

Articoli e saggi

Il nuovo volto dell'informazione antimafia dopo le novelle del D.L. n. 152/2021: verso la definitiva consacrazione del “diritto amministrativo dell'emergenza criminale”?

Francesco Giacalone

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi per un inquadramento dell'informazione antimafia. – 2. La “massima anticipazione della tutela” quale fondamento della dequotazione delle garanzie sostanziali, procedurali e giurisdizionali. – 2.1. Le ragioni dell'inaltapplicabilità delle garanzie partecipative della L. n. 241/1990 al procedimento per il rilascio dell'informazione antimafia. – 2.2. L'esclusione delle cautele partecipative nel quadro delle tutele costituzionali e convenzionali. – 3. Le novità introdotte dal D.L. n. 152/2021: la prevenzione amministrativa antimafia “partecipata”. – 3.1. La nuova fase endoprocedimentale in contraddittorio: i momenti di discrezionalità prefettizia. – 3.2. Le (asimmetriche) potestà partecipative del privato. – 3.3. L'ipotesi di *self-cleaning* dell'art. 92, co. 2-*quater* CAM. – 3.4. Le misure amministrative di prevenzione collaborativa e il rapporto con gli altri strumenti non ablatori di sostegno e monitoraggio di impresa. – 4. Conclusioni.

1. *Cenni introduttivi per un inquadramento dell'informazione antimafia*

I dati tratti dall'osservazione empirica¹, così come razionalizzati nella letteratura specialistica², hanno descritto, ormai da parecchi decenni, la definitiva

¹ Oltre alle relazioni predisposte periodicamente dalla Direzione investigativa antimafia, si segnalano i seguenti studi: Censis, *Il condizionamento delle mafie sull'economia, sulla società e sulle istituzioni del Mezzogiorno*, Roma, 2009; Cnel, *L'infiltrazione della criminalità organizzata nell'economia di alcune regioni del Nord Italia*, Roma, 2010; Aa.Vv., *Gli investimenti delle mafie, report* del Centro di studi “Transcrime” – Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, 2013; Aa.Vv., *From illegal markets to legitimate business: the portfolio of organised crime in Europe, report* conclusivo del progetto “Organised Crime Portfolio” (OCP) organizzato dal Centro di studi “Transcrime” – Università degli studi di Trento, 2015.

² *Ex multis*, R. Catanzaro, *Impresa mafiosa, economia e sistemi di regolazione sociale: appunti sul caso siciliano*, in G. Fiandaca, S. Costantino (a cura di), *La legge antimafia tre anni dopo. Bilancio di un'esperienza applicativa*, Milano, 1986; A. Bertoni (a cura di), *La criminalità come impresa*, Milano, 1997; E. Fantò, *L'impresa a partecipazione mafiosa. Economia legale ed economia criminale*, Bari, 1999; A. Centoze, *Il sistema di condiziona-*

affermazione nella fenomenologia criminale del modello di una “mafia imprenditrice” vocata, nell’agire e nell’organizzazione, tanto alla gestione delle zone grigie di contatto con settori dell’economia legale, quanto all’inserimento nei mercati di imprese mafiose o “strumentalizzate” al potere criminale. Invero, alternare al mero svolgimento di attività delittuose la sistematica ricerca di canali di accesso all’economia legale rappresenta per le consorterie mafiose un’ineguagliabile opportunità di consolidamento e rafforzamento, tanto sul piano economico, quanto su quello sociale.

In tal senso, pur senza voler semplificare eccessivamente un quadro molto complesso, è possibile individuare tre differenti direzioni finalistiche sottese all’azione nei mercati della criminalità organizzata³. Innanzitutto, l’investimento di denaro in settori legali ha lo scopo di occultare i proventi frutto di attività delinquenti attraverso il loro riciclaggio. In seconda battuta, l’azione criminale è spesso diretta all’accumulo di nuove ricchezze, un obiettivo che, quantunque comune a qualsiasi impresa, in questo caso è perseguito mediante il ricorso a pratiche illegittime capaci di ridimensionare o, nei casi più gravi, eliminare le dinamiche concorrenziali nel e per il mercato, sì da ostruirne le opportunità di sviluppo economico⁴. D’altro canto, non sono estranee alle logiche di investimento delle mafie esigenze legate alla creazione di nuovi *network* e alla raccolta di “capitale sociale”, che consentono il consolidamento della loro influenza e l’ampliamento del relativo controllo anche verso nuovi territori⁵.

mento mafioso degli appalti pubblici, Milano, 2005; P. Arlacchi, *La mafia imprenditrice. Dalla Calabria al centro dell’inferno*, Milano, 2007; M. Arnone, *Economia delle mafie: dinamiche economiche e di governance*, in *Studi della questione criminale*, 2009, 3, 22 ss.; N. Dalla Chiesa, *L’impresa mafiosa*, Milano, 2012; S. Canepelle (a cura di), *Le mafie dentro gli appalti*, Milano, 2014; S. Pellegrini, *L’impresa grigia. Le infiltrazioni mafiose nell’economia legale*, Roma, 2018.

³ Si richiama, pur con qualche modifica, la classificazione di Aa.Vv., *Gli investimenti delle mafie*, cit., 89 ss.

⁴ Le mafie sono in grado di generare veri e propri “mercati protetti”, rispondenti a logiche oligopolistiche se non addirittura monopolistiche, e ciò non soltanto mediante il ricorso alla violenza e all’intimidazione tipiche del metodo mafioso, ma anche tramite la creazione di indebite posizioni dominanti nel mercato che derivano dalla gestione di impresa in sistematica violazione della legge (ad esempio, sul piano fiscale o nell’adempiimento degli obblighi scaturenti dalla disciplina giuslavorista), nonché dalla spropositata quantità di capitali investibili, frutto delle attività illecite. Sul tema si rinvia ai riferimenti bibliografici già indicati *supra*, nota 2. Invece, per un approfondimento che guardi ai profili più propriamente economici dell’impatto dell’azione criminale sulla concorrenza si guardi D. Gambetta, *Fragments of an economic theory of the mafia*, in *Archives Européennes de Sociologie*, 1988, XXIX, 1; Id., *La mafia elimina la concorrenza. Ma la concorrenza può eliminare la mafia?*, in *Meridiana*, 1989-1990, 7-8, 319 ss.

⁵ Sui meccanismi di costruzione del consenso mafioso e sul ruolo del c.d. “capitale sociale” della criminalità organizzata si rimanda a R. Sciarone, *Mafia e potere: processi di legittimazione e costruzione del consenso*, in *Stato merc.*, 2006, 78, 369 ss.; Id., *Mafie, relazioni e affari nell’area grigia*, in Id. (a cura di), *Alleanze nell’ombra*, Roma, 2011, 3 ss. Per un approfondimento sul tema dell’espansione delle mafie in zone “a non tradizionale” insediamento criminale, si vedano D. Aschero, *Criminalità di tipo mafioso nell’Italia settentrionale: i primi processi*, in *Quest. giust.*, 1988, 294 ss.; A. Balsamo, S. Recchione, *La mafia al nord. L’interpretazione dell’art. 416-bis c.p. e l’efficacia degli strumenti di contrasto*, in *Dir. pen. cont.*, 2013; R. Sciarone, *Il capitale sociale delle mafie. Una ricerca nelle regioni del Centro e del Nord Italia*, in *StrumentiRes*, 2014, 2; C. Visconti, *Mafie straniere*

Così, le gravi e profonde alterazioni del tessuto sociale ed economico che il fenomeno mafioso è in grado di produrre, unite ai tratti tipici che lo contraddistinguono dalle altre associazioni criminali⁶, hanno richiesto la predisposizione di un armamentario giuridico che non facesse leva esclusivamente sugli strumenti di repressione penale⁷, ma che potesse avvalersi, in aggiunta, di meccanismi preventivi disancorati dalla categoria dei reati e capaci di garantire un intervento pubblico informato alle logiche della massima anticipazione della tutela.

In quest'ultimo novero rientrano non soltanto le misure di prevenzione personale e patrimoniale disposte dall'autorità giudiziaria⁸, ma anche quelle rimesse all'autorità amministrativa, di cui la documentazione antimafia rappresenta senz'altro il baluardo più avanzato.

Disciplinata dagli artt. 82 e s. del D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (il c.d. Codice antimafia, d'ora in avanti semplicemente CAM), essa è costituita dalla comunicazione antimafia e dall'informazione antimafia⁹. Si tratta di due provvedimenti prefettizi che, quantunque divergenti nei contenuti e nell'ambito oggettivo di applicazione, sono unanimemente diretti proprio alla prevenzione dei fenomeni di infiltrazione della criminalità organizzata di stampo mafioso nell'economia legale. A tal fine, essi attestano l'affidabilità morale dell'operatore economico che intende interfacciarsi, a vario titolo, con la Pubblica Amministrazione,

e 'ndrangheta al Nord, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 1, 353 ss.; A. Alessandri (a cura di), *Espansione della criminalità organizzata nell'attività di impresa al Nord*, Torino, 2017.

⁶ N. Gullo, *Emergenza criminale e diritto amministrativo*, Napoli, 2017, 39, individua le peculiarità del fenomeno criminale mafioso «[nel]l'uso sistematico dell'intimidazione e della violenza per lo svolgimento delle proprie attività criminose; [nel]l'atteggiamento di omertà dei suoi esponenti e dei soggetti che a vario titolo entrano in contatto con l'organizzazione mafiosa; [nel]la ricerca del consenso sociale nei territori in cui operano; [nel]la creazione di una rete di contatti e complicità con i funzionari delle amministrazioni e delle istituzioni pubbliche; [nel]la capacità di accumulazione di ingenti risorse patrimoniali e finanziarie da reinvestire in attività economiche lecite».

⁷ Sul tema S. Aleo, *Sistema penale e criminalità organizzata*, Milano, 2005; G. Abbattista, V. Montaruli, A. Polignano, *I reati associativi e gli strumenti di contrasto patrimoniale alla criminalità organizzata*, Torino, 2010; G. Insolera, *Diritto penale e criminalità organizzata*, II ed., 2019, Torino; E. Mezzetti, L. Luparia Donati (diretto da), *La legislazione antimafia*, 2020, Bologna, 37 ss.; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte Speciale*, Vol. 1, VI ed., 2021, 513 ss.; L. Filippi, *Il procedimento di prevenzione patrimoniale. Le misure «antimafia» tra sicurezza pubblica e garanzie individuali*, Padova, 2022.

⁸ Di misure di prevenzione personale e patrimoniale disposte dall'autorità giudiziaria si occupano Aa. Vv., *Le misure di prevenzione*, Milano, 1975; F. Basile (a cura di), *Le misure di prevenzione dopo il c.d. Codice antimafia. Aspetti sostanziali e procedurali*, in *Giur. it.*, 2015, 6, 1522 ss.; R. Razzante, E. Pezzuto, *Il nuovo codice antimafia: commentario aggiornato alla legge 17 ottobre 2017, n. 161*, Ospedaletto, 2018, 11 ss.; G. Spangher, A. Marandola (diretto da), *Commentario breve al codice antimafia e alle altre procedure di prevenzione*, Milano, 2019, 9 ss.; E. Mezzetti, L. Luparia Donati (diretto da), *op. cit.*, 589 ss.;

⁹ Per un diffuso approfondimento sul tema della documentazione antimafia si vedano, *ex multis*, le opere monografiche di G. Amarelli, S. Sticchi Damiani (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti*, Torino, 2019; O. Morcavallo, *L'informazione interdittiva antimafia*, Milano, 2019; V. Salamone, *La documentazione antimafia nella normativa e nella giurisprudenza*, Napoli, 2019; E. Mezzetti, L. Luparia Donati (diretto da), *op. cit.*, 1014 ss.; P. Marotta, P. Marotta, *Natura e limiti del potere amministrativo di prevenzione antimafia*, Milano, 2021.

verificando la presenza o meno di *liaison* che lo leghino ai predetti contesti delinquenziali¹⁰. Se, infatti, la comunicazione antimafia consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67 CAM¹¹, l'informazione antimafia presenta una struttura compo-

¹⁰ A mente dell'art. 85 CAM, nel caso di imprese individuali la documentazione antimafia «deve riferirsi al titolare ed al direttore tecnico, ove previsto». Invece, quando si tratta di associazioni, imprese, società, consorzi e raggruppamenti temporanei di imprese, deve riferirsi, oltre che al direttore tecnico, ove previsto, anche «a) per le associazioni, a chi ne ha la legale rappresentanza; b) per le società di capitali, anche consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, per le società cooperative, per i consorzi di cooperative, per i consorzi di cui al libro quinto, titolo X, capo II, sezione II, del codice civile, al legale rappresentante e agli eventuali altri componenti l'organo di amministrazione nonché a ciascuno dei consorziati che nei consorzi e nelle società consortili detenga, anche indirettamente, una partecipazione pari almeno al 5 per cento; c) per le società di capitali, anche al socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro, ovvero al socio in caso di società con socio unico; d) per i consorzi di cui all'articolo 2602 del codice civile e per i gruppi europei di interesse economico, a chi ne ha la rappresentanza e agli imprenditori o società consorziate; e) per le società semplici e in nome collettivo, a tutti i soci; f) per le società in accomandita semplice, ai soci accomandatari; g) per le società di cui all'articolo 2508 del codice civile, a coloro che le rappresentano stabilmente nel territorio dello Stato; h) per i raggruppamenti temporanei di imprese, alle imprese costituenti il raggruppamento anche se aventi sede all'estero, secondo le modalità indicate nelle lettere precedenti; i) per le società personali ai soci persone fisiche delle società personali o di capitali che ne siano socie». Inoltre, per le associazioni e società di qualunque tipo, eventualmente prive di personalità giuridica, la documentazione antimafia è riferita anche ai soggetti membri del collegio sindacale, al sindaco e a coloro che svolgono funzioni di vigilanza; «per le società costituite all'estero, prive di una sede secondaria con rappresentanza stabile nel territorio dello Stato, la documentazione antimafia deve riferirsi a coloro che esercitano poteri di amministrazione, di rappresentanza o di direzione dell'impresa». Una particolare previsione è riservata, inoltre, alle società di capitali concessionarie nel settore dei giochi pubblici, in cui, ai sensi dell'art. 85, co. 2-*quater* CAM, il controllo si estende «ai soci persone fisiche che detengono, anche indirettamente, una partecipazione al capitale o al patrimonio superiore al 2 per cento, nonché ai direttori generali e ai soggetti responsabili delle sedi secondarie o delle stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti», ovvero, «nell'ipotesi in cui i soci persone fisiche detengano la partecipazione superiore alla predetta soglia mediante altre società di capitali, la documentazione deve riferirsi anche al legale rappresentante e agli eventuali componenti dell'organo di amministrazione della società socia, alle persone fisiche che, direttamente o indirettamente, controllano tale società, nonché ai direttori generali e ai soggetti responsabili delle sedi secondarie o delle stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti». In tali ultime ipotesi il controllo atterrà anche al coniuge non separato. I controlli connessi al rilascio della sola informazione antimafia, inoltre, riguardano anche i familiari conviventi di maggiore età dei soggetti sopracitati. Infine, sempre con riferimento all'informazione antimafia, l'art. 91, co. 5 CAM specifica che «Il prefetto competente estende gli accertamenti pure ai soggetti che risultano poter determinare in qualsiasi modo le scelte o gli indirizzi dell'impresa. Per le imprese costituite all'estero e prive di sede secondaria nel territorio dello Stato, il prefetto svolge accertamenti nei riguardi delle persone fisiche che esercitano poteri di amministrazione, di rappresentanza o di direzione».

¹¹ Ai sensi dell'art. 67, co. 1 CAM, le persone alle quali sia stata applicata con provvedimento definitivo una misura di prevenzione personale non possono ottenere: «a) licenze o autorizzazioni di polizia e di commercio; b) concessioni di acque pubbliche e diritti ad esse inerenti nonché concessioni di beni demaniali allorché siano richieste per l'esercizio di attività imprenditoriali; c) concessioni di costruzione e gestione di opere riguardanti la pubblica amministrazione e concessioni di servizi pubblici; d) iscrizioni negli elenchi di appaltatori o di fornitori di opere, beni e servizi riguardanti la pubblica amministrazione, nei registri della camera di commercio per l'esercizio del commercio all'ingrosso e nei registri di commissionari astatori presso i mercati annonari all'ingrosso; e) attestazioni di qualificazione per eseguire lavori pubblici; f) altre iscrizioni o provvedimenti a contenuto autorizzatorio, concessorio, o abilitativo per lo svolgimento di attività imprenditoriali, comunque denominati; g) contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali; h) licenze per detenzione e porto d'armi, fabbricazione, deposito, vendita e trasporto di materie esplodenti». Inoltre, «il provvedimento definitivo di applicazione della misura di prevenzione deter-

ta, in parte vincolata e a contenuto, *mutatis mutandis*, analogo rispetto alla documentazione, in parte discrezionale, ove comprou la possibile esistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa idonei a condizionare le scelte e gli indirizzi del soggetto giuridico sottoposto all'attività di controllo.

Il sistema preventivo disegnato dal Legislatore, dunque, prevede l'acquisizione di siffatte certificazioni nei riguardi di tutte le associazioni, le imprese, le società, i consorzi e i raggruppamenti temporanei di imprese nei confronti dei quali l'Amministrazione, intesa in senso ampissimo¹², è intenzionata a stipulare, approvare o autorizzare contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, ovvero a rilasciare o consentire sia le iscrizioni e, più in generale, i provvedimenti a contenuto autorizzatorio, concessorio e abilitativo, sia i contributi, i finanziamenti e le erogazioni concessi dallo Stato, dall'UE o dagli altri enti pubblici¹³. Sono esclusi dal campo oggettivo di operatività della documentazione antimafia tutti i rapporti individuati dai commi 3 e 3-*bis* dell'art. 83 CAM¹⁴.

mina la decadenza di diritto dalle licenze, autorizzazioni, concessioni, iscrizioni, attestazioni, abilitazioni ed erogazioni [...] nonché il divieto di concludere contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di cottimo fiduciario e relativi subappalti e subcontratti, compresi i cottimi di qualsiasi tipo, i noli a caldo e le forniture con posa in opera. Le licenze, le autorizzazioni e le concessioni sono ritirate e le iscrizioni sono cancellate ed è disposta la decadenza delle attestazioni a cura degli organi competenti» (art. 67, co. 2 CAM).

¹² A mente dell'art. 83, co. 1 CAM, la documentazione antimafia deve essere acquisita dalle «[...] pubbliche amministrazioni e [da]gli enti pubblici, anche costituiti in stazioni uniche appaltanti», ma anche da tutti quei soggetti che, quantunque formalmente privati, esercitano attività amministrative o comunque strumentali rispetto alla sfera pubblicistica, come «gli enti e le aziende vigilati dallo Stato o da altro ente pubblico e le società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico nonché i concessionari di lavori o di servizi pubblici». La disposizione trova applicazione anche nei riguardi dei «contrenti generali» di cui all'art. 194 del D.Lgs. n. 50/2016 (art. 83, co. 2 CAM).

¹³ Ai sensi dell'art. 89, co. 2 CAM, la documentazione antimafia, sebbene sottoforma di autodichiarazione resa dall'interessato (di cui si dirà meglio *infra*), deve essere acquisita dall'Amministrazione anche quando gli atti e i provvedimenti riguardano attività private sottoposte a regime autorizzatorio, che possono essere intraprese su segnalazione certificata di inizio attività, ovvero attività private sottoposte alla disciplina del silenzio-assenso.

¹⁴ Si tratta, più specificamente: «a) [dei] rapporti fra i soggetti pubblici di cui al comma 1 [quelli chiamati ad acquisire la documentazione antimafia, ndr.]; b) [dei] rapporti fra i soggetti pubblici di cui alla lettera a) ed altri soggetti, anche privati, i cui organi rappresentativi e quelli aventi funzioni di amministrazione e di controllo sono sottoposti, per disposizione di legge o di regolamento, alla verifica di particolari requisiti di onorabilità tali da escludere la sussistenza di una delle cause di sospensione, di decadenza o di divieto di cui all'articolo 67; c) [del] rilascio o rinnovo delle autorizzazioni o licenze di polizia di competenza delle autorità nazionali e provinciali di pubblica sicurezza; d) [della] stipulazione o approvazione di contratti e per la concessione di erogazioni a favore di chi esercita attività agricole o professionali, non organizzate in forma di impresa, nonché a favore di chi esercita attività artigianale in forma di impresa individuale e attività di lavoro autonomo anche intellettuale in forma individuale; e) [dei] provvedimenti, ivi inclusi quelli di erogazione, gli atti ed i contratti il cui valore complessivo non supera i 150.000 euro». La previsione delle lettere d) ed e) sono ulteriormente precisate dall'art. 83, co. 3-*bis* CAM, a mente del quale «la documentazione [...] è sempre prevista nelle ipotesi di concessione di terreni agricoli e zootecnici demaniali che ricadono nell'ambito dei regimi di sostegno previsti dalla politica agricola comune, a prescindere dal loro valore complessivo, nonché su tutti i terreni agricoli, a qualunque titolo acquisiti, che usufruiscono di fondi europei per un importo superiore a 25.000 euro o di fondi statali per un importo superiore a 5.000 euro». Recentemente, Cons. Stato, sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979, ha precisato che il rilascio della documentazione antimafia per i provvedimenti il cui valore complessivo non supera i 150.000 euro, ancorché non obbligatorio, non è «vietato, ma semplicemente facoltativo, sicché il

All'interno dell'ampio ventaglio di situazioni giuridiche così definite, la normativa individua i rapporti e le soglie di valore economico oltre cui è richiesta l'acquisizione dell'informazione, consentendo, in negativo, di definire il perimetro d'azione dell'altra *species* provvedimentale, la comunicazione¹⁵.

Occorre precisare che la previsione dell'art. 89-*bis* CAM, figlia della novella intervenuta col D.Lgs. 13 ottobre 2014, n. 153, ha rafforzato enormemente la *vis expansiva* dell'informazione, attenuando la tradizionale dicotomia tra i due provvedimenti in esame; essa riconosce al Prefetto, infatti, la possibilità di rilasciarla in luogo della richiesta comunicazione qualora, in esito alle verifiche necessarie per la predisposizione di quest'ultima, venga accertata la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa. Una soluzione non avulsa da criticità che ha, di fatto, esteso gli effetti interdittivi dell'informazione a tutta l'area perimetrata dall'art. 67 CAM, ivi inclusi i titoli abilitativi necessari all'esercizio dell'attività imprenditoriale meramente privatistica¹⁶.

Prefetto, se richiesto, ben può legittimamente emettere un provvedimento interdittivo anche in relazione a detti atti». È da escludersi che la documentazione antimafia possa essere acquisita nei meri rapporti tra privati, in assenza di qualsiasi ancoraggio nell'amministrazione. In tal senso, M. Mazzamuto, *Interdittive prefettizie: rapporti tra privati, contagi e giusto procedimento*, in *Giur. it.*, 2020, 6, 1471 ss., a commento della sentenza Cons. Stato, sez. III, 20 gennaio 2020, n. 452.

¹⁵ Più specificamente, in materia di opere e lavori pubblici, servizi pubblici e pubbliche forniture, l'informazione antimafia deve essere acquisita qualora il loro valore sia superiore alle c.d. "soglie comunitarie", determinate dalla legge in attuazione delle direttive europee; per le concessioni di acque pubbliche o di beni demaniali per lo svolgimento di attività imprenditoriali, ovvero per la concessione di contributi, finanziamenti e agevolazioni su mutuo o altre erogazioni dello stesso tipo per lo svolgimento di attività imprenditoriali, la soglia sarà di € 150.000, la stessa prevista per l'autorizzazione di subcontratti, cessioni, cottimi, concernenti la realizzazione di opere o lavori pubblici o la prestazione di servizi o forniture pubbliche. Inoltre, ai sensi dall'art. 91, co 1-*bis* CAM, «l'informazione antimafia è sempre richiesta nelle ipotesi di concessione di terreni agricoli demaniali che ricadono nell'ambito dei regimi di sostegno previsti dalla politica agricola comune, a prescindere dal loro valore complessivo, nonché su tutti i terreni agricoli, a qualunque titolo acquisiti, che usufruiscono di fondi europei per un importo superiore a 25.000 euro».

Rimane fermo che l'art. 89-*bis* CAM riconosce al Ministero dell'Interno il potere di stipulare protocolli di legalità – o altre intese comunque denominate – capaci di estendere convenzionalmente il ricorso alla documentazione antimafia, e ciò al fine di prevenire e contrastare i fenomeni di criminalità organizzata. Sul tema F. Di Cristina, *Informative antimafia e protocollo di legalità: i rischi di ossificazione del sistema*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Diritto amministrativo e criminalità*, Atti del XVIII Convegno di Copanello 28-29 giugno 2013, 131 ss.; F. Saitta, *Informative antimafia e protocolli di legalità, tra vecchio e nuovo*, in *www.giustamm.it.*, 2014, 5; M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in *www.giustamm.it.*, 2016, 3; G.M.F. Nitti, *Note sui protocolli di legalità, per la promozione di condotte etiche nei pubblici appalti*, su *www.federalismi.it.*, 2019, 2, 2. In ordine ai profili di compatibilità col diritto dell'UE del meccanismo di esclusione dalla procedura d'appalto dell'imprenditore che non ha sottoscritto gli obblighi derivanti da un protocollo di legalità, si veda G. Ferrari, L. Tarantino, *Osservatorio amministrativo. Alla Corte di Giustizia la valutazione dei protocolli di legalità*, in *Urb. app.*, 2014, 11, 1246, a commento dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale alla CGUE del CGA Sicilia, 12 settembre 2014, n. 534; la conseguente pronuncia della CGUE, sentenza 22 ottobre 2015, C-425/14, *Edilux* (ECLI:EU:C:2015:721), è stata annotata da C. Cravero, *Protocolli di legalità o Patti di Integrità: la compatibilità con il diritto UE della sanzione di esclusione automatica dell'operatore economico inadempiente*, in *Giur. it.*, 2016, 6, 1459 ss.

¹⁶ In ordine alla legittimità di siffatta soluzione legislativa è stata interrogata anche la Consulta che nella sentenza 18 gennaio 2018, n. 4 (ECLI:IT:COST:2018:4) ha ribadito come «[n]el contesto del d.lgs. n. 159 del

Dal punto di vista procedimentale, l'Amministrazione acquisisce la documentazione antimafia mediante la consultazione telematica della Banca dati nazionale unica (in seguito Banca dati)¹⁷, la cui disciplina è contenuta negli artt. 96 e s. CAM e nel DPCM 30 ottobre 2014, n. 193¹⁸. Nel caso in cui nulla risulti a carico dell'operatore economico il sistema emette immediatamente il provvedimento liberatorio; nell'ipotesi contraria, e cioè quando dalla consultazione della Banca dati emerge la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67 CAM o, nel solo caso dell'informazione, di un tentativo di

2011, e sulla base della legge delega n. 136 del 2010, nulla autorizza [...] a pensare che il tentativo di infiltrazione mafiosa, acclarato mediante l'informazione antimafia interdittiva, non debba precludere anche le attività di cui all'art. 67, oltre che i rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione, se così il legislatore ha stabilito [...]. Non è perciò manifestamente irragionevole che [...] a fronte di un tentativo di infiltrazione mafiosa, il legislatore, rispetto agli elementi di allarme desunti dalla consultazione della banca dati, reagisca attraverso l'inibizione, sia delle attività contrattuali con la pubblica amministrazione, sia di quelle in senso lato autorizzatorie, prevedendo l'adozione di un'informazione antimafia interdittiva che produce gli effetti anche della comunicazione antimafia». Ancor prima, già Cons. Stato, sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565, aveva sostenuto le ragioni della novella legislativa, pur incorrendo nelle critiche di parte della dottrina, come nel caso di P. Tonnara, *Informativa antimafia e discrezionalità del prefetto*, in *Urb. app.*, 2017, 2, 223 ss. In senso critico anche F.G. Scoca, *Adeguatezza e proporzionalità nella lotta «anticipata» alla mafia*, in *Giur. cost.*, 2020, 2, 693; P. Marotta, P. Marotta, *op. cit.*, 30 ss.; R. Ursi, *La sicurezza pubblica*, Bologna, 2022, 306.

¹⁷ Ai sensi dell'art. 89 CAM, fuori dalle ipotesi in cui è richiesta l'informazione antimafia, nel caso di contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi o forniture dichiarati urgenti e con riguardo ai rinnovi di provvedimenti già disposti, l'amministrazione procedente è chiamata ad acquisire apposita dichiarazione con la quale l'operatore economico attesti che nei propri confronti non sussistono le cause di divieto, di decadenza o di sospensione di cui all'art. 67 CAM. Come si è già detto, la predetta dichiarazione è resa dall'interessato anche quando gli atti e i provvedimenti della Pubblica Amministrazione riguardano attività private sottoposte a regime autorizzatorio, che possono essere intraprese su segnalazione certificata di inizio attività, ovvero attività private sottoposte alla disciplina del silenzio-assenso. Allo stesso modo, l'autodichiarazione sarà acquisita in luogo della comunicazione antimafia nel caso di mancato funzionamento della Banca dati (art. 99-bis, co. 1 CAM). Sul ruolo dell'autodichiarazione nella disciplina della documentazione antimafia si rinvia alle riflessioni di M. Immordino, *Gli appalti pubblici tra documentazione antimafia ed esigenze di efficienza*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 2-3, 625 ss. Inoltre, a mente dell'art. 92, co. 3 CAM, nei casi di urgenza l'Amministrazione può procedere immediatamente in assenza dell'informazione antimafia, fermo restando che i contributi, i finanziamenti, le agevolazioni e le altre erogazioni di cui all'art. 67 CAM sono corrisposti sotto condizione risolutiva, si procede con la revoca delle autorizzazioni e delle concessioni, si recede dai contratti, «fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite». Si rammenta che ai sensi dell'art. 83, co. 2-bis CAM, l'iscrizione nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui all'art. 1, co. 52 e s. della L. 6 novembre 2012, n. 190 (le c.d. *white list*) equivale al rilascio dell'informazione antimafia. Per un approfondimento sul tema si rinvia a M. Immordino, *op. cit.*, soprattutto 654 ss.; V. Montaruli, *La white list nella documentazione antimafia*, in *www.diritto.it*, 20 novembre 2012; J. Buggea, *Le white list: strumento di prevenzione del fenomeno corruttivo e delle infiltrazioni del crimine organizzato nel settore degli appalti pubblici*, in *Nuove auton.*, 2014, 3, 675 ss.; D. Minnelli, *“White list” e interdittive antimafia*, in *Urb. app.*, 2019, 5, 680 ss.

¹⁸ Per un approfondimento sul funzionamento della Banca dati nazionale unica si rinvia ad A. D'Alessandro, *La banca dati nazionale unica della documentazione antimafia: un nuovo strumento per le stazioni appaltanti*, in *Urb. app.*, 2015, 1-2, 30 ss.; N. Gullo, *Il regolamento per il funzionamento della banca dati nazionale unica della documentazione antimafia*, in *Gior. dir. amm.*, 2015, 4, 476 ss.; M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, cit.

infiltrazione mafiosa, il Prefetto territorialmente competente¹⁹ dispone i controlli necessari e, se del caso, emette il provvedimento interdittivo nel rispetto dei termini imposti dalla normativa²⁰. Il medesimo *iter* verrà seguito qualora l'operatore economico controllato non risulti censito nella Banca dati.

Sul versante degli effetti, la comunicazione e l'informazione interdittive impediscono all'Amministrazione di stipulare, approvare o autorizzare contratti o subcontratti, ovvero di autorizzare, rilasciare o comunque consentire le concessioni e le erogazioni; essa procederà, inoltre, con la revoca delle autorizzazioni e delle concessioni, nonché con il recesso dai contratti già in esecuzione²¹. Si produce, in tal senso, un effetto riduttivo sulla sfera del privato, incidente, pur parzialmente e temporaneamente, sulla sua capacità giuridica²², così da ostacolarne la presenza nel mercato o provocarne la fattuale espulsione.

I due provvedimenti hanno un'efficacia limitata nel tempo, rispettivamente di sei mesi per la comunicazione e dodici per l'informazione, sebbene la giurisprudenza abbia avuto modo di precisare che «il decorso del termine [...] non produce *ex se* la perdita di efficacia del provvedimento interdittivo, il quale, una volta spirato il termine suindicato, dovrebbe considerarsi *tamquam non esset*, ma produce l'effetto (strumentale e procedimentale) di imporre all'Autorità prefet-

¹⁹ Ai sensi degli artt. 87, co. 2, e 90, co. 2 CAM, la competenza ricade sul Prefetto della provincia in cui le persone fisiche, le imprese, le associazioni o i consorzi risiedono o hanno la sede legale. Nel caso di società costituite all'estero, invece, sarà competente il Prefetto della provincia in cui è stabilita una sede secondaria con rappresentanza stabile nel territorio dello Stato ovvero, se manca quest'ultima, sarà competente il Prefetto della provincia in cui ha sede il soggetto che richiede la documentazione.

²⁰ Secondo l'art. 88, co. 4 CAM, «il prefetto rilascia la comunicazione antimafia entro trenta giorni dalla data della consultazione» della Banca dati. Analogo termine è individuato anche dall'art. 92, co. 2 CAM con riguardo all'informazione antimafia. Tuttavia, tale ultima disposizione precisa che «quando le verifiche disposte siano di particolare complessità, il prefetto ne dà comunicazione senza ritardo all'amministrazione interessata, e fornisce le informazioni acquisite nei successivi quarantacinque giorni».

²¹ La regola è sottoposta almeno a due ordini di eccezioni. Da un lato, l'art. 94, co. 3 CAM prevede che le amministrazioni non procedano alle revoche o ai recessi «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»; dall'altro, si richiamano le previsioni dell'art. 32 del D.L. n. 90/2014 in tema di commissariamento e di misure di sostegno e monitoraggio delle imprese aggiudicatrici di opere pubbliche colpite da interdittive antimafia, di cui si dirà diffusamente nel prosieguo. Sul tema dei poteri pubblicitici che possono interessare la fase di esecuzione contrattuale si veda M. Mazzamuto, *Contratti pubblici di diritto privato*, in *Dir. econ.*, 2022, 2, 84 ss.

²² In Cons. Stato, ad. plen., 6 aprile 2018, n. 3, annotata da N. Gullo, *Interdittiva antimafia e crediti risarcitori*, in *Gior. dir. amm.*, 6, 2018, 766 ss., e da M. Mazzamuto, *Pagamento di imprese colpite da interdittiva antimafia e obbligatorietà delle misure anticorruzione*, in *Giur. it.*, 2019, 1, 157 ss., si legge che «il provvedimento di cd. "interdittiva antimafia" determina una particolare forma di incapacità giuridica, e dunque la insuscettività del soggetto (persona fisica o giuridica) che di esso è destinatario ad essere titolare di quelle situazioni giuridiche soggettive (diritti soggettivi, interessi legittimi) che determinino (sul proprio cd. lato esterno) rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione». Sul punto si rinvia anche a Cons. Stato, sez. IV, 20 luglio 2016, n. 3247. In dottrina, si vedano F. Figorilli, W. Giulietti, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela giurisdizionale*, in *www.federalismi.it*, 2021, 14, 60; E. Giardino, *Le interdittive antimafia tra finalità perseguite e garanzie affievolite*, in M. Immordino, N. Gullo (a cura di), *Diritto amministrativo e misure di prevenzione della criminalità organizzata*, Napoli, 2021, 184 ss.; P. Marotta, P. Marotta, *op. cit.*, 31.

tizia il riesame della vicenda complessiva, ergo dei sintomi di condizionamento dai quali era stato distillato il pericolo infiltrativo, ai fini dell'aggiornamento della originaria prognosi interdittiva [...] Ragionando diversamente, ovvero attribuendo al decorso del predetto termine [...] l'effetto automatico di "azzerrare" gli effetti interdittivi [...], si imporrebbe alla Prefettura – cui sarebbe precluso determinare, con la sua inerzia, lacune temporali nella frontiera che l'interdittiva erige all'accesso dell'impresa contaminata o contaminabile ai rapporti con la P.A. – di procedere costantemente (o, almeno, al decorso del termine annuale) alla verifica della persistenza dei presupposti per la protrazione del regime inibitorio, anche quando nessun elemento nuovo (tale, cioè, da giustificare la sua revisione) si sia verificato (o sia stato addotto dal soggetto interessato), con la conseguente ineluttabilità della sua conferma»²³. Dopotutto, in linea con questa impostazione ermeneutica, l'art. 86, co. 3 CAM impone ai legali rappresentanti degli organismi societari interessati dal controllo di comunicare al Prefetto ogni modifica riguardante l'assetto organizzativo della compagine, e ciò al fine di consentire all'Autorità di assumere tutte le conseguenti determinazioni anche, eventualmente, *in melius*.

2. *La "massima anticipazione della tutela" quale fondamento della dequotazione delle garanzie sostanziali, procedurali e giurisdizionali.*

La sommaria disamina appena conclusa ha descritto le due anime di un potere prefettizio vincolato, ove si limita a prendere atto dell'applicazione, in capo ai soggetti interessati dal controllo, di una misura di prevenzione personale giurisdizionale, e al contempo ampiamente discrezionale, nel momento in cui è chiamato ad accertare autonomamente l'esistenza di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa nell'impresa. Se la prima porzione di attribuzioni solleva poche questioni e perlopiù comuni a quelle proprie delle misure di cui agli artt. 4 e s. CAM, la seconda ha catalizzato lungamente le attenzioni della dottrina e della giurisprudenza e impegnerà le riflessioni delle prossime pagine.

È certo, infatti, che il problema dell'anticipazione della tutela, connaturato a gran parte degli strumenti giuridici di lotta alla criminalità organizzata²⁴, pone plurime e delicate questioni di temperamento tra valori costituzionalmente rilevanti, che paiono amplificarsi nella procedura diretta al rilascio dell'informazione antimafia, stante la sua mancata giurisdizionalizzazione formale e sostanziale.

²³ Cons. Stato, sez. III, 13 dicembre 2021, n. 8309.

²⁴ A. Longo, *La «massima anticipazione di tutela». Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, in *www.federalismi.it*, 2019, 19, 8 ss.

A muovere il disegno legislativo è l'esigenza di intercettare, già nel momento in cui principiano, le forme più opache e subdole dell'azione criminale, poiché «non può pensarsi che gli organi dello Stato contrastino con armi impari la pervasiva diffusione delle organizzazioni mafiose che hanno, nei sistemi globalizzati, vaste reti di collegamento e profitti criminali quale «ragione sociale» per tendere al controllo di interi territori»²⁵. Sicchè, a fronte di un provvedimento interdittivo che, come si è già osservato, è in grado di produrre effetti dirimenti su talune posizioni giuridiche individuali dotate delle più ampie guarentigie ordinamentali, come la libertà d'impresa e il diritto al lavoro²⁶, è dato riscontrare una profonda dequotazione di tutte le cautele sostanziali, procedurali e giurisdizionali chiamate a porre un freno all'azione dell'Autorità, e ciò, almeno in linea teorica, al fine di assicurare la reale operatività e l'esaltazione dell'efficacia dell'intervento preventivo.

Rilevanti momenti di tensione sorgono, innanzitutto, col principio di legalità dell'*agere* amministrativo, sacrificato in considerazione dello spiccato polimorfismo dell'azione criminale che mal si concilia con la rigida tipicità dei presupposti necessari per procedere all'adozione dell'interdittiva²⁷. In tal senso, l'attuale impianto normativo individua una serie di indici sintomatici da cui desumere forme di contiguità e connessioni tra l'impresa e la criminalità organizzata²⁸, che si limitano, tuttavia, ad attenuare la discrezionalità del Prefetto a cui è

²⁵ Cons. Stato, sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565. Dello stesso tenore anche Corte Cost., 26 marzo 2020, n. 57 (ECLI:IT:COST:2020:57), annotata da S.M. Sisto, *L'interdittiva antimafia supera (ancora una volta) le censure di illegittimità costituzionale*, in *Contratti stato enti pubb.*, 2020, 3, 108 ss., secondo cui dall'analisi socio-economica dell'agire mafioso «emerge un quadro preoccupante non solo per le dimensioni ma anche per le caratteristiche del fenomeno, e in particolare – e in primo luogo – per la sua pericolosità (rilevata anche da questa Corte: sentenza n. 4 del 2018). Difatti la forza intimidatoria del vincolo associativo e la mole ingente di capitali provenienti da attività illecite sono inevitabilmente destinate a tradursi in atti e comportamenti che inquinano e falsano il libero e naturale sviluppo dell'attività economica nei settori infiltrati, con grave *vulnus*, non solo per la concorrenza, ma per la stessa libertà e dignità umana. Le modalità, poi, di tale azione criminale non sono meno specifiche, perché [...] esse manifestano una grande “adattabilità alle circostanze”: variano, cioè, in relazione alle situazioni e alle problematiche locali, nonché alle modalità di penetrazione, e mutano in funzione delle stesse. È alla luce di questi dati che va valutata la scelta di affidare all'autorità amministrativa questa misura, che pure si caratterizza per la sua particolare gravità». Nella medesima direzione si è posta anche la Corte EDU nella sentenza 5 luglio 2001, Arcuri e altri c. Italia, ove è stato osservato che «[...] in Italy the problem of organised crime has reached a very disturbing level. The enormous profits made by these organisations from their unlawful activities give them a level of power which places in jeopardy the rule of law within the State. The means adopted to combat this economic power [...] may appear essential for the successful prosecution of the battle against the organisations in question».

²⁶ E. Giardino, *op. cit.*, 186 ss.

²⁷ Secondo Cons. Stato, sez. III, 19 giugno 2020, n. 3945, l'ancoraggio dell'informazione antimafia a soli elementi tipici «ne farebbe un provvedimento vincolato, fondato, sul versante opposto, su inammissibili automatismi o presunzioni *ex lege* e, come tale, non solo inadeguato rispetto alla specificità della singola vicenda, proprio in una materia dove massima deve essere l'efficacia adeguatrice di una norma elastica al caso concreto, ma deresponsabilizzante per la stessa autorità amministrativa».

²⁸ A mente degli artt. 84, co. 4 e 91, co. 6 CAM, il Prefetto può desumere la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa nell'impresa: «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,

comunque rimesso non solo il potere di valutare il peso che tali circostanze assumono nel caso di specie, ma di individuare la presenza di infiltrazioni mafiose anche mediante l'apprezzamento di indicatori rilevanti ma non tipizzati.

Nonostante il considerevole sforzo profuso dalla giurisprudenza nel tentativo di "tassativizzare" in via pretoria il novero degli indici sintomatici, qualificando come indizianti situazioni non esplicitamente previste dalla legge²⁹, rimangono ferme le perplessità in ordine alla compatibilità costituzionale³⁰ e convenzionale³¹ di un sistema nel quale l'applicazione di una misura non sanzionatoria, ma

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; 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». Ed ancora, dai «provvedimenti di condanna anche non definitiva per reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali unitamente a concreti elementi da cui risulti che l'attività d'impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata, nonché dall'accertamento delle violazioni degli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui all'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136, commesse con la condizione della reiterazione prevista dall'articolo 8-bis della legge 24 novembre 1981, n. 689».

²⁹ Merita di essere menzionata la pronuncia del Cons. Stato, 3 maggio 2016, n. 1743, poi richiamata anche da Cons. Stato, 5 settembre 2019, n. 6105 e da Corte Cost., 26 marzo 2020, n. 57, ove si precisa che «l'autorità prefettizia deve valutare [...] il rischio che l'attività di impresa possa essere oggetto di infiltrazione mafiosa, in modo concreto ed attuale, sulla base dei seguenti elementi: a) i provvedimenti 'sfavorevoli' del giudice penale; b) le sentenze di proscioglimento o di assoluzione; c) la proposta o il provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione previste dallo stesso d.lgs. n. 159 del 2011; d) i rapporti di parentela; e) i contatti o i rapporti di frequentazione, conoscenza, colleganza, amicizia; f) le vicende anomale nella formale struttura dell'impresa; g) le vicende anomale nella concreta gestione dell'impresa; h) la condivisione di un sistema di illegalità, volto ad ottenere i relativi 'benefici'; i) l'inserimento in un contesto di illegalità o di abusivismo, in assenza di iniziative volte al ripristino della legalità».

³⁰ Di recente, Corte Cost., 26 marzo 2020, n. 57, ha ritenuto infondate le censure sollevate in ordine all'incompatibilità della disciplina dell'informazione antimafia col principio di legalità sostanziale, che presiede all'esercizio di ogni attività amministrativa. Secondo la Corte, infatti, l'attento lavoro della giurisprudenza amministrativa ha permesso l'individuazione di un nucleo consolidato [...] di situazioni indiziarie, che sviluppano e completano le indicazioni legislative, costruendo un sistema di tassatività sostanziale».

³¹ Sono note le censure espresse nella sentenza della Corte EDU, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, sulle fattispecie di pericolosità c.d. "generica" contemplate dall'art. 1 CAM nell'ambito della disciplina delle misure di prevenzione giurisdizionali. Da subito la dottrina più attenta ha individuato le ricadute sistematiche di tale pronuncia anche con riferimento all'informazione antimafia. Sul punto si rinvia a G. Amarelli, *L'onda lunga della sentenza De Tommaso: ore contate per l'interdittiva antimafia 'generica' ex art. 84, co. 4, lett. d) ed*

pur sempre in grado di produrre dirompenti effetti restrittivi sulle sfere giuridiche dei destinatari, si svolge in un regime di carente prevedibilità, che non consente una sempre chiara e univoca qualificazione della locuzione normativa «tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate»³².

Si consideri, inoltre, che per garantire la massima anticipazione della soglia di prevenzione, la rilevanza del compendio degli elementi indiziari raccolti, ai fini dell'applicazione della misura di rigore, viene valutata sulla base di un ragionamento induttivo, di tipo probabilistico, che non richiede un livello di certezza oltre ogni ragionevole dubbio, ma implica una prognosi fondata sulla regola causale di origine civilistica del "più probabile che non"³³. In altre parole, non è richiesta, come nel caso dell'accertamento penale, l'insussistenza di qualsiasi altra alternativa, ma è sufficiente che la ricostruzione prefettizia sia maggiormente probabile rispetto a quelle teoricamente possibili³⁴. Un modello di ragionamento che cela il rischio di un ricorso sin troppo "disinvolto" all'interdittiva antimafia e che ha sollecitato le riflessioni critiche di parte della dottrina più garantista³⁵.

Sotto ad altro profilo, nemmeno il controllo giudiziale su tali provvedimenti amministrativi sembra essere in grado di garantire una tutela piena ed effettiva della gamma di posizioni giuridiche soggettive incise. Invero, all'ampia discrezionalità amministrativa e alla ridotta stringenza degli elementi necessari all'adozione

e), d. lgs. n. 159/2011?, in *Dir. pen. cont.*, 2017; Id., *Interdittive antimafia e «valori fondanti della democrazia»: il pericoloso equivoco da evitare*, in *www.giustiziainsieme.it*, 17 luglio 2020; P. Marotta, P. Marotta, *op. cit.*, 69 ss.

³² Più ampie riflessioni, *ex multis*, in M. Mazzamuto, *Lo scettro alla prefettocrazia: l'indefinita pervasività del sottosistema antimafia delle grandi opere e il caso emblematico della 'filiera'*, in *Dir. econ.*, 2013, 3, 619 ss.; Id., *Interdittive prefettizie: rapporti tra privati, contagi e giusto procedimento*, *cit.*, 1477 ss.; M. Noccelli, *Le informazioni antimafia tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2020; G. Amarelli, *Interdittive antimafia e valori fondanti della democrazia*, *cit.*; Id., *Le interdittive antimafia "generiche" tra interpretazione tassativizzante e dubbi di incostituzionalità*, in G. Amarelli, S. Sticchi Damiani (a cura di), *op. cit.*, 216 ss.; A. Amore, *Il deficit di tipicità delle interdittive antimafia*, in *Urb. app.*, 2020, 2, 251 ss.; G. D'Angelo, *Il tentativo di infiltrazione mafiosa ai fini dell'adozione dell'informazione interdittiva, tra garanzie procedurali, tassatività sostanziale e sindacato giurisdizionale*, in *Foro it.*, 2021, 10, 517 ss.; M. Renna, C. Micciché, *Appalti pubblici e prevenzione antimafia tra garanzie costituzionali ed europee*, in M. Immordino, N. Gullo (a cura di), *op. cit.*, 140 ss.

³³ Tra gli arresti giurisprudenziali più recenti si annoverano TAR Valle d'Aosta, sede di Aosta, sez. I, 11 gennaio 2022, n. 1; TAR Campania, sede di Napoli, sez. I, 2 febbraio 2021, n. 691; Cons. Stato, sez. III, 28 ottobre 2020, n. 6578; TAR Piemonte, sede di Torino, sez. I, 17 luglio 2020, n. 478. In dottrina, *ex multis*, M. Noccelli, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa sul complesso sistema antimafia*, in *Foro amm.*, 2017, 12, 2530 ss.; M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, *cit.*; F.G. Scoca, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in *www.giustamm.it*, 2018, 6.

³⁴ Per un approfondimento F. Fracchia, M. Occhiena, *Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: «più probabile che non» e «oltre», «rilevate probabilità» e «oltre ogni ragionevole dubbio». Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico*, in *Dir. econ.*, 2018, 3, 1143 ss.

³⁵ Sebbene riferite al differente istituto dello scioglimento dei consigli comunali e provinciali per mafia, si richiamano le interessanti riflessioni di F. D'Urzo, *Art 143 T.U.E.L. e adozione del provvedimento: perché non ambire al b.a.r.d.?*, in *Giur. it.*, 2016, 4, 950 ss.

dell'informazione segue, a mo' di corollario, un approccio giurisprudenziale restrittivo volto a confinare il sindacato sulle scelte prefettizie in una dimensione se non propriamente estrinseca, comunque inidonea a garantire un soddisfacente accesso cognitivo alle vicende fattuali rivelatrici del pericolo d'infiltrazione criminale³⁶.

In un quadro così strutturato, ove si fa evidente il disequilibrio nel rapporto tra autorità e libertà, il dibattito sul riconoscimento delle pretese partecipative del privato in sede procedimentale diviene il momento di massima sintesi delle costanti tensioni in cui vive la misura in esame. Se da un lato, infatti, l'intervento del soggetto sottoposto al controllo prefettizio appare inconciliabile con le esigenze legate all'urgenza, alla celerità e alla riservatezza dell'azione di prevenzione pubblica, dall'altro la salvaguardia del principio del giusto procedimento amministrativo, che innerva sempre più capillarmente l'ordinamento interno, non può non far ricadere l'attenzione sull'importanza del momento partecipativo tanto in chiave difensiva, quanto in chiave collaborativa.

Di questi profondi dissidi si sono nutrite decennali riflessioni dottrinali e giurisprudenziali³⁷, sino a che, col D.L. 6 novembre 2021, n. 152, convertito dalla L. 29 dicembre 2021, n. 233, il Legislatore ha ridisegnato la disciplina dell'informazione antimafia, così da donare un rinnovato spazio al contraddittorio tra l'Amministrazione precedente e l'operatore economico, che, come si dirà, era stato storicamente pretermesso. Quali siano i punti di forza e le criticità delle soluzioni normative recentemente introdotte è un interrogativo a cui si cercherà di rispondere nelle pagine che seguono; quello che può già osservarsi, invece, è l'assoluta dirompenza sistematica di una novella in grado di abbattere un tabù rimasto a lungo inscalfito nella giurisprudenza nazionale, rimarcando con vigore l'evoluzione in chiave collaborativa e partecipativa dei moduli operativi che caratterizzano il "diritto amministrativo dell'emergenza criminale"³⁸, anche loro ormai incapaci di resistere al richiamo delle sirene del buon procedimento amministrativo.

2.1. *Le ragioni dell'inapplicabilità delle garanzie partecipative della L. n. 241/1990 al procedimento per il rilascio dell'informazione antimafia*

Prima del D.L. n. 152/2021, la disciplina legislativa dell'informazione antimafia non prevedeva espressamente alcun istituto diretto alla partecipazione procedimentale del privato, fatta eccezione per la mera possibilità, peraltro rimessa alle discrezionali valutazioni del Prefetto, di audire l'interessato nel corso della fase

³⁶ Il punto sarà oggetto di un più diffuso approfondimento *infra*, par. 2.1.

³⁷ Del citato dibattito si darà atto *infra*, par. 2.1.

³⁸ La categoria è mutuata da N. Gullo, *Emergenza criminale e diritto amministrativo*, cit.

istruttoria (art. 93, co. 7 CAM). Tale circostanza ha alimentato un lungo e acceso dibattito in ordine all'opportunità di estendere anche alle misure di prevenzione amministrativa della criminalità organizzata le garanzie partecipative individuate dalla L. 7 agosto 1990, n. 241 (la c.d. Legge sul procedimento amministrativo, d'ora in avanti L.p.a.), e che si sostanziano, per ciò che qui interessa, nella comunicazione di avvio del procedimento (art. 7 cit.) e nel c.d. preavviso di rigetto (art. 10-*bis* cit.), atti che, ponendo il soggetto interessato a conoscenza della vicenda giuridica a suo carico, rendono possibile l'esercizio dei connessi diritti di accesso endoprocedimentale e di presentazione di memorie scritte e documenti (artt. 9 e 10-*bis* cit.)³⁹.

Sul punto si è andato formando un orientamento quasi granitico nella giurisprudenza amministrativa, secondo il quale, pur dovendosi riconoscere l'inequivocabile importanza del principio dell'*audi alteram partem*, la nota capacità dell'azione mafiosa di incidere esizialmente su beni della vita individuali e collettivi dal rilievo primario giustifica una ponderazione tra le contrapposte esigenze in campo che, proiettandosi nella direzione della massimizzazione dell'efficacia preventiva dell'intervento dell'Autorità, può comportare un'attenuazione, se non anche la totale eliminazione, del contraddittorio procedimentale⁴⁰.

Secondo questa linea ermeneutica, invero, sul Prefetto non ricadrebbe alcun obbligo di comunicazione agli interessati dell'avvio della procedura di controllo, e ciò in virtù delle «oggettive e intrinseche ragioni di urgenza»⁴¹ che, nel fondare una rilettura in termini cautelari del provvedimento interdittivo⁴², consentono di includerlo nel novero degli atti per cui è la stessa norma di legge a prevedere una deroga all'adempimento informativo di cui si discute⁴³. Per altro verso, sempre la stessa giurisprudenza amministrativa non ha mancato di sottolineare come i peculiari caratteri del fenomeno criminale e le finalità strettamente preventive dell'azione pubblica siano «del tutto incompatibili con le procedure

³⁹ Per un approfondimento, F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, V ed., Roma, 2012, 1272 ss.; F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, VI ed., Torino, 2019, 200 ss.; R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, XIII ed., Molfetta, 2019, 597 ss.; P. Chirulli, *La partecipazione al procedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, III ed., Milano, 2020, 291 ss.; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, XXIII ed., Milano, 2021, 378 ss.

⁴⁰ Nella giurisprudenza più recente, TAR Lazio, sede di Roma, sez. I *ter*, 10 marzo 2022, n. 2776; TAR Calabria, sede di Catanzaro, sez. I, 17 novembre 2021, n. 2036; Cons. Stato, sez. III, 20 aprile 2021, n. 3182; sez. III, 20 aprile 2021, n. 3194.

⁴¹ Cons. Stato, sez. III, 28 ottobre 2016, n. 4555.

⁴² Si tratta di una lettura costantemente affermata in giurisprudenza, suggellata da Cons. Stato, ad. plen., 6 aprile 2018, n. 3. Tra le pronunce più recenti si annoverano, *ex multis*, CGA Sicilia, sez. giurisd., 3 giugno 2022, n. 667; Cons. Stato, sez. III, 3 maggio 2022, n. 3456; sez. V, 11 aprile 2022, n. 2712. In dottrina, invece, si sono sollevate parecchie voci contrarie, come si avrà modo di precisare meglio *infra*, par. 2.2.

⁴³ Ai sensi dell'art. 7, co. 1 L.p.a., è possibile omettere l'adempimento informativo «ove sussistano particolari esigenze di celerità del procedimento». Sul tema F. Caringella, *op. cit.*, 1277 ss.; F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, cit., 204 ss.; R. Garofoli, G. Ferrari, *op. cit.*, 602 ss.; P. Chirulli, *op. cit.*, 295 ss.; E. Casetta, *op. cit.*, 386 ss.

partecipative»⁴⁴, che richiederebbero una *discovery* anticipata già alla fase istruttoria di elementi e notizie spesso coperti da segreto investigativo e non di rado connessi a parallele indagini della magistratura inquirente, il cui disvelamento andrebbe a frustrare quell'«effetto sorpresa» in assenza del quale è difficile immaginare il mantenimento di adeguati livelli di efficacia in una misura diretta alla massima anticipazione della tutela⁴⁵.

Con riguardo, invece, al c.d. preavviso di rigetto, vi è da osservare come il procedimento per il rilascio dell'informazione antimafia non si avvia mai ad istanza della parte privata – condizione necessaria affinché operi l'istituto di cui all'art. 10-*bis* L.p.a. –, ma, quando non d'ufficio, su richiesta e impulso della parte pubblica, e cioè dei soggetti di cui all'art. 83, co. 1 e 2 CAM⁴⁶. Né è immaginabile un'applicazione estensiva dell'art. 3, co. 3 del D.P.C.M. 18 aprile 2013, che, nel disciplinare le modalità di iscrizione e di aggiornamento delle cc.dd. *white list*, prevede l'obbligo in capo alla Prefettura competente di comunicare all'operatore economico interessato – la cui istanza, in tale ipotesi, ha davvero avviato il procedimento – gli eventuali motivi ostativi all'accoglimento della domanda diretta all'inserimento nel relativo elenco. Sul punto, infatti, la giurisprudenza ha ribadito la sostanziale differenza tra i regimi procedurali dell'informazione antimafia e dell'istituto disciplinato nella legge anticorruzione, che si incrociano, sul piano degli esiti, soltanto in caso di iscrizione nella lista, con l'equipollenza tra iscrizione e liberatoria, mentre, in presenza del mancato inserimento, l'interdittiva dovrà comunque essere oggetto di un separato provvedimento prefettizio⁴⁷.

È evidente che un istituto così strutturato lasciava ai destinatari del provvedimento finale pochi spazi di coinvolgimento e perlopiù abbastanza angusti. Inve-

⁴⁴ Si veda ancora Cons. Stato, sez. III, 28 ottobre 2016, n. 4555, poi richiamata, *ex multis*, da Cons. Stato, sez. III, 30 novembre 2017, n. 5623 e da Cons. Stato, sez. III, 3 marzo 2020, n. 1576.

⁴⁵ Sul punto si rimanda a Cons. Stato, sez. III, 31 gennaio 2020, n. 820, annotata da R. Ruberto, *Sul contraddittorio procedimentale in materia di informazioni antimafia*, in *Giur. it.*, 3, 2020, 685 ss. La medesima pronuncia ha riformato la sentenza del TAR Lombardia, sede di Brescia, sez. I, 17 maggio 2019, n. 480, in cui il Collegio giudicante aveva sostenuto «che la comunicazione di avvio del procedimento e il preavviso di diniego sono adempimenti necessari anche in questa materia [e cioè nell'ambito del procedimento diretto al rilascio dell'informazione antimafia, ndr.], dovendo sempre essere garantito il pieno esercizio del diritto di difesa», salvo poi escludere la possibilità di annullare il provvedimento per soli vizi procedurali, avendo l'amministrazione «a disposizione la sanatoria processuale ex art. 21-*octies* comma 2 della legge 7 agosto 1990 n. 241, e può quindi replicare alle censure della parte ricorrente dimostrando che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato». A detta del giudice di seconde cure si tratta «di una motivazione doppiamente erronea non solo perché l'informazione antimafia non richiede la necessaria osservanza del contraddittorio procedimentale [...] ma anche perché l'applicazione dell'art. 21-*octies*, comma 2, della l. n. 241 del 1990 non è in nessun modo consentita all'informazione antimafia, provvedimento giammai vincolato, ma per sua stessa natura discrezionale».

⁴⁶ Sul punto ancora Cons. Stato, sez. III, 31 gennaio 2020, n. 820 e la relativa nota di R. Ruberto, *op. cit.*, 687-688.

⁴⁷ Sul tema M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, cit., che richiama TAR Lazio, sede di Roma, sez. I *ter*, ordinanza 13 giugno 2014, n. 2691.

ro, sul piano endoprocedimentale si poneva esclusivamente la previsione, a cui si è già fatto cenno in apertura, dell'art. 93, co. 7 CAM, che rimette alla discrezionalità del Prefetto la possibilità di audire l'operatore economico nel corso della fase istruttoria; i restanti momenti di intervento rimanevano tutti circoscritti alla sede esoprocedimentale e dunque postuma al momento in cui l'atto amministrativo avesse già prodotto i suoi effetti, permanendo in capo al soggetto interessato due differenti facoltà: da un lato, il ricorso giurisdizionale avverso l'interdittiva, dall'altro, il potere di sollecitare l'organo competente a riesaminare l'eventuale permanenza delle condizioni necessarie al mantenimento della sua efficacia.

2.2. *L'esclusione delle cautele partecipative nel quadro delle tutele costituzionali e convenzionali*

Privato delle garanzie partecipative, il procedimento per il rilascio dell'informazione antimafia ha finito per vivere in un anacronismo sempre più spiccato all'interno di un contesto giuridico che, al contrario, si è via, via mosso verso l'esaltazione di una tendenziale equiordinazione relazionale tra Amministrazione e cittadino. Non vi è da stupirsi, pertanto, se, nella vigenza della pregressa disciplina, ci si sia lungamente interrogati sulla compatibilità dell'istituto in esame col sistema di cautele multilivello riservato alla gamma di posizioni giuridiche incise dall'azione prefettizia e che spaziano dai diritti di difesa, di iniziativa economica, al lavoro e ad una buona amministrazione, fino a ricadere sulla tutela della libertà personale e a limitare l'estrinsecazione di principi connaturati ad uno Stato di diritto, come nel caso della presunzione di innocenza.

In buona sostanza, può davvero l'esigenza di massima anticipazione delle tutele antimafia giustificare, sul piano costituzionale e convenzionale, l'originaria scelta legislativa, così come inquadrata dalla giurisprudenza maggioritaria, di annientare le garanzie partecipative endoprocedimentali?

Nel tentativo di fornire una risposta positiva al quesito, si è valorizzata la posizione di quella giurisprudenza che sembra aver negato valore costituzionale al principio del contraddittorio procedimentale⁴⁸, ribadendo che, sebbene dotato di inequivocabile importanza, esso non rappresenterebbe un valore assoluto o un bene in sé, ad ogni costo irrinunciabile e, perciò, slegato da qualsiasi percorso di contemperamento con altri interessi di rango primario, quanto, piutto-

⁴⁸ Di estremo interesse il giudizio di legittimità costituzionale che ha interessato, nella pronuncia della Corte cost. 30 aprile 2015, n. 71, l'art. 42-bis del D.P.R. 8 giugno 2011, n. 327, in cui la Consulta ha respinto la censura diretta a sostenere la violazione del principio del giusto procedimento, escludendone la rilevanza costituzionale. Sul punto si rinvia a R. Chieppa, R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, IV ed., 2018, 496.

sto, un principio «strumentale al buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) e, in ultima analisi, al principio di legalità sostanziale (art. 3, comma secondo, Cost.), vero e più profondo fondamento del moderno diritto amministrativo»⁴⁹. Una lettura che, per certi versi, parrebbe condivisa anche dalla Corte di Giustizia dell'UE che non ha mancato di sottolineare come il diritto di difesa e al contraddittorio procedimentale non si configurino come prerogative assolute, ma possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste «rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti [...] garantiti»⁵⁰.

Così ragionando, allora, la deroga prevista nella materia della documentazione antimafia, giustificata da esigenze di massima anticipazione del momento dell'intervento dell'Autorità, veniva intesa come pienamente legittima, dal momento che, da un lato, la tutela dell'ordine pubblico, anche economico, e del buon andamento della P.A. integrano senza dubbio interessi pubblici di rilievo primario, mentre non mancavano essenziali momenti di "riequilibrio del sistema", rappresentati dalla previsione di una forma, pur eventuale, di contraddittorio endoprocedimentale all'art. 93, co. 7 CAM, dalla durata limitata nel tempo degli effetti dell'interdittiva e, soprattutto, dalla possibilità di sottoporre il provvedimento al taglio del Giudice amministrativo.

A ben vedere, tuttavia, gli argomenti appena addotti, lungi dallo sprigionare quell'effettiva efficacia mitigatrice a loro attribuita, hanno per certi versi confermato gli irragionevoli squilibri che costellavano la disciplina di un'informazione antimafia priva di qualsiasi reale momento partecipativo⁵¹.

Vanno osservati, innanzitutto, i limiti intrinseci a una forma di contraddittorio rimessa alla massima discrezionalità del Prefetto che poteva disporlo, ove lo ritesse utile e «sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite», invitando «i soggetti interessati a produrre, anche allegando elementi documenta-

⁴⁹ Cons. Stato, sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565. Sul punto si veda R. Ruberto, *op. cit.*, 685 ss.; L. Bordin, *Contraddittorio endoprocedimentale e interdittive antimafia: la questione rimessa alla Corte di Giustizia. E se il problema fosse altrove?*, in *www.federalismi.it*, 2020, 22, 56 ss.

⁵⁰ In questi termini CGUE, sentenza 9 novembre 2017, C-298/16, *Ispas*, § 16 (ECLI:EU:C:2017:843) richiamata in Cons. Stato, sez. III, 31 gennaio 2020, n. 820. La posizione è ribadita in altre pronunce, tra cui si rammentano CGUE, sentenza 26 settembre 2013, C-418/11, *Texdata Software* (ECLI:EU:C:2013:588), nonché CGUE, sentenza 3 luglio 2014, C-129/13 e C-130/13, *Kamino International Logistics e Datema Hellmann Worldwide Logistics* (ECLI:EU:C:2014:2041). Con specifico riguardo alla normativa nazionale in tema di prevenzione antimafia, in CGUE, sentenza 26 settembre 2019, C-63/18, *Vitali s.p.a.*, § 37 (ECLI:EU:C:2019:787) si precisa che «il contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisce un obiettivo che può giustificare una restrizione alle regole fondamentali e ai principi generali del TFUE che si applicano nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici» (il passaggio è richiamato ancora da Cons. Stato, sez. III, 31 gennaio 2020, n. 820).

⁵¹ F.G. Scoca, *Le interdittive antimafia*, cit.; M. Mazzamuto, *Interdittive prefettizie: rapporti tra privati, contagi e giusto procedimento*, cit., 1477 ss.; M. Renna, C. Micciché, *op. cit.*, 154 ss.

li, ogni informazione ritenuta utile»⁵², e ciò in una condizione di assoluta asimmetria informativa non essendo previamente posti a conoscenza degli esiti dell'istruttoria a cui era pervenuta l'Autorità. Insomma, l'istituto previsto dall'art. 93, co. 7 CAM appariva – e, nella sua forma officiosa, appare ancora oggi – più un potere di indagine prefettizio che un vero e proprio strumento partecipativo-difensivo.

D'altro canto, la temporaneità degli effetti dell'interdittiva rappresenta una garanzia per l'operatore economico parziale e non priva di criticità⁵³. Se è vero, infatti, che essa costituisce un perno fondamentale del sistema, costringendo l'Autorità a procedere con una costante rivalutazione della situazione infiltrativa, soggetta allo scorrere del tempo e alla mutevolezza delle circostanze che sopraggiungono⁵⁴, tuttavia non possono sottacersi tutti i limiti, in termini di pienezza ed effettività, di un riesame affidato allo stesso organo che ha emesso il provvedimento interdittivo, specie nel momento in cui l'imprenditore, a causa del mancato accesso ad atti istruttori coperti da segreto, non abbia un quadro completo degli addebiti contestatigli ai fini dell'adozione di eventuali misure di *selfcleaning*.

Oltretutto, il riesame dell'informazione rappresenta un rimedio postumo e potenzialmente tardivo, intervenendo dopo che il provvedimento abbia prodotto i suoi effetti interdittivi sull'azienda che si trova magari già in un avanzato stato di decozione⁵⁵. Non può ignorarsi, infatti, che, contrariamente alla ricostruzione più volte sostenuta in giurisprudenza, a mente della quale l'informazione antimafia ha natura cautelare⁵⁶, in realtà essa è in grado di produrre «effetti definitivi, conclusivi e dissolutori del rapporto giuridico tra l'impresa e la P.A., con riverberi assai durevoli nel tempo, se non addirittura permanenti, indelebili e inemendabili»⁵⁷.

L'ultimo passaggio argomentativo meritevole di attenzione attiene, invece, al presunto sostanziale recupero delle potestà difensive sacrificate in sede endoprocedimentale nel successivo – ed eventuale – momento del sindacato giurisdizionale sul provvedimento prefettizio. Invero, secondo una linea interpretativa sostenuta dalla più recente giurisprudenza, detto sindacato è «pieno ed effet-

⁵² Si tratta della formulazione dell'art. 93, co. 7 CAM prima della riforma intervenuta col D.L. n. 152/2021.

⁵³ A. Amore, *Luci e ombre del procedimento di aggiornamento in tema di interdittiva antimafia*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2021, 987 ss.

⁵⁴ M. Nocelli, *Le informazioni antimafia tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, cit., 9-10.

⁵⁵ Si può arrivare a produrre per l'impresa una sorta di "ergastolo occulto", specie se si considera che all'indomani dell'introduzione dell'art. 89-bis CAM è stata enormemente ampliata la pleora di situazione al cospetto delle quali le si può inibire qualsiasi attività economica. Sul punto si rinvia a M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, cit., e a G. Amarelli, *Le interdittive antimafia generiche tra interpretazione tassivizzante e dubbi di incostituzionalità*, in G. Amarelli, S. Sticchi Damiani (a cura di), *op. cit.*, 207, richiamato anche in R. Ursi, *op. cit.*, 307.

⁵⁶ *Ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 1° settembre 2020, n. 3706; 9 settembre 2020, n. 5416; 6 maggio 2021, n. 3530; 25 ottobre 2021, n. 7165; 14 febbraio 2022, n. 1065.

⁵⁷ TAR Puglia, sede di Bari, sez. III, ordinanza del 13 gennaio 2020, n. 28.

tivo, in termini di *full jurisdiction*, anche secondo il diritto convenzionale, come ha riconosciuto la stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 57 del 26 marzo 2020⁵⁸, perché non solo investe, sul piano della c.d. tassatività sostanziale, l'esistenza di fatti indicatori di eventuale infiltrazione mafiosa, posti dall'autorità prefettizia a base del provvedimento interdittivo, ma sindaca anche, sul piano della c.d. tassatività processuale, la prognosi inferenziale circa la permeabilità mafiosa dell'impresa, nell'accezione, nuova e moderna, di una discrezionalità amministrativa declinata in questa delicata materia sotto l'aspetto del ragionamento probabilistico compiuto dall'amministrazione⁵⁹.

Il richiamo operato dai Giudici interni alla nozione di "*full jurisdiction*" pone sul campo tutta una serie di questioni che attengono alla necessità o meno di estendere le garanzie individuate dall'art. 6 della Carta Europea dei Diritti dell'Uomo in tema di diritto a un equo processo anche al procedimento amministrativo diretto al rilascio dell'informazione antimafia⁶⁰. Si rende essenziale, sul punto, qualche breve precisazione.

Si rammenta, innanzitutto, che secondo una costante interpretazione offerta dalla Corte EDU, le cautele declinate dall'art. 6 cit. – entro cui può essere fatto rientrare il diritto al contraddittorio – devono trovare spazio in tutti i procedimenti diretti all'applicazione di una misura che, pur non essendo qualificata come "sanzione penale" nelle legislazioni nazionali, lo è sul piano sostanziale, e ciò alla luce di una concezione autonomistica di *matière pénal* che guarda non tanto al *nomen iuris*, quanto al grado e alla severità delle conseguenze che derivano dall'operatività dello strumento giuridico⁶¹.

Ora, se è vero che l'informazione antimafia è un provvedimento primariamente diretto alla prevenzione criminale e non al sanzionamento di condotte ille-

⁵⁸ Nella sentenza citata, la Corte costituzionale dà atto di come «l'equilibrata ponderazione dei contrapposti valori costituzionali in gioco [...] richiede alla prefettura una attenta valutazione di tali elementi, che devono offrire un quadro chiaro, completo e convincente del pericolo di infiltrazione mafiosa» e che «tale quadro deve emergere [...] da una motivazione accurata che nella specie assume una rilevanza affatto particolare. Infine, queste complesse valutazioni che [...] sono, sì, discrezionali, ma dalla forte componente tecnica, sono soggette ad un vaglio giurisdizionale pieno ed effettivo» in cui non ci si limita «ad un controllo "estrinseco" [...] e, pur dando il giusto rilievo alla motivazione» procede «ad un esame sostanziale degli elementi raccolti dal prefetto, verificandone la consistenza e la coerenza. Il risultato di questo impegno è la individuazione di un nucleo consolidato [...] di situazioni indiziarie, che sviluppano e completano le indicazioni legislative, costruendo un sistema di tassatività sostanziale».

⁵⁹ Cons. Stato, sez. III, 6 maggio 2020, n. 2854; 10 agosto 2020, n. 4979; 9 novembre 2021, n. 7445.

⁶⁰ In tema, *ex multis*, F. Goisis, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2014, 2, 2 ss.; Id., *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2, 546 ss.; A. Carbone, *L'art. 6 CEDU e il giusto processo e procedimento amministrativo. Differenze applicative all'interno degli Stati europei*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 3; B. Giliberti (a cura di), *Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi*, Napoli, 2019.

⁶¹ In giurisprudenza, CEDU, 8 giugno 1976, *Engel e altri v. Paesi Bassi*; 21 febbraio 1984, *Öztürk v. Germania*; 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri v. Italia*.

cite, tuttavia è evidente come il perseguimento di tale obiettivo richieda comunque la predisposizione di interventi dell'Autorità capaci di incidere in maniera gravemente restrittiva sulle sfere giuridiche dei soggetti sottoposti al controllo. Tale profonda tensione, che innerva storicamente le misure di prevenzione – *a fortiori* quando non giurisdizionalizzate –, ha indotto parte della dottrina a ritenere essenziale, sul piano della compatibilità convenzionale, l'applicazione delle garanzie dell'art. 6 CEDU, talaltra ad escluderne l'operatività in considerazione dell'assoluta peculiarità dell'istituto che richiede e giustifica, almeno astrattamente, un articolato sistema di deroghe, senza che ciò si traduca in alcun modo nella riconduzione dell'istituto alla *matière pénale*⁶².

In questo quadro si pongono le riflessioni del Consiglio di Stato che, avvalendosi delle teorie dei Giudici di Strasburgo sulla “*full jurisdiction*”, ha inteso affermare il necessario riconoscimento all'operatore economico delle garanzie partecipativo-difensive perdute, e ciò non tramite la loro diretta implementazione nella procedura amministrativa, bensì in maniera mediata con la sottoposizione delle determinazioni dell'Autorità prefettizia a un controllo dinanzi a un “*judicial body that has [...] the power to quash in all respects, on questions of fact and law, the decision of the body below*”⁶³.

Sul punto, l'analisi dei repertori giurisprudenziali evidenzia una certa ritrosia da parte della giurisprudenza amministrativa a ritagliarsi, storicamente, uno spazio di intervento che, pur non potendo mai assumere natura sostitutiva delle determinazioni prefettizie, potesse comunque garantire una tutela piena ed effettiva delle posizioni giuridiche delle imprese interessate. Invero, la qualificazione del relativo potere amministrativo volto all'accertamento di eventuali infiltrazioni mafiose come (tecnico-)discrezionale⁶⁴ ha consentito di escludere la sussistenza di un

⁶² In tal senso, P. Marotta, P. Marotta, *op. cit.*, 61 e s.

⁶³ CEDU, *Schmautzer v. Austria*, 23 ottobre 1995.

⁶⁴ Si ricorre volutamente a un'espressione ambigua che dia atto delle oscillazioni registrate sia nella dottrina che nella giurisprudenza in ordine alla natura della discrezionalità prefettizia, come evidenziato anche da G. Sigismondi, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2015, 2, 712 ss. Si orientano nella direzione della “discrezionalità tecnica” P. Marotta, P. Marotta, *op. cit.*, 54 ss., e L. Bordin, *op. cit.*, 39, che richiamano Corte cost. 26 marzo 2020, n. 57 secondo cui «si afferma [...] nella giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, sezione terza, sentenze 30 gennaio 2019, n. 758 e 3 aprile 2019, n. 2211), che l'atto implica una valutazione tecnico-discrezionale dell'autorità prefettizia in ordine al pericolo di infiltrazione mafiosa». In senso opposto si pongono le riflessioni di A. Longo, *op. cit.*, e di R. Ruberto, *op. cit.*, che si allineano a quella parte della giurisprudenza che sembra propendere per la tesi della discrezionalità pura. Su tale ultimo punto si rinvia, *ex multis*, a Cons. Stato, sez. VI, 26 settembre 2011, n. 5366 e a Cons. Stato, sez. VI, 17 marzo 2010, n. 1559, ove, pur non venendo presa una posizione netta, vengono evocati vizi della funzione amministrativa tipici del potere discrezionale puro. Sul tema si registra la lettura offerta da F.G. Scoca, *Le interdittive antimafia*, cit., secondo cui «[...] in relazione ai poteri prefettizi e al loro esercizio, non viene affatto in gioco la nozione di discrezionalità. Si rammenti, infatti, che l'informazione antimafia consiste in una “attestazione”, ossia in un atto di conoscenza (o di giudizio), avente ad oggetto eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa nella *governance* delle imprese. La stessa regola del «più probabile che non», formulata e sostenuta dalla giurisprudenza consolidata, richiama concetti di prova, di dimostrazione, più o meno piena, se vogliamo di (ricerca

sindacato giurisdizionale intrinseco sulle valutazioni dell'amministrazione precedente⁶⁵, così confinando l'intervento del giudice alla declaratoria di illegittimità per eccesso di potere, sulla base dei vizi del travisamento dei fatti, dell'irragionevolezza e dell'illogicità⁶⁶.

Un approccio di *self restraint* che ha dovuto fare i conti con le più recenti aperture del Consiglio di Stato che, abbandonando la tradizionale dicotomia tra sindacato "forte" e sindacato "debole", evidenziano il ruolo di un'Autorità giudiziaria che deve «valutare la gravità del quadro indiziario [...] e il suo sindacato sull'esercizio del potere prefettizio, con un pieno accesso ai fatti rivelatori del pericolo, consente non solo di sindacare l'esistenza o meno di questi fatti, che devono essere gravi, precisi e concordanti, ma di apprezzare la ragionevolezza e la proporzionalità della prognosi inferenziale che l'autorità amministrativa trae da quei fatti secondo un criterio che, necessariamente, è probabilistico per la natura preventiva, e non sanzionatoria, della misura in esame»⁶⁷. È chiaro, tuttavia, che la prospettata opera di mutua integrazione tra procedimento e processo, a cui pure si è appellato il massimo Consesso amministrativo richiamando la nozione di *full jurisdiction*⁶⁸, richiede l'attento esame in giudizio delle allegazioni del privato in rapporto alle evidenze indiziarie e ai risultati inferenziali che da queste si ricavano, senza il *parterre* di limiti e restrizioni storicamente imposti al sindacato del Giudice⁶⁹.

della) verità ed esclude valutazioni genuinamente discrezionali, ossia di opportunità. La valutazione rimessa al Prefetto è certamente opinabile, soggettiva, ma non è discrezionale: attiene alla conoscenza dei fatti, alla determinazione del loro valore indiziario, alla prova (anche non piena) della possibilità che una impresa sia esposta a infiltrazioni da parte della criminalità organizzata. Il ricorso alla nozione di discrezionalità appare, quindi, come la giustificazione di un sindacato giurisdizionale debole, che non intende accertare autonomamente la sussistenza dei presupposti di fatto necessari per la legittimità dei provvedimenti impugnati».

⁶⁵ Per una ricostruzione, anche in chiave diacronica, dei limiti del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi connotati da discrezionalità pura e tecnica, capace di mettere in evidenza anche i profili di maggiore ambiguità, si rinvia a F. Caringella, *op. cit.*, 1139 ss.; F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, cit., 171 ss.; R. Garofoli, G. Ferrari, *op. cit.*, 779 ss.; E. Casetta, *op. cit.*, 327 ss.

⁶⁶ *Ex multis*, TAR Basilicata, sede di Potenza, sez. I, 10 febbraio 2021, n. 112; Cons. Stato, sez. III, 14 luglio 2020, n. 4542; 24 febbraio 2020, n. 1348; TAR Piemonte, sede di Torino, sez. I, 4 febbraio 2020, n. 106.

⁶⁷ Cons. Stato, sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758; 5 settembre 2019, n. 6105; 2 novembre 2020, n. 6740; 28 giugno 2022, n. 5375.

⁶⁸ Riecheggiano sullo sfondo le sempreverdi riflessioni di M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, sui modelli di interazione tra processo e procedimento a cui si rinvia.

⁶⁹ Si guardi, ad esempio, alle riflessioni di A. Longo, *op. cit.*, 33 ss., che richiama «la regola giurisprudenziale dell'insindacabilità, mediante ricorso, della discordanza tra la valutazione positiva del Prefetto e alcune acquisizioni probatorie, anche laddove i "pareri", assunti mediante istruttoria delle Forze di polizia, non ravvisassero alcun elemento indiziario in fatto, circa l'infiltrazione mafiosa dell'impresa». Secondo Cons. Stato, sez. III, 13 settembre 2018, n. 5480, infatti, il vizio deve essere accertato con riferimento all'atto finale della sequenza amministrativa, giacché «l'attribuzione al Prefetto del compito di operare la *reductio ad unitatem* delle molteplici, e non necessariamente convergenti, acquisizioni istruttorie endoprocedimentali non consente [...] di ravvisare il vizio lamentato con riferimento ai segmenti intermedi e/o preparatori della complessiva sequenza procedimentale». Sul punto anche L. Bordin, *op. cit.*, 64.

Su altro versante, occorre sottolineare che nemmeno la Corte di Giustizia dell'UE ha fornito risposte chiare in ordine alla compatibilità della pregressa disciplina dell'informazione antimafia col diritto ad una buona amministrazione di cui all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (CDFUE)⁷⁰ e, più specificamente, col diritto ad essere ascoltati, ormai elevato a principio generale dell'ordinamento unionale⁷¹.

Ragionando diffusamente, per i giudici del Lussemburgo il contraddittorio deve essere garantito in qualsiasi procedimento che possa sfociare in un atto lesivo nei confronti di una persona, anche in mancanza di una norma espressa⁷², sebbene il suo ambito di applicazione sia variabile, assumendo un peso ancora maggiore tanto più ampi sono i margini di apprezzamento discrezionale dell'amministrazione⁷³ e tanto più elevato è il loro impatto sulle posizioni giuridiche del destinatario⁷⁴. E tuttavia, il diritto a partecipare al procedimento può subire limitazioni o essere del tutto escluso qualora da detta partecipazione derivino effetti potenzialmente dannosi al pieno perseguimento delle finalità stesse della procedura⁷⁵.

Rebus sic stantibus, se è certamente vero che i peculiari caratteri di una misura diretta alla prevenzione mafiosa sono in grado di giustificare l'imposizione di

⁷⁰ A commento dell'art. 41 CDFUE si vedano R. Bifulco, *Sub art. 41. Diritto ad una buona amministrazione*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, 284 ss.; A. Zito, *Il "diritto ad una buona amministrazione" nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2002, 2-3, 425 ss.; D.U. Galetta, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2005, 3-4, 819 ss.; C. Celone, *Il diritto alla buona amministrazione tra ordinamento europeo ed italiano*, in *Dir. econ.*, 2016, 3, 669 ss.; P. Piva, *Spiegazione relativa all'articolo 41 – Diritto ad una buona amministrazione*, in R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017, 753 ss. Per un approfondimento sul ruolo gradualmente acquisito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE nel sistema delle fonti del diritto unionale e, dunque, interno, si rinvia a L. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea*, V ed., Milano, 2014, 193 ss.

⁷¹ D.U. Galetta, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE)*, in M. Pierro (a cura di), *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti tributari*, Milano, 2019, 7-8.

⁷² Il punto è già chiarito da una costante e risalente giurisprudenza, tra cui CGUE, sentenza 13 febbraio 1979, causa C-85/76, *Hoffmann-La Roche* (ECLI:EU:C:1979:36); sentenza 10 luglio 1986, causa C-234/84, *Mewra* (ECLI:EU:C:1986:302); sentenza 10 luglio 1986, causa C-40/85, *Boch* (ECLI:EU:C:1986:305); sentenza 29 giugno 1994, causa C-135/92, *Fiskano* (ECLI:EU:C:1994:267).

⁷³ CGUE, sentenza 21 novembre 1991, C-269/90, *Bundesfinanzhof* (ECLI:EU:C:1991:438).

⁷⁴ CGUE, sentenza 28 maggio 1980, C-33/79 e C-75/79, *Kühner* (ECLI:EU:C:1980:139).

⁷⁵ Sempre D.U. Galetta, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi*, cit., 10 ss., richiama, a titolo di esempio, proprio il caso dei procedimenti di controllo, rinviando alle risalenti conclusioni dell'avvocato generale Jean-Pierre Warner, del 30 aprile 1980, rese in CGUE, sentenza 26 giugno 1980, C-136/79, *National Panasonic* (ECLI:EU:C:1980:119): «il principio secondo il quale la persona i cui diritti possono essere pregiudicati da un provvedimento amministrativo ha il diritto di essere sentita dall'autorità competente è un principio generale, soggetto ad eccezioni. [...] Ritengo comunque che una delle eccezioni si abbia nel caso in cui il riconoscimento del diritto in questioni implichi o possa implicare il fallimento dello scopo del provvedimento amministrativo».

limiti alle ordinarie garanzie partecipative, l'intrinseca debolezza di tutti i "punti di riequilibrio" richiamati dalla giurisprudenza (*i.e.* temporaneità del provvedimento e sindacato giurisdizionale pieno ed effettivo) ha fondato le sollecitazioni rivolte dal TAR Puglia, in sede di rinvio pregiudiziale, ai Giudici europei con la dibattuta ordinanza del 13 gennaio 2020⁷⁶.

Sollecitazioni, tuttavia, non colte dalla Corte che, con una pronuncia che ha destato non poche perplessità⁷⁷, ha dichiarato la manifesta irricevibilità della domanda pregiudiziale con un plesso motivazionale che, dequotando pericolosamente il valore del (principio generale al) diritto ad essere ascoltati dall'amministrazione, ha tracciato un profondo iato con le premesse di natura generale tese a mettere in evidenza la portata nevralgica del contraddittorio endoprocedimentale nel quadro della protezione del diritto di difesa di ogni cittadino. In tal senso, le argomentazioni addotte dalla Corte di Giustizia hanno finito per riproporre una serie di interrogativi su cui la dottrina più attenta aveva già avuto modo di sollevare dubbi e incertezze⁷⁸.

Il *core* delle riflessioni dei Giudici del Lussemburgo è rappresentato dall'artificioso distinguo a cui viene sottoposto il diritto di essere ascoltati, qualificato dapprima come vero e proprio diritto tutelato dall'art. 41 della CDFUE e poi come principio generale dell'ordinamento dell'UE. Ebbene, nel caso del procedimento diretto al rilascio dell'informazione antimafia, l'art. 41 della Carta non sarebbe invocabile stante il proprio tenore letterale che lo renderebbe operativo nei soli casi di amministrazione unionale diretta⁷⁹; al contempo, la Corte esclude la possibilità di sindacare la coerenza del provvedimento interdittivo coi principi generali del diritto dell'UE, e ciò a causa della presunta inesistenza di un nesso

⁷⁶ Si tratta della più volte citata ordinanza del TAR Puglia, sede di Bari, sez. III, 13 gennaio 2020, n. 28, che ha sollecitato le riflessioni della dottrina, ad esempio in L. Murgolo, *Un rinvio pregiudiziale in materia di interdittiva antimafia: quando il giudice amministrativo minus dixit quam voluit (et minus voluit quam dixit)*, in *www.giustamm.it*, 2020, 1; C. Trappolini, *Al vaglio della Corte di Giustizia l'informativa antimafia*, in *Gior. dir. amm.*, 2020, 4, 537 ss.; L. Bordin, *op. cit.*, 34 ss.; F. Figorilli, W. Giulietti, *op. cit.*, 81 ss.; L. Filieri, *Note sul principio del giusto procedimento amministrativo nella materia della documentazione antimafia*, in *Nuove auton.*, 2021, 2, 485 ss.

⁷⁷ CGUE, ordinanza 28 maggio 2020, causa C-17/20 (ECLI:EU:C:2020:409). In chiave critica ancora F. Figorilli, W. Giulietti, *op. cit.*, 85 ss.

⁷⁸ Sul tema, D.U. Galetta, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie*, cit., 831 ss.; Id., *Riflessioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE sul diritto a una buona amministrazione, anche alla luce di alcune recenti pronunce della Corte di Giustizia*, in *Dir. un. eur.*, 2013, 1, 133 ss.; Id., *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi*, cit., 16 ss.; C. Celone, *op. cit.*, 699 ss.

⁷⁹ A mente dell'art. 41, par. 1 della CDFUE «Ogni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione».

che faccia rientrare la procedura preventiva in esame nell'alveo della c.d. amministrazione unionale indiretta⁸⁰.

Una ricostruzione, a ben vedere, doppiamente incongrua: da un lato, infatti, limitando l'ambito di applicazione dell'art. 41, par. 2, lett. a) della CDFUE, si crea un sistema differenziato di protezione a seconda che si tratti di un caso di amministrazione unionale diretta o indiretta, capace di generare irragionevoli sperequazioni, oltre che un abbassamento degli *standard* di protezione di uno dei diritti fondamentali nella definizione dell'assetto dei poteri all'interno di uno Stato democratico di diritto⁸¹; dall'altro, si esclude – incomprensibilmente – la riconducibilità dei provvedimenti interdittivi prefettizi alla materia della tutela del mercato e della concorrenza, che rappresenta, com'è noto, la competenza attorno a cui si è sviluppato – e si sviluppa ancora oggi – l'intero percorso di integrazione europea.

Un'occasione persa, pertanto, che pare però aver lasciato degli strascichi nella giurisprudenza interna, che di lì a poco delinea un percorso differente e in parte antitetico rispetto a quello per lungo tempo tracciato, volgendo un monito al Legislatore con l'auspicio di un «quantomeno parziale recupero delle garanzie procedurali [...] in tutte quelle ipotesi in cui la permeabilità mafiosa appaia alquanto dubbia, incerta, e presenti, per così dire, delle zone grigie o interstiziali, rispetto alle quali l'apporto procedimentale del soggetto potrebbe fornire utili elementi a chiarire alla stessa autorità procedente la natura dei rapporti tra il soggetto e le dinamiche, spesso ambigue e fluide, del mondo criminale»⁸².

3. *Le novità introdotte dal D.L. n. 152/2021: la prevenzione antimafia "partecipata"*

Alle timide aperture della giurisprudenza e alle pressanti perplessità della dottrina sembra aver dato finalmente seguito il legislatore che, col più volte menzionato D.L. n. 152/2021, ha modificato in più parti la disciplina giuridica relativa all'informazione antimafia, attuando un'articolata opera di bilanciamen-

⁸⁰ Secondo l'art. 94, lett. c) del Regolamento di procedura della Corte di Giustizia UE, «[...] la domanda di pronuncia pregiudiziale contiene: [...] c) l'illustrazione dei motivi che hanno indotto il giudice del rinvio a interrogarsi sull'interpretazione o sulla validità di determinate disposizioni del diritto dell'Unione, nonché il collegamento che esso stabilisce tra dette disposizioni e la normativa nazionale applicabile alla causa principale».

⁸¹ D.U. Galetta, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi*, cit., 28, sottolinea, inoltre, come «[...] resterebbe fuori da questa distinzione fra amministrazione diretta ed amministrazione indiretta tutta quell'ampia casistica riconducibile al fenomeno della c.d. amministrazione comunitaria mista/congiunta, che si caratterizza per un'interazione continua fra amministrazioni nazionali e amministrazioni UE, la quale rende di per sé impossibile segmentare artificialmente le garanzie procedurali [...]».

⁸² Cons. Stato, sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979.

to tra le contrapposte esigenze della prevenzione criminale e del giusto procedimento amministrativo.

Merita qualche preliminare riflessione l'analisi della *sedes* dell'intervento normativo, e cioè un decreto-legge in cui, al fianco di una serie di disposizioni pensate esclusivamente per dare attuazione al Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), il cui campo d'azione è dunque limitato nel tempo e nell'oggetto, si pongono le previsioni "a regime" operanti nel settore della prevenzione amministrativa antimafia, che sono applicabili, al contrario, a tutti i procedimenti. Può così dirsi che l'elaborazione e l'esecuzione delle politiche economiche di ripresa post-pandemica abbiano rappresentato l'occasione per un ripensamento sistematico dell'armamentario di cui si discute, nella consapevolezza dell'enorme valore della posta in gioco. Se è vero, come la storia insegna, che la stagione di poderosi investimenti pubblici che si è aperta è destinata ad attirare gli appetiti delle mafie, sollecitate dall'intenzione di accaparrarsi le ingenti risorse disponibili, allora si comprende agevolmente la *voluntas legis* sottesa a una riforma che senza voler «implicare arretramenti dei presìdi e dei meccanismi preventivi antimafia, che vengono revisionati nella prospettiva di affinarli e consolidarli [...] mira ad evitare un sacrificio del diritto di difesa e della libertà di impresa» così abbattendo quelle criticità capaci «di esporre la normativa italiana al rischio di collisioni con il diritto eurounitario»⁸³.

Sul piano dei contenuti, l'art. 48 del D.L. cit., pur ribadendo il già menzionato potere di audizione rimesso alle discrezionali valutazioni dell'autorità amministrativa⁸⁴, amplia le garanzie partecipative riconosciute all'operatore economico nell'ambito della procedura diretta al rilascio dell'informazione antimafia introducendo:

- a) l'obbligo in capo al Prefetto, intenzionato ad adottare il provvedimento interdittivo ovvero una delle nuove misure di prevenzione collaborativa previste dall'art. 94-*bis* CAM, di notificare al soggetto interessato una sorta di "preavviso di interdittiva"⁸⁵ propedeutico all'avvio di un'obbligatoria fase endoprocedimentale in contraddittorio⁸⁶;
- b) un'espressa ipotesi di *self cleaning* esercitabile dall'impresa controllata nel periodo che intercorre tra la ricezione del c.d. preavviso di interdittiva e la conclusione della procedura in contraddittorio⁸⁷.

⁸³ Le parti in corsivo sono tratte dal DDL «Conversione in legge del decreto-legge 6 novembre 2021, n. 152, recante disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose» (A.C. 3354 – XVIII Legislatura), 56.

⁸⁴ Cfr. art. 48, co. 1, lett. b) cit. che modifica l'art. 93, co. 7 CAM.

⁸⁵ L'espressione è tratta dal DDL di conversione cit.

⁸⁶ Cfr. art. 48, co. 1, lett. a), punto 2), che sostituisce l'art. 92, co. 2-*bis* CAM.

⁸⁷ Cfr. art. 48, co. 1, lett. a), punto 2), che introduce l'art. 92, co. 2-*quater* CAM.

Ma le recenti riforme sembrano essere andate oltre al mero ampliamento delle garanzie partecipative endoprocedimentali, mediante l'introduzione di nuove misure di prevenzione collaborativa che, sottoforma di subprocedimento di controllo, sono dirette al ripristino della legalità nelle compagini interessate da forme di agevolazione occasionale della criminalità organizzata, e tutto ciò prima che il Prefetto debba assumere la determinazione conclusiva – liberatoria o interdittiva – nella procedura principale. La cifra essenziale di tale strumentario, come si vedrà, è da ricercarsi proprio nella spiccata dimensione cooperativa e di coinvolgimento del soggetto interessato in cui la P.A. è chiamata a esercitare le proprie *potestates*, così superando qualsiasi logica di intervento strettamente verticistico, in linea con le attuali tendenze evolutive degli strumenti di prevenzione amministrativa della criminalità.

3.1. *La nuova fase endoprocedimentale in contraddittorio: i momenti di discrezionalità prefettizia*

Come si è già detto, uno dei punti nevralgici della riforma è rappresentato dalla nuova formulazione dell'art. 92, co. 2-*bis* CAM, a mente del quale nel caso in cui, sulla base degli esiti delle verifiche effettuate, l'autorità prefettizia ritenga sussistenti i presupposti per l'adozione dell'informazione antimafia interdittiva ovvero per procedere all'applicazione delle misure di cui all'art. 94-*bis* cit., deve darne tempestiva comunicazione al soggetto interessato, indicando gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa che sono stati riscontrati. Con tale comunicazione è assegnato un termine non superiore a venti giorni in cui l'operatore economico può presentare osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti, nonché richiedere di essere audito.

Tale meccanismo – evidentemente costruito secondo le logiche del c.d. preavviso di rigetto, di cui all'art. 10-*bis* della L. n. 241/1990 – soggiace a una serie di limitazioni rimesse, ancora una volta, alla discrezionale ponderazione del Prefetto, e che attengono alla scelta sull'*an* e sul *quomodo* dell'adempimento informativo⁸⁸. La disposizione, infatti, prevede la possibilità di omettere la comunicazione nel caso in cui ricorrano particolari esigenze di celerità del procedimento, nonché di preterire quegli elementi informativi il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione criminale.

⁸⁸ N. Durante, *Il contraddittorio nel procedimento di rilascio d'informazione antimafia*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2022, 1.

Va subito notato come la previsione di siffatte eccezioni, quantunque frutto del comprensibile sforzo perpetrato dal legislatore nel tentativo di giungere a un difficile bilanciamento tra le contrapposte esigenze in campo, presti il fianco ad alcuni rilievi critici che, se confermati, rischiano di frenare la reale portata innovatrice della nuova disciplina. È evidente, infatti, che la soluzione normativa adottata abbia rimesso alla prassi applicativa, così come eventualmente modellata dalle pronunce giurisdizionali che dovessero interessarla, un compito centrale nell'effettiva trasformazione del contraddittorio da eccezione a regola procedimentale, e ciò nel momento in cui viene consentito al Prefetto di non adempiere al precetto normativo qualora ricorra un'ipotesi che egli ritiene di motivata urgenza, ovvero gli viene accordata la possibilità di attenuare la reale portata informativa del preavviso di interdittiva, fino a poterlo rendere potenzialmente privo di qualsiasi utilità, nel caso in cui l'istruttoria posta a fondamento del provvedimento risulti essere composta – anche integralmente – da elementi che egli ritiene non disvelabili. Ciò che intende dirsi è che entrambe le ipotesi sono in grado di acquisire una portata più o meno espansiva, con le conseguenti ricadute sul piano della partecipazione procedimentale del privato, a seconda dell'approccio che presiede alla relativa ermeneusi⁸⁹.

A voler scendere più nel dettaglio, la celerità procedimentale, fondamento della prima delle due deroghe al principio del contraddittorio, è stata storicamente qualificata dalla giurisprudenza come carattere naturale delle misure di prevenzione antimafia⁹⁰. Tuttavia, appare evidente che l'adozione *inaudita altera parte* di un'informazione interdittiva, sovvertendo il rapporto deroga–eccezione posto oggi in sede legislativa, non può affatto fondarsi sul richiamo alle generiche peculiarità dell'istituto, ma richiede, piuttosto, un impianto motivazionale capace di illustrare compiutamente che l'eventuale «adempimento dell'obbligo comunicativo avrebbe potuto seriamente compromettere il soddisfacimento dell'interesse pubblico cui il provvedimento è rivolto»⁹¹. Se è vero, pertanto, che l'*iter* per il rilascio dell'informazione risponde a logiche di celerità – circostanza confermata dalla serrata disciplina dei termini procedimentali⁹² –, è altrettanto vero che, nel rinnovato impianto normativo, tali esigenze non devono normalmente intendersi come confliggenti rispetto all'istituto partecipativo di cui si discorre – anch'esso

⁸⁹ A. Maugeri, *Prevenire il condizionamento criminale dell'economia: dal modello ablatorio al controllo terapeutico delle aziende*, in *Dir. pen. cont.*, 2022, 1, 165 ss.

⁹⁰ In questa direzione, *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 7 dicembre 2021, n. 8178; TAR Umbria, sede di Perugia, sez. I, 5 dicembre 2017, n. 747, ove si riferisce espressamente che si tratta di «procedimenti intrinsecamente caratterizzati da profili di urgenza».

⁹¹ N. Durante, *op. cit.*, 2.

⁹² Cfr. art. 92, co. 2 CAM, di cui si è già detto *supra*, par. 1.

sottoposto, peraltro, a un serrato regime temporale⁹³ –, tranne che non si riscontrino delle ragioni qualificate idonee a giustificare l'omissione.

Ancor più problematica si presenta la seconda ipotesi derogatoria, che, come visto, rimette al Prefetto la possibilità di non disvelare nel preavviso di interdittiva tutti gli elementi istruttori posti a fondamento del provvedimento, qualora da ciò possa derivare un effettivo pregiudizio ad altri procedimenti amministrativi, ad eventuali attività processuali pendenti o, ancor più in generale, a qualunque accertamento diretto al contrasto delle mafie. È stato osservato, infatti, che il perimetro degli atti non ostensibili individuati dall'art. 92, co. 2-*bis* cit. non coincide affatto con quello degli atti coperti da segreto investigativo, a mente dell'art. 329 c.p.p., risultando di certo molto più ampio⁹⁴. È così offerta all'Autorità un'arma potentissima che, se mal utilizzata, potrebbe trasformarsi da strumento atto a tutelare l'integrità del complessivo sistema di contrasto alla criminalità organizzata, che, nella sua operatività spesso sinergica, comporta la continua circolazione di informazioni nell'ambito di differenti procedure, a meccanismo atto a svilire la reale capacità partecipativa endoprocedimentale del privato. Anche in questo caso, pertanto, il mancato disvelamento di uno o più elementi istruttori deve trovare il suo fondamento in ragioni concrete e attuali che rendano la secretazione del dato informativo l'unica strada possibile per proteggere la tenuta di altra procedura – amministrativa o giurisdizionale – che, in caso contrario, risulterebbe irrimediabilmente lesa.

L'auspicio è che la linea di esercizio delle potestà discrezionali riconosciute all'Autorità rispetti la *ratio* dell'intervento novellatorio, così dando massima preminenza al *favor participationis*, pur nella consapevolezza che esigenze di maggiore celerità o di protezione dell'integrità del complessivo sistema di contrasto alle mafie possono rappresentare un argine, quando la piena estrinsecazione delle garanzie partecipative finisca per provocare un grave e irrimediabile pregiudizio agli interessi ad esse sottesi.

3.2. *Le (asimmetriche) potestà partecipative del privato*

L'art. 92, co. 2-*bis* CAM individua due differenti forme di confronto tra il privato e l'Autorità prefettizia: la prima cartolare e necessaria, realizzabile mediante la presentazione di osservazioni e documenti entro venti giorni dalla notificazione del preavviso di interdittiva; la seconda orale ed eventuale, nell'ambito di un'audizione che, se richiesta dall'operatore economico nel termine anzidetto, può essere concessa dal Prefetto purché nel rispetto dei sessanta giorni entro cui

⁹³ Cfr. art. 92, co. 2-*bis* CAM.

⁹⁴ N. Durante, *op. cit.*, 2 ss.

deve concludersi la procedura in contraddittorio. Inoltre, sebbene non espressamente menzionata, non vi è ragione per ritenersi preclusa la facoltà di eccesso endoprocedimentale ai documenti amministrativi, che anzi dovrebbe giocare un ruolo essenziale per garantire la piena esplicazione delle finalità difensive e cooperative sottese alla partecipazione del soggetto interessato.

Deve subito notarsi, tuttavia, che la conservazione dei caratteri preventivi a cui è informata la disciplina dell'informazione antimafia è forse del tutto incompatibile con l'implementazione di un sistema di potestà partecipative che, sul piano del rapporto tra P.A. e privato, sia analogo a quello ricostruito nella L. n. 241/1990.

Invero, nell'istituto in esame, il contraddittorio tra imprenditore e Amministrazione procedente vive in una dimensione di asimmetria informativa e procedurale integralmente appannaggio del soggetto pubblico, come confermato da plurime circostanze. Innanzitutto, occorre osservare come l'intervento dell'operatore economico interessato dal controllo sia postergato in una fase in cui il Prefetto, avendo chiuso le indagini, ha già maturato un proprio convincimento del tutto sfavorevole al proposto, circostanza che già da sola rende complessa l'opera difensiva e che risulta ulteriormente aggravata tanto dalla brevità dei termini entro cui l'imprenditore può addurre elementi a discarico⁹⁵, quanto dalla possibilità riconosciuta all'autorità di falcidiare la relativa *discovery* probatoria. D'altro canto, la stessa audizione del privato è sostanzialmente condizionata nell'*an* dalle discrezionali valutazioni dell'autorità amministrativa che *può* disporla officiosamente o accogliere l'eventuale istanza «sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite nel corso dell'accesso», purché, ancora una volta, non sussistano esigenze di celerità o di limitazione nel disvelamento delle informazioni che consiglino di omettere questo momento partecipativo.

Qualche ulteriore riflessione merita anche il coordinamento tra la disciplina della nuova fase in contraddittorio e l'istituto dell'accesso endoprocedimentale, a cui, com'è noto, si estende la regolamentazione contemplata dagli artt. 22 e s. della Legge sul procedimento amministrativo.

Sul piano sostanziale deve valorizzarsi quella giurisprudenza che ha riconosciuto una graduale maggiore accessibilità ai documenti che hanno condotto all'adozione del provvedimento interdittivo, transitando da approcci fortemente restrittivi, secondo cui l'accesso deve «intendersi limitato alla sola informativa antimafia e non agli atti istruttori che l'hanno preceduta», specie se coperti da segreto⁹⁶,

⁹⁵ A evidenziare tali criticità già all'indomani dell'entrata in vigore della riforma è stato l'Osservatorio misure patrimoniali e di prevenzione dell'Unione delle camere penali italiane, *Modifiche legislative presentate dal governo in materia di interdittive antimafia e controllo giudiziario la posizione dell'osservatorio misure patrimoniali*, 29 ottobre 2021, 3-4. Le riflessioni sono poi state riprese anche in D. Albanese, *Le modifiche del d.l. 152/2021 al 'codice antimafia': maggiori garanzie nel procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia e nuove misure di 'prevenzione collaborativa'*, in *Sistema pen.*, 12 gennaio 2022.

⁹⁶ Si veda, sul punto, TAR Campania, sede di Napoli, sez. VI, 20 febbraio 2014, n. 1098.

a letture, ormai maggioritarie, in base alle quali è da «ritenersi illegittimo il diniego di accesso a tutta la documentazione connessa all’informativa antimafia, qualora non sia motivato in ordine alle concrete ragioni che impediscono la divulgazione di tale documentazione, dovendo l’Amministrazione motivare circa l’esistenza di eventuali e concrete ragioni di eccezionale prevalenza dell’esigenza di riservatezza su quella della tutela in giudizio dei diritti e degli interessi della parte ricorrente»⁹⁷.

Ma a sollevare le maggiori perplessità è, sul versante procedurale, la lettura “a sistema” dei termini contemplati dagli artt. 92, co. 2-*bis* CAM e 25, co. 4 L.p.a. Deve osservarsi, infatti, come la finestra temporale riconosciuta all’imprenditore per prendere parte al procedimento amministrativo antimafia sia più piccola rispetto a quella, di trenta giorni, che l’ordinamento mette a disposizione della P.A. per evadere l’istanza di accesso prima che si formi il silenzio rigetto. Ciò crea un evidente *vulnus* capace di svilire l’effettiva utilità dell’accesso endoprocedimentale, nella direzione in cui, potendo legittimamente l’autorità prefettizia ostendere gli atti richiesti una volta terminata la fase in contraddittorio, al soggetto interessato non rimarrà che far valere le ulteriori pretese maturate in seguito al tardivo ampliamento cognitivo o, se possibile, nell’ambito di un’eventuale audizione, oppure “fuori” dal procedimento amministrativo e, dunque, nella opportuna sede giurisdizionale⁹⁸.

Si fa evidente, pertanto, la necessità di garantire un maggior coordinamento legislativo, che potrebbe realizzarsi prevedendo la sospensione del termine di cui all’art. 92, co. 2-*bis* CAM in pendenza della domanda per l’accesso documentale, oppure introducendo una disciplina *ad hoc* derogatoria, perlomeno sul versante dei termini, a quella prevista dagli artt. 22 e s. della L. n. 241/1990.

3.3. *L’ipotesi di self-cleaning dell’art. 92, co. 2-quater CAM*

Le novità normative intervenute col D.L. n. 152/2021 conferiscono al contributo partecipativo-difensivo del proposto una duplice connotazione. Invero, la conoscenza anticipata dell’impianto indiziario elaborato dall’autorità controllante consente al soggetto interessato non soltanto di minarne la tenuta mediante la

⁹⁷ TAR Lazio, sede di Roma, sez. I, 2 aprile 2021, n. 3973. Più risalente Cons. Stato, sez. III, 27 marzo 2012, n. 1788, che conferma la lettura promossa dal giudice di primo grado, secondo cui l’accesso deve «essere escluso per tutte le parti della documentazione in possesso dell’amministrazione coperte da segreto istruttorio, in quanto afferenti a indagini preliminari o procedimenti penali in corso, oppure se e nella misura in cui vengano coinvolti, a qualunque titolo, terzi soggetti interessati dalle informative di polizia di sicurezza, ovvero, ancora, nel caso vengano adottati specifici motivi ostativi riconducibili ad imprescindibili esigenze di tutela di accertamenti in corso di svolgimento di polizia di sicurezza e di contrasto alla delinquenza organizzata». In dottrina, M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, cit., 59, e F. Figorilli, W. Giuliotti, *op. cit.*, 80.

⁹⁸ Sul punto, N. Durante, *op. cit.*, 3.

produzione di documenti e osservazioni, ma persino di intervenire proattivamente al fine di modificare la realtà fattuale ricostruita dal Prefetto, e ciò sempre nelle more dell'adozione del provvedimento conclusivo.

In tal senso, l'art. 92, co. 2-*quater* CAM prevede che, nel periodo tra la ricezione del preavviso di interdittiva e la fine della procedura in contraddittorio, qualsiasi variazione degli assetti organizzativi, gestionali e patrimoniali della compagine interessata dal controllo *può* essere oggetto di valutazione ai fini dell'adozione dell'informazione antimafia⁹⁹. A voler fare un parallelo con la disciplina degli appalti pubblici, si viene a introdurre una particolare ipotesi di *self cleaning* che consente all'imprenditore di adottare, eventualmente d'intesa con l'organo procedente, misure idonee atte ad eliminare tutte quelle condizioni che espongono l'impresa al rischio di infiltrazione criminale.

Il grande merito della recente riforma è, dunque, quello di aver elevato il *self cleaning* da strumento utilizzabile soltanto per ottenere l'aggiornamento di un'interdittiva già emanata, com'era in passato¹⁰⁰, a meccanismo che opera in sede endoprocedimentale, così da permettere all'operatore economico di ripristinare in autonomia una situazione di piena legalità senza mai subire gli effetti restrittivi dell'informazione¹⁰¹.

È da osservarsi, tuttavia, come il tenore letterale della disposizione in esame si presti anche ad una differente tesi ermeneutica. La disposizione, infatti, prevede che le vicende organizzative e gestionali che, per ipotesi, interessano l'impresa possono essere «oggetto di valutazione ai fini dell'adozione dell'informazione interdittiva antimafia», escludendosi, letteralmente, che le si possa porre a fondamento di un'informazione liberatoria o dell'applicazione di una misura di prevenzione collaborativa. In tal senso, i nuovi rilievi possono rappresentare, tutt'al più, una causa di aggravamento della posizione del proposto, giammai l'assunzione di misure di *self cleaning*¹⁰².

È, comunque, da ritenersi preferibile il primo dei due approcci interpretativi, apparendo più in linea con la *ratio* complessiva della riforma nel momento in cui favorisce il recupero e la sopravvivenza dell'impresa sottoposta al tentativo d'infiltrazione mafiosa, relegando il provvedimento interdittivo al ruolo di *extre-*

⁹⁹ Tra le ipotesi espressamente citate dall'art. 92, co. 2-*quater* vi rientrano «[...] il cambiamento di sede, di denominazione, della ragione o dell'oggetto sociale, della composizione degli organi di amministrazione, direzione e vigilanza, la sostituzione degli organi sociali, della rappresentanza legale della società nonché della titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, il compimento di fusioni o altre trasformazioni [...]».

¹⁰⁰ Si rinvia alle riflessioni di cui *supra*, par. 1.

¹⁰¹ 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, 8.

¹⁰² A sostegno di questa lettura A. Maugeri, *op. cit.*, 167. Critico, invece, N. Durante, *op. cit.*, 5-6.

*ma ratio*¹⁰³. Dopotutto, se le modificazioni degli assetti gestionali e organizzativi della compagine, intervenute in seguito alla notificazione del preavviso di interdittiva, dovessero risultare il frutto di un'artata opera della criminalità organizzata diretta ad evitare l'applicazione dell'informazione antimafia, l'Autorità controllante sarebbe pur sempre in condizione di considerarle come elementi sintomatici della presenza criminale, e ciò non sulla base della nuova formulazione dell'art. 92, co. 2-*quater* CAM (che così sarebbe privato di qualsiasi valenza innovativa), bensì in relazione a un approdo normativo¹⁰⁴ e giurisprudenziale¹⁰⁵ preesistente alla riforma. D'altro canto, non può sottacersi l'assoluta irragionevolezza di una soluzione normativa che vieti al Prefetto di valutare le sopravvenienze "migliorative" afferenti all'assetto dell'azienda interessata, obbligandolo comunque all'adozione del provvedimento interdittivo.

Ammissa, pertanto, la possibilità di un *self cleaning* "preventivo", occorre interrogarsi sulle condizioni sostanziali che devono sussistere affinché esso operi. La questione, su cui ha già avuto modo di ragionare la giurisprudenza¹⁰⁶, è estremamente complessa se solo si considera la straordinaria pervasività, il polimorfismo e la capacità di mimesi del fenomeno mafioso, che richiedono di verificare con attenzione non tanto lo scopo soggettivamente perseguito dall'imprendi-

¹⁰³ Sul punto, N. Durante, *op. cit.*, 4; P. Amovilli, *Brevi note in tema di riforma delle interdittive antimafia contenuta nel d.l. 6 novembre 2021, n. 152, convertito dalla l. 29 dicembre 2021, n. 233 per l'attuazione del PNRR*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2021, 5-6.

¹⁰⁴ L'art. 84, co. 2 CAM, nel delineare le situazioni da cui possono desumersi i tentativi di infiltrazione mafiosa nell'impresa, alla lettera f) richiama espressamente le «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».

¹⁰⁵ Nella già menzionata pronuncia del Cons. Stato, 3 maggio 2016, n. 1743, i Giudici di Palazzo Spada hanno individuato, tra gli elementi da cui è possibile desumere il rischio di una forma di infiltrazione mafiosa, tanto «le vicende anomale nella formale struttura dell'impresa», da intendersi come «le sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società, nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, effettuate da chiunque conviva con soggetti destinatari di provvedimenti [...], realizzate con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti e le qualità dei subentranti, «denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia», quanto «le vicende anomale nella concreta gestione dell'impresa», e cioè «scissioni, fusioni, affitti di azienda o anche solo di ramo di azienda, acquisti di pacchetti azionari o di quote societarie da parte di soggetti, italiani o esteri, al di sopra di ogni sospetto, spostamenti di sede, legale od operativa, in zone apparentemente 'franche' dall'influsso mafioso; aumenti di capitale sociale finalizzati a garantire il controllo della società sempre da parte degli stessi soggetti, patti parasociali, rimozione o dimissioni di sindaci o controllori sgraditi; walzer di cariche sociali tra i medesimi soggetti, partecipazioni in altre società colpite da interdittiva antimafia, gestione di diverse società, operanti in settori diversi, ma tutte riconducibili alla medesima governance e spostamenti degli stessi soggetti dalle cariche sociali dell'una o dell'altra, etc.».

¹⁰⁶ Tra le pronunce più recenti si rammentano TAR Calabria, sede di Reggio Calabria, sez. I, 19 marzo 2019, n. 173 e Cons. Stato, sez. III, 19 giugno 2020, n. 3945, annotata da C. Filicetti, *Self cleaning e interdittiva antimafia*, in *www.giustiziainsieme.it*, 9 luglio 2020.

tore nel momento dell'adozione delle misure correttive, quanto la loro effettiva idoneità a recidere quei collegamenti e quelle cointeressenze con le associazioni criminali che fondano il preavviso di interdittiva¹⁰⁷. È necessario, in altre parole, ovviare al rischio, evidentemente esistente, che il *self cleaning* rappresenti esclusivamente un «tentativo di eludere i rigori della certificazione antimafia»¹⁰⁸.

Tali approdi, del tutto condivisibili, inducono a prospettare un ricorso all'istituto che interessi soprattutto quelle situazioni di infiltrazione occasionale o, comunque, facilmente isolabile, stante la sua scarsa pervasività nelle dinamiche aziendali. Si rammenta, infatti, che l'intervento correttivo, oltre a dover essere risolutivo, deve anche realizzarsi prima della fine della procedura in contraddittorio, che ha una durata massima di sessanta giorni. Il *self cleaning* finisce così per rappresentare l'intervento minimo e meno invasivo nel *parterre* di soluzioni preventive delineato dal nuovo assetto normativo, ove l'interdittiva occupa un ruolo sempre più residuale e si allarga lo spazio rimesso ad interventi informati alle logiche della cooperazione attiva tra P.A. e privato.

3.4. *Le misure amministrative di prevenzione collaborativa e il rapporto con gli altri strumenti non ablatori di sostegno e monitoraggio di impresa*

Si è già anticipato che la valorizzazione del ruolo partecipativo del privato nella novellata disciplina giuridica dell'informazione antimafia è stata realizzata non soltanto mediante l'introduzione delle ipotesi già passate in rassegna di contraddittorio obbligatorio e *self cleaning*, ma anche tramite la creazione di un subprocedimento di controllo – comunque connesso a quello principale – in cui il rapporto tra privato e Amministrazione assume caratteri fortemente cooperativi.

Nella specie, una volta rilevate situazioni di agevolazione mafiosa occasionale, il Prefetto, sempre in ossequio alle logiche di *extrema ratio* che oggi presidiano – o, perlomeno, dovrebbero presidiare – all'adozione del provvedimento interdittivo, è chiamato a prescrivere all'impresa interessata l'osservanza di misu-

¹⁰⁷ C. Filicetti, *op. cit.*

¹⁰⁸ TAR Calabria, sede di Reggio Calabria, sez. I, 19 marzo 2019, n. 173. Secondo Cons. Stato, sez. III, 6 maggio 2020, n. 2854, «la conoscenza dell'imminente o probabile adozione di un provvedimento antimafia, acquisita in sede procedimentale» potrebbe indurre le associazioni mafiose a «ricorrere a tecniche elusive delle norme in materia» come «le sostituzioni degli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie [...] Si tratta di tecniche frequenti nella prassi e ben note all'esperienza giurisprudenziale dello stesso Consiglio di Stato, il quale riscontra forme sempre nuove con le quali le associazioni a delinquere di stampo mafioso, di fronte al "pericolo" dell'imminente informazione antimafia di cui abbiano avuto notizia, reagiscono mutando assetti societari, intestazioni di quote e di azioni, cariche sociali, soggetti prestanome, ma cercando di controllare comunque i soggetti economici che fungono da schermo, anche grazie alla distinta e rinnovata personalità giuridica, nei rapporti con le pubbliche amministrazioni».

re finalizzate al suo riallineamento ad un contesto imprenditoriale lecito. Si tende, così, a gradualizzare e proporzionare l'azione dell'Autorità pubblica, consentendole di intervenire in chiave "conservativa" – senza, dunque, espellere l'impresa dal mercato – al fine di esplorare, attraverso il dispiegamento dei poteri individuati dalla normativa, la possibilità di salvaguardare l'azienda incisa da situazioni di permeabilità mafiosa che non presentano, tuttavia, un grado di pervasività nell'organizzazione e nella gestione della compagine tale da richiedere immediatamente un intervento interdittivo¹⁰⁹. Si mira, così, a recuperare i profili di competitività aziendale non inquinata, tramite un intervento dell'Autorità amministrativa «asseverato da migliori conoscenze delle condizioni operative della singola impresa»¹¹⁰.

A tal fine, nell'impostazione dell'art. 94-*bis* CAM, l'Amministrazione procedente può richiedere all'impresa adempimenti di natura organizzativa, informativa e gestionale. Sotto al primo versante, potrebbe ritenersi necessaria l'implementazione dei protocolli rientranti nel modello organizzativo e di gestione di impresa definito dal D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, diretto, com'è noto, alla riduzione del rischio di commissione di illeciti penali. Al contempo, l'impresa potrebbe essere chiamata a informare il gruppo interforze, istituito presso la Prefettura territorialmente competente, di tutta una serie di operazioni che spaziano dai contratti di associazione in partecipazione stipulati, ai finanziamenti erogati da parte dei soci o di terzi, fino ad includere 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 a condizione che siano dotati di un non trascurabile rilievo economico. Da ultimo, il monitoraggio potrebbe essere agevolato obbligando l'impresa a utilizzare un conto corrente dedicato per tutti i predetti atti di pagamento, riscossione e finanziamento.

La stessa normativa prevede, in aggiunta, che l'autorità competente possa procedere alla nomina di un numero massimo di tre esperti chiamati ad espletare una funzione di supporto nell'attuazione delle misure.

La durata di questo subprocedimento preventivo-collaborativo si estende da un minimo di sei a un massimo di dodici mesi, terminati i quali il Prefetto chiude l'*iter* principale mediante il rilascio di un'informazione antimafia liberatoria, ove accertati il venir meno dell'agevolazione occasionale e l'assenza di altri tentativi di infiltrazione mafiosa, ovvero, in caso contrario, procede all'adozione dello speculare atto interdittivo.

¹⁰⁹ F. Gatto, *Le nuove frontiere della Legislazione Antimafia alla luce del D.L. 6 novembre 2021, n. 152*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2022, 11.

¹¹⁰ M. Vulcano, *op. cit.*, 11-12.

Va osservato come la prevenzione collaborativa rappresenti una nuova e più avanzata frontiera che si inserisce all'interno di un panorama già ricco di strumenti, amministrativi e giurisdizionali, coi quali il legislatore ha provato a fornire risposte differenziate all'annosa questione afferente al trattamento da riservare alle imprese soggette a infiltrazioni criminali. Già da tempo, infatti, si è registrato un incremento nel numero degli strumenti giuridici che, non rispondendo a logiche né ablatorie né interruttive, mirano al recupero dell'azienda contaminata tramite un intervento dell'autorità pubblica che non si sostituisce alla *governance* preesistente, ma vi collabora riconoscendole, di fatto, un essenziale ruolo proattivo¹¹¹.

In questa direzione, l'art. 32 del D.L. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla L. 11 agosto 2014, n. 114, ha previsto un complesso sistema di misure di gestione, sostegno e monitoraggio di impresa che sono oggi espressamente richiamate, nell'ottica di un miglior coordinamento normativo, dall'art. 92, co. 2-ter, lett. b) CAM¹¹², nella parte in cui dispone che il Prefetto, adottata l'informazione interdittiva, debba comunque verificare la sussistenza delle condizioni per la loro applicazione¹¹³. Più specificamente, sussistendo «l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto ovvero dell'accordo contrattuale, ovvero la sua prosecuzione al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici»¹¹⁴, l'autorità amministrativa, sentito il Presidente dell'ANAC, non procede ordinariamente con recessi e revoche, ma è posta nelle condizioni, tra l'altro¹¹⁵, di ordinare la rinnovazione degli organi sociali, qualora si ritenga, secondo un giudizio prognostico, che i tentativi di infiltrazione criminale siano suscettibili di essere eli-

¹¹¹ A differenti logiche ablatorie rispondono tanto l'amministrazione giudiziaria che interessa le imprese sottoposte alle misure di prevenzione patrimoniale del sequestro e della confisca (artt. 35 e s. CAM), tanto il controllo giudiziario delle aziende dell'art. 34-bis CAM.

¹¹² Così come riformato dall'art. 48, co. 1, lett. a), punto 2), del D.L. n. 152/2021.

¹¹³ Per un approfondimento sul tema si rinvia a S. Sticchi Damiani, *I nuovi poteri dell'Autorità Anticorruzione*, in AA.Vv., *Libro dell'anno del Diritto 2015* – Treccani, 2015; A. Maltoni, *Nuove forme di intervento pubblico nella gestione di imprese private: presupposti e limiti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 4, 1079 ss.; F. Nugnes, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici. Principali aspetti critici dell'istituto*, in *Dir. econ.*, 2017, 1, 37 ss.; C. Benettazzo, *I nuovi poteri "regolatori" e di precontenzioso dell'ANAC nel sistema europeo delle Autorità indipendenti*, in *www.federalismi.it*, 2018, 5, 35 ss.; A. Maltoni, *Commissariamento di imprese limitatamente a singoli contratti pubblici, tutela della concorrenza nella fase di esecuzione contrattuale e Protocolli di legalità*, in *Dir. econ.*, 2018, 2, 443 ss.; J. Colamendici, *Il commissariamento: estirpare le infiltrazioni criminali salvaguardando libertà d'impresa e diritti dei lavoratori*, in *www.giustiziavile.com*, 2019, 6.

¹¹⁴ Art. 32, co. 10 del D.L. 24 giugno 2014, n. 90.

¹¹⁵ Il menzionato art. 32 del D.L. n. 90/2014 riconosce all'autorità controllante anche il potere di «ordinare alla stazione appaltante che i pagamenti all'operatore economico [...] siano disposti al netto dell'utile derivante dalla conclusione del contratto, quantificato nel 10 per cento del corrispettivo, da accantonare [...] in un apposito fondo», nonché di «provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa anche limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto ovvero dell'accordo contrattuale o della concessione», e ciò tramite la nomina di uno o più amministratori.

minati attraverso l'allontanamento di singoli soggetti dalla titolarità degli stessi, ovvero di disporre una forma di *tutorship* tramite la nomina di esperti incaricati di fornire all'impresa indicazioni di carattere organizzativo e gestionale, con compiti, per l'appunto, di sostegno e monitoraggio¹¹⁶. Una gamma di misure che pur essendo geneticamente connesse con l'opera pubblica "incriminata" in base ad un criterio di contestualità o di contiguità temporale, sono preordinate, attraverso un momento di revisione virtuosa e di verifica del modello organizzativo e gestionale, a garantire la legalità dell'operato aziendale nel suo complesso, trascendendo, dunque, le sorti del singolo contratto¹¹⁷.

Appare più complesso e ricco di ricadute pratiche, invece, il coordinamento tra le nuove misure di prevenzione collaborativa previste dall'art. 94-*bis* CAM e il controllo giudiziario delle aziende introdotto dalla L. 17 ottobre 2017, n. 161¹¹⁸. È noto come tale ultimo strumento consista in una forma di "vigilanza prescrittiva"¹¹⁹ dell'impresa, rimessa al Tribunale competente per l'applicazione delle misure di prevenzione, che può essere attivata ogniqualvolta, all'esito degli accertamenti compiuti per verificare la sussistenza di pericoli di infiltrazione mafiosa, sia stata riscontrata una forma di agevolazione occasionale.

Dinanzi a tale circostanza, la normativa in commento prospetta due possibili alternative, non del tutto sovrapponibili sul piano dei presupposti e della *ratio*. Da un lato¹²⁰, le sorti dell'istituto sono affidate esclusivamente ai poteri dell'Autorità giudiziaria, che può disporre la misura, su proposta di un altro soggetto pubblico e previa verifica della sussistenza di un pericolo concreto di infiltrazioni mafiose e della sua occasionalità nelle dinamiche aziendali. L'altra ipotesi normativa¹²¹, invece, riconosce direttamente all'amministratore dell'attività produttiva la possibilità di chiedere l'applicazione del controllo giudiziario, e ciò al fine di "stemperare" gli effetti di un'informazione antimafia interdittiva adottata nei suoi confronti dal Prefetto e sottoposta a ricorso giurisdizionale ancora pendente. In questo caso, al Tribunale competente spetta la verifica dell'occasionalità delle

¹¹⁶ L'Autorità nazionale anticorruzione precisa, nelle linee guida dell'8 luglio 2020 – *Disposizioni per la disciplina del procedimento preordinato alla proposta del Presidente dell'A.N.A.C. di applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio, ai sensi dell'art. 32 del d.l. 90/2014*, 10, che «la misura del sostegno e monitoraggio è applicabile nel caso in cui le vicende giudiziarie abbiano coinvolto soggetti diversi dai componenti degli organi sociali dell'impresa ovvero i fatti [...] rivelino un minor grado di compromissione e di rischio per l'operatore economico».

¹¹⁷ In questi termini si esprime ancora l'ANAC nelle linee guida cit.

¹¹⁸ L'art. 11, co. 1 della L. 17 ottobre 2017, n. 161 ha introdotto l'art. 34-*bis* CAM – «Controllo giudiziario delle aziende». Sul tema F. Vergine, *Sub 34-bis – Controllo giudiziario delle aziende*, in G. Spangher, A. Marandola, *op. cit.*, 177 ss.

¹¹⁹ L'espressione è mutuata dalla relazione conclusiva della Commissione ministeriale incaricata di elaborare una proposta di interventi in materia di criminalità organizzata, istituita con D.M. 10 giugno 2013 e presieduta dal professore Giovanni Fiandaca, con riferimento, in quel contesto, al c.d. "controllo giudiziario".

¹²⁰ Art. 34-*bis*, co. 1 CAM.

¹²¹ Art. 34-*bis*, co. 6 CAM.

condotte, ma non anche del pericolo di inquinamento, già oggetto delle determinazioni dell'organo prefettizio¹²².

Sul piano dei contenuti, il controllo giudiziario produce una sorta di “messa alla prova” dell'operatore economico¹²³, potendosi sostanziare o nella nomina di un giudice e di un amministratore delegati che hanno il compito di assumere qualsiasi iniziativa finalizzata a prevenire specificamente il rischio di tentativi di condizionamento criminale, nonché di monitorare il corretto decorso dell'attività di controllo, o, ma nel solo caso del controllo giudiziario officioso, può tradursi nella prescrizione all'impresa di una serie di adempimenti comunicativi¹²⁴. Le misure sono applicabili per un periodo che va da uno a tre anni.

Il sistema così delineato e che vede, da una parte, la misura di prevenzione giudiziaria di cui all'art. 34-*bis* CAM e, dall'altra, la misura di prevenzione amministrativa ex art. 94-*bis* CAM, appare estremamente articolato, specialmente a causa della – apparente – sovrapposizione dei relativi presupposti applicativi, essendo tutte dirette ad intercettare forme di *agevolazione occasionale* della criminalità organizzata.

Nulla questio con riferimento al rapporto tra il controllo giudiziario volontario e la prevenzione collaborativa, trattandosi di strumenti che, pur avendo la medesima direzione teleologica (*i.e.* evitare che sull'impresa ricadano gli effetti di un'interdittiva antimafia), sono destinati ad operare in momenti affatto differenti. Come si è già osservato, infatti, il controllo giudiziario volontario presuppone l'avvenuto rilascio di un'informazione interdittiva, mentre le misure di prevenzione collaborativa vengono disposte dal Prefetto prima – e per evitare – di giungere all'adozione della menzionata misura di rigore.

È meno netto, invece, il distinguo tra il controllo giudiziario su istanza di parte pubblica e gli strumenti preventivi dell'art. 94-*bis* CAM. Se è vero, infatti, che in entrambi i casi le Autorità competenti – rispettivamente il Tribunale e il Prefetto – devono riscontrare l'esistenza di condotte d'impresa atte ad agevolare occasionalmente la criminalità organizzata, tuttavia, la misura di prevenzione amministrativa richiede che tale agevolazione sia sintomatica di «tentativi di

¹²² In tal senso sembra essersi orientata C. Cass., sez. II, 28 gennaio 2021, n. 9122, annotata da G. Amarelli, *La Cassazione riduce i presupposti applicativi del controllo giudiziario volontario ed i poteri cognitivi del giudice ordinario*, in *Sistema pen.*, 10 marzo 2021.

¹²³ V. Gaeta, *Il controllo giudiziario a richiesta dell'impresa e il compito del giudice ordinario*, in *www.giustiziainsieme.it*, 16 luglio 2021.

¹²⁴ Ai sensi dell'art. 34-*bis*, co. 2, lett. a), col provvedimento che dispone il controllo giudiziario delle aziende il Tribunale «può imporre nei confronti di chi ha la proprietà, l'uso o l'amministrazione dei beni e delle aziende [...] l'obbligo di comunicare al questore e al nucleo di polizia tributaria del luogo di dimora abituale, ovvero del luogo in cui si trovano i beni se si tratta di residenti all'estero, ovvero della sede legale se si tratta di un'impresa, gli atti di disposizione, di acquisto o di pagamento effettuati, gli atti di pagamento ricevuti, gli incarichi professionali, di amministrazione o di gestione fiduciaria ricevuti e gli altri atti o contratti indicati dal tribunale, di valore non inferiore a euro 7.000 o del valore superiore stabilito dal tribunale in relazione al reddito della persona o al patrimonio e al volume d'affari dell'impresa. Tale obbligo deve essere assolto entro dieci giorni dal compimento dell'atto e comunque entro il 31 gennaio di ogni anno per gli atti posti in essere nell'anno precedente».

infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate»¹²⁵, che è cosa ben diversa e più blanda rispetto al «pericolo concreto di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne l'attività» di cui all'art. 34-*bis* CAM¹²⁶. Vi è, pertanto, un'effettiva gradualizzazione tra le due tipologie di intervento, destinate a intercettare forme di condizionamento caratterizzate da un diverso «livello di gravità». Una circostanza confermata anche dal dato normativo nella parte in cui prevede che, nelle more dell'esecuzione della prevenzione collaborativa, il Tribunale possa procedere con l'applicazione del controllo giudiziario, purché nelle forme del comma 2, lett. b) dell'art. ult. cit., a cui segue la cessazione delle misure precedentemente attuate¹²⁷.

È indubbio che in questo panorama si assiste all'allargamento delle *potestates* del Prefetto, oggi chiamato anche a scegliere e attuare misure tipiche di gestione aziendale che, in origine, il legislatore aveva provato a proiettare in una dimensione di piena giurisdizionalizzazione. Un cambio di rotta che, nell'ottica di un ideale riequilibrio del sistema, ha affiancato alla riduzione dell'ambito di operatività del controllo giudiziario, l'ampliamento delle garanzie interne al procedimento diretto al rilascio dell'informazione antimafia e che può condurre all'adozione delle misure di prevenzione collaborativa.

Tuttavia, tale ultimo accorgimento comporta solo un parziale superamento delle criticità che attanagliano storicamente l'informazione prefettizia. Si pensi, ad esempio, ai profili riguardanti l'ampiezza dei margini di discrezionalità del relativo potere dell'autorità amministrativa, nonché la scarsa tassatività dei presupposti applicativi. Ciò posto, rimane fermo il rischio, lamentato da parte della dottrina¹²⁸, di svuotare di significato l'impulso fornito dalla misura disciplinata dall'art. 34-*bis* CAM, finendo così per contenere l'efficacia espansiva di una peculiare giurisdizione ordinaria che si sviluppa *a latere* di quella amministrativa e che consente al Tribunale, col proprio sindacato, di mitigare le conseguenze negative che potrebbero derivare dall'esercizio dei poteri di prevenzione prefettizia, che registrano ancora momenti di profonda tensione costituzionale.

¹²⁵ Si richiama l'art. 84, co. 3 CAM.

¹²⁶ N. Durante, *op. cit.*, 7. L'A. si spinge oltre, affermando che «sarebbe stato preferibile che, come presupposto per la misura di prevenzione collaborativa, il legislatore, più che richiamare il dato di fatto della "occasionalità dell'infiltrazione", avesse richiamato l'elemento, di tipo logico, della prognosi favorevole sulla riuscita del controllo».

¹²⁷ Si tratta del combinato disposto tra l'art. 34-*bis*, co. 1 e 94-*bis*, co. 3 CAM. Critica nei confronti di questa soluzione normativa M. Vulcano, *op. cit.*, 11, secondo cui si tratta di «un "controllo amministrativo" che, in caso di esito positivo, anticipa e sostituisce il controllo giudiziario, e in caso di insuccesso ne ritarda o ne rende solo eventuale l'applicazione».

¹²⁸ D. Brancia, *Il crepuscolo del controllo giudiziario delle aziende. Riflessioni sulle modifiche al testo unico antimafia: dal controllo preventivo al dovere di contraddittorio nel rilascio delle informazioni interdittive*, in *Archivio nuova proc. pen.*, 2022, 2, 103.

4. *Conclusioni*

Il *restyling* dell'informazione antimafia, muovendosi verso il rafforzamento della dimensione partecipativa nel contrasto alle mafie, ha confermato – rafforzandola – la decennale tendenza evolutiva che caratterizza lo strumentario amministrativo di prevenzione della criminalità, composto da misure giuridiche che, pur nella loro eterogeneità, sono legate da un *iter* genetico e di sviluppo tendenzialmente uniforme.

In tal senso, esse nascono in quei momenti in cui l'*escalation* dell'azione criminale, capace di convogliare sensibilmente le paure della collettività, diviene opportunità decisionale per l'Organo legislativo che, spinto dalla pressante richiesta di ordine e controllo, fornisce risposte tese a rafforzare il ruolo dello Stato come “fattore di sicurezza”, non solo inasprendo i presidi penal-repressivi preesistenti, ma creando nuovi meccanismi – che spesso trascendono dal diritto penale – diretti ad una sempre più spiccata anticipazione del momento dell'intervento dell'Autorità, in base a presupposti operativi che rispondono a logiche di prevenzione del rischio e presunzione di pericolosità. Tutto ciò col diretto coinvolgimento, sul piano soggettivo, non solo degli organi giurisdizionali ma anche dell'Amministrazione che, proprio per la sua capacità d'azione mediante il ricorso a moduli estremamente rapidi e snelli, ha assistito al graduale allargamento delle proprie *potestates* nel settore ordinamentale della prevenzione criminale.

L'originaria configurazione di questi “nuovi” poteri ricalca i modelli di intervento tipici del diritto di polizia, essendo riconosciuta all'Autorità la possibilità di disporre misure ad efficacia ablatoria/interruttiva, col coinvolgimento solo marginale – quando non del tutto assente – del soggetto interessato. Ne sono un esempio la natura dell'intervento pubblico – esclusivamente dissolutorio – diretto a intercettare forme di condizionamento mafioso nei consigli comunali e provinciali; le finalità meramente ablatorie che per lungo tempo hanno orientato le politiche di gestione e destinazione delle aziende sottratte alla criminalità organizzata; il trattamento giuridico riservato alle imprese infiltrate dalla mafia o comunque protagoniste di vicende corruttive capaci di minarne l'affidabilità morale, in origine proiettato alla loro semplice esclusione dal mercato; le politiche di sicurezza urbana, che hanno vissuto una prima stagione all'insegna del rafforzamento delle prerogative di polizia in mano all'Autorità comunale.

Si tratta, a ben vedere, di strumenti pensati per fronteggiare situazioni emergenziali (mafia, corruzione, insicurezza nelle città) la cui cifra essenziale, però, non è la provvisorietà o eccezionalità, bensì la loro endemica capacità di aggredire beni e valori fondamentali. Sicché, l'armamentario giuridico in esame ha subito un graduale percorso di stabilizzazione che, da un lato, ne ha richiesto una

maggior armonizzazione col dettato costituzionale e convenzionale, dall'altro ha condotto all'individuazione di soluzioni innovative maggiormente efficaci.

Plurime, poi, appaiono le refluenze di sistema prodotte da questo consolidamento. Innanzitutto, si assiste a una marginalizzazione dei modelli operativi ablatori e interruttivi a cui vengono affiancati nuovi istituti utili a modulare le conseguenze dell'intervento pubblico che, guardando agli specifici caratteri dell'emergenza da fronteggiare, assicurano il perseguimento anche di interessi diversi dalla mera tutela dell'ordine pubblico. In secondo luogo, si mira frequentemente alla reinclusione sociale, politica ed economica del soggetto autore o vittima dell'evento criminale, e ciò all'esito di un percorso in cui il compito dell'Autorità non è quello di ostracizzarlo o annientarlo, quanto di fornirgli gli strumenti utili alla prosecuzione della propria opera nella legalità. Da ultimo, si osserva una rinnovata attenzione proprio al diretto coinvolgimento del privato, non più semplice destinatario delle misure, ma attore protagonista nella definizione e nella realizzazione dei percorsi di contrasto alla criminalità.

Qualche esempio potrebbe risultare illuminante.

Si è già dato atto *supra*¹²⁹ dell'art. 32 del D.L. n. 90/2014, che nel quadro della prevenzione dei fenomeni corruttivi e di infiltrazione mafiosa nelle concessioni e negli appalti pubblici, ha previsto il potere in capo al Presidente dell'ANAC e al Prefetto territorialmente competente, di disporre misure di controllo, sostegno e monitoraggio nei confronti di quelle imprese rese responsabili di condotte anomale sintomatiche di circostanze illecite o anche criminali, di modo da consentire loro di portare a termine l'esecuzione dell'opera, del servizio o della fornitura di cui sono aggiudicatarie, seppure previo commissariamento o sotto la stretta vigilanza collaborativa del soggetto pubblico col quale l'imprenditore definisce le strategie organizzative e gestionali dirette al ripristino della legalità. Si tratta di un *parterre* di soluzioni normative che mentre si preoccupano di proteggere la sicurezza pubblica, curano la gamma di interessi economici e sociali che ruotano attorno al completamento dell'opera e, ove possibile, consentono il recupero della legalità nell'impresa senza mai estrometterla dal mercato.

Non può sottacersi, dopotutto, che proprio la mancata espulsione consente sia una più agevole conservazione dei livelli occupazionali dell'azienda, sia una sostanziale riduzione degli impatti negativi, pur esistenti, che il suo allontanamento potrebbe produrre sui preesistenti equilibri del mercato (si pensi, ad esempio, alle ricadute economiche sulle imprese che ne costituiscono l'indotto). Si tratta di interessi la cui tutela è guardata con grande attenzione tanto dalle già osservate misure del controllo giudiziario e della prevenzione collaborativa, quanto dall'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e

¹²⁹ Cfr. par. 3.4., a cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici sul tema.

delle aziende di cui all'art. 34 CAM che, pur comportando, a differenza delle prime due, la temporanea ablazione della compagine interessata, si caratterizza per un intervento pubblico che mira a bonificarne gli assetti organizzativi e gestionali prima della "riconsegna" al suo originario titolare.

Anche la disciplina afferente alla gestione e alla destinazione dei beni sottratti alla criminalità organizzata ha vissuto un lungo percorso di evoluzione rispetto alle logiche esclusivamente ablatorie che animavano la legge "Rognoni-La Torre", ove ci si preoccupava di determinare gli strumenti giuridici preordinati all'aggressione dei patrimoni delle cosche, senza nulla precisare in ordine alle vicende successive alla loro confisca. Invece, l'attuale normativa ha finito per creare un modello gestionale polivalente che prova a contemperare interessi pubblici differenti (conservazione dei posti di lavoro; mantenimento dei livelli di produttività aziendale) pur non perdendo di vista l'obiettivo centrale, e cioè evitare che il bene ritorni – anche indirettamente – nella disponibilità del proposto¹³⁰.

Risultano paradigmatiche anche le vicende che hanno interessato il diritto della sicurezza urbana che, superata una prima fase caratterizzata dalla predisposizione di interventi di tipo "reattivo" improntati al rafforzamento del ruolo dell'Autorità¹³¹, è poi transitato verso modelli "proattivi" in cui il contrasto al disagio, al disordine e alla criminalità locali viene condotto in chiave preventiva mediante politiche integrate e capaci di coinvolgere differenti livelli di governo, dallo Stato al Terzo Settore. Si punta, così, al miglioramento delle condizioni di vita dei cittadini, all'inclusione sociale, all'incremento delle condizioni di vivibilità delle città, nella convinzione che proprio tramite tali azioni si possa giungere al ridimensionamento dei fenomeni criminali¹³².

Si rammentano, infine, le turbolente circostanze che hanno interessato l'istituto dello scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni e condizionamenti mafiosi di cui all'art. 143 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267¹³³,

¹³⁰ Per un ampio approfondimento si vedano, *ex multis*, N. Gullo, *Il procedimento amministrativo di destinazione dei beni confiscati alla mafia: aspetti problematici della normativa vigente e prospettive di riforma*, ne *Foro It.*, 2003, 2, 72 ss.; Id., *La destinazione dei beni confiscati nel codice antimafia tra tutela e valorizzazione*, in *Dir. econ.*, 2014, 1, 55 ss.; Id., *Emergenza criminale e diritto amministrativo*, cit.; M. Mazzamuto, *Gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati tra giurisdizione e amministrazione*, in *Giur. it.*, 2013, 2, 477 ss.; F. Manganaro, *Gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 4, 1033 ss.

¹³¹ Sul tema dei poteri dei poteri rimessi al Sindaco dopo le rilevanti riforme in materia del 2008 e il susseguente intervento della Consulta si rinvia a M. Vaccarella, *Il potere di ordinanza sindacale per la sicurezza urbana e l'incolumità pubblica*, Napoli, 2012.

¹³² Si rinvia a R. Selmini (a cura di), *La sicurezza urbana*, Bologna, 2004; G. Pighi, *Sicurezza urbana integrata e sistema punitivo*, Torino, 2019.

¹³³ Sul tema, V. Mete, *Fuori dal comune. Lo scioglimento delle amministrazioni locali per infiltrazioni mafiose*, Acireale-Roma, 2009; V. Montaruli, *Lo scioglimento degli organi elettivi negli enti locali per infiltrazioni della criminalità organizzata*, Napoli, 2014; S. Melorio (a cura di), *Lo scioglimento dei Comuni per mafia. Analisi e proposte*, Milano, 2019.

ove, a seguito delle novelle apportate dal D.L. 4 ottobre 2018, n. 113 (convertito con modificazioni dalla L. 1° dicembre 2018, n. 132), era stato previsto un nuovo potere in capo al Prefetto, insignito della possibilità, qualora ne ricorresse le condizioni di legge, di non procedere con l'applicazione della misura ablatoria ma di avviare, col diretto coinvolgimento degli organi politici in carica, un percorso di *tutorship* finalizzato all'estirpazione di tutte le componenti disfunzionali riscontrate nell'ente¹³⁴. Una disposizione, quella appena passata in rassegna, poi dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Consulta¹³⁵, ma non per una forma di incompatibilità *ex se* della soluzione normativa adottata, quanto per le modalità di definizione dei suoi presupposti applicativi, gravemente irrispettosi del principio di legalità dell'azione amministrativa e di quello di autonomia degli enti territoriali¹³⁶.

In generale, sembra muoversi sullo sfondo di ciascuno strumento l'obiettivo di una maggiore democratizzazione dell'azione di prevenzione criminale che, spinta esclusivamente dal bisogno di sicurezza pubblica, ha storicamente assunto connotati scarsamente intellegibili agli occhi dei soggetti colpiti dagli effetti dei relativi provvedimenti, facendo apparire l'Amministrazione come un corpo estraneo, autoritario e privilegiato. Al contrario, il ricorso a modelli che tengono d'occhio la pluralità di interessi in gioco consente, innanzitutto, di differenziare i poteri in mano all'Amministrazione procedente che può calibrare il proprio intervento in base alle specifiche condizioni dell'emergenza da fronteggiare, senza ricorrere a soluzioni che per la loro irragionevolezza e sproporzionalità potrebbero divenire pericolose e delegittimanti¹³⁷; al contempo, non può sottacersi come il maggiore coinvolgimento del destinatario della misura lo renda, almeno in parte, *faber fortunae suae*, così riducendo lo iato con l'Amministrazione procedente.

In questo quadro, la recente riscrittura dell'informazione antimafia mediante la trasposizione di tecniche giuridiche già presenti altrove, rompendo vigorosamente con le ferree preclusioni del passato, ha fornito una risposta positiva a chi si è già interrogato sulla reale esistenza di una disciplina tendenzialmente comune al "diritto amministrativo dell'emergenza criminale", da considerare come un

¹³⁴ La novella è stata oggetto delle riflessioni di M. Magri, *Lo scioglimento dei comuni per mafia dopo il "decreto sicurezza"*, in *Gior. dir. amm.*, 2019, 3, 349 ss.

¹³⁵ Corte cost. 20 giugno 2019, n. 195 (ECLI:IT:COST:2019:195).

¹³⁶ La Corte precisa, infatti, «che rimane ovviamente nella discrezionalità del legislatore riformulare la norma in termini compatibili con il principio di legalità dell'azione amministrativa e con la garanzia di autonomia costituzionalmente garantita di cui godono gli enti locali territoriali».

¹³⁷ Sia consentito il richiamo a F. Giacalone, *La tenuta dell'assetto democratico nella lotta alla criminalità organizzata: riflessioni sullo scioglimento dei Consigli comunali e provinciali conseguente a fenomeni di infiltrazione e condizionamento mafioso*, in M. Immordino, N. Gullo (a cura di), *op. cit.*, soprattutto 248 ss.

nuovo settore ordinamentale informato a paradigmi giuridici differenti rispetto al più tradizionale diritto di polizia, di cui pure rappresenta una “*torsione*”¹³⁸.

Si va così definendo una categoria normativa che oltre a offrire una chiave di lettura unitaria dei più recenti sviluppi ordinamentali in tema di prevenzione criminale, fornisce spunti, *de iure condendo*, verso l’elaborazione di nuove tecniche preventivo-criminali la cui maggiore efficacia transita proprio dalla capacità di soddisfare una pluralità di interessi diversi dalla tutela della sicurezza pubblica, ma coesenziali alla sua piena realizzazione.

¹³⁸ N. Gullo, *Emergenza criminale e diritto amministrativo*, cit., 134 ss.

Il nuovo volto dell'informazione antimafia dopo le novelle del D.L. n. 152/2021: verso la definitiva consacrazione del "diritto amministrativo dell'emergenza criminale"?

Dopo aver delineato i caratteri essenziali dell'informazione antimafia, il presente contributo mira a determinare quale sia il ruolo partecipativo-procedimentale riconosciuto alle imprese controllate, specie in seguito alle novelle che hanno interessato l'istituto alla fine del 2021. In un percorso tra ieri e oggi ci si interrogherà sui punti di forza e sulle criticità dell'attuale assetto normativo, che pare seguire l'itinerario tracciato dalle più recenti politiche di prevenzione criminale, che limitano il ricorso a moduli operativi ablatori e interruttivi per affiancarvi nuovi strumenti che mirano alla reinclusione sociale, politica ed economica del soggetto coinvolto nella vicenda criminale, tramite l'esaltazione di momenti di cooperazione con l'Autorità pubblica.

The new face of the anti-mafia information after the changes of Law Decree no. 152/2021: towards the definitive consecration of the "administrative law of criminal emergency"?

After outlining the essential features of the anti-mafia information, the present contribution aims to determine the participatory-procedural role recognised to the controlled companies, especially following the changes that affected the measure at the end of 2021. In a journey between yesterday and today, we will examine the strengths and issues of the current legal framework, which seems to follow the path traced by the most recent policies of mafia-crime prevention, which limit the use of ablatory and interruptive measures, in order to add new tools aimed at the social, political and economic re-inclusion of the subject involved in the criminal affair, through the enhancement of moments of cooperation with the public authority.