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
Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 4/2024

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 Martĭnez, 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"

Disciplina e prassi applicativa delle interdittive antimafia: criticità (anche) costituzionali e convenzionali

di Sonia Caldarelli

(Professore di Diritto Amministrativo abilitato II fascia - Avvocato, Phd in Diritto Amministrativo)

Sommario

1. Delimitazione del tema di indagine; - 2. L'interdittiva antimafia: la natura giuridica del provvedimento e le ricadute sulle garanzie formali e sostanziali a tutela dell'impresa; 3 - I dubbi di legittimità costituzionale della disciplina delle interdittive antimafia; - 3.1. Le persistenti criticità; - 4. Le recenti modifiche normative al Codice antimafia: in particolare, il contraddittorio e le misure di prevenzione collaborativa. Ancora sulle irrisolte criticità dell'istituto; - 4.1. Temporaneità dell'interdittiva antimafia, potere di riesame della Prefettura e controllo giudiziario volontario, alla ricerca della "coerenza" del sistema; - 5. Note di sintesi e conclusive.

Abstract

The discipline of anti-mafia information has been at the center of a lively doctrinal debate for years (as well as of a substantial jurisdictional dispute) that involves transversally questions of administrative, constitutional and criminal law. Among the crucial issues (from a systematic point of view) that the legal regime of anti-mafia interdictions poses, there is that of the search for a fair balance between the need to fight organized crime (to which the anti-mafia interdiction measures are functional, but also the preventive measures regulated in the same regulatory complex) and the need to protect the constitutional freedom of enterprise and economic initiative and the dignity and fundamental rights of the person, whenever the interdictory measure affects the ability to support the individual entrepreneur, his family members or his employees.

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

ISSN 2036-7821

1. Delimitazione del tema di indagine.

La disciplina delle informazioni antimafia[1] è ormai da anni al centro di un vivace dibattito dottrinale (oltre che di un consistente contenzioso giurisdizionale) che coinvolge trasversalmente questioni di diritto amministrativo, costituzionale e penale[2]. Tra i nodi cruciali (dal punto di vista sistematico) che il regime giuridico delle interdittive antimafia pone, vi è quello della ricerca di un giusto equilibrio[3] tra l'esigenza di contrasto alla criminalità organizzata (a cui sono funzionalizzati i provvedimenti di interdittiva antimafia, ma anche le misure di prevenzione disciplinate nel medesimo plesso normativo[4]) e l'esigenza di tutela libertà costituzionale d'impresa e di iniziativa economica[5] e della dignità e dei diritti

[1] Il d.l.gs n. 159/2011 recante il "*Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136*", contiene al suo Libro I la disciplina delle misure di prevenzione, mentre il Libro II, artt. 82 ss., è dedicato alle "*nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia*", tra cui rientra l'informazione antimafia (o provvedimento di interdittiva antimafia) adottata dal Prefetto qualora accerti, in una prospettiva di anticipazione della difesa della legalità, l'esistenza di un "tentativo" di infiltrazione mafiosa dell'impresa (art. 84 comma 3); l'informazione antimafia determina, ai sensi dell'art. 94 del Codice, il prodursi di rilevanti effetti interdittivi (di qui il nome di "interdittiva antimafia"), ossia divieti e decadenze che precludono la possibilità di ottenere o di mantenere erogazioni pubbliche, contratti pubblici, provvedimenti amministrativi funzionali ad esercitare attività imprenditoriali (autorizzazioni, licenze, concessioni, iscrizioni in elenchi e registri ovvero in albi professionali, etc.).

[2] Tra i vari contributi in materia, senza pretesa di esaustività e fermi gli ulteriori riferimenti bibliografici contenuti nel testo, si v. A. Police, *La disciplina antimafia tra tutela dell'ordine pubblico e diritto al sostentamento*, in www.amministrazioneincammino.it, 19 dicembre 2023; F. Figorilli, W. Giulietti, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela giurisdizionale*, in Federalismi.it, 2021, 14, 56 ss.; R. Rolli, *L'informazione antimafia come "frontiera avanzata"*, in www.giustiziainsieme.it, 3 luglio 2020; N. Durante, *L'interdittiva antimafia, tra tutela anticipatoria ed eterogenesi dei fini*, in Riv. trim. appalti, 2020, 41693 ss.; G. Amarelli, S. Sticchi Damiani (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019; J. P. De Iorio, *Le interdittive antimafia ed il difficile bilanciamento con i diritti fondamentali*, Napoli, 2019; M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in www.giustamm.it, 2016, 3 1 ss. Nella prospettiva del diritto costituzionale, si v. M. Armanno, *L'informativa antimafia dopo Corte cost. n.180 del 2022: un'indagine in prospettiva costituzionale degli itinerari di riforma e della giurisprudenza amministrativa, in nuove autonomie*, 2023, 1 ss.; A. Longo, *La "massima anticipazione di tutela". Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, in Federalismi.it, 2019, 19, 1 ss.; *Id.*, *La Corte costituzionale e le informative antimafia. Minime riflessioni a partire dalla sentenza n. 57 del 2020*, in Nomos, 2020, 1 ss.; A. Cariola, *Che contenuto ha la libertà personale? Interdittive antimafia, sindacato sull'esercizio del potere amministrativo e problemi di giurisdizione*, in www.dirittifondamentali.it, 2021, 1, 277 ss. In quella penale, per i profili di interesse ai fini del presente contributo, cfr. G. Amarelli, *L'onda lunga della sentenza De Tommaso: ore contate per l'interdittiva antimafia "generica" ex art. 84, co. 4, lett. d) ed e) d.lgs. n. 159/2011*?, in Dir. pen. cont., 2017, 4, 290 ss.

[3] L'espressione è di M. A. Sandulli, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova interdittiva antimafia*, in giustiziainsieme.it, 25 maggio 2023, 2. In questo senso anche, F. Figorilli, W. Giulietti, *op. cit.*, 64.

[4] In questo senso, Corte cost. n.180/2022, punto 5 dei "Considerato in diritto".

[5] Come noto, la libertà di impresa e l'iniziativa economica sono tutelate dall'art. 41 della Costituzione. Sebbene non siano diritti espressamente riconosciuti come "fondamentali", si tratta in ogni caso di diritti costituzionalmente garantiti nonché riconosciuti a livello sovranazionale (si v. in tal senso l'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'art. 1 Prot. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo), il cui eventuale sacrificio deve soggiacere a peculiari garanzie formali e sostanziali (su cui vedi *infra* parr. 2 e 3). Cfr. A. Police, *op. cit.*, 1 ss., il quale rileva che nella materia in esame vengono in rilievo "*diritti fondamentalissimi e primari interessi pubblici in un ambito centrale per l'azione dei pubblici poteri*" (1).

ISSN 2036-7821

fondamentali della persona, tutte le volte che la misura interdittiva incida sulla capacità di sostentamento del singolo imprenditore, dei suoi famigliari ovvero dei suoi dipendenti[6].

Il provvedimento di interdittiva antimafia si basa sulla ritenuta esistenza (da parte dell'autorità amministrativa prefettizia territorialmente competente[7]) di un tentativo (ovvero "rischio" o "pericolo" secondo le locuzioni generalmente utilizzate in giurisprudenza[8]) di infiltrazione mafiosa dell'impresa (non già, quindi, sull'accertamento dell'ingerenza di organizzazioni mafiose nell'impresa) idoneo a condizionare le scelte e gli indirizzi della società[9]; esso determina l'incapacità giuridica dell'impresa di contrarre con la pubblica amministrazione e di essere titolare di autorizzazioni, licenze, nulla osta ovvero di essere beneficiaria di sovvenzioni/contributi pubblici, imponendo la revoca dei provvedimenti favorevoli o abilitativi già rilasciati ovvero il recesso dai contratti già stipulati[10]. Attraverso l'informazione antimafia si vuole evitare che la pubblica amministrazione entri in contatto con soggetti che non siano integralmente liberi da condizionamenti derivanti da organizzazione di stampo mafioso, anticipando la soglia di tutela della legalità al momento del "tentativo" di infiltrazione mafiosa[11]. Poiché l'informazione antimafia produce rilevanti effetti interdittivi, precludendo il mantenimento ovvero l'ottenimento di contributi pubblici, contratti con le amministrazioni, ma anche i provvedimenti o titoli abilitativi necessari per lo svolgimento dell'attività di impresa, essa incide in "*in profondità sulle attività economiche ed imprenditoriali dei destinatari*"[12], potendo anche determinare la cessazione dell'operatore economico[13] che non potrà più

[6] In questo senso si v. Corte cost. n.57/2020, punto 7.2. dei "Considerato in diritto" e più ampiamente Id., n. 180/2022. Anche A. Police, *op. cit.*, 6, osserva che le interdittive antimafia incidono non solo sul proprietario dell'impresa ma anche su tutti colori che vi operano, primi fra tutti i lavoratori.

[7] Si v. art. 90 del Codice Antimafia.

[8] *Ex multis*, Cons. St., Sez. III, 18 settembre 2023, n. 8395.

[9] Si v. Codice antimafia, art. 84 comma 3.

[10] *Ivi*, art. 94 commi 1 e 2.

[11] *Ex multis*, Cons. St., Ad. Pl., 6 aprile 2018, n.3.

[12] In termini, Corte cost. n.180/2022, punto 1 dei "Considerato in diritto".

[13] L'incidenza del provvedimento di interdittiva antimafia sull'esistenza stessa dell'impresa è palese nei casi in cui l'unica attività economica svolta sia basata su una concessione: in tali casiil provvedimento, comportando la revoca della concessione, determina automaticamente la messa in liquidazione dell'operatore economico attinto dalla misura. Lo stesso vale nei casi in cui l'impresa, pur operante esclusivamente sul mercato privato, fondi la sua attività su un'autorizzazione amministrativa: la cessazione dell'impresa, in tali casi, costituisce la conseguenza dell'impossibilità di continuare ad esercitare, sul mercato privato, l'attività economica oggetto di previa autorizzazione. Sotto tale profilo la ricostruzione giurisprudenziale secondo cui l'interdittiva antimafia determinerebbe una incapacità giuridica parziale, in quanto limitata ai rapporti con la pubblica amministrazione, e temporanea, potendo venire meno in sede di riesame del provvedimento da parte della Prefettura (si v. in particolare Cons. St., Ad. Pl. n. 3/2018 cit., ma anche, sul profilo della temporaneità, Corte cost. n. 57/2020) non appare del tutto convincente, ed improntata ad una valutazione di carattere prevalentemente formale: quanto al primo profilo, poiché essa oblitera di considerare che gli effetti interdittivi riguardano anche la permanenza in capo all'impresa dei titoli abilitativi necessari per lo svolgimento di attività economiche sul mercato "privato"; quanto al

ISSN 2036-7821

operare non solo nel "mercato" delle commesse pubbliche, ma neanche in quello "privato", tutte le volte che (ossia nella stragrande maggioranza dei casi) l'esercizio della sua attività presupponga una qualche forma di mediazione amministrativa (un'autorizzazione ovvero anche una mera segnalazione inizio attività[14]).

La delicatezza della materia e degli interessi in gioco[15], sia nella prospettiva nazionale che sovranazionale, con particolare riferimento alla CEDU[16], emerge dai plurimi interventi della Corte costituzionale più volte coinvolta nella valutazione di legittimità costituzionale della normativa in materia di documentazione antimafia (tra i più recenti interventi della Corte, il riferimento è alla sentenza della Corte cost. n.57/2020 e Corte cost. n. 180/2022)[17]; nonché dal coinvolgimento delle giurisdizioni sovranazionali, ossia della Cgue[18] che è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con l'art. 41 Cdfue (sul diritto ad una buona amministrazione) e con il principio generale del contraddittorio procedimentale, dell'art. 92 comma 2 del Codice antimafia che, nella versione anteriore alle modifiche introdotte con il Decreto-legge 6 novembre 2021 n. 152 convertito, con modificazioni, nella legge 29 dicembre 2021, n.

---

secondo profilo, si deve considerare, per un verso, che sebbene l'interdittiva abbia validità, ai sensi dell'art. 86 comma 2 del Codice antimafia, di 12 mesi, la giurisprudenza ha interpretato la norma nel senso che il provvedimento continua a produrre effetti sino all'adozione di una diversa determinazione della Prefettura, il cui potere di riesame, tuttavia, non soggiace a termini perentori di esercizio esponendo quindi l'impresa a ritardi e inerzie dell'amministrazione (il tema è approfondito *infra* par. 4.1.); per altro verso, in quanto il termine di 12 mesi appare sufficiente per condannare un'impresa alla definitiva liquidazione quanto la sua attività economica venga paralizzata per effetto della informazione antimafia. In questo senso, cfr. M. A. Sandulli, *op. cit.*, 3. In giurisprudenza, si v. TAR Bari, sez. III, ord. 13 gennaio 2020, n. 28.

[14] Cons. St., sez. III, 20 gennaio 2020, n. 452. In dottrina, cfr. C. Villanacci, *Gli effetti civilistici dell'interdittiva antimafia,* in *www.giustizia-amministrativa.it*, 3 dicembre 2020.

[15] Sottolinea la delicatezza del tema discendente dal "*contrasto tra l'esigenza di avversare nel modo più efficace, anche con strumenti che anticipino l'intervento dei giudici penali, le attività mafiose e l'esigenza di rispettare la libertà di iniziativa economica delle imprese, costituzionalmente tutelata (…)*", F. G. Scoca, *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, in giustamm.it, 2013, par. 1

[16] Secondo Cons. St. sez. III, 10 agosto 2020, n. 479 si tratta di una "*delicata materia, crocevia di fondamentali valori costituzionali, eurounitari e convenzionali in gioco*".

[17] Oltre alle sentenze della Corte cost. nn. 57/2020 e 180/2022 (su cui veda *infra* par. 3), si v. anche Corte cost. n. 3/2018, n. 178/2021 e n. 118/2022.

[18] Si v. Cgue, ordinanza 28 maggio 2020 causa c-17/20, *MC c. U.T.G. – Prefettura di Foggia*. Il giudice amministrativo di primo grado aveva sollevato dinanzi alla Cgue questione pregiudiziale di interpretazione dell'art. 41 Cdfue e del principio generale del diritto al contraddittorio, in relazione agli artt. 91, 92 e 93 del Codice antimafia (ratione temporis applicabile) nella parte in cui non prevedevano il contraddittorio endoprocedimentale in favore del soggetto interessato. La Cgue ha dichiarato la questione manifestamente irricevibile per difetto del collegamento tra il diritto dell'Unione invocato e l'informazione interdittiva antimafia, rammentando comunque, al par. 28 della decisione, che il rispetto "*dei diritti della difesa….costituisce un principio generale del diritto dell'Unione che trova applicazione quando l'amministrazione intende adottare nei confronti di una persona un atto che le arrechi pregiudizio. In forza di tale principio i destinatari delle decisioni che incidono sensibilmente sui loro interessi devono essere messi in condizione di manifestare utilmente il loro punto di vista in merito agli elementi sui quali l'amministrazione intende fondare la sua decisione*". Il *vulnus* della normativa interna quanto all'assenza di una fase preliminare in contraddittorio con l'interessato nel procedimento di interdittiva antimafia, è stato sanato dal legislatore con il già citato Decreto-legge 6 novembre 2021 n. 152, mediante l'introduzione del nuovo comma 2 bis dell'art. 92: per approfondimenti, si rinvia *infra* par. 4.

ISSN 2036-7821

233, non contemplava alcuna forma di partecipazione nel procedimento dell'impresa sospettata di pericolo di infiltrazione mafiosa e, indirettamente, della giurisprudenza della Corte Edu che, con la sentenza *De Tommaso c. Italia*[19], ha ritenuto non compatibile con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo la disciplina nazionale sulle misure di sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, per violazione del principio di prevedibilità e determinatezza della legge.
Muovendo da tali sollecitazioni, il presente saggio si interroga sulla compatibilità del vigente regime giuridico delle interdittive antimafia come applicato dalla giurisprudenza amministrativa, con le garanzie formali e sostanziali derivanti dal principio di legalità e da quello di necessità e proporzionalità, che devono essere assicurate a fronte di provvedimenti amministrativi che incidono su diritti e libertà garantite dalla Costituzione e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'analisi, oltre ad interrogarsi sulla natura giuridica dell'informazione interdittiva antimafia come ricavabile dalle conferenti disposizioni normative e sulle conseguenti implicazioni sul piano delle garanzie, si sofferma anche sulle modifiche normative che hanno interessato la materia, sia con riferimento a quelle di natura sostanziale (consistenti nella introduzione del contraddittorio procedimentale e delle misure amministrative di prevenzione collaborativa[20]) sia in relazione al controllo giudiziario a domanda[21], al fine di valutare se esse, certamente mosse dall'esigenza di superare alcune criticità dell'istituto evidenziate dalla dottrina e da parte della giurisprudenza amministrativa[22], siano anche in grado di superare i dubbi relativi alla coerenza della disciplina del Codice antimafia con il paradigma di legalità sostanziale e con i limiti derivanti dal principio di necessità dell'ingerenza.

2. L'interdittiva antimafia: la natura giuridica del provvedimento e le ricadute sulle garanzie formali e sostanziali.

Il Codice antimafia contiene, oltre alla disciplina delle misure di prevenzione (applicate dall'autorità giudiziaria all'esito di un giudizio), la disciplina della documentazione antimafia, ossia della comunicazione antimafia e della informazione antimafia che devono essere obbligatoriamente acquisite dalla pubblica amministrazione e dagli altri enti pubblici prima di stipulare contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi o forniture pubbliche ovvero prima di rilasciare provvedimenti di autorizzazione, concessione ovvero di erogazione di contributi pubblici. Sotto il profilo formale, secondo quanto disposto dall'art. 84 del Codice antimafia, la comunicazione e l'informazione antimafia sono "attestazioni": in particolare, la

[19] Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, ricorso n. 43395/09, causa *De Tommaso c. Italia*.
[20] Su cui vedi *infra*, par. 4.
[21] Su cui vedi *infra* par. 4.1.
[22] Vedi *supra* nota n. 19 ed in particolare si v. i dubbi e criticità sollevati nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale dal TAR Puglia, Bari, n. 28/2020 *cit*..

ISSN 2036-7821

comunicazione antimafia attesta la "*sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67*", ossia ha una valenza meramente ricognitiva degli effetti dell'avvenuta applicazione di una misura di prevenzione dal parte del Giudice penale con provvedimento definitivo (ovvero, per dirlo in altri termini, è espressione di "un'attività amministrativa vincolata"[23]); l'informazione antimafia, viceversa, oltre a quanto già previsto per la comunicazione antimafia, attesta, la "*sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate*"[24]: come osservato in dottrina[25], a differenza della comunicazione antimafia, l'informazione antimafia, al di là del *nomen iuris*, non ha natura meramente "informativa", ma è espressione dell'esercizio di un potere di valutazione e di accertamento dell'autorità prefettizia, all'esito di un apposito procedimento amministrativo e sulla base di un motivato giudizio, dell'esistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa dell'impresa. Da un simile accertamento deriva, ai sensi dell'art. 94 del Codice antimafia, una forma di "incapacità giuridica"[26] che è quella di contrarre con la pubblica amministrazione ovvero di essere titolare di autorizzazioni, licenze, nulla osta, concessioni ovvero ancora di ricevere erogazioni o sovvenzioni pubbliche[27] nonché, per effetto dell'art. 89 bis del Codice antimafia[28], l'applicazione del regime di cui all'art. 67 (che individua gli effetti conseguenziali al provvedimento giudiziario definitivo di applicazione della misura di prevenzione e meramente "attestati" dalla comunicazione antimafia).
Se ne ricava che l'informazione antimafia non ha consistenza di mera ricognizione di un fatto o di effetti già prodotti, bensì di accertamento dal quale derivano effetti costitutivi fortemente pregiudizievoli per l'impresa.

[23] Corte cost. n. 178/2021, punto 4.4.1. dei "Considerato in diritto".

[24] L'art. 84, rubricato "definizioni", dopo aver disposto al suo comma 1 che "*la documentazione antimafia è costituita dalla comunicazione antimafia e dall'informazione antimafia*", definisce al comma 2 la "comunicazione antimafia" chiarendo che essa "*consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67*" e al comma 3 "l'informazione antimafia", chiarendo che essa consiste, invece, "*nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67, nonché, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 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* (…)".

[25] F. G. Scoca, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in Giustamm.it, 2018, 6, 1 ss. F. Figorilli, W. Giulietti, *op. cit*., 56 ss., in particolare 58.

[26] In questo senso, Cons. St., Ad. Pl. n. 3/2018 *cit*.

[27] L'unica eccezione stabilita dalla legge, è quella prevista al comma 3 dell'art 94 secondo cui "*I soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, non procedono alle revoche o ai recessi di cui al comma precedente nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi*": per approfondimenti sulla portata di tale disposizione, si v. C. Contessa, *La mancata revoca dell'affidamento ad impresa colpita da informativa antimafia,* in Urb. e app., 2015, 2203 ss.

[28] Cfr. Cons. Stato, sez. III, 4 marzo 2024, n. 2062. In questo, in dottrina, si v. F. Figorilli, W. Giulietti, *op. cit*., 59 che richiama anche Corte Cost. 4/2018.

ISSN 2036-7821

Quanto ai presupposti dell'adozione di tale provvedimento, il comma 4 dell'art. 84 del Codice antimafia elenca le situazioni dalle quali la Prefettura desume il tentativo di infiltrazione mafiosa dell'impresa (che dà luogo all'adozione del provvedimento): oltre ai c.d. reati spia e alle altre situazioni tipizzate[29], lo stesso art. 84 comma 4, alla lett. d), prevede che il tentativo di infiltrazione mafiosa dell'impresa possa essere desunto da (altri) "*accertamenti disposti dal Prefetto*", ossia da elementi che, in quanto derivanti dagli autonomi accertamenti disposti dall'amministrazione, non sono predeterminati dalla legge ma lasciati, in sede di esercizio dei poteri istruttori, alla libera individuazione, selezione e scelta dell'autorità amministrativa[30]; a sua volta il comma 6 dell'art. 91 del d.lgs. n. 159/2011 ss. mm. ii. prevede che il Prefetto "*può, altresì, desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa 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 di impresa possa, anche modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata (…)*".

Secondo la disciplina del Codice l'interdittiva antimafia è, quindi, un provvedimento basato sull'accertamento di un tentativo di infiltrazione mafiosa desunto da elementi tipizzati dalla legge ovvero (c.d. a condotta libera) individuati e scelti dalla Prefettura (questi ultimi "imprevedibili" e "indeterminati", perché lasciati all'apprezzamento dell'amministrazione); il suo presupposto non è costituito dall'avvenuta infiltrazione mafiosa dell'impresa (sicché non è richiesto alla Prefettura di individuare elementi dimostrativi di tale infiltrazione), ma da elementi che denotino il (solo) "tentativo" di

[29] Si riporta di seguito il testo del comma 4 dell'art. 84 del Codice Antimafia: "*Le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa che danno luogo all'adozione dell'informazione antimafia interdittiva di cui al comma 3 sono desunte: a) dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluni dei delitti di cui agli articoli 353, 353-bis, 603-bis, 629, 640-bis, 644, 648-bis, 648-ter del codice penale, dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale e di cui all'articolo 12-quinquies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356 ((, nonché dei delitti di cui agli articoli 2, 3 e 8 del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74)); b) dalla proposta o dal provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione; c) salvo che ricorra l'esimente di cui all'articolo 4 della legge 24 novembre 1981, n. 689, dall'omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di cui agli articoli 317 e 629 del codice penale, aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, da parte dei soggetti indicati nella lettera b) dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste; d) dagli accertamenti disposti dal prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'interno ai sensi del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, ovvero di quelli di cui all'articolo 93 del presente decreto; e) dagli accertamenti da effettuarsi in altra provincia a cura dei prefetti competenti su richiesta del prefetto procedente ai sensi della lettera d); f) dalle sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, effettuate da chiunque conviva stabilmente con i soggetti destinatari dei provvedimenti di cui alle lettere a) e b), con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti coinvolti nonché le qualità professionali dei subentranti, denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia*".

[30] Si parla in questi casi di informativa antimafia c.d. "generica" ovvero "a condotta libera", in cui gli elementi fattuali sono lasciati al prudente apprezzamento del prefetto: si v. Cons. St., sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105.

ISSN 2036-7821

condizionamento dell'impresa[31]. Allorquando la Prefettura accerti l'esistenza di tale presupposto essa adotta l'informazione antimafia, dalla quale deriva una forma di incapacità giuridica dell'operatore economico: il provvedimento ha, quindi, natura "sacrificativa" e afflittiva (anche se non formalmente punitiva o sanzionatoria)[32].

A fronte della (oggettivamente) scarna disciplina di fonte primaria quanto ai presupposti, limiti e condizioni di esercizio del potere, la giurisprudenza amministrativa (investita di un consiste contenzioso in materia) ha svolto un'opera di "supplenza" nella specificazione e puntualizzazione di aspetti essenziali dell'istituto (quali i presupposti di adozione del provvedimento, la sua natura giuridica, l'oggetto della valutazione prefettizia, le modalità di accertamento e i relativi parametri), delineando uno "statuto" delle interdittive antimafia che di seguito si sintetizza (trattandosi di principi e criteri ormai consolidati nella giurisprudenza e ampiamente noti alla letteratura):

- l'interdittiva antimafia è un provvedimento di natura cautelare e preventiva, che mira a prevenire tentativi di infiltrazione mafiosa dell'impresa anticipando massimamente la soglia della tutela della legalità[33];

- il paradigma legale di riferimento (codificato dagli artt. 84 e 91 del d.gs. n. 159/2011 ss. mm. ii.) è volutamente elastico là dove affida al Prefetto l'apprezzamento di indici sintomatici di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa dell'impresa;

- quanto all'oggetto dell'accertamento demandato alla Prefettura, l'espressione "tentativo" di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 84 e 91 del Codice antimafia (che potrebbe rimandare alla declinazione penalistica di "*atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto" di cui all'art. 56 c.p.a., il cui accertamento postulerebbe quindi di "provare fatti storicamente avvenuti*"[34]), deve intendersi come "rischio" o

[31] Quanto agli "elementi" necessari ai fini del "tentativo" di infiltrazione mafiosa e alla declinazione di tale locuzione in termini di "rischio" o "pericolo" si veda *infra*.

[32] Non pare revocabile in dubbio che il provvedimento di interdittiva antimafia incida in termini negativi sulla capacità giuridica dell'impresa: si tratta quindi di un provvedimento che ha natura afflittiva, precludendo all'impresa non solo di accedere alle commesse pubbliche, ma anche di essere titolare delle autorizzazioni, licenze o nulla osta necessarie all'esercizio dell'attività, in questo senso disponendo l'art. 94 del Codice antimafia. Sul tema della natura "sanzionatoria" dell'interdittiva e sulle implicazioni sul piano delle garanzie, si veda *infra* nota n. 42.

[33] Si è al riguardo chiarito che "*la misura interdittiva, essendo il potere esercitato espressione della logica di anticipazione della soglia di difesa sociale, finalizzata ad assicurare una tutela avanzata nel campo del contrasto alle attività della criminalità organizzata, non deve necessariamente collegarsi ad accertamenti in sede penale di carattere definitivo sull'esistenza della contiguità dell'impresa con organizzazione malavitose, e quindi del condizionamento in atto dell'attività di impresa, ma può essere sorretta da elementi sintomatici e indiziari da cui emergano sufficienti elementi del pericolo che possa sussistere il tentativo di ingerenza nell'attività imprenditoriale della criminalità organizzata*", cfr. Cons. St., sez. III, 6 giugno 2022, n. 4616. In termini critici rispetto alla ritenuta natura cautelare e di urgenza dell'interdittiva antimafia, si v. F. Figorilli, W. Giulietti, *op. cit.*, par. 2, 59 ss.

[34] In termini, F. G. Scoca, *op. loc. ult. cit.*, 5. Si v. anche C., Miccicché, *L'azione di contrasto preventivo alla criminalità mafiosa e le informazioni antimafia interdittive: tra legalità ed efficacia,* in Jus-online, 2019, 1, 19 ss., in particolare 27-28.

ISSN 2036-7821

"pericolo" (ossia mera possibilità[35]) di infiltrazione mafiosa, richiedendosi a tale fine una valutazione o giudizio di tipo prognostico (come tale "opinabile") circa la probabilità che il fatto accada[36], basato sull'indicazione di elementi indiziari (o sintomatici) gravi precisi e concordanti idonei a denotare un pericolo attuale e concreto di infiltrazione mafiosa dell'impresa tali da offrire un quadro oggettivo del pericolo di infiltrazione mafiosa[37];

- oltre agli elementi tipizzati da legislatore, il pericolo di infiltrazione mafiosa può essere desunto da altre situazioni indiziarie rimesse al libero apprezzamento della Prefettura.

Sempre la giurisprudenza amministrativa, al fine di rendere meno incerti i presupposti di adozione del provvedimento (che, come appena rilevato, non sono esaustivamente previsti dal legislatore, in quanto demandati anche al prudente apprezzamento della Prefettura), ha compiuto uno sforzo tassativazzante, a partire dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 17436/2016[38], individuando gli "indici" o "spie" dell'infiltrazione mafiosa, comunque precisando che essi costituiscono un catalogo aperto e non già un *numerus clausus*. Contestualmente, si è anche precisato che il pericolo di infiltrazione mafiosa deve essere valutato secondo un ragionamento induttivo che non richiede di attingere ad un livello di certezza oltre ogni ragionevole dubbio (secondo lo standard probatorio della responsabilità penale) ma "*implica una prognosi assistita da un attendibile grado di verosimiglianza (…) si da ritenere più probabile che non il pericolo di infiltrazione mafiosa*"[39], nel senso che per ritenere provato il tentativo di infiltrazione mafiosa è sufficiente che tale ipotesi sia più probabile di tutte le altre messe insieme (ossia rappresenti il 50% + 1 di possibilità).

Quanto alla coerenza dell'informazione antimafia con il principio basilare dello Stato di diritto, costituito dal rispetto della legalità sostanziale, il giudice amministrativo ha "giustificato" le peculiarità dell'interdittiva antimafia in ragione della funzione anticipatoria della soglia di contrasto alla criminalità organizzata e della natura della interdittiva antimafia, quale provvedimento cautelare e preventivo, non sanzionatorio/punitivo[40]: in altri termini, si è ritenuto che la funzione di prevenire l'infiltrazione mafiosa nelle imprese, massimamente anticipando la soglia di tutela al

[35] F. G. Scoca, *op. loc. ult. cit*., 5. Si rinvia al contributo del Maestro per l'illustrazione della evoluzione della giurisprudenza amministrativa quanto alla definizione dell'oggetto dell'accertamento della Prefettura e alle implicazioni derivanti dall'uso delle diverse formule "tentativo" e "pericolo" o "rischio".

[36] Corte cost. n. 57/2020, punto 4.1. del "Considerato in diritto".

[37] Di recente, sul punto, Cons. St., sez. III, 2 aprile 2024, n. 2993.

[38] Cons. St., sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

[39] *Ex multis*, Cons. St., sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105. La giurisprudenza successiva della sezione è tutta conforme a tale orientamento.

[40] In questo senso, per tutte, Cons. St., Ad. Pl., n.3/2018 *cit*.. La Corte costituzionale con le sentenze nn. 118/2022, 178/2021 e 57/2020, ha condiviso la tesi della natura non sanzionatoria, ma cautelare e preventiva, delle interdittive antimafia.

ISSN 2036-7821

solo tentativo o rischio o pericolo di infiltrazione mafiosa, giustificherebbe, stante la natura cautelare e preventiva del provvedimento, un arretramento della predeterminazione legislativa dei presupposti di esercizio del potere e, quindi, l'elasticità del paradigma legale di riferimento (basato su una clausola aperta, ossia quella di tentativo di infiltrazione mafiosa); inoltre, poiché il provvedimento di interdittiva antimafia non avrebbe contenuto sanzionatorio-punitivo (ma di prevenzione e cautelare), sarebbe anche privo dei caratteri di misura sostanzialmente penale (punitiva), sicché non potrebbero trovare applicazione le garanzie di cui agli artt. 6 (giusto processo) e 7 (nulla poena sine lege) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo[41].

Rispetto a tali coordinate interpretative, si impongono immediatamente alcune riflessioni critiche quanto alla natura del potere esercitato dalla Prefettura in sede di adozione dell'interdittiva antimafia e alle relative implicazioni sul piano delle garanzie formali e sostanziali.

Il provvedimento di interdittiva antimafia ha indubbiamente carattere sacrificativo della libertà di iniziativa economica e può anche incidere sul soddisfacimento dei bisogni primari dell'imprenditore, della sua famiglia e dei lavoratori, potendo determinare la definitiva cessazione dell'impresa; esso può essere adottato in base ad un accertamento meramente probabilistico, basato su elementi indiziari, non specificamente predeterminati dalla legge ma lasciati alla valutazione del Prefetto.

L'ampiezza dei poteri della Prefettura non riguarda la scelta su se adottare o meno il provvedimento ovvero sul come graduarne le conseguenze o il contenuto, bensì esclusivamente il momento dell'accertamento del presupposto previsto dalla legge. In altri termini, una volta che la Prefettura abbia accertato l'esistenza di un tentativo di infiltrazione mafiosa, l'adozione dell'informazione antimafia assume carattere vincolato, non essendo previsto alcun margine di scelta o di apprezzamento quanto

[41] In realtà, l'esclusione delle interdittive antimafia dalla "materia penale" ai sensi della CEDU, è suscettibile di critica alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, secondo cui la natura sostanzialmente penale di una misura formalmente amministrativa, si ricava dal suo contenuto afflittivo (c.d. criteri Engels) e non già dalla sua natura formalmente sanzionatoria: l'interdittiva antimafia (sebbene si possa convenire in ordine al fatto che sia priva di carattere formalmente sanzionatorio o punitivo, trattandosi di una misura di "prevenzione"), è certamente un provvedimento fortemente afflittivo (potendo addirittura determinare la cessazione di una impresa): sotto tale profilo, essa potrebbe pertanto ricadere sotto il regime giuridico di cui agli artt. 6 e 7 Cedu, rispetto al quale potrebbe ritenersi incompatibile sia per violazione del principio di legalità in senso forte, sia in ragione dello standard probatorio basato sul criterio del più probabile che non, in luogo di quello dell'accertamento oltre ogni ragionevole dubbio. Nel senso della possibile natura di "sanzione penale" dell'interdittiva antimafia alla luce dei canoni CEDU, con conseguente necessità di rigoroso rispetto delle condizioni di cui agli artt. 6 e 7 CEDU, si v. F. Figorilli, W. Giulietti, *op. cit.*, 65-66, A. Longo, *La "massima anticipazione di tutela". Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali, op. cit.*, 22 ss.; G. Amarelli, *op. loc. ult. cit.*, 4; quanto alla conseguente possibilità di applicare il paradigma della full jurisdiction al contenzioso sulle interdittive antimafia, si v. L. Bordin, *Contraddittorio endoprocedimentale e interdittive antimafia: la questione rimessa alla Corte di Giustizia. E se il problema fosse altrove?*, in Federalismi.it, 2020, 22, 34.

ISSN 2036-7821

all'*an*, al *quid* o al *quomodo* del provvedimento[42]: l'interdittiva antimafia non è, pertanto, espressione di discrezionalità amministrativa, non postulando valutazioni di "opportunità"[43], né la ponderazione degli interessi contrapposti[44] (tanto è vero che la Prefettura non può modulare gli effetti dell'interdittiva antimafia[45] ovvero non può decidere di non adottare il provvedimento qualora ritenga che la misura costituisca, ad esempio, un sacrificio eccessivo rispetto ad altri interessi quali quello della garanzia dei mezzi di sostentamento dell'imprenditore, della sua famiglia, dei dipendenti), ma è frutto di un'attività di accertamento "opinabile" (in quanto basata non già sulla dimostrazione di un fatto, ma sulla eventualità di un tentativo e quindi di una possibilità di suo accadimento[46]).

Una simile precisazione appare necessaria alla luce dell'affermazione nella giurisprudenza amministrativa della natura "fortemente discrezionale" del provvedimento di interdittiva antimafia con ogni conseguenza in ordine al relativo sindacato giurisdizionale[47].

Si tratta, piuttosto, di una decisione basata su un accertamento opinabile del presupposto di esercizio del potere, perché riferito ad un "tentativo" o "rischio" o "pericolo",[48]: la struttura del potere, come conformato dalla legge, è quindi molto più vicina a quello espressione della discrezionalità tecnica in cui non opera una comparazione tra interesse pubblico primario e interessi secondari né la scelta sulla soluzione più opportuna per l'interesse pubblico da perseguire, bensì l'accertamento di un fatto in base a criteri specialistici o scientifici opinabili, ma da essa si discosta[49] in quanto non vengono in rilievo fatti da accertarsi tramite criteri scientifici o tecnici o

---

[42] Sull'assenza di margini di discrezionalità amministrativa si v. F. G. Scoca, *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, *op. cit*. Su tali profili, cfr. anche F. Figorilli, W. Giulietti, *op. cit*., 67

[43] F. G. Scoca, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata, op. cit.*, ., 4.

[44] In questo senso, F. Figorelli, W. Giulietti, *op. cit*., par. 3, 66 ss. E' d'obbligo il richiamo alla dottrina tradizionale sulla discrezionalità, ossia M. S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione,* Milano, 1939, nonché la rilettura della relativa evoluzione ad opera di F. G. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in Riv. Trim. dir. pubbl., 2000, 1045 ss.

[45] Sulle recenti modifiche normative che hanno introdotto, nel rispetto del principio di gradualità e proporzionalità, la possibilità per la Prefettura di adottare, in luogo dell'interdittiva antimafia, misure amministrative di prevenzione collaborativa, si veda *infra*, par 4.

[46] In questo senso, ancora F. G. Scoca, *op. loc. ult. cit*., 4. Secondo F. Figorilli, W. Giulietti, *op. cit.*, 64, i provvedimenti di interdittiva antimafia sarebbero espressione di un "*potere inibitorio sull'attività privata connessa al solo verificarsi dell'accertamento positivo della condizione di infiltrazione mafiosa e di idoneità di essa al condizionamento della gestione dell'impresa*".

[47] Cfr., *ex multis* Cons. St., sez. III, 3 luglio 2019, n.4570; *Id.*, 15 febbraio 2018, n.971.

[48] Si v. A Police, *op. cit*., 3 il quale rileva che è "*discrezionale l'apprezzamento della pericolosità di alcuni fatti o condotte, della loro cronicità ovvero della loro occasionalità*".

[49] Nel senso della peculiarità del potere esercitato dal Prefetto in sede di adozione dell'informazione antimafia, si v. G. Sigismondi, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti,* in Riv. Trim. dir. pubbl., 2015, 705 ss.; M. Mazzamuto, *Profili di documentazione antimafia*, *op. cit*., 1 ss..

ISSN 2036-7821

specialistici, [50] bensì l'accertamento di un "*tentativo di infiltrazione mafiosa*" o "*pericolo o rischio di infiltrazione mafiosa*": un simile accertamento richiama metodi di giudizio prognostico o probabilistico di "pericolosità" che, in uno ordinamento democratico, presuppongono la predeterminazione legislativa degli elementi oggettivi e verificabili, non indeterminati e vaghi, sulla cui base il giudizio prognostico può essere sviluppato[51]. L'ampiezza dei poteri della Prefettura (in ragione della quale la giurisprudenza amministrativa, sebbene in modo non rigoroso per le ragioni espresse, utilizza l'espressione "discrezionalità"[52]) riguarda proprio il predetto accertamento (e quindi la fase istruttoria e i relativi poteri) diretto a dimostrare il solo tentativo, rischio o pericolo di infiltrazione mafiosa idoneo a condizionare l'impresa[53]. In relazione a tale accertamento, la Prefettura gode di ampi poteri istruttori e di valutazione dell'esistenza del presupposto di adozione dell'interdittiva i quali, in ragione della indubbia natura sacrificativa della misura interdittiva, dovrebbero essere assoggettati a rigorosi limiti sia in termini di rispetto della legalità sostanziale[54], sia sotto il profilo

[50] Come noto, si parla di "discrezionalità tecnica" quando l'adozione del provvedimento amministrativo presuppone l'accertamento di un fatto attraverso il ricorso a cognizioni tecniche e scientifiche di carattere specialistico la cui applicazione non garantisce un risultato univoco e oggettivo, bensì opinabile: di qui la differente struttura del potere rispetto alla discrezionalità amministrativa, la quale postula non solo il "momento del giudizio" (ossia di acquisizione dei fatti), ma anche quello di scelta in base alla corretta valutazione e ponderazione degli interessi rilevanti. La categoria concettuale della discrezionalità tecnica, rispetto alla quale M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, *Vol. I*, Milano, 1970, 488, ne evidenziava la peculiarità rispetto alla "discrezionalità amministrativa" imputando ad un errore della dottrina il *nomen* (non avendo essa "*nulla di discrezionale*"), è stata oggetto di molteplici trattazioni in dottrina: a mero titolo esemplificativo, tra i contributi più recenti, si v. F. Cintioli, *Tecnica e processo amministrativo*, in Dir. Proc. Amm., 2004, 983 ss.; Id., voce *Discrezionalità tecnica* (dir. amm.), in Enc. Dir., Vol. II, Milano, 2008, 481 ss.; A. Moliterni (a cura di), *Le valutazioni tecnico scientifiche tra amministrazione e giudice*, Napoli, 2021, passim.

[51] Non si condivide sotto tale profilo l'approccio tendente a ricondurre i poteri della Prefettura a margini di discrezionalità tecnica (in termini, CGARS, 25 ottobre 2023, n.729), con conseguente possibile riferimento ai "concetti giuridici indeterminati" ovvero alle clausole aperte e recupero delle garanzie formali e sostanziali attraverso la "partecipazione procedimentale" ovvero la "full jurisdiction": in senso critico, su tali profili, si v. anche A. Longo, *La Corte costituzionale e le informative antimafia*, *op. cit.*, 8. Coglie le peculiarità del potere della Prefettura rispetto al modello di attività provvedimentale di carattere generale, Cons. St., sez. III, 9 ottobre 2023, n. 8765 là dove afferma che il potere di adottare interdittive antimafia si basa su "*valutazioni necessariamente opinabili, di consistenza magmatica siccome attinenti all'apprezzamento di rischi e non all'accertamento di fatti*", mentre appare criticabile l'implicazione che ne fa discendere, ossia che una simile conformazione del potere non consentirebbe una predeterminazione legislativa delle condizioni di esercizio del potere.

[52] Si v. Cons. St., sez. III, 18 settembre 2023, n. 8395 secondo cui "*l'informativa antimafia implica una valutazione discrezionale da parte dell'autorità prefettizia in ordine al pericolo di infiltrazione mafiosa, capace di condizionare le scelte e gli indirizzi dell'impresa*".

[53] Come correttamente rilevato da F. Figorelli, W. Giulietti, *op. cit.*, 69, le condizioni che devono ricorrere affinché possa dirsi integrato il presupposto del potere di adottare l'interdittiva antimafia sono il "tentativo di infiltrazione mafiosa" e la "sua idoneità al condizionamento dell'impresa". La precisazione appare necessaria in quanto, sovente, in giurisprudenza, il profilo della idoneità del pericolo di infiltrazione mafiosa a condizionare, in concreo, la conduzione dell'impresa appare piuttosto sfumato: in questo senso, si v. F. G. Scoca, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta anticipata alla criminalità organizzata*, *op. cit.*, par. 5.

[54] Richiama il principio di tipicità della fattispecie con riferimento alle interdittive antimafia, CGARS, 9 luglio 2018, n. 385.

ISSN 2036-7821

dei principi di necessità e proporzionalità. Si devono al riguardo richiamare le parole della Corte costituzionale che con riferimento a misure restrittive della libertà di impresa e del diritto di proprietà non aventi carattere penale ha affermato che esse devono *"soggiacere al combinato disposto delle garanzie cui la Costituzione e la stessa CEDU subordinano la legittimità di qualsiasi restrizione ai diritti in questione"*, ossia *"a) la sua previsione attraverso una legge (artt. 41 e 42 Cost.) che possa consentire ai propri destinatari, in conformità alla costante giurisprudenza della Corte EDU sui requisiti di qualità della "base legale" della restrizione, di prevedere la futura possibile applicazione di tali misure (art. 1 Prot. Add. CEDU); b) l'essere la restrizione "necessaria" rispetto ai legittimi obiettivi perseguiti (art. 1 Prot. add. CEDU) e pertanto proporzionata rispetto a tali obiettivi, ciò che rappresenta un requisito di sistema anche nell'ordinamento costituzionale italiano per ogni misura della pubblica autorità che incide sui diritti dell'individuo, alla luce dell'art. 3 Cost.; nonché c) la necessità che la sua applicazione sia disposta in esito ad un procedimento che – pur non dovendo necessariamente conformarsi ai principi che la Costituzione e il diritto convenzionale dettano specificamente per il processo penale – deve tuttavia rispettare i canoni generali di ogni giusto processo garantito dalla legge (artt. 111, primo, secondo e sesto comma Cost., e 6 CEDU, nel suo "volet civil"), assicurando in particolare la piena tutela al diritto di difesa (art. 24 Cost.) di colui nei cui confronti la misura sia richiesta"*[55].

Dalle considerazioni svolte si possono trarre alcune implicazioni: la prima è che la Prefettura non può graduare o mitigare gli effetti dell'interdittiva antimafia, né può scegliere di non adottarla motivando la decisione in base, ad esempio, alla preminenza dell'interesse privato al mantenimento delle condizioni essenziali per il soddisfacimento dei bisogni primari di esistenza[56]; la seconda è che il sindacato del giudice amministrativo sulle impugnazioni di tali provvedimenti non dovrebbe trincerarsi dietro ai limiti del sindacato sui provvedimenti espressione di discrezionalità amministrativa, ma dovrebbe verificare la veridicità, esaustività, completezza degli elementi assunti dalla prefettura a fondamento dell'accertamento del "tentativo di infiltrazione mafiosa"[57]; la terza è che, in considerazione degli effetti

[55] Si veda Corte cost. n. 24/2019 punto 10.4.3. dei "Considerato in diritto", relativa al sequestro e alla confisca di prevenzione, rispetto alle quali, precisa la Corte "*Pur non avendo natura penale, sequestro e confisca di prevenzione restano peraltro misure che incidono pesantemente sui diritti di proprietà e di iniziativa economica, tutelati a livello costituzionale (artt. 41 e 42 Cost.) e convenzionale (art. 1 Prot. add. CEDU)*".

[56] Come si vedrà *infra* par. 3, la questione è particolarmente rilevante alla luce della giurisprudenza costituzionale che ha evidenziato un *vulnus*, sul punto, del Codice antimafia e una chiara violazione, sotto tale profilo, della Costituzione.

[57] In questo senso, si vedano i più recenti approdi del giudice amministrativo (*ex multis*, Cons. St., sez. III, 4 marzo 2024, n. 2062) che affermano il pieno accesso al fatto e il sindacato sulla veridicità o meno degli elementi assunti dal Prefetto a fondamento del provvedimento antimafia, ovvero della loro completezza ed esaustività: sennonché, al di là delle formule descrittive utilizzate in giurisprudenza, è innegabile, non solo alla luce del contenuto sostanziale delle sentenze in materia, ma anche dell'esiguo numero di ricorsi accolti avverso tali provvedimenti, una indubbia deferenza del giudice amministrativo rispetto alle valutazioni della Prefettura: su tali profili, si v. R. Greco, *op. cit.*, 33; A. Police, *op. cit.*, 5 ; F. Figorilli, W. Giulietti, *op. cit.*, 91.

ISSN 2036-7821

indubbiamente sacrificativi dell'interdittiva antimafia, l'accertamento del tentativo di infiltrazione mafiosa, presupposto del provvedimento, dovrebbe essere rigorosamente astretto dall'onere di provare il pressoché certo tentativo o rischio di infiltrazione mafiosa dell'impresa tale da rendere necessario ed indefettibile il provvedimento interdittivo[58]: ciò come postulato dell'esigenza di ricondurre il potere della Prefettura entro le garanzie di proporzionalità e necessità che devono presiedere ogni provvedimento amministrativo che incida su diritti e libertà costituzionalmente garantite[59]. In altri termini, proprio la peculiare natura del potere (che non è espressione di discrezionalità amministrativa nel senso tradizionalmente inteso, né di discrezionalità tecnica in senso stretto, bensì di un potere di accertamento ampiamente opinabile della Prefettura in quanto basato su elementi sintomatici il pericolo o la possibilità che un fatto possa accadere[60]), reca con sé che i limiti di tale potere istruttorio di accertamento debbano essere conformati in modo tale da assicurare l'indefettibile rispetto della legalità sostanziale, con conseguente predeterminazione dei limiti e condizioni di esercizio di quel potere che non può essere demandato ad una clausola talmente elastica da non consentire la prevedibilità e certezza dell'azione amministrativa, nonché di quelli di proporzionalità, necessità e adeguatezza che richiedono, ai fini dell'interferenza dell'autorità pubblica in libertà o diritti costituzionalmente (o convenzionalmente) tutelati, che essa sia assolutamente necessaria per assicurare tutela all'interesse pubblico.

3. I dubbi di legittimità costituzionale della disciplina delle interdittive antimafia.

[58] Sulla regola probatoria - di invenzione pretoria - di accertamento del tentativo di infiltrazione mafiosa in base al criterio del "più probabile che non", si può richiamare in termini fortemente critici, una "isolata" sentenza del CGARS, 9 luglio 2018, n. 385 la quale ha rilevato che "*la c.d. regola del più probabile*" se "*isolatamente considerata sarebbe aberrante in un sistema ispirato alla tutela dei diritti fondamentali (…)*".

[59] Di nuovo, si v. Corte cost. n. 24/2019 punto 10.4.3. dei "Considerato in diritto".

[60] Di recente il giudice amministrativo, proprio per le peculiarità delle interdittive antimafia, ha affermato (si v. Cons. St., sez. III, 6 maggio 2020, n. 2854) che il potere della Prefettura di adozione delle interdittive antimafia sarebbe espressione di una "*discrezionalità amministrativa declinata in questa delicata materia sotto l'aspetto del ragionamento probabilistico compiuto dall'amministrazione*" ovvero che l'espressione discrezionalità dovrebbe "*intendersi qui non nel senso, tradizionale e ampio, di ponderazione comparativa di un interesse pubblico primario rispetto ad altri interessi, ma in quello, più moderno e specifico, di equilibrato apprezzamento del rischio infiltrativo in chiave di prevenzione secondo corretti canoni di inferenza logica.*" (*Id.*, sez. III, 18 settembre 2023, n. 8395). Sebbene non si condivida sotto il profilo teorico l'elaborazione di una accezione moderna e specifica di "discrezionalità" intesa come "equilibrato apprezzamento del rischio infiltrativo", proprio il riconoscimento del fatto che il *proprium* del potere esercitato dalla Prefettura sta nell'accertamento del tentativo di infiltrazione mafiosa secondo una logica inferenziale e che anche tale accertamento deve sottostare alle regole generali che presiedono l'azione amministrativa, avrebbe dovuto condurre per un verso, all'affermazione del principi di legalità sostanziale in senso forte, quale corollario dell'art. 97 della Cost., per altro verso a quelli di proporzionalità e necessità, i quali, applicati al potere prefettizio, richiederebbero l'individuazione precisa dei presupposti di esercizio del potere che non possono essere demandati al libero e prudente apprezzamento dell'autorità amministrativo, e l'affermazione della necessità di un rigoroso accertamento in termini, se non di certezza, di elevatissima probabilità, del tentativo di infiltrazione mafiosa tale da rendere "necessaria" e indefettibile" la misura interdittiva.

ISSN 2036-7821

L'analisi condotta nel precedente paragrafo ha messo in rilievo l'importante sforzo della giurisprudenza amministrativa nella definizione di uno "statuto" delle interdittive antimafia: per un verso, il giudice amministrativo ha declinato i presupposti della interdittiva antimafia (nel silenzio della norma primaria) richiedendo che gli elementi individuati e selezionati dalla Prefettura debbano essere oggettivi, chiari, precisi, concordanti, atti a denotare il pericolo attuale e concreto di infiltrazione mafiosa, operando addirittura una tipizzazione giurisprudenziale delle situazioni atipiche che possono denotare il pericolo di infiltrazione mafiosa; per altro verso ha individuato (nuovamente nel silenzio della normativa di fonte primaria) quale standard probatorio per l'accertamento del tentativo di infiltrazione mafiosa, quello minimo del c.d. più probabile che non; per altro verso ancora, ha escluso la natura sostanzialmente afflittiva dell'informazione antimafia, ammettendo un arretramento della legalità sostanziale (e quindi della predeterminazione normativa dei presupposti di esercizio del potere) a fronte della esigenza di anticipazione della soglia di tutela.

Le predette acquisizioni giurisprudenziali sollevano questioni problematiche nella prospettiva della tutela dei diritti di singoli dinanzi all'esercizio del potere amministrativo: in primo luogo, in quanto quello della giurisprudenza amministrativa è uno sforzo interpretativo, finalizzato a rendere meno "indeterminato" il presupposto legittimamente l'esercizio di potere: ma in quanto di matrice giurisprudenziale e non normativa, occorre chiedersi se si possa ritenere soddisfatto il paradigma della legalità sostanziale a fronte di un'opera giurisdizionale di tipizzazione dei presupposti di esercizio del potere non puntualmente declinati dalla legge; in secondo luogo, in quanto le valutazioni probabilistiche dell'autorità amministrativa determinano una compressione di diritti costituzionalmente tutelati, sicché occorre domandarsi se sia sufficiente a tale fine ricorrere allo standard della c.d. probabilità cruciale; in terzo luogo, in quanto la ritenuta natura non sanzionatoria o punitiva della misura, non esclude in sé la sostanziale afflittività del provvedimento (potendosi risolvere l'interdittiva antimafia nella definitiva cessazione dell'impresa), dalla quale derivano come corollari, l'applicazione delle garanzie (non solo procedimentali, in termini di contraddittorio) ma ancora prima formali, in termini di determinatezza e prevedibilità della norma di legge attributiva del potere contro il rischio di arbitrio dell'autorità amministrativa.

Si tratta di temi che hanno tenore "costituzionale"[61] in quanto riguardano i presupposti e limiti dell'esercizio del potere pubblico e le garanzie che presiedono la tutela dei diritti costituzionali dei singoli: di essi è stata investita la Corte costituzionale chiamata a valutare la compatibilità con gli artt. 3 e 41 della Costituzione degli artt. 89 bis e 92,

[61] Si v. A. Longo, *La massima anticipazione di tutela. Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, *op. cit.*, 3, il quale parla di "*tensioni costituzionali*".

ISSN 2036-7821

commi 3 e 4 del Codice antimafia sull'informazione antimafia e sulle conseguenze (in termini di divieti e di incompatibilità) da esse derivanti. La questione era stata sollevata dal Tribunale ordinario di Palermo nell'ambito di un giudizio avverso la cancellazione dall'albo delle imprese artigiane disposta dalla Commissione provinciale per l'artigianato: non si trattava quindi di un giudizio avverso il provvedimento prefettizio, bensì avverso le sue conseguenze automatiche rispetto alle quali il giudice ordinario rimettente poneva in rilievo l'irragionevolezza degli effetti dell'interdittiva antimafia idonea a travolgere anche gli atti esclusivamente funzionali all'esercizio dell'attività imprenditoriale privata: in tal senso si dubitava della ragionevolezza dell'espunzione di un soggetto dal circuito dell'economia legale con privazione, per mezzo di un provvedimento amministrativo, del diritto di sancito dall'art. 41 Cost. di esercitare l'iniziativa economica privata, ponendolo sullo stesso piano di colui che sia stato attinto, con una misura adottata in sede giurisdizionale e definitiva, da una misura penale di prevenzione.

La Corte costituzionale con la sentenza n. 57/2020[62] ha ritenuto la disciplina esente dai prospettati vizi di illegittimità costituzionale. Secondo la Corte la scelta di affidare all'autorità amministrativa l'adozione dell'interdittiva antimafia risponderebbe all'esigenza di prevenire l'infiltrazione mafiosa delle imprese: il provvedimento prefettizio avrebbe difatti funzione "*anticipatoria della difesa della legalità*" e natura preventiva e cautelare, comportando un giudizio prognostico circa probabili sbocchi illegali dell'impresa[63]. Per sua stessa natura, esso sarebbe basato su elementi meramente sintomatici ed indiziari, più sfumati di quelli che si pretendono in sede giudiziaria[64], senza che da ciò derivi una violazione del "*principio fondamentale di legalità sostanziale, che presiede all'esercizio di ogni attività amministrativa*" in quanto, secondo la giurisprudenza amministrativa, è richiesta alla Prefettura una attenta valutazione degli elementi fattuali (taluni tipizzati, altri a condotta libera) che devono offrire un quadro chiaro e convincente del pericolo di infiltrazione mafiosa[65], comunque soggetta ad un vaglio giurisdizionale pieno ed effettivo[66]. Sempre secondo la Corte costituzionale la violazione della legalità sostanziale sarebbe esclusa in ragione del "sistema di tassatività sostanziale"[67] costruito dalla giurisprudenza amministrativa là dove ha individuato un nucleo consolidato di situazioni indiziarie che "sviluppano e completano" le disposizioni legislative. Affermata l'astratta coerenza della misura con il paradigma della legalità sostanziale, la Corte ha anche escluso profili di irragionevolezza o non proporzionalità dell'istituto alla luce della

[62] Per un commento critico alla sentenza, si v. *Id.*, *La Corte costituzionale e le informative antimafia*, *op. cit.*, 1 ss.
[63] Corte Cost. n.57/2020, punto 4 dei "Considerato in diritto".
[64] Ivi, punto 4.1.
[65] Ivi, punto 5.
[66] Ivi, punto 5.1.
[67] Ivi, punto 5.3.

ISSN 2036-7821

esigenza di colpire in anticipo il fenomeno mafioso e soprattutto del suo carattere provvisorio, sottolineando la necessità di una puntuale applicazione dell'art. 86 comma 2 del d.lgs. n. 159/2011 secondo il quale l'informazione antimafia ha validità limitata di dodici mesi.

La sentenza si conclude (sebbene abbia integralmente rigettato i dubbi di legittimità costituzionale) con un monito al legislatore di rimeditare la disciplina con riferimento all'impossibilità per il Prefetto di escludere gli effetti della interdittiva antimafia nel caso in cui il provvedimento comporti il venir meno dei mezzi di sostentamento dell'interessato e della sua famiglia (possibilità di rimodulazione prevista, invece, per il Giudice della prevenzione in sede di applicazione, con provvedimento definitivo, di una delle misure di prevenzione previste dal Libro I, Titolo I, Capo II, del Codice antimafia[68]).

Quest'ultima questione è stata rimessa, più di recente, alla Corte costituzionale dal giudice amministrativo[69]. In particolare il giudice a quo ha dubitato della legittimità costituzionale dell'art. 92 del Codice antimafia in relazione agli artt. 3, 4 e 24 della Costituzione in quanto, mentre con riferimento ai soggetti attinti, con provvedimento giurisdizionale definitivo, da una delle misure penali di prevenzione previste dal Libro I, titolo I, Capo II, l'art. 67 comma 5 stabilisce che il giudice possa escludere le decadenza e i divieti ivi previsti "*nel caso in cui per effetto degli stessi verrebbero a mancare i mezzi di sostentamento all'interessato e alla famiglia*", analogo potere non è previsto in capo alla Prefettura in caso di adozione del provvedimento di interdittiva antimafia[70].

L'ordinanza di rimessione ha dunque sollevato un tema delicato, cioè quello della tutela dei bisogni primari di sostentamento economico dei soggetti (imprenditore, lavoratori, famiglie) indirettamente (in quanto il provvedimento di interdittiva

[68] L'art. 67 comma 2 del d.lgs. n. 159/2011 e ss. m. ii. stabilisce che "*Per le licenze ed autorizzazioni di polizia, ad eccezione di quelle relative alle armi, munizioni ed esplosivi, e per gli altri provvedimenti di cui al comma 1 le decadenze e i divieti previsti dal presente articolo possono essere esclusi dal giudice nel caso in cui per effetto degli stessi verrebbero a mancare i mezzi di sostentamento all'interessato e alla famiglia*". Il Codice antimafia non contempla un analogo potere in capo al Prefetto con riferimento ai soggetti investiti da una informazione antimafia: cfr. Tar Calabria, ord. 11 dicembre 2020, n.73, con nota di R. Rolli, M. Maggiolini, *Interdittiva antimafia e questioni di legittimità costituzionale*, in Giustiziainsieme.it, 2021, 1 ss., con cui il giudice ha sollevato dinanzi alla Corte costituzionale questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 del d.lgs. n. 159/2011, in riferimento agli artt. 3, 4 e 24 della Costituzione. Secondo il giudice, difatti, le misure di prevenzione penale condividono con le interdittive antimafia la finalità di assicurare un'anticipata difesa della legalità e producono le medesime conseguenze, sicché la scelta del legislatore di non attribuire al Prefetto il potere di valutare l'incidenza delle predette conseguenze sulla capacità di sostentamento dell'interessato e della sua famiglia, costituirebbe una irragionevole disparità di trattamento. La questione è stata risolta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 180/2022 di inammissibilità, non potendo il giudice sanare l'accertato vulnus al principio di eguaglianza, appartenendo alla discrezionalità del legislatore decidere se e come utilizzare le misure già presenti nell'ordinamento, al fine di contemperare l'interesse pubblico alla sicurezza e libertà del mercato con il diritto della persona a vedere garantiti i propri mezzi di sostentamento (punto 6.4.). Su questi temi, si v. A. Police, *op. cit*., 1 ss.

[69] TAR Calabria, 11 dicembre 2023, n.73.

[70] Evidenzia l'irragionevole disparità di trattamento derivante dalla scelta del legislatore di non attribuire al Prefetto il potere di valutare le condizioni economiche dell'interessato, A. Police, *op. cit*., 7.

ISSN 2036-7821

antimafia non colpisce la "persona fisica" ma l'operatore economico[71]) incisi dalla misura prefettizia. La Corte costituzionale, pur riconoscendo che "*non è dubbio che l'ordinanza di rimessione sottolinei correttamente l'esistenza di una ingiustificata disparità di trattamento che necessita un rimedio*"[72], si è pronunciata, con la sentenza n. 180/2022, nel senso della inammissibilità della questione, comportando il suo accoglimento una indebita sostituzione del giudice costituzionale al legislatore con una sentenza dal contenuto squisitamente manipolativo.

Se tale decisione della Corte ha messo chiaramente in luce un profilo di incompatibilità costituzionale della normativa sull'informazione antimafia, la sentenza n. 57/2020 non può ritenersi tombale in senso opposto, ossia nel senso di escludere ulteriori dubbi di compatibilità costituzionale della disciplina delle interdittive antimafia: ciò non solo per l'argomento di natura generale secondo cui le sentenze di rigetto della Corte costituzionale non conferiscono alcuna "patente" di costituzionalità alla normativa oggetto della rimessione, ma anche in quanto essa non ha preso in considerazione (in ragione dell'oggetto del rinvio) tutte le questioni problematiche sottese alla normativa sulle interdittive antimafia.

3.1. Le persistenti criticità.

Il ragionamento che si intende condurre deve muovere da alcune considerazioni preliminari e di natura generale.

Si deve difatti rammentare che l'interdittiva antimafia è disciplinata nel Codice antimafia, accanto alle misure di prevenzione penale adottate dal Tribunale penale, in esito ad un procedimento giurisdizionale in contraddittorio, nel quale il Giudice è dotato di peculiari poteri di accertamento e di cognizione: con esse (cioè con le misure di prevenzione penale), il provvedimento di informazione antimafia condivide la finalità (ossia la lotta alla criminalità organizzata), l'oggetto (in entrambi i casi si tratta di misure che hanno ad oggetto un rischio – pericolo – tentativo che occorre evitare) e le conseguenze (incapacità giuridica nei confronti della PA ex art. 67)[73].

In relazione a tali misure si è pronunciata la Corte Europea dei diritti dell'uomo che, con la citata sentenza *De Tommaso c. Italia*, ha censurato alcune disposizioni del Codice antimafia che contemplano misure di prevenzione penale c.d. generiche, cioè non

[71] Cons. St., sez. III, 2 marzo 2023, n. 2212.

[72] Corte cost. 180/2022, punto 6 dei "Considerato in diritto".

[73] Sulle analogie tra interdittiva antimafia e misure di prevenzione penali, cfr. Corte cost. n. 180/2022, in particolare punto 5 dei Considerato in diritto. In dottrina, A. Longo, *La "massima anticipazione di tutela". Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali, op. cit.*, in particolare 1-4; G. Amarelli, *op. loc. ult. cit.*, 292; R. Di Maria e A. Amore, *Effetti "inibitori" della interdittiva antimafia e bilanciamento fra principi costituzionali: alcune questioni di legittimità dedotte in una recente ordinanza di rimessione alla Consulta*, in Federalismi.it, 2021, 12, 90 ss. *Contra*, si v. R. Greco, *La giurisprudenza del Consiglio di Stato in tema di misure antimafia*, in www.giustizia-amministrativa. It, 2021, 1 ss.; M. Noccelli, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa sul complesso sistema antimafia,* in Foro amm., 2017, 2524 ss.

ISSN 2036-7821

basate su presupposti tassativi e determinati fissati dal legislatore per violazione del paradigma europeo di legalità che postula la prevedibilità e certezza della legge[74].
L'analogia delle misure penali di prevenzione con le misure amministrative interdittive antimafia[75] consente di estendere alcuni ragionamenti compiuti dalla Corte Edu anche con riferimento al sistema amministrativo (e non penale)[76]; si può inoltre aggiungere che mentre le misure di prevenzione penale sono comunque adottate dall'autorità giudiziaria all'esito di un processo (venendo quindi in rilievo la "garanzia della giurisdizione" che, come noto, unitamente a quella della legalità presidia la tutela costituzionale dei diritti fondamentali, primo fra tutti quello di libertà personale di cui all'art. 13[77]), i provvedimenti di interdittiva non sono presidiati dalla garanzia della giurisdizione (non vengono difatti adottati all'esito di un processo, in contraddittorio, dinanzi ad un giudice)[78] in quanto adottati dall'autorità amministrativa.
Se già le misure penali di prevenzione, i cui effetti sono analoghi a quelli delle interdittive, sebbene siano assiste dalla garanzia della giurisdizione, hanno suscitato ampi dubbi di compatibilità convenzionale e costituzionale in ragione, in taluni casi, della vaghezza dei relativi presupposti applicativi, ancora più rigoroso – considerata l'assenza della "garanzia della giurisdizione" nell'adozione della misura – dovrebbe essere il sindacato sulla compatibilità convenzionale e costituzionale di provvedimento adottati dalla Prefettura in base ad una valutazione meramente probabilistica fondata, secondo l'insegnamento della giurisprudenza, allo standard probatorio minimo del "più probabile che non"[79].
Andando per ordine, dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo De Tommaso c. Italia si ricava un importante postulato, ossia che quando la Convenzione ammette restrizioni ad un diritto da essa tutelato purché "previste dalla legge" tale espressione esige non solo che la misura contestata abbia una base nel diritto interno, ma si riferisce anche alla qualità della legge, esigendo che essa debba essere accessibile alle persone interessate e che i suoi effetti debbano essere prevedibili[80] in modo da fornire protezione contro le ingerenze arbitrarie[81]. Tale principio si applica a

[74] Per una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale anteriore e successiva alla sentenza De Tomasso c. Italia della CEDU, quanto ai presupposti delle misure penali di prevenzione e al rispetto del principio di legalità, si v. A Longo, *op. loc. ult. cit.*, 14 ss.
[75] Nel senso della riconduzione della disciplina delle interdittive antimafia "alla prevenzione" (e non già alla "precauzione"), si v. F. Figorilli, W. Giulietti, *op. cit.*, 71.
[76] In questo senso anche, G. Amarelli, *op loc. ult. cit.*, 291 ss.
[77] Sul punto, cfr. A. Longo, *La Corte costituzionale e le informative antimafia*, *op. cit.*, 11.
[78] Su questi temi, in una prospettiva penalistica, cfr. G. Amarelli, *op. loc. ult. cit.*, 290 ss.
[79] In termini fortemente critici rispetto alla compatibilità delle interdittive antimafia con le garanzie costituzionale, cfr. A. Longo, *La "massima anticipazione di tutela. Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, 26 secondo cui "*la disciplina delle interdittive sembra stranamente immune dalle urgenze garantistiche che, un tempo, hanno contenuto (o quantomeno sorvegliato) l'afflittività delle misure di prevenzione e della normativa antimafia in generale (…)*".
[80] Corte EDU, De Tommaso c. Italia, *cit.*, punto 106.
[81] *Ivi*, punto 109.

ISSN 2036-7821

prescindere dalla circostanza che venga in rilievo la "materia penale", in quanto postulato della tutela dei diritti della Convenzione tutte le volte che essa stabilisca che una loro restrizione presuppone la previsione ex legge[82]. Nella sentenza De Tommaso c. Italia la Corte EDU, nel ritenere che la misura di prevenzione personale fosse contraria alla Convenzione, non ha invocato gli artt. 6 e 7 sulle garanzie che presiedono la materia penale, bensì ha richiamato (nel caso di specie) la norma sulla libertà di circolazione, ritenendo che ogni limitazione ad un diritto fondamentale debba trovare fondamento in una norma di legge (principio di legalità sostanziale) prevedibile e sufficientemente determinata.

Applicando le predette coordinate interpretative alla disciplina delle interdittive antimafia, si può osservare che la tesi elaborata dalla giurisprudenza amministrativa secondo cui le interdittive antimafia non apparterebbero alla materia penale, in quanto misure cautelari e preventive e non sanzionatorie/punitive[83], non esclude i dubbi di compatibilità convenzionale (e quindi costituzionale) per violazione del fondamentale diritto di proprietà di cui all'art. 1 Prot. 1 Add. CEDU[84] (oltre che degli artt. 41 e 42 Cost. ovvero dell'art. 117 comma 1 Cost.): si è visto, difatti, che le interdittive antimafia incidono sulla libertà di impresa e sulla proprietà dei singoli (la cui tutela è suscettibile di essere ricompresa nell'art. 1 Prot.1 addizionale Cedu), rispetto alla quale, secondo le norme convenzionali, le sole restrizioni ammesse sono quelle basate su una norma di legge accessibile, chiara, prevedibile e determinata, nonché strettamente necessarie. Il paradigma normativo delle interdittive antimafia (art. 84 comma 4) non contiene una elencazione tassativa delle situazioni da cui l'autorità può desumere il pericolo di infiltrazione mafiosa, potendo quest'ultimo derivare da "ulteriori accertamenti" della Prefettura, non predeterminati[85]. L'indeterminatezza della norma attributiva del potere (e quindi il deficit di legalità sostanziale) non sembra possa ritenersi superato da quello che la Corte Cost. nella sentenza n. 57/2020 ha chiamato "*il sistema di tassatività sostanziale*". Diverse sono le ragioni che portano a ritenere non soddisfacente, sotto il profilo della legalità sostanziale, la rimessione della definizione puntuale dei

[82] La rilevanza di tale profilo è rimarcata da G. Amarelli, *op. loc. ult. cit.*, 293, il quale osserva che nella sentenza De Tommaso c. Italia il parametro violativo non è quello penalistico, bensì "*extrapenale delle libertà fondamentali enunciate nella Convenzione e nei suoi protocolli e, segnatamente, della libertà di circolazione delle persone di cui all'art. 2, Protocollo 4 CEDU*".

[83] Per una critica all'esclusione della natura "sostanzialmente penale" delle interdittive antimafia, si veda *supra* nota n.42.

[84] In questo senso, si v. G. Amarelli, *op. loc. ult. cit.*, in particolare 295-297.

[85] *Contra*, si v. Cons. St., sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105 e Id., 30 gennaio 2019, n. 758: il giudice amministrativo ha escluso dubbi di compatibilità costituzionale, per violazione della CEDU come interpretata dalla Corte di Strasburgo nella sentenza De Tommaso c. Italia, della disciplina delle interdittive antimafia, in base all'assunto secondo cui il pericolo di infiltrazione mafiosa *ex lege* previsto costituirebbe al contempo presupposto e limite del potere prefettizio.

ISSN 2036-7821

presupposti di esercizio del potere della Prefettura all'opera giurisprudenziale[86] di individuazione dei presupposti dell'interdittiva[87]: in primo luogo, la stessa giurisprudenza amministrativa afferma che le situazioni sintomatiche del pericolo di infiltrazione mafiosa sono meramente esemplificative (sicché residuerebbe comunque uno spazio vuoto, di indeterminatezza dei presupposti[88]); in secondo luogo, non appare coerente alle caratteristiche proprie di un ordinamento costituzionale basato sul principio di legalità, rimettere alla produzione giurisprudenziale la definizione dei presupposti legittimamente l'esercizio del potere amministrativo afflittivo: se è pur vero che la recente giurisprudenza costituzionale sembra aver avallato tale deriva, occorre richiamare la tradizionale giurisprudenza secondo cui "*Il principio di legalità in materia di prevenzione (…) implica che l'applicazione della misura, ancorché legata, nella maggioranza dei casi, ad un giudizio prognostico, trovi il presupposto necessario in fattispecie di pericolosità, previste e descritte dalla legge; fattispecie destinate a costituire il parametro dell'accertamento giudiziale e insieme il fondamento di una prognosi di pericolosità, che solo su questa base può dirsi legalmente fondata*"[89]: un simile principio, affermato con riferimento alle misure penali di prevenzione, dovrebbe valere, a maggior ragione, rispetto a provvedimenti appartenenti al sistema di prevenzione[90] adottati dall'autorità amministrativa; in terzo luogo, non sembra neanche applicabile alle interdittive antimafia la tesi elaborata dalla giurisprudenza costituzionale[91] secondo cui, al di fuori della materia penale, là dove esista un diritto vivente idoneo a fornire una interpretazione convenzionalmente orientata della norma, attraverso una lettura tassonomica dei suoi presupposti applicativi volta, quindi, a rendere la fattispecie meno indeterminata, potrebbe ritenersi soddisfatto il paradigma della legalità: tale tesi (che comunque si presta alle critiche già evidenziate sopra) è stata difatti elaborata con

[86] Si v. A. Longo, *La Corte costituzionale e le informative antimafia*, *op. cit*., 6, che parla di "ossimorico principio di legalità giurisprudenziale".

[87] In termini critici rispetto alla "tassatività giurisprudenziale", cfr. M. A. Sandulli, *op. cit*., 3-4.

[88] Richiama l'esigenza di certezza nel sistema di prevenzione antimafia, M. Mazzamuto, *Lo scettro alla prefettocrazia: l'indefinita pervasività del sottosistema antimafia delle grandi opere e il caso emblematico della "filiera"*, in Dir. ec., 2013, 3, 619.

[89] Corte Cost. n.177/1980, punto 4 dei "Considerato in diritto". Nella decisione della Corte veniva in rilievo il diritto fondamentale di libertà personale di cui all'art. 13 Cost., presidiato, come noto, dalla duplice garanzia della legalità e della giurisdizione. Le affermazioni ivi contenute quanto al "principio di legalità" e alla "qualità della legge" ai fini del suo rispetto, appaiono tuttavia di tenore generale (proprio perché non costituenti un postulato della "materia penale" di cui all'art. 25 Cost.) e quindi estendibili alle misure amministrative di prevenzione antimafia limitative della libertà di impresa, anch'essa costituzionalmente tutelata.

[90] Nel senso che i provvedimenti di interdittiva antimafia appartengano al "sistema di prevenzione", si v. F. Figorilli, W. Giulietti, *op. cit*., 71.

[91] cfr. Corte cost. n. 24/2019, secondo cui al di fuori della materia penale, non potrebbe del tutto escludersi che l'esigenza di predeterminazione delle condizioni in presenza delle quali può legittimamente limitarsi un diritto costituzionalmente e convenzionalmente protetto possa essere soddisfatta anche sulla base "*dell'interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate dall'uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione*".

ISSN 2036-7821

riferimento all'applicazione di provvedimenti restrittivi da parte del giudice chiamato quindi ad applicare la norma al caso concreto. Ben diversa è l'ipotesi delle interdittive antimafia che non sono applicate dal Giudice, bensì dall'autorità amministrativa: la mediazione dell'amministrazione rende ininfluente, ai fini del rispetto della legalità sostanziale, lo sforzo tassativizzante della giurisprudenza, in quanto l'autorità amministrativa non è immediatamente vincolata al "diritto vivente" (mentre per i giudici esiste un sistema di processuale a presidio della uniformità dell'interpretazione), ma solo al dato normativo il quale consente (nella sua estrema elasticità) all'amministrazione di desumere il pericolo di infiltrazione mafiosa da qualsiasi elemento (non predeterminato)[92]. Né il successivo sindacato giurisdizionale potrebbe sopperire al vulnus di legalità sostanziale: proprio la circostanza che la misura interdittiva è adottata dall'autorità amministrativa con proprio provvedimento espressione di un potere ritenuto "ampiamente discrezionale" (e non già dal giudice), circoscrive il sindacato e la valutazione giudiziale ai soli elementi presi in considerazione dall'amministrazione e non consente una rivalutazione ex novo della fattispecie[93]; per altro verso, il sindacato subisce i limiti morfologici della giurisdizione amministrativa di legittimità.

La natura fortemente afflittiva dell'interdittiva antimafia e la sua incidenza su diritti e libertà costituzionalmente e convenzionalmente garantite, dovrebbe comportare la rigorosa applicazione alla materia dei paradigmi di legalità sostanziale in senso forte e di necessità (e proporzionalità) dell'ingerenza.

Simili garanzie costituiscono espressione dei principi generali di matrice costituzionale (ed europea) che presiedono l'esercizio dei poteri delle autorità amministrative contro ingerenze eccessive ed arbitrarie: si tratta quindi di postulati dell'art. 97 della Cost., in combinato disposto con le norme costituzionali e

[92] *Contra*, si v. R. Greco, *op cit*., 9 che richiama Cons. Stato, sez. III, 31 gennaio 2024, n. 999 e id., 18 settembre 2023, n. 8395, secondo cui l'art. 84 del Codice antimafia non sarebbe una "norma in bianco" né delegherebbe all'arbitrio dell'autorità amministrativa imprevedibile per il cittadino "*poiché il pericolo di infiltrazione mafiosa costituisce sì il fondamento, ma anche il limite del potere prefettizio, e, quindi, demarca anche la portata della sua discrezionalità, da intendersi qui nel senso di equilibrato apprezzamento del rischio infiltrativo in chiave di prevenzione secondo corretti canoni di inferenza logica*". Una simile tesi finisce per far coincidere il limite dei poteri del Prefetto con il suo stesso fondamento basato su una clausola indeterminata, ossia il pericolo di infiltrazione mafiosa per di più da accertarsi secondo la regola di accertamento minimo del più probabile che non (che per le ragioni già espresse, non soddisfa i requisiti di necessità e di proporzionalità): sul punto, si richiama la Corte cost. n. 115/2011 che, al punto 4 dei Considerato in diritto, ha rammentato "*l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente «l'assoluta indeterminatezza» del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una «totale libertà» al soggetto od organo investito della funzione (sentenza n. 307 del 2003; in senso conforme, ex plurimis, sentenze n. 32 del 2009 e n. 150 del 1982). Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa*".

[93] In termini fortemente critici rispetto alla possibilità che la "*tipizzazione pretoria*" possa "*contenere la discrezionalità della P.A.*", si v. A. Longo, *La Corte costituzionale e le informative antimafia*, *op. cit*., in particolare 9-11.

ISSN 2036-7821

convenzionali a presidio della tutela delle libertà e diritto fondamentali[94]. L'applicazione dei predetti principi alla materia che ci occupa, reca con sé l'esigenza che i poteri di accertamento della Prefettura quanto all'esistenza del pericolo di infiltrazione mafiosa non siano delimitati solo dalla clausola generica del "tentativo di infiltrazione mafiosa" che, per la sua indeterminatezza comporta una sostanziale rimessione all'autorità amministrativa della definizione dei limiti e condizioni di esercizio del potere. Inoltre, l'applicazione ai provvedimenti di interdittiva antimafia dei principi di necessità e proporzionalità[95], comporta che l'accertamento del Prefetto quanto alla sussistenza del pericolo di infiltrazione mafiosa (dovendosi rammentare che i predetti principi non possono operare, stante la peculiare natura del potere, nella scelta in ordine all'*an* o al *quid* o al *quomodo* del provvedimento, bensì in sede di accertamento del tentativo di infiltrazione mafiosa idoneo a condizionare le scelte dell'impresa) non possa risolversi nella regola della c.d. probabilità cruciale[96]: poiché l'interdittiva antimafia non è espressione di discrezionalità amministrativa in senso proprio, bensì di una valutazione opinabile del tentativo di infiltrazione mafiosa idoneo a condizionare le scelte dell'impresa, la proporzionalità e la necessità, che postulano che la misura adottata sia indefettibile per perseguire l'interesse pubblico e tale da apportare il minor sacrifico possibile al privato, operano con riferimento al potere di interdittiva in modo peculiare, ossia nel momento di "*accertamento discrezionale del pericolo*"[97]:

Sulla scorta di tale premessa, si deve rilevare che l'applicazione dello standard valutativo della c.d. probabilità cruciale ai fini dell'accertamento del pericolo di infiltrazione mafiosa costituisce "una invenzione pretoria", non essendo previsto nella fonte normativa di riferimento che un simile accertamento debba avvenire in base allo standard probatorio minimo del "più probabile che non". Inoltre, sebbene la sua rigorosa applicazione postuli che la prognosi sia assistita da un attendibile grado di verosimiglianza sulla base di indizi gravi, precisi e concordanti[98], si può dubitare della sua compatibilità con il principio di necessità dell'ingerenza dei diritti costituzionalmente tutelati: la c.d. probabilità cruciale comporta, difatti, che affinché

[94] Nel senso che lo statuto garantistico delle interdittive antimafia derivi dalla sua natura di misura restrittiva di diritti fondamentali, al di là dell'eventuale riconoscimento della loro natura di "sanzione" penale, si v. anche A. Levato, *Ratio e requisiti delle informative antimafia*, in *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, *op. cit.*, 39 ss.

[95] Considerata la vastità della dottrina in materia, sia consentito rinviare ai fondamentali studi, tra quelli più risalenti, di D. U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998 e di M. A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998. Tra i contributi più recenti, S. De Nitto, *La proporzionalità nel diritto amministrativo*, Torino, 2023.

[96] Sulla regola del "più probabile che non", si veda l'ampia analisi di F. Fracchia, M. Occhiena, *Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: "più probabile che non" e "oltre, "rilevante probabilità" e "ogni oltre ragionevole dubbio". Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico*, in Dir. Ec., 2018, 1125 ss.

[97] A. Police, *op. cit.*, 3.

[98] In termini, F. Figorilli, W. Giulietti, *op. cit.*, 71.

ISSN 2036-7821

possa ritenersi esistente il pericolo di infiltrazione mafiosa, sia sufficiente che tale ipotesi sia più probabile di tutte le altre messe insieme (ossia rappresenti il 50% + 1 di possibilità): si tratta, in altri termini, dello standard minimo di accertamento del rischio che un evento si realizzi; viceversa, il principio di necessità dell'ingerenza e di sua proporzionalità (principi dell'azione amministrativa di derivazione costituzionale ed europea) comportano che la misura interdittiva debba essere strettamente necessaria, presupponendo la sua applicazione la pressoché certezza o almeno elevata probabilità dell'evento[99].

4. Le recenti modifiche normative al Codice antimafia: in particolare, il contraddittorio e le misure di prevenzione collaborativa. Ancora sulle irrisolte criticità dell'istituto.

Il Codice antimafia è stato oggetto di recenti modifiche che hanno riguardato la disciplina dell'informazione interdittiva antimafia[100], mosse dall'esigenze di superare alcune criticità dell'istituto evidenziate dalla dottrina (ma anche da parte della giurisprudenza amministrativa[101]) con particolare riferimento alla partecipazione al procedimento (ossia al contraddittorio procedimentale) e alla gradualità dei poteri del Prefetto: nell'analizzare tali "novità", la prospettiva che si intende assumere, coerentemente all'oggetto dell'indagine, è quella relativa alla loro idoneità o meno a superare le criticità di tenore costituzionale e convenzionale della normativa a cui si è fatto riferimento *supra*.

---

[99] Al riguardo si è opposto che un simile metodo di giudizio "*imporrebbe alla pubblica amministrazione una probatio diabolica, come si è osservato in dottrina, in quanto, se intesa in senso assoluto, richiederebbe di falsificare ogni ipotesi contraria e, se intesa in senso relativo – secondo il modello dell'abduzione pura, che implica l'assunzione di una ipotesi che va corroborata alla luce degli specifici riscontri probatori – richiederebbe alla pubblica amministrazione uno sforzo istruttorio sproporzionato rispetto alla finalità del suo potere e ai mezzi di cui è dotata per esercitarlo*": in questo senso, M. Noccelli, *Le informazioni antimafia tra tassatività sostanziale e tassatività processuale,* in giustizia-amministrativa.it, 2020, 31, il quale richiama, in giurisprudenza, Cons. St., sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105 e Id. sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758, mentre con riferimento alla dottrina, F. Fracchia, M. Occhiena, *Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: "più probabile che non" e "oltre", "rilevante probabilità" e "oltre ogni ragionevole dubbio". Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico*, in Dir. econ., 2018, 3, 1161. Un simile argomento non appare persuasivo, non potendosi affermare l'arretramento di una fondamentale garanzia a tutela delle libertà e dei diritti del privato, sulla scorta delle difficolta istruttorie che ciò comporterebbe per l'amministrazione ovvero della sua sostanziale incapacità.

[100] Ci si riferisce al già citato D.L. 152/2021 convertito, con modificazioni, nella legge 29 dicembre 2021, n. 233. Per un commento alle novità introdotte, si v. 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 Giur. Pen. web, 2021, 11; S. M. Perongini, *Nuovo procedimento e vecchie criticità delle informazioni antimafia: il contraddittorio preventivo, la prevenzione collaborativa e il commissariamento giudiziario dell'impresa attinta da una informazione antimafia. La sostituzione dell'impresa esecutrice dei lavori da parte di un consorzio stabile*, in Dir. proc. amm., 2022, 2, 463 ss. In termini critici rispetto alla disciplina del contraddittorio procedimentale introdotta con il predetto D.L., R. Rolli, M. Maggiolini, *Brevi note sul riformato contraddittorio procedimentale in tema di interdittive antimafia*, in giustiziainsieme.it, 19 maggio 2022. In termini positivi sul "complessivo disegno del legislatore in materia", si v. A. Police, *op. cit*., 2, il quale non manca tuttavia di rilevare alcune criticità (soprattutto con riferimento alla perdita di sistematicità quanto al rapporto fra le diverse misure di prevenzione introdotte).

[101] Si v. Cons. St., sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979.

ISSN 2036-7821

Anteriormente alle modifiche introdotte con il citato d.l. n. 152/2021, a conferma di una sorta di "statuto speciale" delle interdittive antimafia nel panorama dei provvedimenti amministrativi, la giurisprudenza amministrativa escludeva che il procedimento per l'adozione dell'informazione antimafia fosse astretto dalle regole e principi della partecipazione procedimentale disciplinati dalla legge n. 241/1990 ss. mm. ii., ossia dalla comunicazione di avvio del procedimento (articolo 7, l. n. 241/1990) e dal preavviso di rigetto (articolo 10-bis, l. n. 241/1990), in ragione della ritenuta natura cautelare e preventiva dei procedimenti e dalla loro connessione con le attività di indagine giudiziaria[102]. Non solo, quindi, l'informazione antimafia poteva essere adottata dal Prefetto sulla base di elementi sintomatici non predeterminati dalla legge e attraverso l'uso di un potere, ritenuto dalla giurisprudenza, ampiamente discrezionale e sindacabile attraverso un giudizio estrinseco sulla motivazione di illogicità, irragionevolezza, travisamento dei fatti, ma anche all'esito di un procedimento unilaterale e segreto. L'insoddisfazione per un simile modello a fronte di misure lesive di diritti costituzionalmente tutelati, ha portato ad una apertura della stessa giurisprudenza amministrativa che aveva auspicato in un "*un quantomeno parziale recupero delle garanzie procedimentali, nel rispetto dei diritti di difesa spettanti al soggetto destinatario del provvedimento*" [103]. In quella sede il Consiglio di Stato aveva anche rilevato che il contraddittorio procedimentale avrebbe consentito, per un verso, "*al giudice amministrativo di esercitare con maggiore pienezza il proprio sindacato giurisdizionale sugli elementi già valutati dalla Prefettura in sede procedimentale (…) e di affinare così ulteriormente, nell'ottica della full jurisdiction, i propri poteri cognitori e istruttori in questa delicata materia, crocevia di fondamentali valori costituzionali, eurounitari e convenzionali in gioco*" e per altro verso "*potrebbe far ritenere la stessa questione della determinatezza delle situazioni indicative di infiltrazione mafiosa, nell'ottica della c.d. tassatività sostanziale, meno assillante o persino superata perché (…) il soggetto destinatario dell'informazione, già in sede procedimentale, potrebbe acquisire conoscenza e manifestare utilmente il proprio punto di vista «in merito agli elementi sui quali l'amministrazione intende fondare la sua decisione», anche quelli che, per la natura preventiva della misura, hanno un naturale, ineliminabile, margine di elasticità, e correggere così con le opportune misure, ove possibile, comportamenti o prassi che possono avvalorare il rischio di infiltrazione mafiosa*".

[102] *Ex multis*, Cons. St., Sez. III, 26 ottobre 2016; Id., 31 gennaio 2020, n. 820. Per una ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale relativa al contraddittorio nel procedimento di interdittiva antimafia, cfr. M. Cocconi, *Il perimetro del diritto al contraddittorio nelle informazioni interdittive antimafia*, in federalismi.it, 2022, 15, 45 ss. Per una critica agli approdi della giurisprudenza, cfr. F. G. Scoca, *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, *op. cit*., 2013, par. 10; F. Figorilli, W. Giulietti, *op. cit*., 78-80; C. Miccicché, *op. cit*., 19 ss.; T. Passarelli, *Interdittive antimafia e prevenzione collaborativa: azioni di contrasto al crimine organizzato tra incertezze legislative e discrezionalità applicativa*, in Federalismi.it, 2024, 10, 150 ss. (in particolare par. 2.1.).

[103] Cons. St., n.4970/2020 cit. Si veda anche nota n. 19 quanto alla questione pregiudiziale di compatibilità dell'omessa garanzia del contraddittorio con il diritto europeo.

ISSN 2036-7821

In altri termini, il giudice amministrativo prospettava la possibilità che il recupero delle garanzie procedimentali del contraddittorio avrebbe potuto "sanare" il deficit di legalità sostanziale della misura anche attraverso la garanzia della successiva tutela giurisdizionale piena esercitabile (implicitamente riconoscendo le discrasie della disciplina di fonte primaria rispetto ai principi di matrice costituzionale, convenzionale ed europea).

Quanto al primo profilo, ossia quello del recupero delle garanzie procedimentali al fine di sanare il deficit di legalità sostanziale, possono svolgersi alcune considerazioni critiche, seppur nei limiti del presente contributo[104]. La determinatezza e certezza della legge, costituisce un prius logico (prima ancora che giuridico) del contraddittorio procedimentale là dove si tratti di provvedimenti puntuali e sacrificativi, la cui funzione non dovrebbe essere quella di rendere, nel caso concreto, meno indeterminato il parametro normativo di riferimento, bensì di orientare, in termini collaborativi o difensivi[105], attraverso l'acquisizione da parte dell'amministrazione di tutti gli elementi e interessi in gioco, la decisione amministrativa conformata dalla legge negli spazi da essa lasciati all'apprezzamento dell'autorità pubblica. Con riferimento specifico alle interdittive antimafia, il contraddittorio assume certamente

[104] Il Consiglio di Stato sembra evocare, seppur implicitamente, la giurisprudenza sul "principio di legalità procedimentale" che, tuttavia, è stata elaborata con riferimento al ben diverso ambito dei c.d. poteri impliciti delle autorità indipendenti. In questo senso la legalità procedurale è stata richiamata anche dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 69/2017 secondo cui "*la possibilità di valorizzare le forme di legalità procedurale previste dalla legge ... vale, in particolare, nei settori affidati ai poteri regolatori delle autorità amministrative indipendenti, quando vengano in rilievo profili caratterizzati da un elevato grado di complessità tecnica. In questi casi, la difficoltà di predeterminare con legge in modo rigoroso i presupposti delle funzioni amministrative attribuite alle autorità comporterebbe un inevitabile pregiudizio alle esigenze sottese alla riserva di legge, se non fossero quantomeno previste forme di partecipazione degli operatori di settore al procedimento di formazione degli atti*". Ben diverso è il caso delle interdittive antimafia, che costituiscono provvedimenti puntuali, di natura certamente afflittiva e che indicono su diritti costituzionalmente tutelati. Il tema dei poteri impliciti delle Autorità indipendenti e delle relative garanzie a fronte del vulnus alla legalità sostanziale è stato ampiamente studiato in dottrina. Ci si limita in questa sede ad un rinvio ai contributi fondamentali di G. Morbidelli, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in Dir. amm. 2007, 703 ss.; N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001. Sulla legalità procedurale, si v. il recente studio di G. Manfredi, *Legalità procedurale*, in Dir. amm., 2021, 749 ss.

[105] Sulla funzione del contraddittorio procedimentale esiste un'amplissima dottrina: a titolo meramente esemplificativo, si v P. Chirulli, *La partecipazione al procedimento*, in Principi e regole dell'azione amministrativa, M. A. Sandulli (a cura di), 2023, 399 ss.; T. Bonetti, *La partecipazione strumentale*, Bologna, 2022; A. Carbone, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e ordinamento europeo-convenzionale*, Torino, 2016; S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2007, 13 ss.; M. D'Alberti, *La "visione" e la "voce": le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi,* in Riv. Tri. Dir. pubbl., 2000, 1 ss.; A. Crosetti, F. Fracchia (a cura di), *Procedimento amministrativo e partecipazione*, Milano, 2002. Tra gli studi "classici", si v. Nigro M., *Il nodo della partecipazione,* in Riv. trim. dir. proc. civ., 1980, 231 ss.; G. Berti, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in Aa.Vv., *Scritti in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975; S. Cassese, *Il privato e il procedimento amministrativo. Una analisi della legislazione e della giurisprudenza*, in Riv. it. sc. giur., 1971, 25 ss.; Id., *Il procedimento amministrativo tra modello partecipativo e modello "neoclassico"*, in L. Torchia (a cura di), *Il procedimento amministrativo: profili comparati*, Padova, Cedam, 1993, 3 ss.; G. Sciullo, *Il principio del giusto procedimento tra giustizia costituzionale e giustizia amministrativa*, in *Jus*, 1980, 291 ss.; V. Crisafulli, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. cost.*, 1962, 130 ss.

ISSN 2036-7821

un ruolo essenziale se si conviene che il *proprium* del potere esercitato dall'autorità risieda negli spazi di apprezzamento del fatto, ossia del pericolo di infiltrazione mafiosa, e quindi nell'istruttoria diretta ad acquisire gli elementi su cui si fonda il "quadro indiziario" e, quindi, nella veridicità storica di quei fatti e nella loro rilevanza dimostrativa attuale e concreta: mentre non dovrebbe essere piegato alla diversa esigenza di rendere "prevedibile" e "determinato" il presupposto di esercizio del potere (secondo una inversione logica che non appare accettabile a fronte della incisività della misura interdittiva su diritti fondamentali). A tale esigenza deve difatti assolvere il principio di legalità sostanziale che reca con sé anche la predeterminazione delle fattispecie di "pericolosità" che consentono l'adozione del provvedimento interdittivo.

Quanto al riferimento alla *full jurisdiction* (che implicitamente evoca la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul necessario recupero di una giurisdizione piena là dove, in sede procedimentale, per materie rientranti nell'art. 6 CEDU, l'autorità pubblica receda dall'assicurare le condizioni dell'equo processo ivi stabilite[106]), si deve rilevare che il sindacato del giudice amministrato sulle interdittive antimafia è un sindacato di legittimità, delimitato dal controllo sulla motivazione del provvedimento della Prefettura e che, sebbene in qualche sentenza si affermi una apertura verso un "pieno accesso al fatto" (apertura che, in sé, potrebbe peraltro non essere sufficiente con il paradigma della piena giurisdizione di matrice convenzionale[107]), al di là delle formule descrittive, il sindacato resta sempre estrinseco

[106] Secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo "*Il rispetto dell'articolo 6 della Convenzione non esclude dunque che, in un procedimento di natura amministrativa, una «pena» sia imposta in primo luogo da un'autorità amministrativa (G.I.E.M. S.R.L. e altri c. Italia [GC], nn. 1828/06 e altri 2, § 254 28 giugno 2018). Si presuppone però che la decisione di un'autorità amministrativa che non soddisfi essa stessa le condizioni di cui all'articolo 6 sia sottoposta a un controllo a posteriori da parte di un organo giudiziario con piena giurisdizione (Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo [GC], nn. 55391/13 e altri 2, § 132, 6 novembre 2018). Tra le caratteristiche di un organo giudiziario con piena giurisdizione vi è il potere di riformare interamente, in fatto e in diritto, la decisione emessa da un organo di grado inferiore. Il primo organo deve essere competente per esaminare tutte le questioni di fatto e di diritto rilevanti per la controversia ad esso sottoposta (Chevrol c. Francia, n. 49636/99, § 77, CEDU 2003-III, Silvester's Horeca Service c. Belgio, n. 47650/99, § 27, 4 marzo 2004, e A. Menarini Diagnostics S.r.l., sopra citata, § 59)*" Corte EDU, sez. I, 10 dicembre 2020, Edizioni Roma Soc. Coop. e Srl, ric. n. 68957/14 – 70495/13, par. 67. Il richiamo alla *full jurisdiction*, sembra quindi implicitamente denotare la possibile riconduzione delle interdittive antimafia al concetto di pena, secondo il diritto convenzionale, rispetto al quale, il potere del giudice amministrativo di esercitare un sindacato pieno ed effettivo, costituirebbe l'elemento per sanare il mancato rispetto a priori da parte della Prefettura delle condizioni di cui all'art. 6 CEDU. Tra i fondamentali contributi della dottrina in materia di giurisdizione piena secondo la Corte EDU, e diritto amministrativo, cfr. M. Allena, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; Id., *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU, per il procedimento e il processo amministrativo*, in Dir. proc. amm., 2012, 569 ss.; A. Carbone, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo*, *ivi*, 2016, 2, 523 ss.; Id., *L'art. 6 CEDU e il giusto processo e procedimento amministrativo. Differenze applicative all'interno degli Stati europe*i, in DPCE online, 2019, 2147 ss.; Id. (a cura di), *L'applicazione dell'art. 6 CEDU nel processo amministrativo dei Paesi europei*, Napoli, 2020; F. Cintioli, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in Dir. proc. amm., 2015, 533 ss.; E. Follieri, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in Dir. amm., 2014, 685 ss.

[107] Cfr. M. Goisis, *Il concetto di full jurisdiction e il sindacato giurisdizionale sulle sanzioni amministrative nella giurisprudenza della Corte EDU e della Corte Europea di giustizia. Recenti conferme e sviluppi*, in Giustiziainsieme.it, 14

ISSN 2036-7821

e basato sul vizio di eccesso di potere[108], come postulato (non senza criticità) della ritenuta natura discrezionale dei poteri valutativi dell'autorità amministrativa.

Ciò premesso, l'auspicio del Consiglio di Stato è stato soddisfatto dal legislatore che, con il richiamato D.L. n. 152/2021, ha novellato l'art. 92 del Codice antimafia introducendo, al comma 2 bis, il contraddittorio procedimentale. Fermo quanto anzi detto in ordine alla inidoneità in sé della introduzione della fase di partecipazione al procedimento a sanare il deficit di legalità sostanziale, possono essere svolte ulteriori considerazioni quanto alla portata della norma, sempre nella prospettiva che si è assunta della tutela dei diritti dell'impresa. Ai sensi del comma 2 bis dell'art. 92 "*Il prefetto, nel caso in cui 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 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 norma ha quindi introdotto il necessario contraddittorio procedimentale prodromico all'adozione del provvedimento di interdittiva antimafia (ovvero all'adozione delle misure amministrative di prevenzione collaborativa di cui all'art. 94 bis, su cui vedi *infra*), imponendo alla Prefettura di comunicare all'interessato gli elementi sintomatici del tentativo di infiltrazione mafiosa, con l'unica eccezione della ricorrenza di particolari esigenze di celerità del procedimento[109]. L'introduzione del contraddittorio è, ovviamente, di particolare rilevanza in quanto garantisce anche nella materia in esame il fondamentale principio della partecipazione, ma la sua effettività (e cioè la non riduzione a mero adempimento formale) passa attraverso, per un verso, la "disclosure" da parte della Prefettura degli elementi su cui si fonda il

luglio 2023, il quale rileva che "*è la stessa logica interna (e funzione) della full jurisdiction a suggerire un massimo grado di sindacato, di tipo sostitutorio. Difatti, senza sindacato sul merito della pretesa sanzionatoria, la fase giudiziale non potrebbe in alcun modo ambire a "compensare" i limiti della fase amministrativa. Le garanzie dell'equo processo penale devono essere godute in una fase di effettiva scelta sulla pena, non di riesame esterno di legittimità*" (par.2) ed ancora, in modo più chiaro, che "*Non basta, insomma, un sindacato di legittimità, diremmo in Italia sull'eccesso di potere. Occorre un sindacato sostitutivo, in cui al giudice sia dato di (si noti la chiara scelta terminologica) «substituting its assessment for that of the disciplinary body»*" (par. 3).

[108] Sui limiti del sindacato giurisdizionale sulle interdittive antimafia, anche per i riferimenti giurisprudenziali, si v. L. Bordin, *Le interdittive antimafia tra potere prefettizio e sindacato del giudice amministrativo*, in Federalismi.it, 2023, 14, 21 ss.

[109] Sull'obbligo di motivazione puntuale della sussistenza dell'eccezione alla regola del contraddittorio, cfr. CGARS, 7 ottobre 2024, n. 768.

ISSN 2036-7821

ritenuto rischio di infiltrazione mafiosa, per altro verso, l'attenta valutazione da parte dell'autorità delle osservazioni del privato al fine di verificare se in effetti gli elementi individuati, siano veritieri, attuali, concreti, idonei a univocamente denotare il tentativo di infiltrazione mafiosa.

A tale riguardo, il legislatore se da un lato ha obbligato la Prefettura ad indicare *gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa*, dall'altro ha comunque precisato che *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,* riconoscendo un ampio potere valutativo della Prefettura quanto al "perimetro" della comunicazione; inoltre, non è stato puntualmente disciplinato l'accesso endo-procedimentale, sicché la conoscenza da parte del destinatario della comunicazione ex art. 92 comma 2 bis degli atti confluiti nel fascicolo è ulteriormente esposta alla "scelta" della Prefettura sul sé quei documenti siano o meno ostensibili ai sensi dell'art. 24 della l. n. 241/1990 ss. mm. ii.. Da ciò deriva il rischio concreto che la comunicazione (per effetto della mancata indicazione degli elementi su cui si fonda il pericolo di infiltrazione mafiosa perché ritenuti rientranti nell'eccezione prevista dal comma 2 bis, ovvero per diniego di accesso agli atti istruttori in quanto ritenuti sottratti dal relativo diritto) si trasformi in un involucro vuoto e formale, inidoneo ad assolvere alla finalità per quale è previsto dalla legge[110]. La questione si è posta difronte alla giurisprudenza con particolare riferimento ai rapporti tra la comunicazione ex art. 92 comma 2 bis e accesso agli atti istruttori su cui si fonda la valutazione della Prefettura. L'esercizio dei diritti partecipativi del destinatario della comunicazione di avvio del procedimento, presuppone difatti la conoscenza degli elementi su cui si fondano le valutazioni dell'amministrazione, o attraverso una chiara e puntuale indicazione da parte della Prefettura degli elementi sintomatici del pericolo o attraverso l'accesso end-procedimentale. Viceversa, sovente le Prefetture negano l'accesso agli atti istruttori perché coperti da "segreto" indicando solo genericamente gli elementi indizianti il pericolo di infiltrazione mafiosa, con grave pregiudizio all'effettività del contraddittorio, anche considerato che i tempi ristretti per la produzione delle osservazioni procedimentali (massimo venti giorni) e per la chiusura della fase in contraddittorio (sessanta giorni), sono strutturalmente incompatibili con quelli del rito in materia di accesso e quindi con i tempi di un ricorso dinanzi al giudice

[110] Tra i temi dibattuti in dottrina vi è quello della finalità collaborativa o difensiva del contraddittorio introdotto con il comma 2 bis dell'art. 92, il quale presenta elementi di peculiarità sia rispetto alla comunicazione di avvio del procedimento ex art. 7 della l. n. 241/1990 ss. mm. ii. (non trattandosi di comunicazione che interviene nella fase di iniziativa, bensì all'esito di quella istruttoria), sia rispetto alla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda di cui all'art. 10 bis (non trattandosi di procedimento avviato ad istanza di parte): nel senso che si tratti di un contraddittorio difensivo, si v. A. Police, *op. cit.*, 2 (ed in particolare nota n.4). Sul tema, v. anche F. Figorilli, W. Giulietti, *op. cit.*, par. 5 e 10; R. Greco, *op. cit.*, par. 8.1.

ISSN 2036-7821

amministrativo per poter ottenere il prodromico diritto di accesso endo-procedimentale: di qui decisioni del Giudice amministrativo, che hanno ammesso la tutela cautelare in sede di accesso (nelle forme della sospensione dei termini di conclusione del procedimento di interdittiva[111]) nonché evocato i parametri europei del diritto ad una buona amministrazione, al fine di stigmatizzare la tendenza delle autorità pubbliche di non consentire l'accesso agli atti istruttori (arrivando la giurisprudenza anche a prospettare che gli atti non ostensibili, non potrebbero costituire oggetto di valutazione ai fini della interdittiva, in quanto si priverebbe non solo il privato, ma anche il giudice, della possibilità di sindacare la correttezza dell'operato della PA[112]).

Altra novità introdotta con il D.L. n. 152/2021 è costituita dalle misure amministrative di prevenzione collaborativa di cui all'art. 94 bis del Codice antimafia[113]: dette misure sono adottate dal Prefetto qualora accerti "*che i tentativi di infiltrazione mafiosa sono riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale*"; esse consistono nella prescrizione all'impresa, con provvedimento motivato, dell'osservanza, per un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore a dodici mesi, di una o più misure organizzative atte a rimuovere e prevenire le cause dell'agevolazione occasionale[114]. Le misure

[111] Tar Sicilia, sez. I, 8 marzo 2023, n. 119.

[112] Tar Emilia-Romagna, sez. I, 5 luglio 2022, n. 537.

[113] Ai sensi dell'art. 94 bis del d.lgs. n. 159/2011 ss. mm. ii. "*1. Il prefetto, quando accerta che i tentativi di infiltrazione mafiosa sono riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale, prescrive all'impresa, società o associazione interessata, con provvedimento motivato, l'osservanza, per un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore a dodici mesi, di una o più delle seguenti misure: a) adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli articoli 6, 7 e 24-ter del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, atte a rimuovere e prevenire le cause di agevolazione occasionale; b) comunicare al gruppo interforze istituito presso la prefettura competente per il luogo di sede legale o di residenza, entro quindici giorni dal loro compimento, gli atti di disposizione, di acquisto o di pagamento effettuati, gli atti di pagamento ricevuti, gli incarichi professionali conferiti, di amministrazione o di gestione fiduciaria ricevuti, di valore ((non inferiore a 5.000 euro)) o di valore superiore stabilito dal prefetto, sentito il predetto gruppo interforze, in relazione al reddito della persona ((o al patrimonio e al volume di affari)) dell'impresa; c) per le società di capitali o di persone, comunicare al gruppo interforze ((i finanziamenti, in qualsiasi forma, eventualmente erogati)) da parte dei soci o di terzi; d) comunicare al gruppo interforze i contratti di associazione in partecipazione stipulati; e) utilizzare un conto corrente dedicato, anche in via non esclusiva, per gli atti di pagamento e riscossione di cui alla lettera b), nonché per i finanziamenti di cui alla lettera c), osservando, per i pagamenti previsti dall'articolo 3, comma 2, della legge 13 agosto 2010, n. 136, le modalità indicate nella stessa norma. 2. Il prefetto, in aggiunta alle misure di cui al comma 1, può nominare, anche d'ufficio, uno o più esperti, in numero comunque non superiore a tre, individuati nell'albo di cui all'articolo 35, comma 2-bis, con il compito di svolgere funzioni di supporto finalizzate all'attuazione delle misure di prevenzione collaborativa. Agli esperti di cui al primo periodo spetta un compenso, ((determinato)) con il decreto di nomina, non superiore al 50 per cento di quello liquidabile sulla base dei criteri stabiliti dal decreto di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 4 febbraio 2010, n. 14. Gli oneri relativi al pagamento di tale compenso sono a carico dell'impresa, società o associazione. (…)".* Per un commento a tale istituto, si v. G. Veltri, *La prevenzione antimafia collaborativa: un primo commento*, in www.giustizia-amministrativa.it, 13 maggio 2022.

[114] Si v. Cons. St., sez. III, 25 luglio 2023, n. 7279 che ricostruisce la natura e funzione delle misure di cui all'art. 94 bis del Codice antimafia, nonché la nozione di "agevolazione occasionale" con ampi riferimenti all'elaborazione giurisprudenziale della Corte di cassazione sull'analogo presupposto di ammissione al controllo giudiziario volontario di cui al comma 6 dell'art. 34 bis. Su questi temi, in dottrina cfr. R. Rolli, M. Maggiolini, *Interdittiva antimafia e 'occasionale occasionalità' della permeabilità mafiosa. Un concetto tutto da chiarire*, in giustizia-insieme.it, 12 ottobre 2023. In termini critici rispetto alla devoluzione all'autorità prefettizia del potere di adottare tali misure, in

ISSN 2036-7821

amministrative di prevenzione collaborativa assoggettano l'impresa ad una forma di controllo amministrativo, consentendo la prosecuzione dell'attività economica seppur sotto la vigilanza del Prefetto. Considerati i punti di contatto tra le misure di cui all'art. 94 bis e quella di cui all'art. 34 bis del Codice antimafia (quest'ultima sul controllo giudiziario dell'impresa[115]), sia per quanto riguarda il presupposto applicativo, sia per quanto riguarda la funzione e le misure organizzative, il Prefetto deve comunicare al Tribunale per la prevenzione l'adozione di tale provvedimento, affinché il Giudice possa valutare se applicare, in luogo della misura amministrativa, il controllo giudiziario di cui all'art. 34 bis del Codice antimafia.

Le misure introdotte con l'art. 94 bis costituiscono applicazione del principio di proporzionalità e gradualità[116]: alla minore gravità del pericolo solo "occasionale", corrisponde la minore afflittività della misura, che non è più quella interdittiva, bensì "collaborativa". In questo senso l'istituto risolve una criticità del sistema precedente che era dato proprio, a fronte dell'accertamento di un pericolo di infiltrazione mafiosa, dalla insussistenza di una alternativa tra provvedimento interdittivo e opzione zero. Si deve difatti rammentare che il provvedimento di interdittiva antimafia non è configurato dalla norma attributiva del potere come un provvedimento discrezionale, nel senso che l'autorità prefettizia non è chiamata a valutare e ponderare l'interesse pubblico con quello del privato, scegliendo conseguentemente la misura più adatta al caso concreto: là dove la prefettura ritenga sussistente il pericolo di infiltrazione mafiosa, la conseguenza è vincolata, ossia è l'adozione del provvedimento interdittivo, senza che, almeno sino al DL n. 152/2021, la maggiore o minore gravità del tentativo di infiltrazione mafiosa (così come altri elementi quali ad esempio le condizioni economiche dell'imprenditore, della famiglia, dei dipendenti che continuano, a statuto normativo vigente, a non essere valutabili dal Prefetto ai fini dell'*an* o del *quomodo* del provvedimento) fosse elemento idoneo ad influire sul provvedimento finale. Per effetto del comma 2 ter dell'articolo 92 e dell'art. 94 bis del Codice antimafia, l'interdittiva diventa l'*extrema ratio*, applicabile solo quando l'agevolazione all'infiltrazione mafiosa non possa dirsi occasionale[117]. Il che significa anche che spetta alla Prefettura effettuare tale valutazione in modo attento, rigoroso e ponderato, potendosi censurare l'interdittiva antimafia per mancata valutazione della ipotesi alternativa della misura di collaborazione preventiva: in questo senso si muove la giurisprudenza più recente, che ha dichiarato illegittimi provvedimenti di

ragione dello stesso presupposto applicativo del controllo giudiziario a domanda, applicato invece dal Tribunale penale, si v. T. Passarelli, *op. cit.*, 167 ss.

[115] Su cui vedi *infra* par. 4.1.

[116] Già Cons. St. n. 4979/2020 *cit.*, aveva evidenziato che "*solo la proporzione è condizione di civiltà dell'azione amministrativa ed evita che la normativa di contrasto all'infiltrazione mafiosa purtroppo endemica nel nostro ordinamento, come ogni tipo di legislazione emergenziale, si trasformi in diritto della paura*", *auspicando in un intervento del legislatore ai fini della individuazione di "un proporzionato punto di equilibrio*".

[117] R. Greco, *op. cit.*, 22; T. Passarelli, *op. cit.*, 167.

ISSN 2036-7821

informazione antimafia per non aver motivato in ordine alla insussistenza dei presupposti della misure meno afflittiva ovvero per aver ritenuto "strutturale" un pericolo di infiltrazione mafiosa da considerarsi invece "occasionale"[118].
La disciplina introdotta (come rilevato anche dalla Core costituzionale nella citata sentenza n. 180/2022) non ha tuttavia previsto la possibilità per la Prefettura, in caso di pericolo non occasionale di infiltrazione mafiosa, di mitigare le conseguenze della interdittiva nel caso in cui le decadenze e divieti da essa derivanti siano in grado di privare l'imprenditore e la sua famiglia dei mezzi economici di sostentamento vitale[119]: profilo che, come già visto, è stato oggetto di due sentenze monito della Corte Costituzionale (le nn. 57/2020 e 180/2022) e che resta, pertanto, una criticità ancora aperta che non può trovare soluzione se non attraverso un intervento *ad hoc* del legislatore ovvero un nuovo rinvio alla Corte costituzionale da parte del giudice amministrativo[120]; difatti, la natura dell'interdittiva antimafia e delle misure amministrative di prevenzione, una volta accertato il presupposto della sussistenza di un tentativo strutturale o occasionale di infiltrazione mafiosa, non consente, a statuto normativo vigente, una modulazione del contenuto e degli effetti del provvedimento basata sulla ponderazione comparativa degli interessi in gioco ad opera dell'autorità amministrativa[121].

4.1. Temporaneità dell'interdittiva antimafia, potere di riesame della Prefettura e controllo giudiziario volontario, alla ricerca della "coerenza" del sistema.

Tra gli elementi valorizzati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 57/2020 al fine di escludere i dubbi di compatibilità costituzionale della normativa sul potere prefettizio di interdittiva antimafia "*un ruolo particolarmente rilevante assume il carattere provvisorio della misura*"[122]. Il giudice costituzionale ha difatti richiamato il comma 2 dell'art. 86, del d.lgs. n. 159 del 2011, secondo il quale l'informativa antimafia ha una validità limitata di dodici mesi, rilevando che "*alla scadenza del termine occorre procedere*

[118] Cfr. Cons. St., sez. III 25 luglio 2023, n. 7279.
[119] Secondo A. Police, *op. cit.*, 7, la possibilità di ricorso alla prevenzione collaborativa "*sempre che ne ricorrano i presupposti* ossia l'agevolazione soltanto occasionale) *costituisce allo stato l'unica alternativa che consente di tutelare le esigenze alimentari di chi grazie a quell'impresa assicura a sé ed alla propria famiglia un'esistenza libera e dignitosa*".
[120] *Ibidem*, 13.
[121] Ritiene, invece, che la disciplina introdotta con il DL 152/2021 realizzi l'esigenza di tutela dei diritti inviolabili, nonché i principi di ragionevolezza e proporzionali, M. Armanno, *op. cit.*, in particolare par. 4. In realtà, a parere di chi scrive la circostanza che il legislatore continui a conformare il potere di interdittiva antimafia non già come espressione di discrezionalità amministrativa e giusto contemperando degli interessi in gioco (tale da consentire la penetrazione nel procedimento degli interessi del privato, quali quello al soddisfacimento dei bisogni primari di sostentamento e quindi, una graduazione in ordine al *quomodo* del provvedimento, e prima ancora all'*an*) e le misure di cui all'art. 94 bis del Codice come provvedimenti che presuppongono la natura occasionale dell'agevolazione (senza alcuna considerazione dell'esigenza di tutela dei diritti o degli interessi del privato), non consente di ritenere soddisfatti i predetti valori.
[122] Corte cost. n. 57/2020, punto 6 dei "Considerato in diritto".

ISSN 2036-7821

alla verifica della persistenza o meno delle circostanze poste a fondamento dell'interdittiva, con l'effetto, in caso di conclusione positiva, della reiscrizione nell'albo delle imprese artigiane, nella specie, e in generale del recupero dell'impresa al mercato" e rimarcando l'esigenza di un'applicazione rigorosa della norma al fine di scongiurare il rischio "*della persistenza di una misura non più giustificata e quindi di un danno realmente irreversibile*"[123].

La dottrina ha già, condivisibilmente, rilevato che il periodo di dodici mesi di validità dell'interdittiva antimafia è in sé sufficiente a determinare effetti irreversibili, quali la cessazione definitiva dell'impresa[124]: il rimedio che le imprese hanno sperimentato per assicurare la loro conservazione sul mercato (secondo la stessa logica che ha ispirato le misure di prevenzione collaborativa [125]) non è, difatti, quello "preventivo" della temporaneità (solo nominale, come si vedrà *infra*) della misura, bensì è quello "successivo" del controllo giudiziario volontario, istituto introdotto con la legge 17 ottobre 2017 n.161 che ha inserito nel Codice antimafia l'art. 34 bis[126] quale strumento di tutela esperibile, al precipuo fine di evitare l'espulsione dell'impresa, che abbia impugnato il provvedimento dinanzi al giudice amministrativo, dal mercato.

Il richiamo, operato dalla Corte costituzionale, alla "temporaneità" della misura e all'esigenza che la Prefettura eserciti tempestivamente il suo potere di "aggiornamento", induce ad interrogarsi sull'effettiva coerenza del sistema proprio alla luce del rapporto tra efficacia dell'interdittiva antimafia, potere di riesame della Prefettura ed esiti del controllo giudiziario a cui sia stata ammessa l'impresa originariamente interdetta.

Occorre rammentare che, se è vero che ai sensi dell'art. 86 comma 2 del Codice antimafia, l'interdittiva ha una durata di dodici mesi, la giurisprudenza ha tuttavia interpretato la norma nel senso che alla scadenza del termine anzidetto il provvedimento continua a produrre effetti (e quindi ad interdire l'impresa) sino all'adozione di una diversa determinazione della Prefettura[127] adottata all'esito dell'esercizio del potere di riesame. Un primo tema, sulla cui base valutare la tenuta

---

[123] *Ibidem*.

[124] Cfr. M. A. Sandulli, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova interdittiva antimafia*, *op. cit.*, 3. In giurisprudenza, in questi termini, Tar Reggio Calabria ordinanza 11 dicembre 2020, n.732.

[125] In questo senso, cfr. *ex multis*, Cons. St., Ad. Pl., 13 febbraio 2023, n. 7; Cons. St., sez. III, 25 luglio 2023, n. 7279. In dottrina, R. Greco, *op cit.*, 27

[126] Il controllo giudiziario è una delle misure di prevenzione patrimoniale diverse dalla confisca, catalogate nel Libro I, Titolo II, del Codice antimafia. Ai sensi del comma 6 dell'art. 34 bis "*Le imprese destinatarie di informazione antimafia interdittiva ai sensi dell'articolo 84, comma 4, che abbiano proposto l'impugnazione del relativo provvedimento del prefetto, possono richiedere al tribunale competente per le misure di prevenzione l'applicazione del controllo giudiziario di cui alla lettera b) del comma 2 del presente articolo. Il tribunale, sentiti il procuratore distrettuale competente, il prefetto che ha adottato l'informazione antimafia interdittiva nonché gli altri soggetti interessati, nelle forme di cui all'articolo 127 del codice di procedura penale, accoglie la richiesta, ove ne ricorrano i presupposti; successivamente, anche sulla base della relazione dell'amministratore giudiziario, può revocare il controllo giudiziario e, ove ne ricorrano i presupposti, disporre altre misure di prevenzione patrimoniali.*"

[127] *Ex multis*, Cons. St., sez. III, 5 ottobre 2016, n. 4121. Più di recente e per tutte, Cons. St. Ad. Pl. n. 3/2018 *cit.*

ISSN 2036-7821

del sistema, è pertanto quello della disciplina dei "tempi" e "presupposti/limiti/condizioni" del potere/dovere di riesame della Prefettura rispetto al quale, si può già rilevare, l'assoluta laconicità del Codice antimafia[128]. Inoltre, poiché il potere di riesame della Prefettura (che postula la valutazione di elementi sopravvenuti ai fini del giudizio di attualità e concretezza del pericolo di infiltrazione mafiosa) nella stragrande maggioranza dei casi interviene a seguito dell'ammissione dell'impresa al controllo giudiziario (quale strumento che garantisce la sua conservazione, grazie alla sospensione *ope legis* degli effetti dell'interdittiva[129]), un secondo tema da affrontare è quello degli effetti dell'ammissione al controllo giudiziario e soprattutto dei suoi esiti, sul potere di riesame della Prefettura (sul quale, altresì, la disciplina codicistica appare del tutto carente).

Quanto al riesame dell'interdittiva, la disciplina del d.lgs. n. 159/2011 ss. mm. ii., si limita a stabilire al comma 5 dell'art. 91, ultimo periodo, che "*Il prefetto, anche sulla documentata richiesta dell'interessato, aggiorna l'esito dell'informazione al venir meno delle circostanze rilevanti ai fini dell'accertamento dei tentativi di infiltrazione mafiosa*". Non sono previsti tempi certi di esercizio del potere di riesame, né la fonte primaria riconduce al mancato esercizio del potere di aggiornamento conseguenze quanto alla perdurante validità della originaria interdittiva (in altri termini il mancato esercizio tempestivo del potere di aggiornamento non determina il venir meno degli effetti dell'informazione antimafia).

Sebbene la previsione normativa non menzioni la validità temporale limitata di dodici mesi dell'interdittiva antimafia ai fini del riesame (e quindi non preveda un obbligo di apertura del procedimento di riesame alla scadenza del predetto termine), richiamando il solo venir meno delle circostanze rilevanti ai fini dell'accertamento del tentativo di infiltrazione mafiosa, la giurisprudenza ha affermato che il decorso del termine annuale *ex* art. 86, comma 2, D.lgs. n. 159/2011, se non fa venire meno gli effetti dell'interdittiva, determina l'obbligo della Prefettura di riesaminare la vicenda ovvero di aggiornare l'originaria prognosi interdittiva[130]. Allo stesso modo, sussiste l'obbligo della Prefettura di riesaminare l'originario provvedimento all'esito del controllo giudiziario a cui sia stata ammessa l'impresa[131].

Nel silenzio della fonte primaria di riferimento (che nulla dice in ordine al "dovere" di riesame e ai suoi tempi "certi" in funzione di garanzia del privato) è certamente apprezzabile il richiamato orientamento della giurisprudenza che qualifica in termini

[128] Sul tema dei "tempi" del potere riesame della Prefettura cfr. V. Mameli, *Gli effetti nel tempo dell'interdittiva ed il potere di riesame*, in giustizia-amministrativa.it, 16 aprile 2022.

[129] Si v. art. 34 bis, comma 7, del Codice antimafia.

[130] Cfr. Cons. St., sez. III, 13 dicembre 2021, n. 8309 e, più di recente, Tar Calabria, 25 gennaio 2024, n. 68, secondo cui il "*doveroso aggiornamento*" dell'interdittiva antimafia al termine di validità di dodici mesi, è necessario nella prospettiva costituzionale della "*libertà di impresa*" e dei "*principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 42 Cost.*".

[131] Tra le tante, Cons. St., sez. III, n. 1049/2021 cit.

ISSN 2036-7821

di doverosità il riesame dell'interdittiva antimafia. Un simile approccio, tuttavia, non risolve il problema dell'ultrattività degli effetti interdittivi: una volta affermato difatti che il provvedimento di interdittiva antimafia produce i suoi effetti anche "oltre" la scadenza del termine di validità di 12 mesi (e "oltre" l'esito eventualmente positivo del controllo giudiziario) e una volta appurata l'assenza di termini "perentori" di esercizio del potere di riesame, l'impresa interdetta (scaduto il termine di validità di dodici mesi ovvero all'esito del controllo giudiziario) resta comunque esposta all'inerzia della Prefettura: sotto tale profilo, la giurisprudenza amministrativa ha recentemente ammesso la proposizione dell'azione avverso il silenzio inadempimento a fronte dell'istanza di riesame formulata dall'impresa e non evasa dalla Prefettura[132]. Anche in tal caso si tratta di un approdo assolutamente apprezzabile, ma di nuovo i tempi del ricorso ex art. 117 c.p.a. (che si aggiungono a quelli dell'inerzia e a quelli successivi dell'adempimento della Prefettura), ben potrebbero essere incompatibili con la sopravvivenza e conservazione dell'impresa, producendo quindi effetti irreversibili. La questione appare particolarmente delicata (e meriterebbe un intervento del legislatore, piuttosto che interventi suppletivi della giurisprudenza) proprio alla luce della rilevanza del fattore della temporaneità e dei poteri di aggiornamento della Prefettura, valorizzato dalla Corte costituzionale ai fini della "tenuta costituzionale" del sistema: la circostanza che non siano previsti tempi certi quanto all'espletamento del riesame e che non siano previste conseguenze (anche decadenziali, in termini di venir meno della validità dell'originaria interdittiva) del mancato tempestivo esercizio del potere/dovere di riesame, rende difatti solo astratto e teorico il richiamo alla "temporaneità" del provvedimento di interdittiva antimafia come elemento di "equilibrio" del sistema[133].

Sotto altro profilo, occorre anche indagare il rapporto tra il potere di riesame della Prefettura e il controllo giudiziario volontario. Solo qualche accenno preliminare su tale istituto: il comma 6 dell'art. 34 bis dispone che l'impresa attinta da interdittiva, che abbia impugnato il provvedimento dinanzi al giudice amministrativo, può chiedere al

[132] Tar, Emilia-Romagna, sez. I, 28 febbraio 2023, n. 103; Tar Calabria, n. 68/2024 cit., che sottolinea, richiamando la sentenza del Cons. St. Ad. Pl. n. 7/2023, che il dovere di procedere all'aggiornamento dell'interdittiva antimafia sussiste anche in pendenza del periodo di controllo giudiziario: ciò in quanto, *"il rapporto di condizionamento tra il controllo giudiziario ed il procedimento amministrativo di revisione ex art. 91 comma 5 cd. Codice Antimafia, entrambi in itinere nei confronti della ricorrente, muove, semmai, nel senso diametralmente opposto a quello preteso dalla Prefettura di Reggio Calabria. Se è vero, infatti, per come chiarito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 7/2023, che "una decisione di accoglimento del ricorso contro l'interdittiva avrebbe in sé l'effetto di riportare l'impresa alla piena e libera concorrenza, sulla base dell'accertamento che essa non è stata mai interessata da fenomeni di inquinamento mafioso» è altrettanto vero che analogo effetto dovrà ricondursi all'eventuale valutazione liberatoria che la Prefettura di Reggio Calabria dovesse operare a valle del procedimento di riesame attualmente pendente che la stessa, per le ragioni sopra esplicitate, ha l'obbligo di concludere"*.

[133] In senso critico rispetto alla disciplina del potere di aggiornamento delle interdittive, cfr. M. Mazzamuto, *Le interdittive prefettizie tra prevenzione antimafia e salvataggio delle imprese*, *op. cit.*, 2222. Propone di affidare il potere/dovere di aggiornamento ad un organo "terzo", C. Miccicché, *op. cit.*, 39.

ISSN 2036-7821

giudice penale di essere sottoposta a controllo giudiziario. Si tratta di una misura che consente all'impresa, qualora ammessa, di proseguire la propria attività sotto il controllo/vigilanza del Giudice penale o, meglio, dell'amministratore giudiziario all'uopo nominato, con conseguente sospensione degli effetti della interdittiva. Il controllo giudiziario è stato introdotto dal legislatore allo scopo di mitigare gli effetti delle interdittive antimafia, stante la ritenuta insufficienza a tale scopo del giudizio amministrativo[134]. Alla giurisprudenza amministrativa e soprattutto della Corte di cassazione, si è richiesto lo sforzo (nel silenzio della fonte normativa) di ricostruire i rapporti e le interferenze tra i due giudizi (di cui quello amministrativo costituisce condizione di ammissibilità di quello penale), arrivando alla conclusione che essi si fondano su presupposti diversi e si muovono su piani diversi[135]: semplificando i termini della questione, mentre al giudice amministrativo compete la valutazione della legittimità del provvedimento (e quindi della sussistenza dei presupposti per la sua adozione) sotto il profilo del corretto accertamento del pericolo di infiltrazione mafiosa (ovviamente entro i limiti della propria giurisdizione di legittimità), al giudice penale spetta di valutare solo l'occasionalità della infiltrazione, in un'ottica di futuro recupero e bonifica della impresa (cioè lo stesso presupposto oggi normativamente previsto, per l'adozione delle misure amministrative di prevenzione collaborativa di cui all'art. 94 bis del Codice Antimafia)[136].

Senza entrare nel dettaglio delle problematiche relative ai rapporti tra giudizio amministrativo e dinanzi al Tribunale penale[137], si deve evidenziare una potenziale

---

[134] Per approfondimenti sul controllo giudiziario volontario, cfr., tra i contributi più recenti, T. Alesci, F. Lombardi, *Interdittiva antimafia e controllo giudiziario tra interferenze normative e distorsioni applicative*, in amministrativ@mente.com, 2024, 3, 1011 ss.; C. Lorusso, *La lotta alla mafia nell'economia: il rapporto tra l'informazione interdittiva antimafia e il controllo giudiziario volontario delle aziende*, in Dir. proc. amm., 2024, 1, 251 ss.; A. Merlo, *Ancora controversi i rapporti fra controllo giudiziario 'volontario' e interdittive*, in Giur. It., 2023, 12, 2722 ss.; R. Mangani, *Il controllo giudiziario e l'informativa antimafia, tra esigenze di ordine pubblico e tutela dell'attività imprenditoriale,* in Riv. Trim. app., 2023, 1, 107 ss. In termini critici, dopo le modifiche del D.L. 152/2021, si v. G. D'Angelo, *Impugnazione dell'informazione interdittiva e controllo giudiziario volontario: profili critici dopo il d.l. n. 152 del 2021,* in Il Foro it., 2023, 4, 159 ss. Tra i contributi all'indomani della sua introduzione, si v. T. Alesci, I presupposti ed i limiti del nuovo controllo giudiziario nel codice antimafia, in Giur. It., 2018, 6, 1521 ss.; D. Brancia, *Del controllo giudiziario delle aziende. Un'occasione di bonifica dal tentativo occasionale di condizionamento mafioso oppure un'esigenza pubblicistica di giurisdizionalizzazione dell'impresa*, in Il nuov. dir. soc., 2018, 9, 1383 ss.; Id. *Il controllo giudiziario delle aziende, introdotto dal nuovo articolo 34 bis del T.U. antimafia,* in Riv. Pen., 2018, 7-8, 647 ss.

[135] Cfr. Cass. pen., sez. II, 2 febbraio 2023, n. 11326; id., sez. VI, 7 luglio 2021, n. 30168; id., sez. II, 28 gennaio 2021, n. 9122; id., 14 ottobre 2020, n. 1590.

[136] Cfr. M.A. Sandulli, *I rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informativa antimafia e l'istituto del controllo giudiziario*, in www.giustizia-amministrativa.it, 24 maggio 2022; F. Bartolini, *Un chiarimento sul nuovo rapporto tra interdittive antimafia e controllo giudiziario volontario,* in Dir. pen. e proc., 202, 11, 1466 ss.; M. Mazzamuto, *Il salvataggio delle imprese tra controllo giudiziario volontario, interdittive prefettizie e giustizia amministrativa*, in Sistema penale, 3 marzo 2020.

[137] Si rinvia alla lettura della sentenza del Cons. St. Ad. Pl. n.7/2023, con nota di C. Cappabianca, *Gli effetti sul giudizio amministrativo del controllo giudiziario delle aziende ex art. 34-bis, comma 6, d.lg. n. 159/2011: dopo l'Adunanza plenaria n. 7/2023*, in Dir. proc. amm., 2023, 4, 743 ss.

ISSN 2036-7821

discrasia del sistema che riguarda il rapporto tra gli esiti del controllo giudiziario dinanzi al Giudice penale e le valutazioni che la Prefettura deve necessariamente effettuate in sede di aggiornamento annuale dell'interdittiva. L'impresa sottoposta a controllo giudiziario volontario, sul presupposto accertato dal Giudice penale della ricorrenza di un tentativo di infiltrazione mafiosa derivante da situazioni che denotano una agevolazione solo occasionale, viene vigilata per il periodo del controllo da un amministratore giudiziario sotto la supervisione del Tribunale, il quale, all'esito del periodo e previa udienza in contraddittorio, definirà il procedimento potendo disporre la prosecuzione del controllo, l'amministrazione giudiziaria ovvero la cessazione del controllo giudiziario in base all'accertamento che l'impresa non è soggetta a tentativo di infiltrazione mafiosa occasionale: un simile accertamento viene disposto con un provvedimento giurisdizionale idoneo ad acquisire l'autorità di cosa giudicata[138]. Secondo la giurisprudenza amministrativa esso, tuttavia, non comporta un vincolo in sede di aggiornamento della interdittiva antimafia in capo al Prefetto, che resta libero di apprezzare la sussistenza di elementi indiziari (non necessariamente sopravvenuti) del pericolo di infiltrazione mafiosa e confermare la misura interdittiva originariamente adottata[139]. Un simile approccio rischia tuttavia di rendere sostanzialmente inutile il periodo di controllo giudiziario (che avrebbe una funzione di bonifica e di recupero dell'impresa[140]), esponendo l'impresa a successive conferme dell'interdittiva antimafia nonostante l'esito positivo del monitoraggio a cui si è volontariamente sottoposta. Un simile "cortocircuito" (che comporterebbe, un nuovo

[138] Su questi temi, si v. R. Rolli, M. Maggiolini, *Interdittiva antimafia e giudicato penale (nota a Consiglio di Stato sez. III, 4 febbraio 2021, n. 1049)*, in giustiziainsieme.it, 17 marzo 2021.

[139] Secondo la giurisprudenza amministrativa la ritenuta autonomia tra le valutazioni effettuate dal giudice penale in sede di ammissione dell'impresa al controllo giudiziario e quelle effettuate dalla Prefettura ai fini dell'accertamento del pericolo di infiltrazione mafiosa, dipenderebbe dalla diversità dei parametri presi in considerazione: in particolare si afferma che l'autorità amministrativa esprime un giudizio statico o retrospettivo su un fenomeno infiltrativo già compiutosi, il giudice penale effettua una prognosi sulla capacità dell'impresa di emendarsi e di reinserirsi nel circuito mafioso: si v. Cons. St., Sez. III, 4 febbraio 2021, n.1049; Id., 7 febbraio 2023, n. 1275. La questione si complica là dove si tratti di valutare gli effetti non solo dell'ammissione, ma degli esiti del controllo giudiziario, sul potere di aggiornamento della Prefettura: in tal caso difatti, se è vero che il giudice penale effettua una prognosi sulla capacità di recupero dell'impresa e, in sede di accertamento positivo della "messa alla prova", accerta che essa opera in un contesto legale, l'apprezzamento della Prefettura non può ritenersi integralmente svincolato dal giudicato penale. In questo senso il Giudice amministrativo ha temperato l'affermazione secondo cui la *"pronuncia del giudice penale della prevenzione non produce alcun effetto di accertamento vincolante, con efficacia di giudicato, sul rischio di infiltrazione dell'impresa da parte della criminalità organizzata, sicché deve ammettersi come fisiologica l'eventualità che Prefettura e giudice della prevenzione penale, pur incentrando le proprie valutazioni sulle medesime circostanze di fatto, giungano a conclusioni difformi circa il pericolo di infiltrazione"* (Cons, St.; Sez. III, n. 1049/2021), riconoscendo quantomeno che "*tra l'originaria misura interdittiva, ammissione al controllo giudiziario, esito dello stesso e rinnovato esercizio del potere interdittivo deve necessariamente sussistere un rapporto di razionale coordinamento, che deve trovare adeguato riflesso nella componente motivazionale dell'eventuale nuovo provvedimento interdittivo (…)*" (Cons. St. n. 1275/2023 cit.).

[140] *Ex multis*, Cass. pen. Sez. I, 8 maggio 2023, n.19154.

ISSN 2036-7821

giudizio al Tar e un nuovo controllo giudiziario[141]) denota un'intima incoerenza del sistema: il controllo giudiziario sotto la supervisione del Giudice penale e le misure prefettizie, dovrebbero difatti, tenuto conto della funzione del primo di bonifica dell'impresa[142], essere considerate non già totalmente autonome, ma tra loro necessariamente comunicanti[143]. È chiaro che si tratta di un tema che meriterebbe di essere disciplinato dal legislatore[144] per evitare il prodursi di effetti distorsivi e pregiudizievoli per le imprese. A statuto normativo vigente, si deve tuttavia almeno ritenere che l'"autonomia" tra le valutazioni del Giudice penale e quelle dell'autorità amministrativa non possa certamente legittimare una riedizione dell'accertamento amministrativo del pericolo di infiltrazione mafiosa basata sugli stessi elementi già oggetto della originaria interdittiva antimafia ovvero scevra dalla attenta valutazione degli esiti del controllo giudiziario: è quindi condivisibile, sotto tale profilo, quell'orientamento della giurisprudenza amministrativa che pone in capo al Prefetto un onere di motivazione puntuale e rafforzata in caso di conferma della interdittiva antimafia all'esito del positivo controllo giudiziario[145].

---

[141] La possibilità di richiedere l'ammissione al controllo giudiziario a seguito della conferma dell'originaria interdittiva antimafia non è, in realtà, pacifica in considerazione dell'orientamento della Corte di Cassazione penale n. 19154/2023 cit., secondo cui la conferma da parte della Prefettura dell'originario provvedimento di interdittiva antimafia impugnata dinanzi al giudice amministrativo, non consentirebbe di accedere al controllo giudiziario qualora il provvedimento prefettizio confermato abbia acquisito definitività a seguito del rigetto dell'originario ricorso. Per una critica a tale decisione, si v. E. Davì, *Sui rapporti tra interdittiva antimafia e controllo giudiziario volontario: la Cassazione riannoda il groviglio che il Consiglio di Stato aveva dipanato*, in Il Foro It., 2023, 9, 497 ss. Sulle problematiche derivanti dalle plurime conferme delle interdittive antimafia da parte della Prefettura e le successive ammissioni a controllo giudiziario con esito positivo, cfr. T. Alesci, F. Lombardi, *Interdittiva antimafia e controllo giudiziario tra interferenze normative e distorsioni applicative, op. cit.*, in particolare par. 2 per un "caso esemplare" e paragrafo 6 quanto al possibile "cortocircuito" tra la giurisdizione amministrativa e quella ordinaria. Sulle interferenze tra giurisdizioni, cfr. anche A. Chiarella, *Profili dogmatici della discrezionalità prefettizia nella prevenzione e contrasto all'infiltrazione mafiosa. Dubbie interferenze fra giurisdizione amministrativa ed ordinaria nel rapporto tra controllo giudiziario "su richiesta" e l'interdittiva antimafia*, in Federalismi.it, 2024, 19, 82 ss..

[142] A. Merlo, *La bonifica ambientale come scopo delle misure patrimoniali 'diverse dalla confisca': le sezioni unite si pronunciano sul controllo giudiziario 'volontario' (Nota a Cass. 26 settembre - 19 novembre 2019, n. 46898, Ricchiuto) - Parte II*, in Foro it., 2020, 5, 343 ss.

[143] Sul difetto di coordinamento del sistema, anche a seguito dell'introduzione delle misure amministrative di prevenzione collaborativa, cfr. A. Police, *op. cit.*, 2.

[144] Quanto ai rapporti tra interdittiva antimafia e controllo giudiziario manca integralmente una disciplina degli effetti del primo sul riesame ad opera della Prefettura, limitandosi il comma 7 dell'art. 34 bis del Codice Antimafia, così modificato dal D.L. 6 novembre 2021, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla L. 29 dicembre 2021, n. 233, a disporre che "7. *Il provvedimento che dispone l'amministrazione giudiziaria prevista dall'articolo 34 o il controllo giudiziario ai sensi del presente articolo sospende il termine di cui all'articolo 92, comma 2, nonché gli effetti di cui all'articolo 94. Lo stesso provvedimento è comunicato dalla cancelleria del tribunale al prefetto della provincia in cui ha sede legale l'impresa, ai fini dell'aggiornamento della banca dati nazionale unica della documentazione antimafia di cui all'articolo 96, ed è valutato anche ai fini dell'applicazione delle misure di cui all'articolo 94-bis nei successivi cinque anni.*"

[145] Si v. TAR Bari, sez. II, 15 luglio 2022, n.1044 secondo cui "*l'aggiornamento dell'interdittiva da parte della Prefettura a chiusura del controllo giudiziario è atto doveroso "in forza dell'art. 86, comma2, del codice antimafia, così come interpretato dalla Corte costituzionale con sentenza 57/2020 e applicato dalla Sezione da ultimo con decisione 13dicembre 2021 n. 8309" (Cons. Stato, n. 4912/2022 cit.)*". Quanto ai rapporti tra riesame e controllo giudiziario, la predetta sentenza ha ulteriormente chiarito che "*A conclusione del controllo giudiziario, pertanto, la valutazione degli esiti della misura e la*

ISSN 2036-7821

5. Note di sintesi e conclusive.

Nella ricerca di un equilibrio tra i diversi valori che la disciplina delle interdittive antimafia impone di tenere in considerazione[146], l'analisi condotta attiene alla coerenza della disciplina delle interdittive antimafia, come interpretata dalla giurisprudenza, con le garanzie formali e sostanziali che devono presiedere l'esercizio di ogni potere amministrativo che incida su diritti costituzionalmente garantiti. Le riflessioni svolte hanno posto in rilievo alcune criticità della conformazione normativa del potere prefettizio, con particolare riferimento alla carenza di tassatività e determinatezza dei presupposti di suo esercizio, all'assenza di un potere "discrezionale" dell'autorità di valutare e ponderare gli interessi che vengono in rilievo e le conseguenze delle interdittive, allo standard di accertamento del tentativo di infiltrazione mafiosa ricondotto dalla giurisprudenza a quello minimo della c.d. "probabilità cruciale", all'assenza di termini certi per l'esercizio del potere di aggiornamento delle interdittive.

Nelle considerazioni conclusive è possibile tentare, nella richiamata prospettiva dell'equilibrio tra l'esigenza di contrasto alla criminalità organizzata e l'esigenza di tutela libertà d'impresa e di iniziativa economica (e della dignità e dei diritti fondamentali della persona), , di individuare (pur nella ritenuta carenza del quadro normativo di riferimento che per le ragioni evidenziate si presta a dubbi di legittimità costituzionale e convenzionale) alcune possibili soluzioni al fine di mitigare, a statuto normativo vigente, le aporie e criticità emerse nel corso dell'analisi; sotto altro profilo, tenuto conto che la trattazione sviluppata ha rinvenuto una criticità del sistema costituita dal *vulnus* di legalità sostanziale del potere della Prefettura, non sanabile attraverso la tassatività giurisprudenziale ovvero il recupero delle garanzie

---

conseguente prognosi di sopravvenuta impermeabilità mafiosa o meno deve essere effettuata senza indugio dalla Prefettura, chiamata a verificare se l'impresa abbia reciso i rapporti di agevolazione con soggetti organici o contigui alle organizzazioni mafiose". Secondo Cos. St., sez. III, 16 giugno 2022, n. 4912, "*Non v'è dubbio, ad avviso del Collegio, che la funzione bonificante concretamente svolta dal controllo giudiziario non possa essere obliterata dal Prefetto, pena lo scadimento dell'azione amministrativa nell'eccesso di potere con sostanziale tradimento della voluntas legislatoris*". Nello stesso senso anche Cons. St., sez. III, 28 dicembre 2021 n. 8642 che aggiunge che "*ricade, conseguentemente, sull'Amministrazione uno specifico onere motivazionale consistente nell'esprimersi specificamente sull'attendibilità ed inerenza di tali elementi sopravvenuti (v. T.A.R. Campania- Napoli, sez. I, 2/2/2018, n. 724). Tale precipuo obbligo motivazione nell'ipotesi dell'effettuato percorso ex art.34 bis c.a.m. deve esplicitare puntualmente la valutazione dell'esito di questo*". Più di recente, il TAR, Bari, sez. II., 6 agosto 2024, n. 941, ha chiarito che "*Se è vero che si tratta di due procedimenti autonomi stando ai più recenti arresti della giurisprudenza (cfr. da ultimo T.A.R. Reggio Calabria, sez. I, 08/01/2024, n.21, T.A.R. Napoli, sez. I, 02/08/2023, n.4734, T.A.R. Torino, sez. I, 30/03/2023, n.292 e T.A.R. Palermo, sez. I, 22/12/2023, n.3828), cionondimeno "l'esito positivo del controllo giudiziario impedisce la reiterazione dei fatti già posti a fondamento della precedente informazione antimafia…"*. In dottrina, si v. R. Greco, *op cit.*, 32; G. Botto, *Sul rapporto tra controllo giudiziario ad esito favorevole e aggiornamento dell'informativa antimafia (nota a Consiglio di Stato sez. III, 16 giugno 2022, n. 4912)*, in giustiziainsieme.it, 5 ottobre 2022.

[146] M. A. Sandulli, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova interdittiva antimafia*, *op. cit.*, 2; F. Figorilli, W. Giulietti, *op. cit.*, 64.

ISSN 2036-7821

procedimentali (del contraddittorio) o processuali (della c.d. *full jurisdiction*), appare opportuno anche prospettare possibili soluzioni *de iure condendo*.

Il potere di adottare interdittive antimafia costituisce, come efficacemente rilevato dalla dottrina, un "terribile potere"[147] sia per gli amplissimi spazi di apprezzamento del suo presupposto costituito dal tentativo dell'infiltrazione mafiosa, sia per le conseguenze da esso derivanti, altrettanto efficacemente descritte con l'espressione "ergastolo imprenditoriale"[148]. I margini di apprezzamento spettanti alla Prefettura non riguardano la scelta in ordine alla migliore modalità per perseguire il pubblico interesse tenuto conto della rilevanza e del peso dei contrapposti interessi, bensì l'accertamento del presupposto di fatto costituito dal tentativo, rischio, pericolo di infiltrazione mafiosa. Sotto tale profilo, spetta difatti alla Prefettura valutare le relazioni investigative, il materiale probatorio acquisito in paralleli procedimenti, gli esiti di processi penali, gli elementi indiziari acquisiti dalle forze dell'ordine: è in questa attività valutativa che opera l'ampio margine di apprezzamento in ordine alla raccolta degli elementi "indiziari" e alla valutazione della loro capacità dimostrativa del pericolo di infiltrazione mafiosa, da svolgersi secondo modalità e regole che richiamano il giudizio investigativo e inferenziale. Pur potendosi convenire su tale ultimo profilo, l'esigenza di assicurare nell'esercizio di tale potere di accertamento i principi generali dell'azione amministrativa (la cui necessaria applicazione, trattandosi pur sempre di potere amministrativo, non può ritenersi recessiva per la sola ragione che trattasi di uno strumento di massima anticipazione della soglia di tutela[149]), impone di adattare alle peculiarità del metodo e della logica sottesa a tale potere, l'applicazione dei principi di necessità e proporzionalità[150], imponendo un utilizzo prudente e garantista delle interdittive antimafia da parte delle autorità prefettizie. Un simile uso garantista delle interdittive antimafia dovrebbe contemplare, in primo luogo, l'attenta e ponderata valutazione (sia da parte della Prefettura, che da parte del giudice amministrativo) degli elementi sintomatici del rischio, che devono superare anzitutto il vaglio di attendibilità, veridicità e pertinenza; in secondo luogo, l'accertamento del pericolo non potrebbe essere rimesso allo standard probatorio del c.d. "più probabile che non", ma dovrebbe essere superiore alla soglia minima predetta al fine di assicurare che la misura sacrificativa sia indefettibile e necessaria; in terzo luogo, l'aggiornamento delle interdittive antimafia - che tenga conto degli esiti del controllo giudiziario e di ogni altro elemento addotto dall'impresa-, dovrebbe essere

[147] A. Police, *op. cit.*, in particolare par. 1.

[148] M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa, op. cit.*, ma anche L. Di Ciomma, *L'interdittiva antimafia: ai confini tra "l'ergastolo imprenditoriale" e la natura cautelare*, in Amministr@tivamente.it, 2020, 3, 353 ss.

[149] Sulle torsioni derivanti dal c.d. "diritto amministrativo dell'emergenza criminale", si v. N. Gullo, *Emergenza criminale e diritto amministrativo. L'amministrazione pubblica dei beni confiscati,* Napoli 2017.

[150] Nel senso dell'esigenza di assicurare un livello adeguato di garanzia sotto il profilo della "ragionevolezza, cfr. C. Micciché, *op. cit.*, 23.

ISSN 2036-7821

tempestivo ed effettivo, affinché la misura sia rispettosa dei presupposti di attualità e concretezza e soprattutto della sua natura di provvedimento temporaneo[151] nonché eccezionale, cioè di *extrema ratio*[152] (come si ricava dalla introduzione delle misure amministrative di collaborazione preventiva). Ulteriore presidio di garanzia, dovrebbe inoltre essere quello di un sindacato giurisdizionale non trincerato dietro la valutazione del vizio di eccesso di potere e della non manifesta irragionevolezza o illogicità della motivazione (ovvero ricostruzione del quadro indiziario) addotta dalla Prefettura[153], ma diretto ad un vaglio puntuale (anzitutto in termini di veridicità e di effettiva capacità dimostrativa) degli elementi assunti dall'autorità amministrativa a fondamento del giudizio prognostico, e di valutazione, in termini di prova controfattuale, delle deduzioni dell'impresa e degli elementi da essa addotti a fondamento di una diversa ipotesi ricostruttiva del quadro indiziario.

Nella prospettiva del recupero della legalità sostanziale in senso forte e tenendo conto della ascrivibilità delle interdittive antimafia al sistema di prevenzione, *de iure condendo*, sarebbe auspicabile un intervento del legislatore che, sulla linea tracciata con le modifiche al Codice antimafia introdotte con la citata legge n.161/2017 e con il più volte menzionato d.l. n. 152/2021, che denotano un interesse ordinamentale al mantenimento delle imprese soggette a mero rischio di infiltrazione mafiosa, riconduca a coerenza il sistema di prevenzione antimafia: ciò, mediante l'attribuzione al solo giudice penale del potere di adottare misure di prevenzione a carattere sostanzialmente ablatorio nei casi più gravi di accertamento del rischio non meramente occasionale di ingerenza nell'impresa della criminalità organizzata, demandando all'autorità amministrativa il compito di adottare misure di controllo collaborativo nei confronti di quelle imprese il cui rischio di un tentativo di infiltrazione mafiosa non superi la soglia "penale" idonea per l'adozione di una misura preventiva personale o patrimoniale, ma richieda comunque, nella prospettiva della lotta alla criminalità organizzata e dell'interesse generale a che l'amministrazione non intrattenga rapporti con soggetti che potrebbero essere "non affidabili", una forma di vigilanza dell'impresa.

[151] In questo senso Corte Cost. n. 57/2020, punto 6 dei "Considerato in diritto". Si v. anche Cons. St., sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758 che individua nell'aggiornamento delle interdittive un "punto di equilibrio fondamentale".

[152] R. Greco, *op. cit.*, 22; A. Police, *op. cit.*, 7.

[153] Criticano la deferenza del giudice amministrativo rispetto al potere della Prefettura, R. Greco, *op. cit.*, 33; A. Police, *op. cit.*, 5; F. Figorilli, W. Giulietti, *op. cit.*, 91.

ISSN 2036-7821