia si tratta di un'evidente sbavatura del legislatore, che va corretta da un'interpretazione sistematica, già emersa nella giurisprudenza amministrativa (riguardante il caso di uso abitativo, ma di valenza generale), che individua nell'assegnazione al prevenuto "un sostanziale aggiramento elusivo del provvedimento di confisca, ossia di un atto ablatorio la cui finalità è fondamentalmente quella di sottrarre il bene alla disponibilità dell'interessato. Infatti, le finalità istituzionali o sociali indicate nella norma non possono certamente farsi coincidere con le aspirazioni del soggetto a cui il bene è stato sottratto, circostanza che renderebbe inutile l'intero processo di confisca, ma devono essere collegate ad un interesse della collettività", sicché "deve sottolinearsi come l'assegnazione dell'immobile a fini abitativi agli stessi soggetti a cui era stato confiscato è fatto non compatibile con la ratio della legge e con la struttura dell'intera fattispecie ablatoria" e "deve quindi confermarsi come il provvedimento gravato, dove implicitamente esclude che il bene confiscato possa essere condotto dagli stessi soggetti ai quali è stato sottratto, sia strettamente attuativo della norma di legge e, per parte qua, di contenuto vincolato" (Cons. St., sez. IV, 6 dicembre 2011, n. 6395; di recente, con riferimento ai parenti, Cons. St., sez. III, ord. 29 novembre 2013, n. 4743).

Va infine considerato l'art. 112, c. 4, lett. e) ed h).

Riguardo alla lett. h), si dispone che l'Agenzia "revoca il provvedimento di assegnazione e destinazione nel caso di mancato o difforme utilizzo del rispetto alle finalità indicate" (oltre agli "altri casi stabiliti dalla legge" come quelli sopra vagliati).

Si tratta ancora una volta di una revoca sanzionatoria, ma con portata e presupposti diversi rispetto a quanto previsto dall'art. 48 c. 3, lett. b) e c) cit.

Intanto, non si tratta dei soli beni immobili trasferiti agli enti territoriali, bensì di qualsiasi bene confiscato e quale che ne sia il beneficiario.

Inoltre, qui non sembra che si focalizzi a monte la mera inerzia nell'assegnare il bene, quanto l'ipotesi in cui la destinazione e/o assegnazione si sia compiuta, ma l'ente beneficiario tradisca il vincolo teleologico che è stato impresso al bene, e ciò non soltanto come vincolo "negativo" che impedisce un uso "difforme", ma anche come vincolo "positivo" che impone in tale direzione una condotta attiva e non ammette il "mancato" utilizzo.

Non sorprende così che la giurisprudenza abbia letto unitariamente le due disposizioni nel senso che esse "concorrono a definire lo stesso potere dell'Agenzia", sicché "non solo la mancata disposizione, ma anche il mancato utilizzo del bene è valido presupposto della revoca dell'assegnazione del bene stesso", osservando che del resto "sarebbe del tutto incongrua una disciplina normativa che sanzionasse la mancata destinazione del bene confiscato, ma non il suo mancato utilizzo"²⁶.

Riguardo alla lett. e), si prevede che l'Agenzia "richiede la modifica della destinazione d'uso del bene confiscato, in funzione della valorizzazione dello stesso o del suo utilizzo per finalità istituzionali o sociali, anche in deroga agli strumenti urbanistici".

La norma sembra destinata agli enti territoriali cui è stato trasferito il bene, come si desume dal riferimento alle "finalità istituzionali o sociali", che riproduce quella di cui all'art. 48 c. 3, lett. c), e alla "deroga agli strumenti urbanistici".

Si tratta di una disposizione più significativa di quanto potrebbe prima *facie* apparire.

Semberebbe infatti che, una volta trasferito il bene all'ente territoriale, il ruolo dell'Agenzia non si limiti, in chiave sanzionatoria, alla vigilanza sull'assegnazione nei termini o sul mancato o difforme utilizzo, ma rimanga in campo anche in ordine a successive valutazioni di "opportunità", volte appunto ad una modifica dell'uso del bene, nonostante ci si confronti con enti dotati di uno status di autonomia costituzionale.

Ciò fa forse comprendere perché si sia utilizzata la più tenue ed ambigua formula del "richiedere". Non va del resto dimenticato che, nell'ipotesi di rientro nella disponibilità del prevenuto, l'art. 48 c. 15 prevede la revoca "da parte dello stesso organo che ha disposto il relativo provvedimento". E' cioè lo stesso ente territoriale che provvederà in autotutela a rimuovere il "proprio" provvedimento di assegnazione, che ha fatto seguito al trasferimento da parte dell'Agenzia.

Ma quanto si va dicendo fa anche comprendere che in questa materia i vari organismi o enti a vario titolo coinvolti si atteggiano sempre in qualche misura a soggetti "strumentali" all'interesse pubblico "nazionale" perseguito e all'Agenzia che di tale interesse è il curatore, tranne a voler (difficilmente) sostenere, nel caso specifico degli enti territoriali, che si consumi una violazione dei principi costituzionali in materia di autonomia locale.

²⁶ Cons. st. III 14 luglio 2014 n. 3673, in riforma della decisione di prime cure. Si tratta di un noto caso, riguardante il Comune di Salemi, nel quale l'Agenzia aveva revocato la destinazione all'ente territoriale.

Questo assunto trova del resto conferma in una pronuncia del giudice delle leggi, che ha disatteso le lagnanze di presunta violazione dell'autonomia regionale siciliana, statuendo, tra l'altro, che il potere sostitutivo dell'Agenzia "costituisce un corollario del processo di allocazione, da parte della legge dello Stato, che ne è competente, della funzione amministrativa rimessa all'ente territoriale reputato idoneo, al fine di evitare che l'esercizio di tale funzione possa venire paralizzato dall'inerzia di quest'ultimo, così compromettendo un interesse assegnato alla sfera di competenza statale" (C. cost. 19 ottobre 2012 n. 234).

7.11. Destinazione "simbolica"?

L'indicazione del giudice delle leggi nel senso che la ratio della confisca consista anche nel collocare il bene in un contesto esente dal condizionamento della criminalità (C. cost., 8 ottobre 1996, n. 335) sarebbe invero suscettibile di una traduzione per così dire "minimalista".

Si potrebbe pensare che una volta effettuata la "sottrazione" alla criminalità, il bene possa entrare nell'indistinto coacervo del patrimonio pubblico, e dunque essere poi suscettibile di qualsiasi asservimento ai compiti istituzionali o anche semplicemente di arricchimento dell'erario: quanto basta per ritenere che il bene sia pervenuto in un contesto non criminale.

Una prospettiva che staccherebbe significativamente la gestione dei beni dall'origine penale per collocarla nel generale contesto delle organizzazioni pubbliche e del relativo regime giuridico, residuando semmai una qualche maggiore accortezza – ad esempio, con un coinvolgimento *ab externo* della Prefettura –, ove si ammetta la possibilità di destinazione o trasferimento a terzi.

L'attività amministrativa rimarrebbe così coinvolta in misura limitata dal problema di una "riappropriazione" del bene da parte della criminalità, che andrebbe semmai principalmente "ricondotto" nell'alveo di una eventuale "rinnovazione" della prevenzione penale da parte della magistratura: fatta cioè una confisca e alienato il bene, si potrà provvedere, in seconda battuta, ad una nuova confisca²⁷.

Ma non sembra questa la scelta via via maturata negli anni.

L'impegno profuso dal Legislatore non può certo di per sé solo giustificarsi in ragione dell'incremento quantitativo dei patrimoni confiscati e dell'esigenza di una loro più efficiente gestione, poiché si tratterebbe di argomenti vevoli in generale per il patrimonio pubblico senza ulteriori qualificazioni.

Il vero punto è che, a partire dalla riforma del 1989, e specialmente da quella del 1996, incomincia a farsi strada l'idea che la stessa attività di gestione e destinazione dei beni, al di là della stessa prevenzione di fronte ai pericoli di ricattura mafiosa, debba essere più direttamente funzionalizzata agli obiettivi di contrasto alla criminalità che

²⁷ F. MESSINEO, *op. cit.*, 545-6 sembra esprimere un favore per la vendita degli immobili, osservando che "se il mafioso dovesse far ricomprare i beni dai suoi prestanome vuol dire che riavvieremo le indagini".

stanno alla base delle stesse misure di prevenzione, che si tratti di finanziare gli organismi preposti a tale contrasto o di scelte volte a valorizzare il rapporto fiduciario dei cittadini con le istituzioni, premiando iniziative antimafia della società civile o garantendo l'attività produttiva delle imprese (ex) mafiose e dunque l'occupazione.

Significativo è soprattutto l'emergere della c.d. funzione "simbolica" di restituzione agli enti territoriali, acclarata dal giudice delle leggi (C. cost., 23 febbraio 2012, n. 34), cioè di un utilizzo virtuoso dei beni, come momento che dovrebbe appunto contribuire, al di là della repressione, a scardinare sul piano sociale la legittimazione mafiosa.

Ci sembra tuttavia che il favor per gli enti territoriali sia stato avallato con troppa facilità, quasi che gli amministratori locali che si avvicendano negli anni non possano che atteggiarsi ad autentici bersaglieri dell'anti-mafia.

Invero, non si tiene adeguatamente conto della fragilità e della permeabilità del governo locale, con il rischio concreto che la destinazione simbolica finisca per produrre un effetto esattamente contrario a quello desiderato: se in ipotesi non vi erano ragioni di infiltrazione mafiosa, con il trasferimento del bene confiscato all'amministrazione locale si introduce un ottimo motivo di interessamento della criminalità.

In altre parole, invece di tenere al riparo le parti deboli delle istituzioni, le si sovrappone a volte irragionevolmente al condizionamento mafioso.

Non è un caso se nel contenzioso amministrativo stiano incominciando ad emergere vicende come quelle di un Consiglio comunale che aveva assegnato il bene al "prevenuto", qualificando come finalità sociale l'esigenza abitativa della famiglia (Cons. St., sez. VI, 6 dicembre 2011, n. 6359).

Si dovrebbe dunque riflettere più criticamente sulla materia della "destinazione", nella consapevolezza che i beni confiscati alla criminalità organizzata sono cosa temibile da maneggiare e che forse soltanto lo Stato, con tutta la sua forza e autorità, dunque in una prospettiva essenzialmente centralistica, se ne può fare realmente e seriamente carico.

8. Profili processuali.

8.1. Questioni di competenza.

L'art. 114 del codice contiene due disposizioni di carattere processuale, una riguardante la giurisdizione del giudice amministrativo, l'altra (modificata dall'art. 1, c. 3, lett. a), n. 8), d. lg., 15 novembre 2011, n. 195) che conferisce la rappresentanza e la difesa in giudizio dell'Agenzia all'Avvocatura dello Stato, ai sensi dell'art. 1 r.d. n. 1611/1933, in luogo della sola domiciliatazione come nell'originaria previsione.

Se la seconda disposizione non esige particolari considerazioni, se non la doverosa attenzione cui dovranno prestarvi gli avvocati in sede di notifica²⁸, la prima è invece impegnativa, imponendo una complessiva riflessione sulla giurisdizione del g.a. nella materia *de qua*²⁹.

Si prescrive che “per tutte le controversie attribuite alla cognizione del giudice amministrativo derivanti dall'applicazione del presente titolo, la competenza è determinata ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lettera p), del codice del processo amministrativo”.

i) Il richiamo all'art. 135, co. 1. lett. p), c.p.a.³⁰, che contiene una disposizione speculare, colloca la giurisdizione del giudice amministrativo nell'elenco delle materie di “competenza funzionale inderogabile del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma”.

Le ipotesi di competenza “funzionale” hanno in questi anni suscitato qualche dubbio di costituzionalità³¹, derogando all'ordinario criterio di ripartizione della competenza territoriale tra i Tribunali amministrativi regionali.

La giurisprudenza costituzionale ha avuto già due occasioni per vagliare questo ordine di questioni, nel caso dei provvedimenti del CSM (C. cost., 22 aprile 1992, n. 189) e nel caso dei provvedimenti in materia di emergenza (C. cost., 26 giugno 2007, n. 237).

Se non si è dato spazio ad una sfera di illimitata discrezionalità legislativa, il giudice delle leggi ha comunque ritenuto che, nei casi di specie, sussistevano ragioni che giustificavano la deroga alle regole sulla competenza.

Il Consiglio di Stato, nella sua massima sede, si è espresso in materia proprio con riferimento all'art. 114 del codice, da un lato, ricordando che, alla stregua della giurisprudenza costituzionale, “nell'ordinamento processuale amministrativo la competenza funzionale (..) si fonda sulla particolare natura dell'interesse pubblico sotteso al provvedimento impugnato ovvero – o in aggiunta – sull'esigenza di favorire fin dal primo grado l'omogeneità della giurisprudenza”, d'altro lato, ritenendo come sia “a sua volta agevole rilevare l'aderenza ad interessi generali dell'ordinamento anche in riferimento all'attribuzione al TAR del Lazio delle controversie [...] sui provvedimenti emanati dall'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, nel quadro della lotta ai più

²⁸ Così, ad es., si è statuito che non costituisce errore scusabile, ai fini della rimessione in termini, la notifica effettuata presso la sede reale dell'Agenzia, salvo, come nel caso di specie, che l'Agenzia si costituisca, con effetto sanante (ex art. 44, comma 3, c.p.a.), entro i termini di costituzione (Tar Lazio Roma sez. I ord. 4 giugno 2015 n. 2335).

²⁹ Su tali questioni si consenta già un rimando a MAZZAMUTO, *Gestione...*, cit., 487 ss.

³⁰ Lettera così sostituita dall'art. 1, d.lg. n. 195/2011, decreto correttivo del c.p.a., pubblicato in *G.U.R.I.* del 23 novembre 2011 e in vigore dall'8 dicembre 2011; il testo previgente disponeva: “le controversie derivanti dall'applicazione del decreto-legge 4 febbraio 2010, n. 4, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 marzo 2010, n. 50, relativo all'Istituzione dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata”.

³¹ V. ad es. sull'argomento, A. POLICE, sub *art. 14*, in QUARANTA A., LOPILATO V., (a cura di), *Il processo amministrativo, Commentario al D. lgs. 140/2010*, Milano. 2011, 174 ss.

complessi fenomeni criminali che impegna da tempo indivisibilmente lo Stato nelle sue varie espressioni organizzative” (Cons. St., ad. plen., ord. 25 giugno 2012, n. 23).

Il contrasto di opinioni, anche sollecitato da un allungarsi nel tempo dell’elenco dei casi di competenza funzionale, non si è tuttavia affatto sopito e ne è sorta una nuova ondata di ribellione dei Tribunali amministrativa regionali.

E così, proprio riguardo all’art. 114, con ord. 11 aprile 2013 n. 164 è stata di recente sollevata questione di costituzionalità dal TAR Calabria, sez. stacc. Reggio Calabria, con riferimento agli articoli 3, 25, 125, 24 e 111 Cost³². Non a caso si è trattato del TAR Calabria, dato che, come è noto, l’Agenzia ha la sua sede principale proprio in Reggio Calabria (art. 110), ed è a detrimento di tale TAR che principalmente si deroga al criterio ordinario della competenza territoriale.

Non meraviglia tuttavia che la questione sia stata rigettata, se, come ricordato, l’Adunanza plenaria aveva addirittura ritenuto “agevole” ricondurre a ragioni di interesse generale la scelta legislativa in materia, né per altro verso, riguardo al codice del processo amministrativo, erano fondati i profili di eccesso di delega, poiché sia la previsione della competenza del TAR Lazio nella materia de qua, sia il suo carattere di inderogabilità non costituiscono affatto innovazioni del c.p.a.. (C. cost., 21 maggio 2014, n. 159).

Altro sarebbe, ma su un piano di opportunità, dunque nella pienezza della discrezionalità legislativa, che, parimenti alla previsione della competenza funzionale del TAR Lombardia per le controversie riguardanti l’Autorità per l’energia elettrica e il gas, che ha sede in Milano (art. 14, c. 2, c.p.a.), si fosse potuto, nel nostro caso, configurare una competenza funzionale del TAR Calabria in luogo del TAR Lazio.

ii) L’ambito della competenza funzionale del TAR Lazio è circoscritta alle controversie derivanti dall’applicazione del Titolo II.

Ciò significa essenzialmente che sono compresi tutti i provvedimenti “amministrativi” adottati dall’Agenzia e la cui puntuale ricognizione può estendersi anche al di fuori delle previsioni, a volte sintetiche o generiche, del Titolo II.

Si pensi ad es. ai provvedimenti di revoca del trasferimento per inerzia dell’ente territoriale (art. 48, c. 3).

Ma ciò dovrebbe anche significare che – a parte l’impugnazione dei regolamenti governativi riguardanti l’Agenzia compresi espressamente nel Titolo de quo – fuoriescono da tale competenza funzionale e rientrano quindi nelle regole ordinarie di riparto delle competenza territoriale quei provvedimenti che, pur insistendo sulle vicende dei beni confiscati, sono adottati da altre amministrazioni.

E’ il caso delle decisioni con le quali gli enti territoriali, ottenuto il trasferimento del bene immobile dall’Agenzia, ne assegnano il godimento in concessione a terzi o ne dispongono l’uso per finalità di lucro (art. 48, c. 3, cit.).

³² V. anche TAR, Puglia, Bari, ord. 23 maggio 2013, che solleva q.l.c. dell’art. 135, c. 1, lett. q-quater, c.p.a., il quale prevede la competenza funzionale ed inderogabile del TAR Lazio-Roma per “le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti [...] emessi dall’Autorità di polizia relativi al rilascio di autorizzazioni in materia di giochi pubblici con vincita in danaro”.

In altre parole, quando, come nell'ipotesi dei beni immobili, le vicende della destinazione possono articolarsi su due livelli procedimentali, quello dell'Agenzia e quello dell'ente territoriale, a tale duplicità di livelli consegue anche una articolazione della competenza dei TAR.

Ciò ovviamente, dato il collegamento tra i due procedimenti, può dar luogo a questioni di attrazione della competenza per connessione.

In un recente caso giurisprudenziale, un Comune siciliano, cui era stato trasferito il bene, aveva revocato in autotutela l'assegnazione ad un'associazione, omettendo poi di provvedere alla riassegnazione, con la conseguenza che, scaduti i termini, l'Agenzia, a sua volta, revocava il trasferimento del bene allo stesso Comune. Gli interessati impugnavano entrambe le revoche ed il TAR, da un lato, accoglieva la domanda di annullamento della revoca comunale, d'altro lato, sollevava d'ufficio il regolamento di competenza all'Adunanza plenaria in ordine alla revoca dell'Agenzia, in vista di un'eventuale attrazione per connessione nella competenza del TAR periferico (TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 4 aprile 2012, n. 711).

L'alto Consesso adito si pronunciava invece per la competenza del TAR Lazio, trattandosi di competenza "funzionale" dunque non soggetta alle "regole di spostamento per ragioni di connessione", e prospettando semmai, al di là dell'oggetto del giudizio, "la questione opposta e, cioè a dire, se in presenza nel medesimo giudizio della impugnativa di un atto rientrante in detta competenza e di altro atto rientrante, invece, nella competenza generale territoriale, il nesso di connessione non operi per l'attribuzione della intera controversia al T.A.R. del Lazio" (Cons. st., ad. pl., ord. n. 23/12 cit.).

Se tale *obiter dictum* è da intendersi come un'anticipazione dell'orientamento dell'Adunanza, se ne dovrà ricavare un generale effetto di concentrazione per connessione in capo al TAR Lazio, ogni qual volta venga coinvolto un atto dell'Agenzia. Sebbene, alla luce di un recente pronunciamento sulle informative prefettizie (Cons. st., ad. pl., ord. 31 luglio 2014, n. 17), non è da escludere che, anche nella presente materia, possano verificarsi situazioni, tutte da verificare, nelle quali, ai sensi dell'art. 31 c.p.c., la *vis attractiva* della domanda principale sia da ritenere prevalente su quella della competenza funzionale.

Qualora invece l'impugnazione riguarderà soltanto l'atto dell'ente pubblico diverso dall'Agenzia e i vizi propri di tale atto, dovrebbe naturalmente riemergere il criterio territoriale e dunque la competenza dei singoli tribunali amministrativi regionali.

Anche questo ultimo spazio consentito ai vari tribunali regionali potrebbe tuttavia non apparire coerente col sistema prefigurato. Quello che ci si chiede è se l'atto del soggetto pubblico diverso dall'Agenzia, di per sé (pur in assenza cioè della connessione con un atto dell'Agenzia), non debba a sua volta rispondere alla stessa esigenza di concentrazione della competenza.

Nella citata pronuncia (n. 159/14) il giudice delle leggi giustifica la competenza funzionale con due argomenti:

– "la concentrazione in un unico tribunale dell'esame di tali controversie appare rispondere all'esigenza di evitare che i singoli atti dell'Agenzia, anche se afferenti ad

un'unica vicenda giudiziaria o riguardanti beni appartenenti ad un'unica organizzazione criminale, siano impugnabili davanti a diversi TAR locali, a seconda della regione in cui è collocato il bene confiscato o della sua destinazione ad un'amministrazione centrale o locale, a detrimento della visione d'insieme";

– "l'Agenzia ha carattere di amministrazione centrale dello Stato, i cui atti trascendono gli interessi delle comunità locali, e si articola in varie sedi, ciascuna delle quali espleta la propria competenza su beni dislocati su tutto il territorio nazionale".

Or bene, in questa materia, come si è visto (v. sub. art. 48), i diversi organismi o enti a vario titolo coinvolti si atteggiavano sempre in qualche misura a soggetti "strumentali" all'interesse pubblico "nazionale" perseguito dall'Agenzia, tanto è vero che quest'ultima mantiene penetranti e variegati poteri di intervento, anche dopo che, ad es., un bene sia stato trasferito ad un comune. Addirittura, lo stesso codice arriva esplicitamente a far carico delle ragioni di ordine pubblico lo stesso ente locale, ove questo ultimo debba *motu proprio* adottare, ai sensi dell'art. 48 c. 15, una revoca dell'assegnazione o della destinazione, quando il soggetto sottoposto alla confisca riacquisisca il controllo del bene.

Ciò che sembra decisivo non è dunque tanto che l'Agenzia sia un'amministrazione "centrale" dello Stato, bensì che, in questa delicata materia, le decisioni provenienti anche da una diversa amministrazione ("non" centrale) trascendono sempre "gli interessi delle comunità locali", proprio perché non si distaccano mai dall'ambientazione originaria, cioè dalla teleologia dell'ordine pubblico, sicché l'esigenza di una "visione d'insieme" non pare possa restare limitata agli atti dell'Agenzia.

Anzi, queste considerazioni potrebbero condurre (sotto altro profilo) a dubitare della costituzionalità dell'art. 114.

Significativo è il caso vagliato dal giudice delle leggi nel 2007 in materia di provvedimenti emergenziali.

Tra le varie censure prospettate vi era anche la "irrazionalità" del carattere parziale dello spostamento di competenza in materia, riguardando "le ordinanze ed i consequenziali provvedimenti commissariali, ma non i decreti governativi che dichiarano l'emergenza"³³.

La Corte rispondeva sul punto con una statuizione interpretativa di rigetto, prospettando al giudice a quo la ricerca di una differente lettura della norma impugnata che consentisse di "ritenere sottoposta alla competenza di quel Tribunale anche l'impugnativa dei provvedimenti dichiarativi dello stato di emergenza" (C. cost. n. 237/07 cit.).

In tal modo, il giudice delle leggi, da un lato, confermava che in qualche misura una incompleta attribuzione della competenza funzionale potesse considerarsi

³³ In effetti l'art. 3, c. 2-bis, d.l. n. 245/2005 (conv. con l. n. 21 /2006) disponeva che "in tutte le situazioni di emergenza dichiarate ai sensi dell'articolo 5, comma 1, della legge 24 febbraio 1992, n. 225, la competenza di primo grado a conoscere della legittimità delle ordinanze adottate e dei consequenziali provvedimenti commissariali spetta in via esclusiva, anche per l'emanazione di misure cautelari, al tribunale amministrativo regionale del Lazio, con sede in Roma".

irragionevole, d'altro lato, proprio per evitare un siffatto scrutinio, induceva ad adottare un criterio interpretativo che riconducesse la lettera della norma ad una piena coerenza con la scelta legislativa.

Verrebbe così, de iure condito, da dubitare di ciò che sin qui si è dato troppo per scontato, ovvero sia che l'art.114 – a parte sempre il caso dei regolamenti governativi ex art. 111 – abbia in effetti limitato la competenza funzionale del TAR Lazio ai provvedimenti dell'Agazia. In altre parole, ci si chiede, anche per prevenire questioni di costituzionalità, se non si debba invece ritenere che la formula legislativa sia sufficientemente generica (controversie “derivanti dall'applicazione del presente titolo”) per comprendere anche i provvedimenti degli enti territoriali, non appena in tale richiamo si consideri autonomamente (senza cioè una necessaria correlazione con l'Agazia) il profilo “oggettivo”, e cioè l'attinenza ai procedimenti di gestione e destinazione dei beni confiscati.

8.2. *Questioni di giurisdizione.*

L'art. 114 individua, come si è visto, l'ambito della “competenza” funzionale del TAR Lazio, ma non anche l'ambito della “giurisdizione” del giudice amministrativo, che si dà per presupposta (“per tutte le controversie attribuite alla cognizione del giudice amministrativo”)³⁴.

In questo senso, per chi non abbia dimestichezza con la giustizia amministrativa, è bene precisare che il foro “esclusivo” del TAR Lazio non va confuso con una ipotesi di giurisdizione “esclusiva” del giudice amministrativo.

Occorre quindi indagare sui confini della giurisdizione del g.a., e in particolare rispetto al giudice della confisca e al giudice civile.

Va subito evidenziato che nell'attuale sistema non pare più perseguibile quel, pur pregiato, orientamento di una parte (invero minoritaria) della giurisprudenza amministrativa che propendeva a ricondurre tutta la vicenda della gestione e destinazione dei beni confiscati all'origine giurisdizionale, sicché i relativi atti del Demanio non potevano considerarsi atti “amministrativi”, bensì “atti del processo di esecuzione della misura di prevenzione”, con la conseguenza che la relativa tutela giurisdizionale doveva iscriversi, ad esclusione del giudice amministrativo, “nell'ambito del procedimento di esecuzione incardinato nella autorità giudiziaria ordinaria procedente” (Cons. giust. amm., 11 giugno 2008, n. 518; 24 ottobre 2007, n. 1000).

³⁴ Così la giurisprudenza, riguardo ad un controversia sull'indennità di occupazione abusiva, ha ritenuto, facendo specularmente riferimento al codice del processo amministrativo, che “ nell'elencazione delle controversie attribuite alla competenza inderogabile del Tar Lazio, sede di Roma, l'art. 135 c.p.a., comma 1, lett. p), si riferisce sì anche a quelle “derivanti dall'applicazione del Titolo II del Libro III del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, relative all'Agazia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e alla criminalità organizzata”, ma con la specificazione che la previsione è riferita alle sole “controversie attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo” (TAR Lazio, Roma, Sez. I, 21 luglio 2015, n. 9944).

Basterebbe al riguardo osservare come già lo stesso art. 114, se non nel quantum, presume comunque la sussistenza della giurisdizione amministrativa. Ma significativo è anche il fatto che la giurisprudenza costituzionale abbia evocato l'ordine pubblico per giustificare la competenza legislativa statale in materia di gestione e destinazione dei beni confiscati (ad es. C. cost., 2 dicembre 2011, n. 325), con ciò implicitamente affermando che vi è un momento in cui l'attività dell'Agenzia fuoriesce dall'alveo giurisdizionale ed entra nell'ambito dell'amministrazione pubblica.

Il ruolo dell'Agenzia non può dunque essere unitariamente ricondotto alla giurisdizione, bensì occorre calarsi nella sua doppia veste, quale ausiliario del giudice e quale ente pubblico, ravvisandosi proprio nel crinale di tale duplicità il criterio fondamentale del riparto di giurisdizione.

In altre parole, si tratta di chiarire quando gli atti dell'Agenzia, pur "soggettivamente" amministrativi, rimangano "oggettivamente" interni alla sfera dell'ausiliarità, ricadendo nel dominio del giudice della confisca, e quando invece gli atti dell'Agenzia debbano considerarsi sia soggettivamente, sia oggettivamente amministrativi, con conseguente giurisdizione del giudice del diritto pubblico.

Non vi è dubbio che nella fase del "sequestro" la posizione dell'Agenzia vada iscritta nel solco della ausiliarità alla giurisdizione.

Ma lo stesso deve ritenersi per la fase della confisca di primo grado, dove l'Agenzia acquisisce anche la gestione dei beni, poiché non è certo ancora venuto meno il cordone ombelicale con la giurisdizione.

In sostanza, gli atti di gestione dell'Agenzia sono atti solo soggettivamente e non anche (o non ancora) oggettivamente amministrativi, quindi suscettibili, al pari di quelli dell'amministratore giudiziario, di "reclamo" al giudice delegato, non certo di impugnazione dinanzi al giudice amministrativo.

Similari considerazioni possono anche svolgersi per il sequestro dei beni nel corso di "procedimenti penali" per delitti di cui agli artt. 51, c. 3-bis, c.p.c. e 12-sexies d.l. n. 306/1992 (conv. con mod. l. n. 356/1992), ove l'Agenzia è investita della "amministrazione" dei beni già a decorrere dalla data di conclusione dell'udienza preliminare (art. 119, c. 2, lett. c)³⁵.

E' con la confisca definitiva che si consuma il vero spartiacque tra ausiliarità e amministrazione.

Non da ora si è del resto evidenziato che "l'attività dell'amministratore dei beni confiscati successiva all'adozione del provvedimento di prevenzione non è esercitata in ausilio del giudice" (Cons. St., sez. III, parere, 16 settembre 1997, n. 1141).

In linea di principio, tutte le vicende relative alla gestione e destinazione del bene, successivamente alla confisca definitiva, rientrano quindi nella giurisdizione del giudice amministrativo.

³⁵ Sull'individuazione della disciplina applicabile all'amministrazione da parte dell'Agenzia dei beni sequestrati dopo l'udienza preliminare nel senso del ricorso in via analogica al regime dei beni confiscati in via non definitiva, si consenta un rimando MAZZAMUTO, *Gestione..*, cit., 485.

In tal senso, basti anche ricordare, già nell'attività di "gestione" precedente alla destinazione del bene³⁶, l'ormai consolidato e ricco contenzioso di fronte alla giurisdizione amministrativa sull'applicazione dell'art. 823, c. 2, c.c. (specie per lo sgombero in via amministrativa del bene), le cui pronunce presuppongono ovviamente che i giudici amministrativi abbiano ritenuto la propria giurisdizione (ad es. Cons. St., sez. IV, 14 gennaio 2011, n. 185; v. art. 47, che contiene per i beni confiscati il richiamo all'art. 823, c.c., cit.). Rimane invece ferma la giurisdizione del g.o. riguardo alla quantificazione dell'indennità dovuta per l'occupazione abusiva del bene confiscato (TAR Lazio, Roma, Sez. I, 9 settembre 2014, n. 9548) o ai canoni pregressi (Cons. St. III ord. 6 novembre 2014 n. 5069), secondo le regole generali in materia di indennità, canoni e altri corrispettivi concernenti la concessione di beni pubblici (art. 133 c. 1 lett. b) CPA).

Non convince al riguardo la recente proposta di riforma (Commissione giustizia della Camera 8 ottobre 2014), nella parte in cui riporta al giudice ordinario l'impugnazione dei provvedimenti di sgombero adottati dall'Agenzia dopo la confisca definitiva, sia perché, trattandosi di un provvedimento amministrativo, è il giudice speciale ad essere naturalmente attrezzato al relativo sindacato, sia perché si potrebbero porre dubbi di costituzionalità per violazione della riserva del giudice amministrativo in materia di interessi legittimi.

Altrettanto pacifica è la giurisdizione del g.a. per i provvedimenti di destinazione del bene, anche degli enti territoriali, ivi compresi i procedimenti di scelta del contraente (assegnatario, concessionario, affittuario o acquirente). E' lo stesso deve dirsi per i procedimenti di secondo grado in autotutela, non escluse le ipotesi di "revoca" della destinazione espressamente contemplate dal presente codice (art. 48, c. 3, lett. c) e d), e c. 15; art. 112, c. 4, lett. h)), nonché i provvedimenti di nomina dei commissari ad acta anche ai fini dell'esercizio di poteri sostitutivi (art. 48, c. 3, lett. c) e d), e art. 110, c. 2, lett. f)).

Né va sopravvalutato che per la vendita dei beni immobili sono "osservate, in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura civile" (art. 48, c. 5).

Invero, questo riferimento civilistico deve ritenersi un'autentica sbavatura, frutto della confusionaria sovrapposizione tra amministrazione e giurisdizione, ma suscettibile, in via interpretativa, di venir sostanzialmente neutralizzata grazie alla clausola della "compatibilità". Vi è infatti ben poco di compatibile con un provvedimento amministrativo dell'Agenzia (che dispone la vendita), come tale soggetto ai principi (anche di rilievo comunitario) della disciplina pubblicistica dei contratti attivi della p.a., così come vi è ben poco di compatibile con la giurisdizione del giudice amministrativo che a tale regime pubblicistico di scelta del contraente naturalmente consegue.

Semmai, nel caso in generale della vendita, e più ampiamente dei contratti attivi, dovrebbe rimanere ferma la giurisdizione del giudice civile in ordine alle conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione (da parte del g.a.) sulle sorti del contratto già

³⁶ La giurisdizione amministrativa non riguarda soltanto le "cause relative alla destinazione dei beni da parte dell'Agenzia", come, con qualche approssimazione, indicato da A. BALSAMO, *op. cit.*, 2099.

concluso, stando almeno all'orientamento del giudice della giurisdizione che ha di recente chiarito come la giurisdizione del giudice amministrativo, ex artt. 121 e segg. c.p.a., in ordine alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione, va esclusa in presenza di tipologie contrattuali non riconducibili a pieno titolo all'art. 1 Dir. 89/665/CEE (Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30167). E non vi è dubbio che i contratti "attivi" fuoriescano dal suddetto riferimento comunitario.

Non sempre il riparto di giurisdizione trova o può comunque trovare soluzione nel distinguo diacronico tra fase del sequestro e della confisca non definitiva, da un lato, e fase successiva alla confisca definitiva, dall'altro.

E lo stesso codice ce ne fornisce un esempio, facendo espressamente e discutibilmente "riemergere", alla fine del percorso, la giurisdizione del giudice della confisca nel caso in cui venga dichiarato il diritto alla restituzione del bene (v. art. 46).

Poco chiaro è poi come si atteggi un potenziale contenzioso che abbia per oggetto le "linee guida" dell'Agenzia "in materia di amministrazione, assegnazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati" (art. 112, c. 4, lett. a)).

Tali *guidelines* – che devono considerarsi atti amministrativi generali³⁷ – si proiettano infatti sull'intero arco temporale della vicenda, dal sequestro alla destinazione del bene confiscato.

Invero, appare difficile negare l'impugnabilità di fronte al g.a. di tali atti, sia perché coinvolgono la fase "amministrativa" della gestione e destinazione dei beni confiscati in via definitiva (anche per far valere l'invalidità derivata dei singoli atti di gestione o di destinazione o, al contrario, per costituire a loro volta parametro di legittimità di tali atti), sia perché la loro incidenza sul giudice di prevenzione si atteggia pur sempre *ab externo*.

Non è però facilmente prevedibile, in caso annullamento da parte del g.a., se e come ciò incida o possa incidere sull'attività di gestione dei beni sequestrati già svolta alla luce delle censurate linee guida, o comunque condizionare le decisioni future del giudice della confisca.

Il rapporto di presupposizione tra la confisca e le successive vicende di gestione e destinazione del bene può inoltre dar luogo ad alcune interferenze tra le due giurisdizioni.

E' infatti possibile che l'atto amministrativo venga impugnato facendo valere in via derivata questioni attinenti al provvedimento di confisca.

In linea generale, non pare possa dubitarsi al riguardo della giurisdizione del giudice della confisca. In questo senso, si è anche pronunciata la giurisprudenza amministrativa, distinguendo tra motivi di impugnazione "che attengono specificamente all'atto di gestione del bene (divenuto) pubblico", rimessi al giudice amministrativo, e motivi di impugnazione che si risolvono "in sostanza in una contestazione dei presupposti e delle condizioni della confisca", riservati invece alla

³⁷ Ad es., da ult., M. CLARICH, *op. cit.*, 71, osserva che tra gli atti amministrativi generali "vengono fatti rientrare usualmente", tra gli altri, anche "le linee guida".

cognizione del giudice della prevenzione (TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 25 marzo 2008, n. 1513; TAR Sicilia, Catania, Sez. III, 14 maggio 2008, n. 901).

Si è, ad es., statuito che il ricorso del “comproprietario” del bene avverso il provvedimento di assegnazione finisce per investire “la correttezza dell’atto presupposto, ossia del decreto di confisca emesso dal giudice penale, e, dunque, la cognizione della stessa non può che spettare a quest’ultimo” (TAR Lazio, Roma, Sez. I, 23 novembre 2011, n. 9174).

Tale riparto, tuttavia, non si atteggia sempre in termini così rigorosi.

La giurisdizione del giudice amministrativo non viene meno qualora siano intervenuti chiarimenti da parte del giudice della confisca, sanzionando il vizio del travisamento dei fatti nel provvedimento del Comune che ha “esteso la propria decisione circa l’utilizzazione dei beni confiscati ad un bene che confiscato non era” (TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 11 gennaio 2010, n. 267), o qualora la decisione dell’Agenzia abbia oltrepassato la “portata obiettiva” della confisca (TAR Lazio, Roma, Sez. I, 12 ottobre 2015, n. 11575)

Anzi, tale prospettiva è stata valorizzata in sede cautelare.

Si è così concessa la sospensione degli effetti di uno sfratto, in attesa che venga definito l’incidente di esecuzione, già proposto dagli stessi ricorrenti, di fronte al giudice penale per la revoca della confisca (ad es. Cons. St., Sez. III, ord. 9 novembre 2012, n. 4429 o, da ult., 28 agosto 2015 n. 3836); o si è ammessa la tutela cautelare avverso uno sgombero, nelle more di “una tempestiva correzione dell’errore materiale da parte dell’autorità che ha emesso il decreto penale” sulla “esatta identificazione del bene”, con la significativa precisazione che qui il procedimento di correzione non era stato ancora instaurato, ma se ne auspica l’attivazione (Cons. St., sez. III, ord. 13 settembre 2013, n. 3628); o ancora, con un incombente istruttorio, si è ordinato all’amministrazione di accertare se il bene interessato rientri tra quelli confiscati (Cons. st. III ord. 11 settembre 2014 n. 4654)³⁸.

Il giudice amministrativo, per quanto consapevole della problematica “questione dei rapporti tra determinazioni del giudice ordinario e residuo spazio del giudice amministrativo nel valutare provvedimenti meramente esecutivi” (Cons. st. III ord. 1 ottobre 2015 n. 4512), non vuole qui sostituirsi al giudice ordinario, ma non rinuncia alla propria giurisdizione, per così dire temporeggiando, grazie alla tutela cautelare, in attesa che il giudice della confisca modifichi le proprie decisioni.

Tale soluzione, per ragioni di giustizia (specie lo sgombero di famiglie dalle abitazioni, ma anche di locali connessi ad imprese agricole: v. Cons. St. III decreto 6 marzo 2015 n. 1027), finisce in sostanza per pervenire – in luogo di un’alternativa secca tra le giurisdizioni, che determinerebbe l’immediata dichiarazione del difetto di giurisdizione – ad una concorrenza coordinata nel segno di una sorta di pregiudiziale

³⁸ In senso diverso sembrano invece andare le pronunce cautelari secondo le quali “in pendenza di giudizio per revocazione e in attesa della determinazione di destinazione d’uso del bene - è rimessa alla prudente valutazione dell’Agenzia convenuta la scelta del momento in cui disporre lo sfratto forzoso dei soggetti che detengono l’immobile con destinazione ad uso abitativo” (Cons. St. III ord. 12 marzo 2015 n. 1747).

penale cui il giudice amministrativo conforma concretamente la tempistica del proprio processo.

La giurisdizione del giudice amministrativo incontra dei limiti anche in materia di tutela dei terzi.

Invero, non sempre lineare al riguardo è stato a sua volta il riparto tra giudice della confisca e giudice civile. E' questa una complessa problematica che non può qui affrontarsi, ma che si pone per così dire *ab externo* rispetto a ciò che interessa evidenziare, ovvero sia il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Si comprende così perché la giurisprudenza amministrativa, nel momento in cui nega la propria giurisdizione, sia rimasta a volte oscillante in ordine alla dichiarazione del giudice competente.

Emblematico al riguardo un caso giurisprudenziale nel quale un'impresa creditrice nei confronti di una società, il cui patrimonio aziendale e le cui quote sociale erano state confiscate, una volta ottenuto un decreto ingiuntivo, si è rivolta al giudice amministrativo in sede di ottemperanza contro l'Agazia e il Demanio. Il giudice ha ritenuto che si tratti di una "controversia tra privati", involgendo i rapporti tra l'impresa e la società confiscata, non dunque le Agenzie intimate, che devono ritenersi prive di legittimazione passiva, con conseguente difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, precisando infine che "nemmeno spetta a questo Consiglio stabilire, se, accanto alla sicura *iurisdictio* del giudice ordinario civile (per l'esecuzione del decreto ingiuntivo), possa ravvisarsi, in ordine ad alcuni crediti, anche una competenza del giudice dell'esecuzione penale (in relazione alla misura di prevenzione), come pure sembra doversi ritenere – si osserva incidentalmente – sulla scorta di alcuni pronunciati della Corte di cassazione" (Cons. giust. amm., 16 ottobre 2012, n. 934).

Qualche attenzione merita tuttavia il caso della vendita dei beni da parte dell'Agazia per il soddisfacimento dei terzi creditori.

Nel regime del presente codice tali vicende si consumano nell'alveo della giurisdizione del giudice della confisca, in collaborazione con l'amministratore giudiziario (art. 57 ss.).

Qualora tale procedimento si dovesse svolgere nel sopravvenire della confisca non ancora definitiva, l'Agazia subentra in tali adempimenti, ma pur sempre nella veste di amministratore giudiziario (art. 38, c. 7). In altre parole, gli atti di vendita dei beni (o la predisposizione del piano di pagamento) da parte dell'Agazia, ai sensi dell'art. 60, andrebbero qui considerati come solo soggettivamente amministrativi e da ricondurre quindi sotto il naturale dominio del giudice della confisca.

Si entra invece in una zona grigia nella fase successiva alla confisca definitiva, dove, come abbiamo visto, la vendita va in generale ricondotta ai procedimenti "pubblicistici" di scelta del contraente, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo.

Senonché, la legge dispone che "anche dopo la confisca definitiva [...] la verifica e il riparto dei crediti prosegue dinanzi al tribunale che ha applicato la misura di prevenzione" (art. 59, c. 10). Appare così logico ritenere che, nonostante la definitività della confisca e dunque l'ingresso nella fase "amministrativa", per tale aspetto, l'Agazia rimanga ancorata alla posizione di ausiliare del giudice della confisca, con

tutto ciò che ne deriva in termini di qualificazione (non più “pubblicistica”) delle procedure di vendita e di estromissione del giudice amministrativo.

Deve ritenersi invece che la giurisdizione del giudice amministrativo si riespanda naturalmente riguardo ai procedimenti di “destinazione” dei beni “residui”, dunque ormai ben al di là delle vicende di soddisfacimento dei creditori che giustificavano il permanere, in parte qua, di una posizione di ausiliarità dell’Agenzia.

Nella stessa chiave può essere interpretata la recente disciplina dell’art. 1, c. 189-205, l. n. 228/2012, relativa ai procedimenti di prevenzione per i quali non si applica il presente codice, ove si evoca ancor più espressamente, a seguito della confisca, il ruolo dell’Agenzia nella vendita dei beni e nel pagamento dei creditori. Non importa poi, ai nostri fini, considerare la diversa articolazione ivi prevista tra giudice della confisca, che accerta l’an e il quantum dei crediti, e giudice dell’opposizione al piano di pagamento, atteso che questo ultimo sembra doversi individuare nel “giudice civile del luogo dove ha sede il tribunale che ha disposto la confisca” (così Cass. Civ., sez. un., 7 maggio 2013 n. 10532). In ogni caso, il ruolo dell’Agenzia è anche qui quello di ausiliario della giurisdizione. Non disturba così neanche il richiamo all’art. 48, c. 5, (e quindi all’applicazione delle previsioni del codice di procedura civile) e all’art. 52 c. 7, 8 e 9, proprio perché, in ragione dell’ausiliarità, si tratta di atti solo soggettivamente amministrativi e non vi è dunque un’impropria sovrapposizione con la disciplina pubblicistica.

Infine, allargando più ampiamente lo sguardo agli atti dell’Agenzia o ad atti che la concernono (si pensi, ad es., ai regolamenti, agli atti organizzativi o a quelli di gestione del personale), ci limiteremo a qualche cenno, trattandosi di problematiche del riparto riguardanti in generale gli enti pubblici.

Orientativamente può affermarsi, in via di sintesi, che rientrano nella giurisdizione del g.a., a volte a anche a titolo di giurisdizione “esclusiva” (ad es accordi con altre pp. aa.):

- i regolamenti di cui all’art. 113, c. 1;
- gli atti “organizzativi”, in parte già compresi nei suddetti regolamenti, costituenti atti di macro-organizzazione ai sensi dell’art. 2 d. lg. n. 165/2001, ovvero sia che definiscono “le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; determinano le dotazioni organiche complessive” (queste ultime sono state però, come si è visto, direttamente fissate dalla legge); nella prima ipotesi dovrebbe rientrare anche l’istituzione di sedi secondarie (art. 112, c. 4, lett. l));
- le convenzioni con altre amministrazioni (art. 112, c. 4, lett. i), art. 113, c. 2 e 3);
- gli atti di indirizzo e le linee-guida (art. 112, c. 4, lett. a));
- tutti i provvedimenti relativi alla gestione e destinazione dei beni confiscati in via definitiva, escluse le controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, spettanti al g.o.;
- le procedure concorsuali per l’assunzione e le procedure ad evidenza pubblica.

I rapporti di lavoro con l’Agenzia, in quanto soggetti alla “privatizzazione” del pubblico impiego, sono invece naturalmente devoluti alla cognizione del giudice ordinario, ivi compreso, ai fini dell’esercizio del potere di disapplicazione, il sindacato,

in eventuale concorrenza con il giudice amministrativo, sugli “atti amministrativi presupposti” (art. 63 d. lg. n. 165/2001).

La giurisdizione del g.a. amministrativo dovrebbe invece rientrare in gioco per ciò che concerne le nomine dei componenti degli organi di governo dell’Agenzia (Direttore, Consiglio direttivo, Collegio dei revisori).

In genere, per questa tipologia di nomine, appare difficile evocare sia lo schema degli incarichi dirigenziali, sia la stessa ricorrenza di veri e propri rapporti impiegatizi, sicché si rimarrebbe al di fuori dell’ambito di applicazione del d. lg. n. 165/2001 e della conseguente giurisdizione del giudice ordinario³⁹.

Questa considerazione, nel nostro caso, sembra però incontrare un ostacolo nel fatto che, in parte, ci si trova di fronte ad impiegati pubblici (Prefetto e Magistrati). Sennonché, anche qui la giurisdizione del g.a. avrebbe comunque titolo sotto altro profilo, sia perché si tratta di categorie sottratte alla privatizzazione del pubblico impiego (art. 3, c. 1, d. lg. n. 165/2001), sia perché, riguardo al Direttore, la nomina avviene con d.P.R. “previa deliberazione del Consiglio dei ministri”, ipotesi espressamente contemplata tra i riti abbreviati del g.a. (v. art. 119, c. 1, lett. d), c.p.a.). Non è un caso che di recente il TAR non abbia nemmeno messo in discussione la propria giurisdizione in un contenzioso relativo alla rimozione del Direttore (TAR Lazio, Roma, Sez. I, 5 aprile 2012, n. 3151).

9. Prospettive di riforma.

La materia appare certo bisognosa di aggiustamenti.

E pur tuttavia le prospettive di riforma emerse di recente, pur contenendo aspetti apprezzabili, appaiono segnate da una velleitaristica propensione a raggiungere l’obiettivo di un uso efficiente dei beni confiscati e quel che è peggio con soluzioni giuridiche che aggravano la stridenza con principi fondamentali dell’ordinamento nazionale ed europeo.

Non si nasconde l’impressione che i (presunti) avanzamenti in materia antimafia siano il frutto di una cerchia ristretta ed autoreferenziale, spesso con scarsa competenza

³⁹ In questo senso, v. Cons. St., sez. IV, ord. 8 maggio 2013 n. 2492: “dal punto di vista dei compiti demandati al Presidente dell’Autorità Portuale sembra potersi escludere, prima *facie*, la riconducibilità dei medesimi entro un rapporto di lavoro alle dipendenze della Pubblica Amministrazione in senso stretto, o anche di carattere impiegatizio trattandosi, più propriamente, di funzioni di alta amministrazione dell’ente assegnate dall’organo politico sulla base di un rapporto di fiducia espresso nei riguardi del designato; considerato che, in ragione di ciò, si deve escludere l’applicabilità sia del D.L.vo 3 febbraio 1993 n. 29, che del D.L.vo 30 marzo 2001 n. 165, che dettano la disciplina dei rapporti di lavoro alle dipendenze della Pubblica Amministrazione; considerato che anche il procedimento di nomina del Presidente dell’Autorità Portuale depone per la sussistenza di un tasso di elevata discrezionalità del provvedimento terminativo adottato dal Ministro il quale, nel porsi alla ricerca di soggetto munito di notevole esperienza e professionalità da collocare al vertice della istituzione portuale, può ben dirigere la sua scelta prescindendo dalla cittadinanza italiana”.

sul versante giuspubblicistico, che pretende di muoversi in una sorta di vuoto straordinamentale.

Ci riferiamo complessivamente agli esiti della Commissione Garofoli presso il Ministero dell'interno (Per una moderna politica antimafia, 23 gennaio 2014), della Commissione Bindi di inchiesta sul fenomeno delle mafie (Relazione sulle prospettive di riforma del sistema di gestione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, 9 aprile 2014; Proposte di modifica e revisione organica del Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 e Proposta di legge recante delega al Governo per l'emanazione di norme integrative del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 e successive modificazioni, 22 ottobre 2014), nonché a diversi progetti di legge, anche di iniziativa popolare, oggi confluiti in un testo unificato adottato come testo base presso la Commissione Giustizia della Camera (8 ottobre 2014).

Procediamo con ordine, pur limitandoci ad alcune considerazioni di fondo relative alla sola questione della gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati.

Anzitutto, fatta eccezione per la proposta della Commissione antimafia, gli orientamenti riformatori non sembrano neanche sfiorati dai dubbi di costituzionalità e di conformità alla CEDU derivanti dalla sovrapposizione tra amministrazione e giurisdizione.

Va dunque valutata favorevolmente, sotto questo profilo, la suddetta proposta sia nel senso di ridurre tale sovrapposizione, rimandando il conferimento della titolarità della gestione all'Agenzia al momento della confisca definitiva⁴⁰, sia nel tentativo di ridimensionare l'ingerenza "amministrativa" dell'Agenzia nell'attività del giudice.

In secondo luogo, devono segnalarsi ripetute sollecitazioni volte a semplificare il regime giuridico dell'Agenzia nel segno di una maggior libertà di azione.

In particolare, si è prospettato di trasformare l'Agenzia in un ente pubblico economico⁴¹ che assuma il ruolo di una vera e propria *holding* pubblica⁴².

Si tratta del precipitato di più generali orientamenti, diffusi in questi ultimi decenni, nel senso di privilegiare gli strumenti privatistici al fine di rendere più snella, in termini di efficienza, l'azione della p.a.

Senonché vi è molto da diffidare di questi orientamenti.

La privatizzazione delle regole o dei soggetti amministrativi non ha affatto prodotto i risultati di efficienza che si preconizzavano, anzi, con l'allentamento dei

⁴⁰ Come pure prospettato da OSSERVATORIO SU CONFISCA, AMMINISTRAZIONE E DESTINAZIONE DEI BENI E DELLE AZIENDE, *Prime proposte correttive al Codice antimafia*, Palermo, 2012.

⁴¹ Così la proposta della stessa Agenzia, come risulta dalla *2a Relazione sull'attività svolta*, 31 dicembre 2011, 21: "trasformazione in Ente Pubblico Economico ossia in ente dotato di maggiore autonomia contabile, organizzativa e finanziaria in grado di agire con strumenti privatistici, [...] abbandonando i rigidi schemi pubblicistici". V. anche l'intervista dell'attuale Direttore al *Giornale di Sicilia*, 10 agosto 2013, 2, cit.

⁴² Anche di recente (dicembre 2013), da notizie di stampa, si apprende che il Ministro della Giustizia, in sede di audizione di fronte alla Commissione parlamentare antimafia, avrebbe affermato che "c'è bisogno di una normativa molto forte che renda efficace l'azione dell'Agenzia, che deve gestire i beni come una vera e propria holding".

vincoli giuridici, conseguente all'adozione del regime privatistico, si sono ampliati gli spazi di patologia: libertà non di essere efficienti, ma di essere ancor più inefficienti.

E se non si sono ottenuti gli attesi vantaggi, si sono invece immancabilmente prodotti gli svantaggi dell'abbandono del più rigoroso regime pubblicistico, sicché al perdurare dell'inefficienza si è aggiunta anche una libertà amministrativa informata al maggior arbitrio.

Tutti argomenti che poi assumono ancor più rilievo se si ha riguardo alla importanza ed alla particolarità delle funzioni dell'Agenzia.

Le recenti proposte di riforma puntano certamente ad un rafforzamento "aziendalistico" dell'Agenzia, ma senza radicali trasformazioni organizzative, limitandosi più che altro ad arricchire in questa direzione la composizione degli organi di vertice.

Senonché, sia nell'attuale composizione, sia in quella prospettata, rimane assai discutibile l'idea che prefetti e/o magistrati divengano manager di una sorta di consiglio d'amministrazione di una holding pubblica che gestisce ingenti patrimoni.

Anche soltanto il pericolo che queste categorie di servitori dello Stato possano venire avvolte dal sospetto di compenetrazione con una specie di business pubblico dell'antimafia dovrebbe portare a ben altri intendimenti.

Se si vuole tentare la carta "aziendalistica", si faccia fare impresa pubblica, se non all'Agenzia del demanio, ad una sorta di agenzia del demanio specializzata, con la propria naturale responsabilità gestionale, mentre prefetti e magistrati riprendano quel "distacco" che è necessario per l'immagine delle loro delicatissime funzioni, mantenendo semmai in materia, ma sempre *ab externo*, i necessari compiti consultivi o di interdizione nella gestione e destinazione dei beni confiscati.

Tutto questo è ignorato dalla recenti proposte, così come sono ignorati ulteriori profili di potenziali conflitti di interesse.

Già è discutibile che il vigente art. 112 c. 5 preveda la possibilità che alle riunioni del Consiglio direttivo partecipino, tra gli altri, anche "enti ed associazioni di volta in volta interessati". Le nuove proposte aggravano tale criticità, prevedendone l'incardinamento in un "Comitato consultivo e di indirizzo" (Commissione Bindi) o, peggio, nello stesso Consiglio direttivo (testo Commissione giustizia), con un'appariscnte violazione del principio costituzionale di imparzialità e con buona pace di tutto il roboante impegno legislativo profuso *aliunde* sulla moralità pubblica, i conflitti di interesse e così via.

Ma ciò che desta non meno sconcerto è che si volga, da un lato, a favorire l'assegnazione "anticipata" del bene, d'altro lato, a sorreggere con ogni sorta di disciplina derogatoria le imprese sottratte alla criminalità.

Il *favor* per l'assegnazione "anticipata" si tradurrebbe in una radicale menomazione dei diritti del proposto, aggravando i dubbi di costituzionalità, anche alla luce della CEDU, e di conformità alle direttive europee, che si sono già in precedenza evidenziati.

Appariscnte, se non abnorme, è poi l'articolato strumentario posto a sostegno delle aziende sequestrate o confiscate. Senza pretesa di completezza, dal testo unificato della Commissione giustizia:

- fondo di garanzia per le aziende con finanziamenti a tasso agevolato e dove si preferiscono le aziende che versano in difficoltà economiche di particolare rilevanza;
- aliquota agevolata per le imprese che si rivolgano a tali aziende;
- convenzioni tra enti pubblici e aziende, con preferenza per quelle rilevate da cooperative sociali o costituite da dipendenti dell'azienda;
- affidamento degli appalti da parte dell'Agenzia alle aziende e cooperative sociali o costituite da dipendenti dell'azienda;
- sgravio contributivo e credito di imposta a favore delle aziende nel percorso di emersione dalla legalità nei rapporti di lavoro;
- titoli preferenziali per incentivi a favore delle cooperative costituite dai lavoratori delle aziende;
- tavoli provinciali, volti tra l'altro, a favorire la collaborazione degli operatori economici del territorio con le aziende;
- supporto alle aziende di imprenditori attivi nel medesimo settore, che diverrebbero per ciò titolari di un diritto di prelazione, in caso di vendita o affitto dell'azienda.

La stessa proposta di legge delega della Commissione Bindi, nonostante faccia anche riferimento, tra i criteri, all'“adeguamento della normativa italiana alle disposizioni adottate dall'Unione europea”, non sfugge a questa prospettiva, anzi, in alcuni casi, sembra persino allargare la portata delle fattispecie: così ove si prescrive “che, nei contratti di appalto, a parità di condizioni dell'offerta, siano preferite le aziende sequestrate o confiscate”.

Viene da chiedersi con immediatezza dove siano andati a finire i principi di concorrenza o il divieto di aiuti statali. Se infatti il contrasto alla criminalità e l'ordine pubblico costituiscono ragioni di interesse generale che possono fondare nell'*an* deroghe ai suddetti principi, lo stesso non può dirsi per i mezzi che si vorrebbero approntare sotto il profilo del rispetto del (non meno) cogente principio comunitario di “proporzionalità”.

In altre parole, se, pur sempre entro certi limiti, è giustificabile, per fronteggiare la criminalità mafiosa, che si sia tirata la corda dello Stato di diritto sul versante delle misure “repressive” (ed in particolare quelle di prevenzione), non altrettanto giustificabile è che, in altro ambito, tale corda si continui a tirare in nome dei secondari desiderata sulla destinazione simbolica dei beni.

E ciò non soltanto in punto di diritto, poiché appare assai dubbia la legittimità costituzionale ed europea di siffatte previsioni, ma anche nella logica stessa della cd. funzione simbolica.

Si ha difficoltà a comprendere come lo Stato si possa ergere qui a “simbolo” del ripristino della “legalità”, accedendo ad ogni sorta di trattamento derogatorio per salvaguardare le imprese confiscate.

Perché mai un cittadino dovrebbe rallegrarsi di pagare, attraverso l'erario pubblico, il salvataggio di un'impresa ex mafiosa in danno di un'impresa sana che opera sul mercato? Perché mai un'impresa sana dovrebbe confrontarsi in posizione di svantaggio concorrenziale con le imprese ex mafiose? Perché mai un ente pubblico dovrebbe favorire le imprese ex mafiose in danno delle altre imprese sane? Perché mai

le imprese sane dovrebbero essere spinte, con i “suggerimenti” prefettizi o dell’Agenzia, a intrattenere relazioni d’affari con le imprese ex mafiose? Perché mai un’impresa sana che decide di intrattenere tali relazioni dovrebbe avere trattamenti di favore rispetto ad un’impresa sana che non accoglie i suddetti “suggerimenti”? Perché mai il lavoratore di un’impresa sana dovrebbe sentirsi meno garantito del lavoratore di un’impresa ex mafiosa? Dovremo arrivare al paradosso che per un lavoratore sarà più conveniente venire assunto da un’impresa mafiosa, perché protetto prima dagli illeciti vantaggi concorrenziali mafiosi, poi, dopo il sequestro e la confisca, dagli indebiti vantaggi concorrenziali dello Stato?

E’ veramente paradossale che alla doverosa repressione dell’inquinamento mafioso dei mercati si accompagni l’innesto di una siffatta alterazione statale della concorrenza o, per dirla crudamente, con una battuta provocatoria, che al pizzo mafioso venga a sostituirsi una sorta di “pizzo antimafia” sempre a favore delle stesse imprese.

In questo senso, è quantomai discutibile che si siano già attivati dei curiosi intrecci, chiaramente volti a favorire le imprese sequestrate o confiscate, tra prefetture, agenzia e giudici di prevenzione, se nei protocolli di legalità sono ravvisabili clausole, di assai dubbia legittimità, del seguente tenore: la stazione appaltante “s’impegna, altresì, a richiedere all’Agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, nonché col competente Ufficio Misure di Prevenzione presso il Tribunale, l’elenco delle imprese, eventualmente presenti nel territorio della Provincia, affinché l’Appaltatore ne valuti l’inserimento tra gli operatori della filiera, nel ciclo dell’opera”. Non soltanto prefetti e magistrati si ritrovano incardinati nell’organizzazione dell’Agenzia, ma adesso, già nello svolgimento delle loro ordinarie funzioni istituzionali, prendono addirittura le abnormi vesti di procacciatori di affari.

A proposito delle informative prefettizie, si è da più parti avallata la prospettiva del salvataggio delle imprese che ne sono colpite (ad es. con l’istituto del controllo giudiziario proposto dalla Commissione Fiandaca), ma è del tutto evidente che una cosa è, condivisibilmente, caldeggiare il salvataggio dell’impresa dalla criminalità, altra cosa è, non più condivisibilmente, caldeggiarne, con mezzi anticoncorrenziali, il salvataggio “economico”.

Né certo tutto questo può essere giustificato in nome di un malinteso ed eterogeneo interesse alla salvaguardia dei posti di lavoro, poiché, ancora un volta, non si comprenderebbe perché tali lavoratori dovrebbero essere privilegiati.

Senza contare poi il fatto che la ben diversa gravidanza dei presupposti di una confisca, rispetto all’informativa prefettizia, dovrebbe condurre ad una maggior cautela e che quegli stessi lavoratori, che con troppa facilità si vogliono salvaguardare, potrebbero essere il migliore tramite per il mantenimento dell’infiltrazione mafiosa, con tanto di sigillo e garanzia statale. Per i creditori dell’impresa si esige la prova della “buonafede”, mentre per i lavoratori tale buonafede irragionevolmente si presume.

Né ci sembra condivisibile l’argomento per il quale va evitato che i “lavoratori” contrappongano la mafia ad uno Stato che crea disoccupazione, poiché si tratterebbe, assumendo l’impresa mafiosa a termine di comparazione, di un modo indiretto di legittimazione della produzione illecita di ricchezza.

Vi sarebbe forse da approfondire, problematicamente, se la prospettiva della continuazione dell'impresa confiscata debba divenire non la regola, ma al contrario un evento eccezionale: se la continuazione, ove possibile, dell'impresa nella fase di sequestro e della confisca non definitiva debba essenzialmente rispondere all'interesse conservativo del proposto, mentre, una volta intervenuta la confisca definitiva, l'azienda, come naturale corollario repressivo della misura di prevenzione, debba venire liquidata per comando legislativo, salvo ipotesi eccezionali tipizzate.

In ogni caso, anche a voler mantenere viva la suddetta prospettiva, i mezzi approntati vanno ben diversamente calibrati. Se infatti i costi dovessero essere quelli sopra rappresentati (sovrapposizione tra giurisdizione e amministrazione, presenza di magistrati, prefetti e associazioni "interessate" nell'Agenzia, alterazione dell'assetto concorrenziale dei mercati, dispendio di risorse pubbliche, rischi di sostenere imprese ancora compromesse dall'infiltrazione mafiosa), non resterebbe che ritenere preferibile, come migliore destinazione "simbolica" per i beni confiscati, il conferimento al macero, risparmiando così alla collettività un nuovo versante di carrozzoni assistiti e di incerta liceità e ritornando invece a concentrarsi sulla funzione primaria e ineludibile dello Stato, quella repressiva.

Se poi qualche benemerita associazione aspira a riconoscimenti, ben potrà lo Stato, con tutti altri strumenti, adottare qualche provvedimento singolare di onorificenza, senza che vi sia affatto bisogno di costruire un gigantesco sistema intriso di conflitti di interesse, di sospetti di lobbismo antimafia e di probabile violazione di principi giuridici superiori, e che, a nostro avviso, non potrà infine che danneggiare l'immagine dello Stato ed il contrasto alla criminalità organizzata.

Tutte queste complicazioni dovrebbero invero far, ancora un volta, riflettere sul versante teleologico, e cioè se il vizio stia, ancora prima che nei mezzi, in un sovradimensionamento dei fini, di uno Stato inefficiente, come quello nazionale, che, unitamente all'impegnativa opera di prevenzione e repressione, si improvvisi manager, risanatore di imprese mafiose, tutore dell'occupazione, promotore di destinazioni simboliche e quanto altro, rendendo quantomai fondato il timore che, in una faccenda così grave e seria, l'ottimo, e soprattutto se si tratta di un ottimo alquanto velleitario e mal concepito, stia diventando nemico del bene⁴³.

9. Il testo approvato dalla Camera l'11 novembre 2015.

Da ultimo, frutto del convergere in un unico testo di svariate proposte legislative, la Camera ha approvato un impegnativo testo di riforma e presumibilmente

⁴³ Ancora attuali rimangono al riguardo le lucide osservazioni di F. MESSINEO, *op. cit.*, 544-5, il quale evidenzia, da un lato, che "lo Stato 'sequestratore' e 'confiscatore', sicuramente lo Stato sequestratore, e cioè la polizia e la magistratura, tutto sommato ha dimostrato di possedere una certa efficienza", d'altro lato, che "si è voluto fare tutto e contemporaneamente il contrario di tutto e quindi il sistema ad un certo punto si è imballato".

il punto di equilibrio raggiunto non costituirà oggetto di aggiustamenti o comunque di aggiustamenti sostanziali nel passaggio al Senato.

Il testo in itinere si muove sulla falsariga delle prospettazioni riformatrici già criticate.

In primo luogo, non è stato sciolto il nodo della sovrapposizione tra giurisdizione e amministrazione.

Certamente sono ravvisabili i segni di una qualche “ripulitura” delle previsioni che in modo più appariscente configuravano un condizionamento dell’Agenzia nei confronti del giudice. Ad es., all’art. 40 c. 1, riguardo alle direttive di gestione del giudice delegato, l’espressione “anche tenuto conto degli indirizzi e delle linee guida adottati” dall’Agenzia è sostituita con la seguente: “anche avvalendosi dell’attività di ausilio e di supporto” dell’Agenzia.

Ma l’impianto non è sostanzialmente mutato. Così l’Agenzia continua a essere titolare del potere di proporre al giudice “l’adozione di tutti i provvedimenti necessari per la migliore utilizzazione del bene in vista della sua destinazione o assegnazione” (art. 38 c. 1); del potere di promuovere “intese” con l’autorità giudiziaria (c. 6); del diritto di essere “sentita” dal giudice riguardo alla revoca o sostituzione dell’amministratore giudiziario (art. 30 c. 1) e così via.

In altre parole, continua a persistere, con tutti i dubbi di costituzionalità che ne derivano, l’esorbitanza del ruolo dell’Agenzia, cioè di una parte che persegue un interesse pubblico (la destinazione del bene), sia per l’indipendenza ed imparzialità del giudice, sia per la parità delle armi rispetto al soggetto coinvolto nel procedimento giurisdizionale.

Né è venuta meno la confusione, già segnalata⁴⁴, che viene a prodursi al momento in cui, prima della confisca definitiva, l’Agenzia diviene titolare della gestione del bene, tra regime pubblicistico e di contabilità pubblica dell’Agenzia quale ente pubblico e regime processualistico dell’Agenzia quale ausiliario del giudice.

La riforma infatti non ha rimosso il problema, come avverrebbe collocando più naturalmente la gestione dell’Agenzia dopo la confisca definitiva, ma lo ha soltanto spostato in avanti: l’Agenzia diviene titolare della gestione non più dopo la confisca di primo grado, ma dopo la confisca, pur sempre non definitiva, di secondo grado.

Anzi, per certi versi, il quadro viene ulteriormente ingarbugliato: così quando, riesumando l’ombra dell’Agenzia come organo ausiliario, si proietta il ruolo del giudice anche dopo la confisca definitiva, eliminando inopportuna la naturale giurisdizione del giudice amministrativo sui provvedimenti riguardanti lo sgombero dei beni confiscati.

Nel complesso si reitera il quadro pasticciato di un legislatore non sorretto da adeguate competenze costituzionalistiche e di diritto amministrativo.

In secondo luogo, sono rivisitate le norme organizzative dell’Agenzia. Per quanto venga diluito il collegamento col Ministero dell’interno (la vigilanza è adesso rimessa alla Presidenza del Consiglio dei ministri e il Direttore non deve più

⁴⁴ MAZZAMUTO, *Gestione...*, cit.

necessariamente essere scelto tra i prefetti), rimane in piedi la discutibile idea di una sorta di holding nelle mani di rappresentanti dello Stato (magistrati, prefetti, etc) che dovrebbero invece dedicarsi esclusivamente, e senza pericolose commistioni, a tutti altri e insostituibili compiti istituzionali.

Non meno discutibile è poi questo spropositato allargamento del Comitato consultivo di indirizzo, specialmente nel momento in cui comprende soggetti privati sindacali e imprenditoriali, e persino, con assai dubbia conformità al principio costituzionale di imparzialità, rappresentanti di associazioni “che possono essere destinatarie o assegnatarie dei beni sequestrati o confiscati”.

Considerazioni analoghe possono svolgersi per la composizione dei cd. tavoli provinciali permanenti, presso le prefetture.

In terzo luogo, vi è tutto il versante degli aiuti di Stato alle imprese sequestrate e confiscate, cui si è dato ampio spazio. Non possiamo qui che reiterare i gravi dubbi, sia di merito, su di uno Stato, che pur salvare le imprese ex mafiose, mette in campo un gigantesco sistema *extra ordinem*, sia in punto di diritto, sull'adozione di strumenti che sembrano violare ogni principio di proporzionalità nelle deroghe ai principi europei della concorrenza.

Vi è dunque da sperare che il legislatore interrompa siffatto itinerario, riapprofondendo con maggiore prudenza e maggiore competenza giuridica una materia assai delicata nella quale si giocano l'autorità dello Stato e la libertà dei cittadini.