amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2024

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĩnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Beatrice Coppa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Benedetta Piazza, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

la dimensione del contraddittorio procedimentale nella riformata disciplina delle informative antimafia

di Enrico Vetrone

(Avvocato)

Sommario

1. Premessa – 2. Informative antimafia e tassatività sostanziale - 3. Uno sguardo al passato – 4. La disciplina vigente – 5. Sui limiti del novellato contraddittorio procedimentale in materia di interdittive antimafia – 6. Sulla valenza costituzionale del giusto procedimento – 7. Giusto procedimento e interdittive antimafia – 8. Conclusioni.

Abstract

The article builds on the recent legislative decree 6 November 2021, n. 152, which, replacing the art. 92, paragraph 2-bis, of the Anti-Mafia Code, provides for a form of mandatory discussion between the private party and the Prefect within the procedure for adopting the anti-mafia information. Once the merits and defects of the reformed discipline have been examined, an attempt will be made to evaluate its compliance with the canons of "due process".

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

Il sistema della documentazione antimafia, la cui disciplina è oggi interamente collocata nel D.lgs. 159/2011 (da qui in avanti "Codice antimafia"), nasce con l'obiettivo di contrastare il fenomeno dell'inquinamento economico mafioso[1]. Alla sua base vi è l'esigenza di mediare tra due contrapposti interessi; da un lato, quello alla tutela della libertà di iniziativa economica privata, che rientra tra i valori costituzionalmente protetti (art. 41, comma 1, Cost.), dall'altro quello alla sicurezza pubblica, che si declina nel contrasto alla criminalità organizzata, e alla tutela della libera concorrenza.

Notoriamente il sistema si compone di due strumenti: la comunicazione antimafia e l'interdittiva antimafia.

La comunicazione antimafia consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o divieto di cui all'art. 67 del Codice antimafia (art. 84 Codice antimafia).

Essa riguarda i rapporti tra privati. Se adottata, preclude lo svolgimento delle attività private, sottoposte a regime autorizzatorio, che possono essere intraprese su

[1] Senza alcuna pretesa di esaustività, si segnalano sul tema: D. ALBANESE, *Le modifiche del d.l. 152/2021 al "codice antimafia": maggiori garanzie nel procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia e nuove misure di "prevenzione collaborativa"*, in *Sistema penale*, 2022; G. AMARELLI, *Interdittive antimafia e 'valori fondanti della democrazia': il pericoloso equivoco da evitare*, in *Giustizia insieme*, 17 luglio 2020; P. AMOVILLI, *Brevi note in tema di riforma delle interdittive antimafia contenuta nel d.l. 6 novembre 2021, n. 152, convertito dalla l. 29 dicembre 2021, n. 233 per l'attuazione del PNRR*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2022.; T. BENE, *Tentativi di aggressione alle risorse pubbliche, Il rafforzamento del sistema di prevenzione antimafia*, in *Diritto Penale contemporaneo*, 1/2022, pp. 163 e ss.; L. BORDIN, *Contraddittorio procedimentale e interdittive antimafia: la questione rimessa alla Corte di Giustizia. E se il problema fosse altrove?*, in www.federalismi.it, n. 22/2020, pp. 34 e ss. ; L. BORDIN, *Le interdittive antimafia tra potere prefettizio e sindacato del giudice amministrativo*, in www.federalismi.it, n. 14/2023, pp. 21 e ss.; M. COCCONI, *Il perimetro del diritto al contraddittorio nelle informazioni interdittive antimafia*, in www.federalismi.it, n. 15/2022, pp. 45 e ss.; G. D'ANGELO- G. VARRASO, *Il decreto legge n. 152/2021 e le modifiche in tema di documentazione antimafia e prevenzione collaborativa,* in *Diritto Penale Contemporaneo,* 2/2022, pp. 12 e ss.; R. DI MARIA- A. AMORE, *Effetti inibitori dell'interdittiva antimafia e il bilanciamento fra principi costituzionali: alcune questioni di legittimità dedotte in una recente ordinanza di rimessione alla Consulta,* in www.federalismi.it, n. 12/2021, pp. 91 e ss.; N. DURANTE, *Il contraddittorio nel procedimento di rilascio d'informazione antimafia,* in *www.giustiziaamministrativa.it,* 2022; F. FIGORILLI- W. GIULIETTI, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela della giurisdizione*, in www.federalismi.it, n. 14/2021, pp. 56 e ss.; S. IPPEDICO, *Le interdittive antimafia tra collaborazione e contraddittorio: nuove contraddizioni?*, in *Cassazione Penale,* 12/2023, pp. 4337 e ss.; A. LONGO, *La "massima anticipazione di tutela". Interdittiva antimafia e sofferenze costituzionali,* in www.federalismi.it, n. 19/2019, pp. 2 e ss.; A. LONGO, *La Corte costituzionale e le informative antimafia. Minime riflessioni a partire dalla sentenza n. 57 del 2020*, in *Nomos*, 2/2020, pp. 1 e ss.; M. NOCCELLI, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza sulla legislazione antimafia*, www.giustiziaamministrativa.it, 2018; M. NOCCELLI, *Le informazioni antimafia tra tassativita`sostanziale e tassativita` processuale*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2020; R. ROLLI – M. MAGGIOLINI, *Brevi note sul riformato contraddittorio procedimentale in tema di interdittive antimafia (nota a Ordinanza TAR Lecce, sez. III; n. 116/2022,* in *Giustizia insieme*, 19 maggio 2022; M.A. SANDULLI, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova informativa antimafia*, in *Giustizia insieme*, 25 maggio 2023; V. SALAMONE, *L'efficacia temporale delle interdittive antimafia e le procedure di revisione. Si tratta veramente di un "ergastolo imprenditoriale"?* in www.giustiziaamministrativa.it, 2023; M. VULCANO, *Le modifiche del decreto legge n. 152/2021 al codice antimafia: il legislatore punta sulla prevenzione amministrativa e sulla compliance 231 ma non risolve i nodi del controllo giudiziario*, in *giurisprudenza penale web*, 2021;

ISSN 2036-7821

segnalazione certificata di inizio attività da parte del privato alla pubblica amministrazione, nonché quelle sottoposte alla disciplina del silenzio assenso (art. 89, comma 2, lett. a) e b) D.Lgs. n. 159/2011).

La comunicazione antimafia fotografa il cristallizzarsi di una situazione di permeabilità mafiosa accertata in un provvedimento giurisdizionale definitivo con cui il Tribunale ha applicato una misura di prevenzione personale. Essa presenta contenuto vincolato di carattere ricognitivo[2]. Trattasi di una attestazione in senso proprio[3]

Affatto diversa è la natura delle informative antimafia[4].

L'interdittiva antimafia consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, sospensione o di divieto di cui all'art. 67 del Codice antimafia, nonché, fatto salvo quanto previsto dall'art. 91, comma 6, nell'attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate (art. 84 del D.Lgs. n. 159/2011).

L'informativa ha ad oggetto i rapporti tra privati e pubbliche amministrazioni e al suo rilascio segue l'impossibilità per l'impresa destinataria di mantenere o instaurare qualsivoglia rapporto contrattuale con le pubbliche amministrazioni (art. 94, comma 1, D.Lgs. n. 159/2011).

L'informativa antimafia rientra tra le cause di esclusione automatica dell'operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto. L'art. 94, comma secondo, del D.Lgs. n. 36/2023, stabilisce tuttavia che l'esclusione non opera laddove, entro la data dell'aggiudicazione, l'impresa sia stata ammessa al controllo giudiziario ai sensi dell'art. 34-bis del Codice antimafia[5].

---

[2] V. SALAMONE, *L'efficacia temporale delle interdittive antimafia e le procedure di revisione. Si tratta veramente di un "ergastolo imprenditoriale"?* op. cit., p. 4

[3] F. FIGORILLI- W. GIULIETTI, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela della giurisdizione*, op. cit. p. 59.

[4] In base all'art. 91, co. 1, del Codice antimafia l'informazione antimafia (liberatoria o interdittiva) deve essere acquisita dalle pp. AA. e dai soggetti a esse equiparati "*prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'articolo 67, il cui valore sia: a) pari o superiore a quello determinato dalla legge in attuazione delle direttive comunitarie in materia di opere e lavori pubblici, servizi pubblici e pubbliche forniture, indipendentemente dai casi di esclusione ivi indicati; b) superiore a 150.000 euro per le concessioni di acque pubbliche o di beni demaniali per lo svolgimento di attività imprenditoriali, ovvero per la concessione di contributi, finanziamenti e agevolazioni su mutuo o altre erogazioni dello stesso tipo per lo svolgimento di attività imprenditoriali; c) superiore a 150.000 euro per l'autorizzazione di subcontratti, cessioni, cottimi, concernenti la realizzazione di opere o lavori pubblici o la prestazione di servizi o forniture pubbliche*".

[5] La disciplina oggi recata dall'art. 94, comma 2, del D.Lgs. 36/2023 innova radicalmente quanto previsto dal previgente codice degli appalti. L'art. 80 del D.Lgs. 50/2016 imponeva l'esclusione immediata dell'operatore economico colpito dall'interdittiva, rimanendo irrilevante l'eventuale ammissione al controllo giudiziario, che avrebbe semplicemente consentito all'operatore di partecipare alle gare successive. In virtù della disciplina vigente, l'operatore colpito da interdittiva antimafia nelle more della procedura di gara può continuare a partecipare laddove l'ammissione alla misura di cui al 34-bis del codice antimafia intervenga prima dell'aggiudicazione.

ISSN 2036-7821

L'art. 92, comma 4, del Codice antimafia impone alla stazione appaltante di recedere dal contratto d'appalto laddove il tentativo di infiltrazione mafiosa dell'impresa aggiudicataria venga accertato dopo la stipula del negozio.

Le coordinate legislative evidenziano la natura duplice dell'interdittiva, essa assumendo carattere vincolato o discrezionale a seconda che la relativa adozione segua rispettivamente l'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, sospensione o di divieto di cui all'art. 67 del codice antimafia (in analogia con la comunicazione antimafia) o l'attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate[6].

In tale ultima ipotesi, l'interdittiva viene adottata all'esito di una valutazione discrezionale (di tipo tecnico[7]) attestante la permeabilità mafiosa del soggetto sottoposto al controllo.

Quanto alla natura giuridica dell'istituto sono state prospettate due opposte ricostruzioni. Un primo indirizzo, accolto dalla giurisprudenza amministrativa[8], desume dalla collocazione sistematica della disciplina della documentazione antimafia, inserita nel libro II del Codice antimafia, l'intenzione del legislatore di sottolineare la natura preventivo/cautelare dell'interdittiva, che rimarrebbe del tutto aliena all'ambito penalistico o parapenalistico[9]. La Corte costituzionale ha avallato detta ricostruzione, confermando il carattere anticipatorio e la funzione di "frontiera avanzata" dell'informativa[10].

All'opposto, un secondo indirizzo[11], partendo dal dato della particolare afflittività e severità delle conseguenze connesse al provvedimento, spesso causa della "morte" delle imprese che ne sono attinte, ritiene che l'informativa soddisfi i requisiti

---

Tale disposizione evidenzia la particolare attenzione che il nuovo codice riserva alle misure di self-cleaning. Per ulteriori approfondimenti cfr. R. ROLLI, F. DE CICCO, *Mafia e contratti pubblici, cosa cambia con il nuovo codice*, in www.ratioiuris.it

[6] M. NOCCELLI, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza sulla legislazione antimafia,* op. cit., p. 5.

[7] La qualificazione in chiave tecnica della discrezionalità esercitata dall'autorità prefettizia nel procedimento di adozione dell'interdittiva antimafia, benchè confermata dalla Consulta nella sentenza n. 57/2020, non è unanime. Non condivide l'assunto A. LONGO, *La Corte costituzionale e le informative antimafia. Minime riflessioni a partire dalla sentenza n. 57 del 2020,* op. cit., p. 8, che ritiene che l'atto del Prefetto sia frutto di un giudizio su elementi di fatto acquisiti a valle di una attività solo nominalmente istruttoria.

[8] Ex multis: Cons. St., sez. III, 24 aprile 2015, n. 2054, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 5, 681 e ss., con nota di F. V. VIRZI, *Lo scioglimento dei consigli comunali per infiltrazione mafiosa*, e più di recente Cons. St., sez. III, 24 febbraio 2016, n. 748, in *Giur. it.*, 2016, 6, 1722 e ss., con nota di F. G. SCOCA, *Scioglimento di organi elettivi per condizionamento della criminalità organizzata;* Cons. St., Ad. Plen., sentenza n. 3/2018.

[9] M. NOCCELLI, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza sulla legislazione antimafia,* op. cit., p 1.

[10] Cfr. Corte cost., 26 marzo 2020, n. 57, in *Guida al dir.*, 2020, 29, p. 96 e ss., con nota di A. CISTERNA, *Una misura giustificata dalle dimensioni del fenomeno.*

[11] A. LONGO, *La "massima anticipazione di tutela". Interdittiva antimafia e sofferenze costituzionali,* op.cit., p. 22 e ss

ISSN 2036-7821

delineati dalla Corte Edu nella sentenza *Engel e altri c. Paesi Bassi*[12] per essere collocato nella *matière pénale*[13].
La disciplina delle interdittive contenuta nel Codice antimafia è stata recentemente innovata dal legislatore, che, mediante il d.l. 6 novembre 2021, n. 152, convertito in l. 233/2012, in particolare attraverso gli artt. dal 47 al 49, ha modificato l'art. 92 e introdotto l'art. 94-*bis*, così mutando alcuni tratti della scansione procedimentale che conduce all'adozione del provvedimento interdittivo e così parzialmente rimodulando la dimensione del potere e della discrezionalità riconosciuta all'autorità prefettizia.

2. Informative antimafia e tassitività sostanziale.
La permeabilità mafiosa dell'impresa, cui consegue l'adozione dell'interdittiva, può esser desunta da molteplici situazioni indiziarie. Gli artt. 84, comma 4, e 91, comma 6, del D.Lgs. n. 159/2011 si preoccupano di elencare[14] i predetti indicatori, dando rilievo ad una serie di elementi eterogenei.
Ad un nucleo di situazioni espressamente tipizzate, in specie quelle indicate nelle lett. a),b),c), f) del citato art. 84, comma 6, del codice antimafia, il legislatore ha affiancato situazioni "atipiche", facendo ricorso alla tecnica della clausola generale. In particolare, le lett. d) ed e) dell'art. 84 prevedono che il tentativo di infiltrazione possa desumersi anche dagli accertamenti all'uopo disposti dal prefetto procedente, mentre l'art. 91, comma 6, prevede che l'infiltrazione possa essere dedotta da provvedimenti di condanna anche non definitiva per reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali unitamente a concreti elementi da cui risulti che l'attività d'impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata, nonché dall'accertamento delle violazioni degli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui all'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136, commesse con la condizione della reiterazione prevista dall'articolo 8-bis della legge 24 novembre 1981, n. 689.

[12] Corte EDU, 8 giugno 1976, Engel e a. c. Paesi Bassi.
[13] Pur senza condividere la qualificazione delle interdittive offerta dall'esposto indirizzo G. AMARELLI, *Interdittive antimafia e 'valori fondanti della democrazia': il pericoloso equivoco da evitare,* ritiene che l'adozione dell'informativa, in quanto comportante la limitazione di un diritto fondamentale, in specie il diritto di proprietà, "deve sempre essere prevedibile e agganciata ad elementi predeterminati, concreti e consistenti, pena una violazione dell'art. 1 Prot. Add. CEDU, e non possa mai essere legata a compendi indiziario-probatori così poveri e ad un procedimento che non prevede un contraddittorio obbligatorio, pena una violazione anche dell'art. 6 CEDU, nonché dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali della UE equiparato dall'art. 6 § 1 TUE al diritto primario dell'UE, che prevede il diritto del cittadino europeo a una buona amministrazione, e, dunque, anche il diritto di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento pregiudizievole".
[14] Cons. St., sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743 ha escluso il carattere tassativo di detta elencazione, chiarendo come tali situazioni sintomatiche assumano «forme e caratteristiche diverse secondo i tempi, i luoghi e le persone e sfuggono, per l'insidiosa pervasività e mutevolezza, anzitutto sul piano sociale, del fenomeno mafioso, ad un preciso inquadramento».

ISSN 2036-7821

Conseguentemente, l'adozione di una misura interdittiva può seguire tanto al riscontro di uno o più elementi tipizzati, quanto all'individuazione di elementi che, pur non indicati dal testo normativo, e, quindi, non conoscibili *ex ante*, evidenzino l'esistenza di un tentativo di infiltrazione mafiosa.

La tecnica legislativa adoperata per l'accertamento della permeabilità mafiosa dell'operatore economico non ha incontrato il favore di una parte della dottrina[15], che ha riscontrato il *deficit* di tassatività sostanziale della disciplina sulle interdittive recata dal Codice antimafia. Critiche acuitesi all'indomani della sentenza *De Tommaso c. Italia*[16], taluni autori avendo riscontrato analogo *deficit* in punto di determinatezza dei presupposti tra misure di prevenzione personale, oggetto della sentenza citata, e informative prefettizie[17].

La giurisprudenza amministrativa, dal canto suo, non ha mai condiviso l'indirizzo dottrinale testè esposto.

Il supremo consesso, con la sentenza n. 6105/2019, ha affrontato *ex professo* il tema, escludendo che la disciplina dei presupposti per l'adozione delle informative prefettizie sconti un deficit di tassatività e ritenendo non prospettabile alcuna violazione dell'art. 1, Protocollo 1 addizionale, CEDU, con riferimento al diritto di proprietà, e, per il tramite di tale parametro interposto, nessuna violazione dell'art. 117 Cost.

Il massimo consesso amministrativo ha ritenuto coerente la scelta del legislatore di ricorrere a clausole generali in *subiecta materia*, rimarcando come l'attestazione della permeabilità mafiosa dell'impresa, anche laddove non fondata sulla valorizzazione di elementi tipizzati, debba essere tratta in ogni caso da indicatori gravi, precisi e

---

[15] G. AMARELLI, *Interdittive antimafia e "valori fondanti della democrazia": il pericoloso equivoco da evitare,* op. cit.; A. LONGO, *La "massima anticipazione di tutela". Interdittiva antimafia e sofferenze costituzionali*, cit., p. 28.

[16] Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*, in *Giur. it.*, 2017, 3, 580-581. Alla pronuncia della Grande Camera sono seguite le sentenze n. 24/2019 e n. 27/2019 della Corte costituzionale. Con la sentenza n. 24 del 27 febbraio 2019 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1, lettera c), del d. lgs. n. 159 del 2011, nella parte in cui stabilisce che i provvedimenti previsti dal capo II si applichino anche ai soggetti indicati nell'art. 1, lettera a), e ha altresì dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 16 dello stesso d. lgs. n. 159 del 2011, nella parte in cui stabilisce che le misure di prevenzione del sequestro e della confisca, disciplinate dagli articoli 20 e 24, si applichino anche ai soggetti indicati nell'art. 1, comma 1, lettera a). Con la sentenza n. 25 del 27 febbraio 2019 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 75, comma 2, del d. lgs. n. 159 del 2011, nella parte in cui prevede come delitto la violazione degli obblighi e delle prescrizioni inerenti alla misura della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno ove consistente nell'inosservanza delle prescrizioni di «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi» e ha dichiarato in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della n. 87 del 1953, l'illegittimità costituzionale dell'art. 75, comma 1, dello stesso d. lgs. n. 159 del 2011, nella parte in cui prevede come reato contravvenzionale la violazione degli obblighi inerenti alla misura della sorveglianza speciale senza obbligo o divieto di soggiorno ove consistente nell'inosservanza delle prescrizioni appena ricordate di «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi».

[17] Ci si riferisce in particolare a M. NOCCELLI, *Le informazioni antimafia tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, in www.giustiziaamministrativa.it, p. 18.

ISSN 2036-7821

concordanti, capaci di evidenziare inequivocabilmente la sussistenza di situazioni di permeabilità mafiosa

D'altronde, afferma il Collegio, subordinare l'attestazione della sussistenza del pericolo di infiltrazione all'accertamento di elementi solo "tipici" restringerebbe eccessivamente lo strumentario preventivo a disposizione delle autorità per l'opera di contrasto alla criminalità organizzata. La "*funzione di "frontiera avanzata" svolta dall'informazione antimafia nel continuo confronto tra Stato e anti-Stato impone, a servizio delle Prefetture, un uso di strumenti, accertamenti, collegamenti, risultanze, necessariamente anche atipici come atipica, del resto, è la capacità, da parte delle mafie, di perseguire i propri fini*".

Nella sentenza in commento i giudici di Palazzo Spada ricordano lo sforzo "tassativizzante" della giurisprudenza amministrava, che, a partire dalla sentenza 1743/2016, ha enucleato una serie di situazioni indiziarie tipiche onde consentire all'ordinamento di poter contrastare efficacemente l'infiltrazione mafiosa all'interno dell'impresa[18] e porre al contempo il potenziale destinatario delle misure limitative in condizione di poterne ragionevolmente preveder l'applicazione[19].

Il giudice delle leggi, nella sentenza 57/2020[20], ha mostrato di condividere gli approdi della giurisprudenza amministrativa, ribadendo l'insussistenza di una reale tensione tra il principio di tassatività sostanziale e la disciplina delle informative antimafia. Detta posizione è stata sostenuta facendo leva su tre argomentazioni: la necessità che l'adozione della misura si fondi su di un quadro indiziario completo ed esaustivo, composto da elementi precisi, gravi e concordanti che militino nel senso dell'esistenza, secondo il canone del "più probabile che non", di un tentativo di infiltrazione mafiosa; la possibilità del sindacato giurisdizionale pieno sui presupposti dell'interdittiva; l'intervenuta "tassativizzazione pretoria" degli indicatori sintomatici del tentativo di infiltrazione mafiosa.

Gli approdi della giurisprudenza amministrativa e costituzionale non hanno sopito il dibattito[21] e sulla questione della sufficiente tassatività della disciplina delle

[18] Cons. St. Sez. III, n. 1743/2016 ha chiarito che "L'autorità prefettizia deve valutare perciò il rischio che l'attività di impresa possa essere oggetto di infiltrazione mafiosa, in modo concreto ed attuale, sulla base dei seguenti elementi: a) i provvedimenti 'sfavorevoli' del giudice penale; b) le sentenze di proscioglimento o di assoluzione; c) la proposta o il provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione previste dallo stesso d. lgs. n. 159 del 2011; d) i rapporti di parentela; e) i contatti o i rapporti di frequentazione, conoscenza, colleganza, amicizia; f) le vicende anomale nella formale struttura dell'impresa; g) le vicende anomale nella concreta gestione dell'impresa; h) la condivisione di un sistema di illegalità, volto ad ottenere i relativi 'benefici'; i) l'inserimento in un contesto di illegalità o di abusivismo, in assenza di iniziative volte al ripristino della legalità".

[19] M. NOCCELLI, *Le informazioni antimafia tra tassatività sostanziale e tassatività processuale,* op. cit., p. 22.

[20] Corte cost., 26 marzo 2020, n. 57, in *Guida al dir.*, 2020, 29, p. 96 e ss., con nota di A. CISTERNA, *Una misura giustificata dalle dimensioni del fenomeno.*

[21] Esprime un giudizio negativo sulla decisione della Corte Costituzionale A. LONGO, *La Corte costituzionale e le informative antimafia. Minime riflessioni a partire dalla sentenza n. 57 del 2020,* in www.nomos-leattualitaneldiritto.it, che afferma "non può, dunque, stupire il profondo disaccordo con la decisione di rigetto che qui si commenta;

ISSN 2036-7821

interdittive le posizioni della giurisprudenza e di buona parte della dottrina rimangono diametralmente opposte.

3. Uno sguardo al passato.

Prima del citato d.l. 6 novembre 2021, n. 152 (di qui in avanti "decreto *discovery*"), la disciplina positiva non recava alcun obbligo di confronto con la parte privata nel corso del procedimento di rilascio dell'informazione. L'art. 93, comma 7, del Codice antimafia si limitava a rimettere al Prefetto, ma solo laddove ciò fosse da questi ritenuto utile, la scelta di disporre l'invito dei soggetti interessati ad un'audizione personale per consentire la produzione di ogni elemento ritenuto rilevante. Conseguentemente, e in netta discontinuità con il disposto della legge generale sul procedimento, l'instaurazione di un contraddittorio procedimentale in questi casi risultava solo eventuale, essendo rimessa ad un giudizio, difficilmente sindacabile[22], dell'autorità prefettizia.

La scelta del legislatore non aveva incontrato il favore di buona parte della dottrina[23], che in più occasioni aveva rimarcato l'esigenza di porre mano alla normativa, prospettandone una modifica in senso più garantista per il privato, onde evitare indebite limitazioni di libertà costituzionalmente protette[24]. Detti autori mostravano di non condividere la posizione di quanti sostenevano che l'esigenza di garantire un celere contrasto alle mafie fosse sufficiente ragione giustificativa dell'attenuazione delle garanzie partecipative degli operatori economici[25].

---

inoltre, al di là degli esiti, ci si sarebbe potuto aspettare (quantomeno auspicare) che la Corte avesse affrontato con argomenti ben più solidi (quantomeno più approfonditi) un problema tanto spinoso, invece di appiattirsi, è il caso di dirlo, pedissequamente, sugli arresti della giurisprudenza amministrativa".

L'autore non condivide la qualificazione giuridica che la Corte assegna alle interdittive, ritenendo che ad esse debba riconoscersi natura afflittivo/sanzionatoria, il che ne imporrebbe, peraltro, l'assoggettamento alle guarentigie previste dalla Carta EDU per la materia penale. L'autore critica, inoltre, il giudizio positivo che la Corte esprime in ordine alla conformità al principio di legalità dell'istituto e lo fa, da un lato, negando che il sindacato esercitato dal giudice amministrativo sulle interdittive presenti reale carattere "intrinseco", dall'altro, smentendo l'effettiva capacità della c.d. tipizzazione pretoria di contenere la discrezionalità della P.A.

[22] A. M. SANDULLI, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova informativa antimafia*, op.cit

[23] In termini critici A. LONGO, *La "massima anticipazione di tutela". Interdittiva antimafia e sofferenze costituzionali*, pp. 26 e ss, il quale ritiene che la disciplina delle interdittive rappresenti un "cono d'ombra nel sistema delle garanzie costituzionali". Sulla stessa scia si pone G. AMARELLI, *Interdittive antimafia e 'valori fondanti della democrazia': il pericoloso equivoco da evitare,* per il quale "l'adozione di misure così drastiche e restrittive sulla base di presupposti legislativi assolutamente indeterminati (le indagini del prefetto, *sic*!), ed in assenza (potenziale) di un contraddittorio endo-procedimentale e (certa) di un controllo giurisdizionale sui presupposti fattuali, sembra far affiorare logiche di matrice autoritaria, piuttosto che di ispirazione democratica, foriere anche di effetti estremi ed imprevedibili". Si rinvia anche a F. FIGORILLI- W. GIULIETTI, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela della giurisdizione*, op. cit, p. 84.

[24] Per una ricostruzione del dibattito si veda A. M. SANDULLI, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova informativa antimafia*, op.cit.; G. D'ANGELO - G. VARRASO, *Il decreto-legge n. 152/2021 e le modifiche in tema di documentazione antimafia e prevenzione collaborativa,* p. 3 e ss.

[25] A. M. SANDULLI, op. cit.

ISSN 2036-7821

Si rimarcava come il confronto procedimentale: avrebbe potuto garantire un esercizio più consapevole del potere interdittivo, tanto più necessario alla luce delle gravose conseguenze connesse all'adozione dell'interdittiva; avrebbe consentito all'impresa di esercitare già in sede procedimentale il proprio diritto di difesa, favorendo l'adozione di misure di *self cleaning*[26]; avrebbe positivamente influito sulla successiva parentesi giurisdizionale, consentendo al giudice di sindacare più efficacemente il provvedimento interdittivo.

Un dibattito si era innestato sulla stessa compatibilità del procedimento di adozione delle interdittive antimafia con il diritto europeo. In particolare, il T.A.R. per la Puglia, sede di Bari, dubitando della conciliabilità con il quadro normativo europeo della mancanza di un confronto procedimentale in seno al procedimento di adozione del provvedimento interdittivo, aveva adito il giudice di Lussemburgo ex art. 267 TFUE, affinché si pronunciasse sulla compatibilità della normativa interna con il principio del contraddittorio previsto dall'art. 41 della CDFUE[27].

Benchè la questione, dichiarata manifestamente irricevibile per difetto di rilevanza transfrontaliera, non sia stata poi affrontata nel merito dalla Corte di Giustizia[28], il giudice di Lussemburgo ha colto l'occasione per rammentare che il rispetto del diritto di difesa costituisce un principio generale del diritto dell'Unione che deve trovare applicazione laddove l'amministrazione intenda adottare provvedimenti lesivi della sfera giuridica dei destinatari.

Dal canto suo, la giurisprudenza amministrativa sosteneva che l'esigenza di arginare tempestivamente la criminalità organizzata giustificasse il regime derogatorio in punto di partecipazione procedimentale operante in materia di interdittive[29]. Più volte il supremo consesso amministrativo aveva ribadito come la *discovery* necessaria all'attivazione del contraddittorio procedimentale avrebbe potuto inficiare il carattere

[26] *Ibidem*

[27] Cons. St., Sez. III, n. 820/2020 ha preso posizione sulla questione rilevando come "l'assenza di una necessaria interlocuzione procedimentale in questa materia non costituisca un vulnus al principio di buona amministrazione, perché, come la stessa Corte UE ha affermato, il diritto al contraddittorio procedimentale e al rispetto dei diritti della difesa non è una prerogativa assoluta, ma può soggiacere a restrizioni, a condizione che "queste rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti" (sentenza della Corte di Giustizia UE, 9 novembre 2017, in C-298/16, 35 e giurisprudenza ivi citata) e, in riferimento alla normativa italiana in materia antimafia, la stessa Corte UE, seppure ad altri fini (la compatibilità della disciplina italiana del subappalto con il diritto eurounitario), ha di recente ribadito che "il contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisce un obiettivo legittimo che può giustificare una restrizione alle regole fondamentali e ai principi generali del TFUE che si applicano nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici" (Corte di Giustizia UE, 26 settembre 2019, in C-63/18, 37)".

[28] Sulla questione L. BORDIN, *Contraddittorio procedimentale e interdittive antimafia: la questione rimessa alla Corte di Giustizia. E se il problema fosse altrove?*, op. cit.

[29] Cfr. M. NOCCELLI, *I più recenti orientamenti*, op. cit., p. 3.

ISSN 2036-7821

preventivo del provvedimento interdittivo, così ledendo l'obiettivo di impedire il tentativo di infiltrazione mafiosa[30].

Invero, senza che da ciò fosse discesa alcuna rimeditazione in ordine al giudizio espresso circa la legittimità dell'impianto normativo in materia di interdittive, il supremo giudice amministrativo aveva cominciato a segnalare l'opportunità d'un intervento normativo che ampliasse le garanzie partecipative del privato. Nella sentenza 10 agosto 2020, n. 4979, i giudici di palazzo Spada rilevavano che "la partecipazione procedimentale, prima ancora che doverosa in base al principio del giusto procedimento, sarebbe utile per l'autorità prefettizia, nei termini di una più efficiente azione amministrativa rispondente al principio del buon andamento della p.a. (art. 97 Cost.), perché le consentirebbe di acquisire, un quadro istruttorio più ampio e complesso, notizie ed elementi utili ad evitare l'emissione di un provvedimento tanto incisivo sulla libertà di impresa"[31]. Anche la Corte costituzionale nella sentenza n. 57/2020 evidenziava l'opportunità di un ripensamento della disciplina[32], rivolgendo un "garbato monito"[33] in tal senso al legislatore.

4. La disciplina vigente.

Con il d.l. n. 152/2021, convertito nella l. n. 233 del 29 dicembre 2021, il legislatore ha messo mano all'impianto normativo in materia di informazione antimafia.

Per quel che più interessa ai fini del presente scritto, l'art. 48 del decreto ha modificato l'art. 92 del codice antimafia, sostituendone il comma 2-bis, che, nella sua versione oggi vigente, prevede un momento di interlocuzione obbligatoria tra Autorità e parte privata[34]. La garanzia partecipativa introdotta dal decreto *discovery* si

[30] Cons. St. sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979, con nota di R. ROLLI – M. MAGGIOLINI, *Informativa antimafia e contraddittorio procedimentale*, in *Giustizia insieme*, 19 novembre 2020.

[31] Nella medesima direzione Cons. St., Sez. III, 9 Aprile 2021, n. 2899.

[32] Si legge al punto 7.2. del considerato in diritto "L'altro rilievo attiene alla impossibilità di esercitare in sede amministrativa i poteri previsti nel caso di adozione delle misure di prevenzione dall'art. 67, comma 5, del d.lgs. n. 159 del 2011, e cioè l'esclusione da parte del giudice delle decadenze e dei divieti previsti, nel caso in cui per effetto degli stessi verrebbero a mancare i mezzi di sostentamento all'interessato e alla famiglia.

La differenza, che in parte trova una compensazione nella temporaneità dell'informazione antimafia (ciò che valorizza ulteriormente l'importanza del riesame periodico cui sono chiamate le autorità prefettizie), *merita indubbiamente una rimeditazione da parte del legislatore*, ma non può essere oggetto di una pronuncia specifica poiché non è dedotta in modo autonomo (non vi è infatti alcun riferimento al caso concreto), e come argomento integrativo e secondario dell'illegittimità dell'informazione interdittiva non ha una incidenza determinante."

[33] M. NOCCELLI, *Le informazioni antimafia tra tassativita`sostanziale e tassativita`processuale*, *op. cit*, p. 5.

[34] Nella versione oggi vigente il comma 2-bis dell'art. 92 del codice antimafia prevede che "Il prefetto, nel caso in cui, sulla base degli esiti delle verifiche disposte ai sensi del comma 2, ritenga sussistenti i presupposti per l'adozione dell'informazione antimafia interdittiva ovvero per procedere all'applicazione delle misure di cui all'articolo 94-bis, e *non ricorrano particolari esigenze di celerità del procedimento*, ne dà tempestiva comunicazione al soggetto interessato, indicando gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa. Con tale comunicazione è assegnato un termine non superiore a venti giorni per presentare osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti, nonché per richiedere l'audizione, da effettuare secondo le modalità

ISSN 2036-7821

aggiunge a quella già prevista dall'art. 93, comma 7, del Codice antimafia, la cui matrice solo eventuale, nonostante le modifiche al testo apportate dall'art. 48 del citato decreto, rimane immutata[35].

In specie, l'art. 92, comma 2-bis, impone al Prefetto, ma solo laddove ritenga sussistenti i presupposti per l'adozione dell'informazione antimafia o per l'applicazione delle misure di cui all'art. 94-bis[36] (a sua volta subordinata all'accertamento dell'esistenza di situazioni di agevolazione occasionale), di darne tempestiva comunicazione al soggetto interessato, contestando gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa. Con tale comunicazione è assegnato un termine, che non può superare i 20 giorni, durante il quale il soggetto interessato può presentare osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti, nonché richiedere l'audizione personale, da effettuarsi secondo le modalità previste dall'art. 93, commi 7, 8 e 9.

La comunicazione prevista dal summenzionato art. 92, comma 2-bis, può essere legittimamente omessa in presenza di "particolari esigenze di celerità del procedimento" e, in ogni caso, non possono formarne oggetto "elementi informativi il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose".

Come rilevato in dottrina[37], il Prefetto, prima di adempiere all'obbligo comunicativo, deve valutare se ricorra un'ipotesi di motivata urgenza e se gli elementi acquisiti nel corso dell'istruttoria siano svelabili o meno. Laddove sussistano le "particolari esigenze di celerità del procedimento" o gli elementi raccolti siano tutti non svelabili, il Prefetto non dovrà effettuare alcuna comunicazione, nel primo caso perché preclusa dal disposto normativo, nel secondo perché del tutto inutile.

---

previste dall'articolo 93, commi 7, 8 e 9. In ogni caso, non possono formare oggetto della comunicazione di cui al presente comma elementi informativi il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose. La predetta comunicazione sospende, con decorrenza dalla relativa data di invio, il termine di cui all'articolo 92, comma 2. La procedura del contraddittorio si conclude entro sessanta giorni dalla data di ricezione della predetta comunicazione."

[35] A. M. SANDULLI, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova informativa antimafia*, op. cit.

[36] Trattasi delle misure di "prevenzione collaborativa" che il Prefetto, in luogo dell'informativa antimafia, può disporre a carico dell'impresa ove rilevi che i tentativi di infiltrazione mafiosa siano riconducibili a situazioni di agevolazione solo occasionale.

Per approfondimenti sul tema e sui rapporti tra dette misure e la disciplina dell'art. 34-bis del codice antimafia vedasi: P. AMOVILLI, *Brevi note in tema di riforma delle interdittive antimafia contenuta nel d.l. 6 novembre 2021, n. 152, convertito dalla l. 29 dicembre 2021, n. 233 per l'attuazione del PNRR*, op. cit; G. D'ANGELO- G. VARRASO, *Il decreto legge n. 152/2021 e le modifiche in tema di documentazione antimafia e prevenzione collaborativa*, op. cit.; M. VULCANO, *Le modifiche del decreto legge n. 152/2021 al codice antimafia: il legislatore punta sulla prevenzione amministrativa e sulla compliance 231 ma non risolve i nodi del controllo giudiziario*, op. cit.

[37] N. DURANTE, *Il contraddittorio nel procedimento di rilascio d'informazione antimafia, op cit.*, p. 2.

ISSN 2036-7821

L' interlocuzione tra parte privata e Autorità che il legislatore ha voluto inserire nel procedimento di adozione dell'informazione antimafia non ha una dimensione solo difensiva. Per potere comprendere appieno il significato della novella occorre attenzionare il comma 2-*quater* dell'art. 92, anch'esso introdotto dal decreto *discovery*. Secondo il disposto del summenzionato comma "nel periodo tra la ricezione della comunicazione di cui al comma 2-*bis* e la conclusione della procedura in contraddittorio, il cambiamento di sede, di denominazione, della ragione o dell'oggetto sociale, della composizione degli organi di amministrazione, direzione e vigilanza, la sostituzione degli organi sociali, della rappresentanza legale della società nonché della titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, il compimento di fusioni o altre trasformazioni o comunque qualsiasi variazione dell'assetto sociale, organizzativo, gestionale e patrimoniale delle società e imprese interessate dai tentativi di infiltrazione mafiosa, possono essere oggetto di valutazione ai fini dell'adozione dell'informazione interdittiva antimafia".
Dalla lettura in combinato disposto dei commi 2-*bis* e 2-*quater* dell'art. 92 del codice antimafia emerge come la parentesi di contraddittorio risulti funzionale a garantire una partecipazione che, a seconda delle circostanze, può assumere una dimensione tanto difensiva, quanto *proattiva*, consistente "nell'approntare, eventualmente d'intesa con l'organo procedente, idonee misure di *self cleaning*, nel periodo intercorrente tra la conoscenza degli elementi ostativi e la conclusione del procedimento"[38].
Parte della dottrina ha accolto favorevolmente le modifiche legislative. In specie, si è affermato che la novella avrebbe determinato l'inversione della logica sottesa al procedimento di adozione dell'interdittiva, la precedente impostazione para-sanzionatoria essendo stata superata mediante la valorizzazione della dimensione collaborativa[39].
Tale dottrina ritiene, altresì, che la novella abbia notevolmente circoscritto l'ambito applicativo dell'informativa antimafia, che avrebbe assunto carattere del tutto residuale, potendo essere legittimamente adottata solo laddove la bonifica dell'impresa sottoposta al controllo risulti del tutto impraticabile[40].
L'intervento del legislatore parrebbe, dunque, avere del tutto superato quell'indirizzo teso a riconoscere la prevalenza dell'interesse al contrasto della

[38] *Ibidem*, p. 4.
[39] M. VULCANO, *Le modifiche del decreto-legge n. 152/2021 al codice antimafia: il legislatore punta sulla prevenzione amministrativa e sulla compliance 231 ma non risolve i nodi del controllo giudiziario*, op. cit., p. 8.
[40] P. AMOVILLI, *Brevi note in tema di riforma delle interdittive antimafia contenuta nel d.l. 6 novembre 2021, n. 152, convertito dalla l. 29 dicembre 2021, n. 233 per l'attuazione del PNRR*, op. cit, p. 6, il quale evidenzia come la novella abbia realizzato gli auspici del supremo consesso amministrativo, che, nella sentenza 10 agosto 2020 n. 2749, aveva espresso l'esigenza di un rafforzamento del contraddittorio procedimentale "specie in tutte quelle ipotesi ove la permeabilità mafiosa appaia dubbia rispetto alle quali l'apporto procedimentale potrebbe fornire utili elementi, contraddittorio d'altronde utile al fine dell'adozione di misure di "*self cleaning*".

ISSN 2036-7821

criminalità organizzata rispetto alle esigenze partecipative e riconosciuto le potenzialità del contraddittorio procedimentale anche in *subiecta* materia.

4. Sui limiti del novellato contraddittorio procedimentale in materia di interdittive antimafia.

Il decreto *discovery* ha indubbiamente modificato in senso più garantista per il privato il procedimento di adozione dell'interdittiva antimafia. L'attribuzione al Prefetto del potere di adottare, in luogo dell'interdittiva, le misure di prevenzione collaborativa di cui all'art. 94-bis in presenza di "agevolazioni solo occasionali" e l'introduzione di una parentesi obbligatoria di contradditorio nella fase prodromica all'adozione dell'informazione evidenziano chiaramente l'intenzione del legislatore di addivenire ad un migliore bilanciamento tra l'interesse al contrasto alla criminalità organizzata e quello alla libertà di iniziativa economica privata.

Benché gli sforzi del legislatore meritino sicuramente un plauso[41], v'è da dire che la novella non soddisfa completamente e lascia insoluti molti dei problemi che la più accorta dottrina aveva già segnalato con riguardo alla precedente disciplina.

Il contraddittorio previsto dal comma 2-bis dell'art. 92 presenta, infatti, numerosi limiti : se l'obiettivo perseguito del legislatore era quello di rafforzare la dimensione collaborativa del procedimento di adozione dell'interdittiva, esso non può dirsi raggiunto.

Non stupisce, dunque, che buona parte della dottrina abbia espresso un giudizio negativo sulle modifiche normative introdotte dal decreto *discovery*[42]. Giudizio negativo che viene argomentato sulla base di molteplici considerazioni, delle quali, pur brevemente, occorre dar conto.

In primo luogo, si fa notare come la novella abbia inteso collocare la *discovery* delle risultanze investigative e il confronto tra autorità prefettizia e parte privata nella fase pre-decisoria, così attribuendo alla comunicazione di cui all'art. 92, comma 2-*bis*, del Codice antimafia caratteristiche tali da avvicinare l'istituto più ad un preavviso di diniego (art. 10- *bis* l. 241/90), che ad una comunicazione di avvio del procedimento.

---

[41] Un giudizio negativo sull'introduzione di una parentesi di contraddittorio obbligatorio in seno al procedimento di adozione dell'interdittiva è espresso da S. CARLI, *Le recenti modifiche al Codice antimafia. Spunti di riflessione, in Amministrazione Pubblica, Rivista di cultura istituzionale dei funzionari dell'Amministrazione civile dell'Interno*, Anno XXV n. 109/2022, il quale ritiene che il nuovo procedimento, consentendo al privato di prospettare interventi di *self-cleaning*, rischi di far dilatare i tempi istruttori, così potendo determinare l'applicazione del disposto del comma 3 dell'art. 92 del codice antimafia (silenzio assenso *sub condicione*), e fornisca anche occasione per aggirare la disciplina antimafia ed evitare l'adozione dell'interdittiva.

[42] M. A. SANDULLI, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova informativa antimafia*, op. cit.; R. ROLLI – M. MAGGIOLINI, *Brevi note sul riformato contraddittorio procedimentale in tema di interdittive antimafia (nota a Ordinanza TAR Lecce, sez. III; n. 116/2022,* op. cit.; Osservatorio misure patrimoniali e di prevenzione dell'Unione delle camere penali italiane, *Le modifiche legislative presentate dal Governo in materia di interdittive antimafia e controllo giudiziario.*

ISSN 2036-7821

Il legislatore ha ritenuto, inoltre, di limitare l'occasione di confronto tra P.A. e parte privata alla sola ipotesi in cui la prima abbia maturato un certo convincimento in ordine alla sussistenza della permeabilità mafiosa della seconda. Il contraddittorio immaginato e imposto dal legislatore, laddove concretamente attivato, posto che la celerità può giustificarne la deroga, assumerà, quindi, una connotazione eminentemente difensiva, anticipando al momento procedimentale quella che, nella previgente disciplina, sarebbe stata la difesa processuale del soggetto.
La peculiare collocazione temporale del contraddittorio nell'ambito dei procedimenti di rilascio delle interdittive pone una serie di interrogativi. In particolare, essa non rischia di rendere più gravosa la posizione del privato, posto che questi si troverà a dover persuadere del contrario un'autorità che ha già maturato un certo convincimento in ordine alla sua permeabilità mafiosa? E ancora, collocare il contraddittorio in una posizione tanto prossima all'adozione dell'interdittiva non rischia di incidere negativamente sull'attività imprenditoriale in corso, finendo per produrre danni economici irreparabili anche laddove l'autorità dovesse poi concludere il procedimento senza adottare l'informazione antimafia?
Si tratta di interrogativi che sicuramente il legislatore si sarà posto, ma a cui evidentemente è stata data risposta negativa o che, comunque, non lo hanno condotto a rimeditare la scelta poi confluita nella novella.
Un giudizio negativo è stato espresso anche in ordine all'eccessiva brevità del termine entro cui il privato è ammesso a presentare osservazioni. Infatti, secondo il disposto dell'art. 92, comma 2-*bis*, del Codice antimafia, detto termine, che è la stessa Prefettura ad indicare, non può superare i 20 giorni. La partecipazione difensiva del privato, in assenza di un meccanismo di interruzione del termine previsto dall'art. 92, comma 2-*bis*, del Codice antimafia, rischia di svolgersi senza che questi abbia effettiva contezza del contenuto degli atti[43]. Difatti, ai sensi dell'art. 25 della l. 241/90, il silenzio-rigetto sull'istanza di accesso agli atti si forma una volta decorsi 30 giorni dalla sua presentazione ed il ricorso avverso il silenzio ex art. 117 c.p.a. può essere promosso solo una volta formatosi il silenzio-rigetto.
La dottrina ha, inoltre, sottolineato il carattere soltanto tendenzialmente obbligatorio dell'attivazione del contraddittorio[44]. L'esistenza di particolari esigenze di celerità del procedimento può, difatti, ancora oggi condurre all'esclusione dell'attivazione del contraddittorio procedimentale. Benché tale eventualità sia prevista anche dall'art. 7 della legge 241/90, nel contesto del procedimento interdittivo una tale deroga appare difficilmente giustificabile, e ciò per almeno due ordini di motivi.
In primo luogo, come si è evidenziato in precedenza, la comunicazione prevista dall'art. 92, comma 2-bis, del Codice antimafia si avvicina assai più a quella di cui

[43] N. DURANTE, *Il contraddittorio nel procedimento di rilascio d'informazione antimafia,* op cit., p. 3.
[44] M. A. SANDULLI, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova informativa antimafia*, op. cit.

ISSN 2036-7821

all'art. 10-bis della l. 241/90, che non ammette deroghe giustificate dall'esistenza di ragioni di celerità, che alla comunicazione di avvio del procedimento.
In secondo luogo, va sottolineato come il contraddittorio previsto dall'art. 92, comma 2-*bis*, abbia carattere (anche se non solo) eminentemente difensivo, essendo finalizzato ad indurre l'Autorità a non adottare un provvedimento sovente produttivo di effetti esiziali per l'impresa destinataria. Negare, sulla base di esigenze di celerità, la possibilità all'impresa coinvolta nel procedimento di difendersi e allegare situazioni capaci, quantomeno in potenza, di evitare l'adozione dell'informazione antimafia o di consentire l'applicazione delle ben meno gravose misure di prevenzione collaborativa, pare non del tutto equa. Né si potrebbe addurre a giustificazione della scelta legislativa la possibilità per l'interessato di attivare il rimedio giurisdizionale, e ciò, vale ricordare, perché esso rappresenta un gravoso onere e un rischio per l'attore; e ancora perché nelle more del processo gli effetti dell'interdittiva, ove non tempestivamente sospesi, potrebbero determinare conseguenze irreparabili, anche solo a livello di immagine per l'impresa.
Si auspica che l'autorità prefettizia interpreti rigidamente la deroga e vi faccia ricorso in situazioni realmente eccezionali. Interpretazione rigida che si impone, peraltro, alla luce del formante giurisprudenziale, che da tempo evidenzia l'esigenza che la valutazione prefettizia si fondi su di un quadro istruttorio quanto più possibile completo ed esaustivo[45].
Da ultimo mette conto evidenziare che, secondo il disposto dell'art. 92, comma 2-*bis*, del Codice, nella versione da ultimo novellata, non possano formare oggetto del "preavviso di interdittiva" tutti quegli elementi informativi il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose.
La disposizione, benché giustificata dall'esigenza di evitare che la *discovery* procedimentale si riverberi negativamente su procedimenti antimafia in corso, rischia di rendere inutile l'attivazione della parentesi
di interlocuzione, posto che ove l'istruttoria risulti fondata su di elementi istruttori non ostensibili le osservazioni difensive del privato potranno riguardare solo taluni degli elementi presi in considerazione dal Prefetto.
La novella presenta, dunque, evidenti limiti e non v'è dubbio che il legislatore avrebbe potuto fare molto di più. Non è detto, però, che la novella si risolva, come autorevole dottrina[46] ha rilevato, nell'introduzione di una mera "parvenza di garanzia partecipativa". Molto dipenderà dall'interpretazione e dall'applicazione che della normativa faranno l'autorità amministrativa e giurisdizionale.

[45] Da ultimo Cons. St., Sez. III N. 552/2024 del 17 gennaio 2024.
[46] M. A. SANDULLI, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova informativa antimafia*, *op. cit.*

ISSN 2036-7821

È presto, quindi, per formulare un giudizio complessivo sull'intervento del legislatore. Nell'attesa che in materia si formi il "diritto vivente", si può solo auspicare che le autorità chiamate ad applicare la normativa si dimostrino capaci di contemperare adeguatamente i numerosi (e rilevantissimi) interessi coinvolti.

6. Sulla valenza costituzionale del giusto procedimento.

Conclusa la disamina delle innovazioni introdotte dal decreto *discovery* in tema di procedimento d'adozione dell'interdittiva antimafia, occorre ora chiedersi se, alla luce della novella, l'attuale disciplina normativa soddisfi i canoni del "giusto procedimento".

Prima di affrontare il tema, occorre brevemente fermare l'attenzione sul principio, che, come si vuole di dimostrare, ha assunto valenza costituzionale.

Nella giurisprudenza costituzionale, un primo accenno al "giusto procedimento"[47] si rinviene nella sentenza n. 13/1962, in cui la Corte stabilì che "quando il legislatore dispone che si apportino limitazioni ai diritti dei cittadini, la regola che il legislatore normalmente segue è quella di enunciare ipotesi astratte, predisponendo un procedimento attraverso il quale gli organi competenti provvedano ad imporre concretamente tali limiti, dopo avere fatto gli opportuni accertamenti, con la collaborazione, ove occorra, di altri organi pubblici, e dopo avere messo i privati interessati in condizioni di esporre le proprie ragioni sia a tutela del proprio interesse, sia a titolo di collaborazione nell'interesse pubblico".

Il "giusto procedimento" venne, quindi, dalla Consulta elevato a parametro di valutazione della legittimità dell'*agere* amministrativo.

L'esercizio del potere, soprattutto ove limitativo della posizione giuridica del destinatario, sarebbe dovuto passare attraverso un procedimento amministrativo "giusto", perché completo e strutturato in modo da consentire, anche e soprattutto mediante l'instaurazione di un momento di confronto con il privato interessato, la raccolta di tutto quanto fosse necessario ad assumere una decisione formalmente e sostanzialmente corretta.

Il "giusto procedimento" fu presentato dalla Consulta come modello d'esercizio della funzione amministrativa, come cura contro l'arbitrio amministrativo[48].

La sentenza citata innescò, come auspicato da Crisafulli nel commentarla[49], un vivace dibattito, ancora oggi non sopito, circa la natura del principio e, in particolare, circa la possibilità di inquadrarlo tra i valori costituzionali.

---

[47] Per approfondimenti, cfr. F. TEDESCHINI, *"Procedimento amministrativo", in Enciclopedia del diritto*, XXXVIII, Milano, 1989, p. 877.

[48] L'importanza del giusto procedimento rispetto alla dialettica libertà/autorità viene messa in luce da L. BUFFONI, *Il rango costituzionale del "giusto procedimento e l'archetipo del "processo"*, in www.forumcostituzionale.it, 2009, p. 1 .

ISSN 2036-7821

V'è da dire che sul punto la dottrina e la giurisprudenza, tanto costituzionale (salvo alcune recenti aperture) quanto amministrativa, assunsero posizioni antinomiche. Sin dalla sentenza n. 13/1962, in cui il "giusto procedimento" fu elevato a principio generale dell'ordinamento, la Corte ne escluse costantemente il rango costituzionale. La possibilità del controllo giurisdizionale sull'operato dell'amministrazione rappresentava per la Consulta un valido argomento per negarne la matrice costituzionale[50]. La giurisprudenza amministrativa, dal canto suo, temendo che al generale riconoscimento di garanzie partecipative al privato sarebbe seguito un cospicuo allungamento delle tempistiche procedimentali, sovente rimarcò l'inopportunità di assegnare valore costituzionale al "giusto procedimento"[51].
In direzione diametralmente opposta si mosse sin dalla stessa configurazione del "giusto procedimento" la dottrina giuspubblicistica. In mancanza di una legge generale che delineasse le componenti indefettibili del procedimento amministrativo, il rinvenimento di un appiglio cui ancorare il valore costituzionale del principio assunse il carattere di vero e proprio "assillo"[52] per gli operatori della scienza amministrativa.
D'altronde, il riconoscimento di un rango siffatto al principio non solo avrebbe enormemente ampliato le garanzie del privato, ma avrebbe altresì limitato la discrezionalità del legislatore nel disciplinare la materia procedimentale.
Le soluzioni prospettate in dottrina sono state tanto numerose quanto variegate[53]. A chi, ponendo in rapporto di mezzo a fine il principio del giusto procedimento con i principi dell'imparzialità e del buon andamento, ha collegato il primo all'art. 97 del dettato costituzionale[54], si è affiancato chi ha ritenuto di potere far rientrare il giusto procedimento nel catalogo aperto dei diritti inviolabili dell'individuo dell'art. 2 Cost. e chi, ancora, ha ricondotto il valore costituzionale del "giusto procedimento" al diritto di difesa di cui all'art. 24, comma 2, Cost. ed alla garanzia della tutela giurisdizionale di cui al 113, comma 1, Cost.
Più di recente, in particolare all'indomani della legge costituzionale n. 2/1999, che ha costituzionalizzato il giusto processo, si è fatta strada l'idea che esista una circolarità

[49] V. CRISAFULLI, *Principio di legalita`e "giusto procedimento"*, in *Giur. cost*., 1962, p. 132, in cui l'autore evidenziò l'opportunità di una legge generale sul procedimento che delimitasse le modalità attraverso cui i poteri pubblici avrebbero potuto legittimamente limitare le posizioni individuali dei consociati.
[50] L. BUFFONI, *Il rango costituzionale del "giusto procedimento e l'archetipo del "processo"*, op. cit.
[51] S. MANGIAMELI, *"Giusto procedimento" e "giusto processo". Considerazioni sulla giurisprudenza amministrativa tra il modello dello Stato di polizia e quello dello Stato di diritto*, in *associazionedeicostituzionalistiitaliani.it*.
[52] L. BUFFONI, *Il rango costituzionale del "giusto procedimento e l'archetipo del "processo"*, op. cit. p. 3.
[53] Per una più esaustiva trattazione del tema cfr. *ibidem, p. 12 e ss.*
[54] U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, CEDAM, 1965.

ISSN 2036-7821

tra giusto processo e giusto procedimento e che, di rimando, l'indubbia valenza costituzionale del primo possa estendersi al secondo[55].

Nonostante gli sforzi profusi dalla dottrina nel tentativo di condurre la giurisprudenza costituzionale a rimeditare l'indirizzo maturato circa il rango da riconoscersi al principio del "giusto procedimento", il giudice delle leggi, malgrado alcune timide aperture[56], rimase fermo nel ribadire i propri approdi. Ancor più netta rimase la posizione del Consiglio di Stato, che, addirittura, giunse ad escluderne la sostanza di principio generale dell'ordinamento[57].

L'opportunità di una rimeditazione dell'impostazione dogmatica assunta sul tema dalla Consulta e dal Consiglio di stato si manifestò presto e con forza all'indomani dell'adozione della l. n. 241/90. Con tale intervento normativo, il legislatore, colmando una lacuna da tempo avvertita dalla dottrina amministrativista, introdusse una normativa generale sul procedimento amministrativo. L'approccio casistico fino a quel momento scelto per la regolamentazione della materia procedimentale venne finalmente accantonato e furono per la prima volta fissati chiaramente i passaggi che l'amministrazione avrebbe dovuto seguire prima di addivenire al provvedimento[58].

Mediante la l. n. 241 vennero regolamentati: la comunicazione di avvio del procedimento, il diritto di accesso ai documenti detenuti dalle amministrazioni, le modalità di partecipazione al procedimento, *etc*. Vennero fissati i termini di conclusione del procedimento e introdotta la figura del responsabile del procedimento, sì da facilitare il dialogo tra privati e pp.aa.

Molti videro nella legge n. 241/90 la continuazione naturale del disegno costituzionale in materia di pubblica amministrazione[59].

Essa fu "un autentica rivoluzione amministrativa"[60] e, come tale, impose il rinnovamento.

---

[55] L. BUFFONI, *Il rango costituzionale del "giusto procedimento e l'archetipo del "processo"*, op. cit., p. 17 e ss.; G. COLAVITTI, *Il "dibattito pubblico" e la partecipazione degli interessi nella prospettiva costituzionale del giusto procedimento*, in www.Amministrazioneincammino.it, 9 Luglio 2020, p. 30.

[56] Nella sentenza n. 143/1989 la Corte costituzionale non negò il possibile ancoraggio del "giusto procedimento" all'art. 42, comma 3, Cost. Di seguito il passaggio per esteso "anche ritenendo che il principio del giusto procedimento goda in materia di una copertura costituzionale grazie all'art. 42, terzo comma, della Costituzione, per un verso, non può escludersi che quel principio sia rispettato pur all'interno di un procedimento culminante in un'approvazione legislativa (v. sent. n. 13 del 1962) e, per altro verso, non può affermarsi che esso debba comportare che gli interessati siano messi in grado di far valere le proprie ragioni e di esperire gli opportuni rimedi in ogni momento del complessivo intervento pubblico diretto a limitare il pieno godimento della proprietà privata, dovendosi dire, piuttosto, che quella garanzia e richiesta soltanto in relazione ai procedimenti comportanti vincoli o limiti per i privati."

[57] Sul punto L. PEDULLÀ, *Contributo per una teoria sulla costituzionalizzazione del giusto procedimento, op. cit., p. 99 e ss.*, il quale collega l'atteggiamento di chiusura mostrato sul punto dalla giurisprudenza amministrativa ad una visione autoritaria del rapporto tra privato e P.A.

[58] G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Il Mulino, Bologna, 2020, p. 521.

[59] S. CASSESE, *Passato, presente e futuro della legge sul procedimento amministrativo*, in *Nuova rass.*, 1994, 2401 ss.; M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 35.

ISSN 2036-7821

Segnali in direzione del rinnovamento si scorgono nella sentenza n. 14/1999 della Plenaria, in cui si definì il "giusto procedimento" come "criterio di orientamento sia per il legislatore che per l'interprete".[61]

La definitiva consacrazione del rango costituzionale del principio si registrerà tuttavia solo con la sentenza n. 104/2007, in cui la Corte costituzionale sottolineò lo strettissimo legame, la sostanziale compenetrazione tra il "giusto procedimento" e i principi costituzionali di buon andamento e imparzialità[62].

D'altronde, posto che l'imparzialità presuppone l'equidistanza dell'amministrazione e dei suoi funzionari dai soggetti con cui entra in contatto e impone l'attenta ponderazione del complesso degli interessi in gioco, la partecipazione procedimentale, che è il canale attraverso il quale gli interessi privati confluiscono nel procedimento amministravo, non può che rappresentarne il logico corollario.

Il rilievo della scansione procedimentale è stato poi ulteriormente puntualizzato nella sentenza n. 69/2018, in cui la Consulta ha chiarito che il procedimento amministrativo costituisce il luogo elettivo di composizione degli interessi, in quanto è "nella sede procedimentale […] che può e deve avvenire la valutazione sincronica degli interessi pubblici coinvolti e meritevoli di tutela, a confronto sia con l'interesse del soggetto privato operatore economico, sia ancora (e non da ultimo) con ulteriori interessi di cui sono titolari singoli cittadini e comunità, e che trovano nei princìpi costituzionali la loro previsione e tutela. La struttura del procedimento amministrativo, infatti, rende possibili l'emersione di tali interessi, la loro adeguata prospettazione, nonché la pubblicità e la trasparenza della loro valutazione, in attuazione dei princìpi di cui all'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241[…]: efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza. Viene in tal modo garantita, in primo luogo, l'imparzialità della scelta, alla stregua dell'art. 97 Cost., ma poi anche il perseguimento, nel modo più adeguato ed efficace, dell'interesse primario, in attuazione del principio del buon andamento dell'amministrazione, di cui allo stesso art. 97 Cost.".

Un ulteriore conferma dell'inquadramento costituzionale del principio del "giusto procedimento" si rinviene poi nella recente sentenza n. 116/2020 della Consulta in materia di leggi-provvedimento[63].

---

[60] S. CASSESE, L*e basi del diritto amministrativo*, Garzanti, Milano, 1995, p. 216.

[61] Ad. Plen., 15 settembre 1999, n. 14, in *Foro it.*, 2000, III, 26.

[62] Nel punto 2.10 del considerato in diritto della sentenza si legge "l'imparzialità e il buon andamento dell'amministrazione esigono che la posizione del direttore generale sia circondata da garanzie; in particolare, che la decisione dell'organo politico relativa alla cessazione anticipata dall'incarico del direttore generale di Asl rispetti il principio del giusto procedimento". Sul punto cfr. R. BIFULCO, *Il rilievo costituzionale della l. 241/1990*, in *Nuove Autonomie*, 2/2010, p. 298.

[63] Per approfondimenti cfr. C. CHIARIELLO, *Una possibile apertura della Corte costituzionale alla riserva di procedimento amministrativo*, in *Giur. Cost.*, 6/2021, pp. 2959 ss.; Sul tema delle leggi provvedimento cfr. E. RINALDI, *Leggi provvedimento e statuto costituzionale dell'amministrazione*, Costituzionalismo.it, 1/2023.

ISSN 2036-7821

Nell'occasione la Corte ha introdotto la categoria delle materie tipicamente amministrative, caratterizzate dalla complessità degli interessi in gioco e delle valutazioni comparative che debbono ivi essere effettuate. Secondo la Corte, l'intervento normativo diretto tramite leggi provvedimento è precluso al legislatore laddove la materia presenti caratteristiche tali da enfatizzare il rispetto di regole che trovano la loro naturale applicazione nel procedimento amministrativo.
Se la materia è *naturaliter* amministrativa, la decisione finale non può che seguire la celebrazione di un "giusto procedimento", pena la violazione degli artt. 3 e 97 Cost., che divengono parametri per vagliare la legittimità costituzionale delle leggi-provvedimento intervenute in materia.
La giurisprudenza costituzionale pare, dunque, avere definitivamente superato quell'indirizzo che assegnava al "giusto procedimento" valore di semplice principio generale dell'ordinamento.
Il percorso che ha condotto all'agognata costituzionalizzazione del "giusto procedimento" è stato lungo e tortuoso[64]. Benché qui si sia optato per un approccio storico, in cui l'evoluzione degli orientamenti costituzionali è stata presentata come uniforme e graduale, è importante ricordare come, in realtà, l'atteggiamento della Corte rispetto al "giusto procedimento" non sia stato affatto lineare. Importanti aperture e nette chiusure si sono susseguite nei decenni, spesso senza apparenti ragioni giustificatrici. Basti considerare che anche di recente la Consulta ha negato il rango costituzionale del principio nella sent. n. 71/2015, laddove nel dichiarare infondata la questione di costituzionalità dell'art. 42-bis del D.P.R. n. 327/2001 ha respinto la censura fondata sulla violazione del principio del "giusto procedimento".
A parere di chi scrive, se ancora oggi si discute della natura del principio del "giusto procedimento" molto dipende proprio dall'ondivago atteggiamento del giudice delle leggi, che ha sempre mostrato una certa ritrosia nel riconoscerne con chiarezza la valenza costituzionale[65].
La costituzionalizzazione del principio è, tuttavia, ormai una realtà incontestabile e la conformità a Costituzione delle discipline procedimentali speciali richiede di essere vagliata alla luce di questo fondamentale parametro di giustizia.

6. Giusto procedimento e interdittive antimafia.

È dato consolidato che la disciplina previgente sul procedimento di adozione dell'informazione antimafia obliterasse eccessivamente le garanzie procedimentali

[64] In termini P. MEZZANOTTE, *Il tortuoso percorso del giusto procedimento come garanzia costituzionale dei diritti,* in *Percorsi costituzionali*, III, 1, 2010.

[65] Sul rango costituzionale del principio malgrado le incerte applicazioni della giurisprudenza costituzionale cfr. G. COLAVITTI, *Il "dibattito pubblico" e la partecipazione degli interessi nella prospettiva costituzionale del giusto procedimento*, op. cit., p. 28; N. LONGOBARDI, *Il sistema politico amministrativo e la riforma mancata*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 158.

ISSN 2036-7821

dei soggetti sottoposti a controllo. Se la posizione critica della dottrina sul punto è stata sempre piuttosto netta[66], il giudizio negativo della giurisprudenza amministrativa e costituzionale circa l'eccessiva ampiezza delle deroghe alla partecipazione procedimentale del privato si è formato progressivamente, consolidandosi nel tempo[67].

Come dimenticare chi ha definito la previgente disciplina delle interdittive come "un cono d'ombra nel sistema delle garanzie costituzionali"[68] e chi, ancora, ha invocato l'art. 6 CEDU come parametro su cui valutare la legittimità costituzionale del lacunoso sistema di garanzie approntato dal legislatore in materia di interdittive[69].

Benché di fatto la Corte costituzionale non abbia mai dichiarato l'incostituzionalità della normativa in commento, si può ragionevolmente affermare che, se nulla fosse cambiato, probabilmente una pronuncia di incostituzionalità o quantomeno una sentenza contenente un monito meno "garbato" di quello rivolto al legislatore nella sentenza n. 57/2020 sarebbe stata emessa.

Ad ogni modo, passando dal quanto sarebbe potuto accadere a quanto in concreto accaduto, occorre volgere lo sguardo alla disciplina risultante dalle modifiche introdotte dal decreto *discovery*.

Si è già detto che la disciplina vigente, malgrado il rimaneggiamento del legislatore, continui a presentare evidenti limiti. Il contraddittorio "obbligatorio" oggi previsto dall'art. 92, comma 2-*bis*, del Codice antimafia è tale solo sulla carta; le tempistiche del confronto appaiono, a dir poco, esigue e il pericolo che la *discovery* sia solo parziale (e, di rimando, il contraddittorio totalmente inutile) in ragione della non disvelabilità degli elementi indiziari raccolti piuttosto concreto.

Sorge a questo punto spontanea la domanda: ma la disciplina sul procedimento di adozione delle interdittive, come recentemente novellata, è conforme a Costituzione?

I parametri su cui basare il giudizio sono sostanzialmente tre: l'art. 41 CDFUE, l'art. 6 CEDU, l'art. 97 Cost.

Nel prosieguo ci si focalizzerà solamente sul terzo dei parametri invocati, e ciò non perché i primi due siano inconferenti, quanto perché tali strade sono state già sondate, con esiti negativi, nel vigore della previgente disciplina[70].

---

[66] P. AMARELLI, *Interdittive antimafia e 'valori fondanti della democrazia': il pericoloso equivoco da evitare*, op. cit; LONGO, *La "massima anticipazione di tutela". Interdittiva antimafia e sofferenze costituzionali,* op.cit.

[67] Cfr. Corte costituzionale, sent. n. 57/2020, punto 7.2 del considerato in diritto; Cons. St., Sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979, in cui si afferma che "la partecipazione procedimentale, prima ancora che doverosa in base al principio del giusto procedimento, sarebbe utile per l'autorità prefettizia, nei termini di una più efficiente azione amministrativa rispondente al principio del buon andamento della p.a. (art. 97 Cost.)".

[68] LONGO, *La "massima anticipazione di tutela". Interdittiva antimafia e sofferenze costituzionali, op.cit.*

[69] P. AMARELLI, *Interdittive antimafia e 'valori fondanti della democrazia': il pericoloso equivoco da evitare*, op. cit.

[70] La possibilità di invocare a parametro di costituzionalità della disciplina l'art. 6 CEDU (diritto a un equo processo) va esclusa alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, che ha costantemente negato la possibilità di inquadrare le misure di prevenzione patrimoniale nell'ambito della *matière pénale*, presupposto indefettibile perché possa operare il sistema di garanzie contenuto negli artt. 6 e 7 CEDU.

ISSN 2036-7821

Nel precedente paragrafo si è evidenziata l'avvenuta costituzionalizzazione del principio del "giusto procedimento" mediante la valorizzazione del collegamento esistente tra esso e i principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.
Il principio in parola, nell'elaborazione che di esso la Consulta ha fatto nel lontano 1962, impone al legislatore di predisporre un procedimento aperto alla partecipazione del privato, cui deve essere garantita la possibilità di esporre le proprie ragioni, e ciò soprattutto allorquando l'amministrazione sia chiamata all'esercizio di poteri capaci di menomare le situazioni giuridiche dei consociati.
Perché la partecipazione si realizzi, l'autorità amministrativa deve, in primo luogo, rendere il privato edotto dell'esistenza del procedimento, e, per renderne proficuo l'intervento, deve consentirgli di prendere visione degli atti e assicurargli il diritto di presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove pertinenti.
In sostanza, il procedimento "giusto" è quello delineato dalla l. n. 241/90, i cui articoli hanno attuato fattivamente il principio democratico all'interno della pubblica amministrazione, riconoscendo al privato una posizione non deteriore, bensì paritaria, a quella della p.a. nel contesto del rapporto giuridico amministrativo[71].
Se quanto detto è vero, per potere comprendere se la disciplina del procedimento di adozione dell'informativa antimafia sia conforme al principio del giusto procedimento e, di rimando, a Costituzione è sufficiente confrontarla con quella prevista dalla legge generale sul procedimento.
Ebbene, basta una veloce e persino disattenta lettura delle due normative per comprendere che la distanza tra le discipline è siderale.
È sufficiente dire che mentre nella l. n. 241/90 la partecipazione del privato è considerata un valore, nella disciplina in materia di interdittive essa è considerata una sorta di ostacolo alla celere definizione del procedimento.
E allora, posto che la normativa oggi collocata negli artt. 90 ss. del codice antimafia non soddisfa i canoni del "giusto procedimento" e posto che detto principio ha rango costituzionale, la disciplina del procedimento d'adozione dell'informativa è incostituzionale?
Al quesito, alla luce di quanto esposto, sembrerebbe potersi agevolmente rispondere in senso positivo. La realtà, però, è che la scelta di ridimensionare le garanzie partecipative del privato non è un capriccio del legislatore, posto che la lotta alla criminalità organizzata rientra tra gli obiettivi primari dello Stato ed è riconducibile a

---

Per quanto riguarda, invece, l'art. 41 CGUE è sufficiente rammentare quanto precisato dalla CGUE nel rispondere all'ordinanza di rinvio pregiudiziale sollevata dal T.A.R. Puglia, sede di Bari, di cui si è fatto cenno nello scritto. In specie nell'occasione la CGUE ha precisato che il diritto al contraddittorio procedimentale non rappresenta una prerogativa assoluta ma piuttosto soggetta nella sua applicazione ad alcune restrizioni. Sul punto si rinvia a M. COCCONI, *Il perimetro del diritto al contraddittorio nelle informazioni antimafia*, op. cit. p. 52.

[71] R. CHIEPPA, *Mario Nigro e la disciplina del procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 681 ss.

ISSN 2036-7821

valori costituzionali[72]. Per vero, approntare un sistema di tutela efficace contro le mafie rileva tanto quanto garantire la partecipazione del privato in seno al procedimento amministrativo.
D'altronde, il nostro ordinamento non conosce "diritti tiranni" e la Costituzione richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra princìpi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi[73].
Per valutare la legittimità costituzionale della disciplina sul procedimento di adozione delle informative antimafia occorre, prima e soprattutto, comprendere se il bilanciamento fatto dal legislatore tra il valore della sicurezza e le esigenze partecipative del privato soddisfi quella ragionevolezza che, prima di essere parametro giuridico, è parametro di civiltà.
Il bilanciamento tra diritti è un'operazione molto complessa. Un po' come quando la coperta è corta, riuscire a coprire adeguatamente un lato porta alla scopertura dell'altro. Tuttavia, risulta piuttosto evidente che la disciplina delle interdittive antimafia sia a tutto vantaggio della lotta alla criminalità organizzata e trascuri eccessivamente la posizione del privato.
È auspicabile, dunque, un nuovo intervento legislativo, stavolta davvero soddisfacente e risolutivo, che, meglio del precedente, riesca a bilanciare i numerosi e rilevantissimi interessi coinvolti dalla disciplina antimafia.

7. Conclusioni.

Le modifiche introdotte dal decreto *discovery* al codice antimafia non hanno risolto la strutturale lacunosità della disciplina dell'informativa antimafia in punto di garanzie procedimentali.
La partecipazione del privato al procedimento rimane, difatti, tendenzialmente eventuale e la scelta del legislatore di collocare il confronto con l'interessato nella fase pre-decisoria ne ha, di fatto, ridimensionato enormemente le potenzialità.
Il legislatore, insomma, pare in questo caso aver fatto proprio l'insegnamento di Tancredi, nipote del principe Fabrizio Salina che, nel celebre romanzo "il Gattopardo", ebbe a dire "se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi".
Nella forma, in effetti, il legislatore molto ha cambiato. La sostanza pare, invece, immutata.
Ci si trova dinanzi ad un'occasione persa, perché se il legislatore avesse adeguatamente esteso le garanzie partecipative del privato coinvolto nel

[72] Per approfondimenti sul tema della sicurezza pubblica e del suo rilievo costituzionale cfr. T. F. GIUPPONI, *La sicurezza e le sue "dimensioni" costituzionali*, in *Diritti Umani. Teorie, analisi, applicazioni*, a cura di S. VIDA, Bologna, 2008.
[73] Corte cost., sent. 85/2015, punto 9 del considerato in diritto.

ISSN 2036-7821

procedimento interdittivo molto probabilmente le "sofferenze costituzionali" della disciplina sarebbero state definitivamente accantonate.
Si rammenti, in particolare, come la dottrina da tempo sottolinei come la disciplina delle interdittive antimafia sia affetta da un evidente *deficit* di tassatività sostanziale, e ciò in ragione dell'eccessiva indeterminatezza dei presupposti che possono essere posti a base dell'adozione del provvedimento interdittivo.
È certamente vero che la giurisprudenza, amministrativa prima e costituzionale poi, ha negato l'esistenza del problema sottolineando l'adeguatezza dell'impianto normativo, ciononostante, il dibattito sul punto rimane vivo.
È lecito chiedersi se un'estensione concreta delle garanzie partecipative del privato avrebbe consentito il definitivo superamento degli esposti dubbi sull'eccessiva indeterminatezza dei presupposti applicativi delle informative, e ciò anche in considerazione del fatto che la garanzia del contraddittorio procedimentale agevola il sindacato giurisdizionale sulle misure[74].

[74] Al *deficit* di legalità sostanziale può supplire la legalità procedurale. Sul punto cfr. Cons. St. Sez. VI, 24 maggio 2016, n. 2182, in cui si afferma "Il principio di legalità dell'azione amministrativa, di rilevanza costituzionale (artt. 1, 23, 97 e 113 Cost.), impone che sia la legge a individuare, anche se indirettamente, lo scopo pubblico da perseguire e i presupposti essenziali, di ordine procedimentale e sostanziale, per l'esercizio in concreto dell'attività amministrativa.

La giurisprudenza amministrativa è costante nel ritenere che – quando venga in rilievo un potere regolatorio di un'autorità amministrativa indipendente – il primo profilo può avere carattere meno intenso, in ragione dell'esigenza di assicurare, in contesti caratterizzati da un elevato tecnicismo, un intervento regolatorio celere ed efficace. La predeterminazione rigorosa dell'esercizio delle funzioni amministrative comporterebbe un pregiudizio alla finalità pubblica per la quale il potere è attribuito. La dequotazione del principio di legalità in senso sostanziale – giustificata dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire in particolari settori come quelli demandati alle autorità amministrative indipendenti – impone, tuttavia, il rafforzamento del principio di legalità in senso procedimentale: il quale si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore nell'ambito del procedimento di formazione degli atti regolamentari".

ISSN 2036-7821