

QUESITI

FABRIZIO FIGORILLI

**Il difficile equilibrio fra prevenzione
dell'economia criminale e garanzia delle posizioni
soggettive nella nuova conformazione delle
interdittive antimafia**

La materia della documentazione interdittiva antimafia ha rappresentato negli ultimi anni uno dei temi che maggiormente hanno attirato l'interesse della riflessione teorica. L'analisi dell'evoluzione che ha subito l'istituto con particolare riferimento alla previsione (introdotta con la riforma del 2021) di un contraddittorio obbligatorio con il futuro destinatario della misura preventiva, rappresenta il punto di arrivo di un articolato dibattito dottrinale e soprattutto giurisprudenziale tanto avanti agli organi giurisdizionali interni che europei. La nuova disciplina assume pertanto un significato preciso in ordine alla possibilità di vedere riconosciuti i principi del giusto procedimento e del giusto processo in un settore così delicato, all'interno del quale vanno salvaguardati tanto gli interessi dei singoli che quello più generale di una protezione adeguata del sistema economico dai tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata.

The difficult balance between prevention of the criminal economy and guarantee of subjective positions in the new framework of anti-mafia interdictions.

The subject of anti-mafia interdiction documentation has in recent years been one of the topics that have most attracted the interest of theoretical reflection. The analysis of the evolution that the institution has undergone with reference to the provision (introduced with the 2021 reform) of a compulsory cross-examination with the future recipient of the preventive measure, represents the culmination of an articulated doctrinal and especially jurisprudential debate both before the domestic and European Union courts. The new rules therefore take on a precise significance about the possibility of seeing the principles of due process and due process recognized in such a sensitive area, within which both the interests of individuals and the more general interest of adequate protection of the economic system from attempts to infiltrate organized crime must be preserved.

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Il procedimento in materia di interdittiva antimafia prima della riforma del 2021: profili ricostruttivi. - 3. L'assenza del contraddittorio attraverso i dubbi e le contraddizioni che hanno caratterizzato i diversi orientamenti della giurisprudenza interna. - 4. (segue) Le risposte inappaganti della Corte di Giustizia. - 5. Dai primi ripensamenti del Consiglio di Stato alle richieste esplicite di riforma indirizzate al legislatore. - 6. Le modifiche introdotte dal d.l. 152/2021 in tema di contraddittorio preventivo nel procedimento per il rilascio dell'informazione antimafia: le nuove prospettive desumibili dalle prime pronunce del giudice amministrativo. - 7. Le possibili ricadute anche in sede di tutela giurisdizionale.

1. *Premessa.* Tra le novità che hanno caratterizzato la L. 7 agosto 1990, n. 241 (non a caso originariamente intitolata «nuove norme sul procedimento

amministrativo e diritto di accesso ai documenti amministrativi»), un posto di primaria importanza va riconosciuto alla presenza dei soggetti interessati o destinatari in qualche modo della determinazione dei pubblici poteri già nel corso di svolgimento della sua azione.

Nell'arco di questi trenta anni, il principio del contraddittorio ha attraversato diverse fasi che ne hanno accompagnato l'evoluzione, dopo un incerto avvio, poi consolidato dagli interventi correttivi apportati con la riforma del 2005 attraverso la previsione dell'istituto della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza avanzata dalla parte che ha richiesto l'attivazione dell'azione amministrativa, recentemente ulteriormente ritoccato dalla L. 11 settembre 2020, n. 120.

Nel contempo, anche a livello europeo si è venuta affinando nel tempo una crescente attenzione e rilevanza del principio *audi alteram partem*, a partire dagli altrettanto conosciuti *leading cases* del 1963 (*Alvis*) e del 1974 (*Transocean Marine Paint Association*), affrontati e risolti dalla Corte di Giustizia, fino all'introduzione di un vero e proprio «diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le arrechi pregiudizio», nell'ambito del più generale diritto a una buona amministrazione sancito dall'art. 41 CDFUE.

Senza con ciò indugiare nella ricostruzione di vicende da tempo oggetto di indagini approfondite da parte della dottrina più attenta, e alle quali per brevità si rinvia, merita in questa sede proporre qualche riflessione su una tematica che ha costituito l'occasione per verificare lo stato di salute del principio applicato al delicato tema delle interdittive antimafia.

Più in particolare, il mero contraddittorio eventuale tra il prefetto e i soggetti destinatari di una informazione interdittiva antimafia, ai sensi dell'art. 93, co. 7 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, e l'interpretazione di tale regola sia da parte del nostro giudice amministrativo, sia della Corte di Giustizia hanno di fatto segnato una parziale battuta di arresto delle certezze fin qui raggiunte tanto in sede teorica che applicativa.

Pertanto, ci si è più volte interrogati su quali fossero i motivi che potessero giustificare una deroga così rilevante al principio in parola, allorché i pubblici poteri sono a chiamati a scegliere tra il perseguimento di interessi pubblici

molto importanti (preservare il mondo economico da tentativi di infiltrazioni mafiosa) e diritti garantiti al massimo livello, costituzionale ed europeo (libertà di iniziativa economica).

Ed ancora, la scelta di frapporre continui ostacoli all'ascolto delle ragioni da parte dei futuri destinatari di un provvedimento così restrittivo - contrariamente a quanto si è verificato per fattispecie molto simili come nel caso delle sanzioni irrogate da autorità amministrative indipendenti - ben può compromettere il diritto di difesa del cittadino non solo durante la fase procedimentale, ma ancor di più in sede giurisdizionale, rischiando, a cascata, un corto circuito con le regole del giusto processo codificata tanto dalla nostra Carta fondamentale che dal diritto convenzionale.

È forse per tali evidenti criticità che, sia pure timidamente, la giurisprudenza del Consiglio di Stato - senza con ciò venire meno al proprio consolidato orientamento restrittivo - ha cominciato ad invocare l'intervento del legislatore demandando a quest'ultimo il compito di affrontare e risolvere il problema della carenza di contraddittorio nelle procedure aventi ad oggetto l'emanazione dei provvedimenti interdittivi.

Di qui, con inaspettata solerzia, la svolta impressa dal Governo Draghi che ha ridisegnato, addirittura in via d'urgenza¹, il procedimento per il rilascio dell'interdittiva antimafia, imponendo al prefetto il rispetto di un reale contraddittorio con i soggetti destinatari della propria determinazione, favorendo così il recupero di gran parte delle garanzie (tanto sin sede sostanziale che giurisdizionale) per troppo tempo ignorate dalla disciplina previgente.

La decisa inversione di tendenza realizzata dal legislatore impone pertanto una rivisitazione della tematica oggetto nella presente indagine sia sul piano delle conseguenze che la nuova disciplina determina sia sul piano sostanziale, fornendo le dovute garanzie ai soggetti interessati dall'azione amministrativa preventiva (ma anche di collaborazione nei termini che verranno meglio illustrati nel corso dell'indagine), sia ponendo le premesse per un ripensamento dei limiti tradizionalmente osservati dal giudice amministrativo in tale specifica materia, anche alla luce delle indicazioni da tempo fornite dalla giurisprudenza eurolunitaria.

¹ Intendiamo riferirci al d.l. 6 novembre 2021, n. 152, convertito nella L. 29 dicembre 2021, n. 233.

Infine, le novità sopra ricordate possono incidere sulla possibile diversa funzione della misura interdittiva, da intendersi come estrema *ratio* cui il prefetto ricorre in quelle fattispecie in cui gli indizi di infiltrazioni mafiose siano fortemente presenti, solo dopo aver escluso la possibilità di applicare le altre misure preventive collaborative disciplinate dalla riforma.

2. Il procedimento in materia di interdittiva antimafia prima della riforma del 2021: profili ricostruttivi. Come accennato nelle considerazioni introduttive, occorre a questo punto muovere dall'esame della disciplina che per circa un decennio il prefetto è stato chiamato ad osservare nel corso di svolgimento del procedimento amministrativo volto all'emanazione dell'interdittiva antimafia. Ed invero, dalla lettura delle disposizioni originarie inserite nel c.d. Codice antimafia, si evince con sufficiente chiarezza come l'autorità cui compete esercitare la verifica richiesta dalla normativa vigente risulti dotata di un ampio margine di valutazione, sulla base del quale viene poi adottata la misura interdittiva.

Ed invero, dalla lettura della disciplina originaria, contenuta nel Titolo IV del d.lgs. 159/2011, emerge con chiarezza come il prefetto, da un lato, dovesse assicurare la mera «comunicazione dell'informazione antimafia interdittiva ... entro cinque giorni dalla sua adozione all'impresa, alla società o all'associazione interessata» (art. 92, co. 2-*bis*, vecchia formulazione); dall'altro, «... ove lo ritenga utile, sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite invita, in sede di audizione personale, i soggetti interessati a produrre, anche allegando elementi in forma documentale, ogni informazione ritenuta utile» (art. 93, co. 7, vecchia formulazione).

Si trattava di una disposizione abbastanza generica, dettata probabilmente in funzione della natura del provvedimento di competenza prefettizia, dal contenuto estremamente ampio, teso a prevenire un fenomeno estremamente grave quale l'infiltrazione mafiosa. Non è da escludere che tutto ciò sia dovuto alla particolarità del procedimento di cui ci stiamo occupando, stante la sua finalità preventiva, caratterizzata (soprattutto in passato) da un alto grado di atipicità.

Tuttavia, tenuto conto delle pesanti ripercussioni che tale scelta comporta sul-

la capacità di agire del destinatario di dette misure, occorre soffermarsi sulle garanzie che l'ordinamento aveva previsto (in maniera non troppo circostanziata) per quanti avessero subito gli effetti di tali decisioni.

Ed è forse alla luce di questa peculiarità che per lungo tempo la giurisprudenza ha favorito, in maniera pressoché unanime, il proprio sostegno alla tesi secondo cui alle misure volte alla prevenzione della criminalità organizzata non possono essere assicurati i vantaggi che discendono dalla puntuale attuazione del principio del contraddittorio ai sensi della L. 241/1990. Alla base di tale convincimento è stato in più occasioni spiegato come, trattandosi di un procedimento teso a prevenire e a contenere l'infiltrazione mafiosa, le garanzie di natura partecipativa ben possano risultare superate (se non addirittura eliminate), ammettendo, di fatto, una sorta di disciplina derogatoria rispetto ai principi che hanno fortemente trasformato il modo di esercitare i pubblici poteri negli ultimi trent'anni².

Più precisamente, dalle motivazioni addotte di volta in volta dai giudici, emerge con chiarezza una linea interpretativa che vedeva nel superamento della regola *audi alteram partem* una scelta che non avrebbe sostanzialmente compromesso la posizione giuridica dell'interessato.

Muovendo dalla natura tendenzialmente cautelare e preventiva del provvedimento di cui si discute³, tale conclusione veniva giustificata sulla base di una delle ipotesi espressamente indicate dallo stesso art. 7 L. 241/1990 come causa di esclusione dell'obbligo di far precedere l'esercizio dell'azione amministrativa dalla relativa comunicazione di avvio del procedimento⁴. Ed ancora, alla base della convinzione del giudice amministrativo veniva posto il convincimento secondo cui le garanzie introdotte dal legislatore trenta anni orsono non avrebbero potuto trovare applicazione nei procedimenti di tutela antimafia «... intrinsecamente caratterizzati da profili del tutto specifici, connessi ad

² In tal senso si esprime anche MICCICHÉ, *L'azione di contrasto preventivo alla criminalità mafiosa e le informazioni antimafia interdittive: tra legalità ed efficacia*, in *Jus*, 2019, 36-37.

³ Così, espressamente, Cons. Stato, Ad. Plen. 6 aprile 2018, n. 3.

⁴ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 7 novembre 2006, n. 6555 e Cons. Stato, Sez. V, 2 marzo 2009, n. 1148 a loro volta richiamate da Cons. Stato, Sez. III, 24 luglio 2015, n. 3653, che riprende quanto già espresso da Cons. Stato, Sez. VI, 7 novembre 2006, n. 6555; più di recente, nella stessa prospettiva, vedasi anche Cons. Stato, Sez. III, 30 novembre 2017, n. 5623 e da TAR Napoli, Sez. I, 10 febbraio 2020, nn. 627 e 628.

attività di indagine, oltre che da finalità ... del tutto incompatibili con le procedure partecipative»⁵.

Ed ancora, spostando l'attenzione sul piano più generale dei valori costituzionali che vede contrapposti, da un lato, la libertà di impresa ai sensi dell'art. 41 Cost., dall'altro, la difesa della legalità sostanziale da intendersi come vero presidio nei riguardi dei pericoli rappresentati dalle organizzazioni mafiose, l'«attenuazione se non una eliminazione del contraddittorio procedimentale»⁶ ha rappresentato il sacrificio minore, così come ribadito dalla giurisprudenza in maniera quasi granitica.

Da ultimo, ma non per questo di minore importanza, in alcuni casi si è sottolineato come le vere protezioni del destinatario della misura interdittiva potessero essere rinvenute, più che nella partecipazione dell'interessato al procedimento che lo riguarda, nel corretto svolgimento della dialettica processuale assicurata dalla disciplina del giudizio amministrativo⁷.

Su tali profili la riflessione teorica non ha mancato di manifestare le proprie perplessità, muovendo alcune critiche in ordine alla eccessiva rigidità con cui, in sede applicativa, si è ritenuto di poter fare a meno di assicurare una qualche forma di coinvolgimento dei destinatari della misura interdittiva prima dell'adozione del provvedimento finale. In questa prospettiva, si è cercato di valorizzare quelle aperture giurisprudenziali che in passato hanno consentito di riconoscere, quanto meno tendenzialmente, una progressiva accessibilità nei confronti di certi documenti (in taluni casi gli estremi della stessa misura

⁵ Vedi sul punto quanto testualmente affermato da Cons. Stato, Sez. III, 26 ottobre 2016, n. 4555, poi richiamato, *ex plurimis*, da Cons. Stato, Sez. III, 30 novembre 2017, n. 5623 e, da ultimo, v. anche Cons. Stato, Sez. III, 3 marzo 2020, n. 1576, nonché TAR Napoli, Sez. I, 10 febbraio 2020, nn. 627 e 628, *citt.*

⁶ In questo senso TAR Torino, 12 agosto 2019, n. 945, che non a caso arriva a tale conclusione muovendo dalla convinzione che «il contraddittorio endoprocedimentale non è un valore assoluto, slegato dal doveroso contemperamento di esso con interessi di pari se non superiore rango costituzionale, né un bene in sé, o un fine supremo e ad ogni costo irrinunciabile, ma è un principio strumentale al buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) e, in ultima analisi, al principio di legalità sostanziale (art. 3, co. 2 Cost.), vero e più profondo fondamento del moderno diritto amministrativo».

⁷ Nella interpretazione di tali vicende da parte dei Giudici di Palazzo Spada, è proprio nell'ambito di svolgimento del giudizio che «... l'impresa destinataria della misura interdittiva è messa in condizione di offrire letture alternative dei fatti posti a fondamento del provvedimento, inficiando il giudizio di condizionalità criminale espresso nei suoi confronti»; così Cons. Stato, Sez. III, 12 agosto 2019, n. 5678. Su questi aspetti, si rinvia a quanto verrà meglio illustrato *infra* e al paragrafo successivo.

interdittiva) che hanno condotto all’emanazione del provvedimento restrittivo, ivi compresi gli atti richiamati *per relationem* da quest’ultimo⁸.

Né il richiamo operato dall’art. 93, co. 7 del Codice antimafia⁹ alla possibilità, demandata all’ennesima valutazione discrezionale del prefetto, consentiva di colmare le lacune sopra evidenziate. Tanto meno sono risultati persuasivi i richiami strumentalmente operati dalla giurisprudenza alla facoltà attribuita dal legislatore all’autorità chiamata a valutare i presupposti per l’emanazione della misura preventiva, affidando la concreta realizzazione del contraddittorio tra amministrazione e parti interessate alla scelta dello stesso prefetto¹⁰. Paradossalmente, ciò che surrettiziamente viene visto dalla giurisprudenza come un argomento attraverso il quale contrastare le censure formulate su questo specifico profilo, rappresenta l’ulteriore conferma dell’irragionevole squilibrio che il precedente assetto normativo veniva a determinare nella vicenda che vede coinvolti i soggetti oggetto di un possibile tentativo di infiltrazione mafiosa¹¹.

⁸ È questa l’opinione di M. MAZZAMUTO, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in www.giustanm.it, 2016, il quale richiama la sentenza di Cons. Stato, Sez. III, 27 marzo 2012, n. 1788 laddove testualmente si legge che «l’accesso deve intendersi limitato alla sola informativa antimafia e non agli atti istruttori che l’hanno preceduta; tali atti, infatti, non espressamente richiesti, non sono, comunque, liberamente ostensibili, potendo operare rispetto ad essi il segreto istruttorio».

⁹ La disposizione richiamata nel testo così recita: «Il Prefetto competente al rilascio dell’informazione, ove lo ritenga utile, sulla base delle informazioni acquisite, invita, in sede di audizione personale, i soggetti interessati a produrre, anche allegando elementi documentali, ogni informazione ritenuta utile».

¹⁰ Conferma il giudizio formulato nel testo la recente pronuncia di Cons. Stato, Sez. III, 6 maggio 2020, n. 2853 la quale, nel richiamare espressamente la propria precedente sentenza del 31 gennaio 2020, n. 820, ribadisce che l’audizione dell’interessato e l’invito a fornire informazioni o documenti possono essere consentiti solo in presenza di una valutazione discrezionale dell’autorità preposta alla tutela della sicurezza pubblica, tenuto conto che il procedimento in cui dovrebbe aver luogo il contraddittorio è informato ai caratteri di urgenza, speditezza e riservatezza per evidenti ragioni di ordine pubblico che rischierebbero di essere vanificate in presenza della conoscenza dell’imminente o probabile adozione di un provvedimento antimafia.

¹¹ È questa la precisa critica formulata al sistema precedente da F. G. SCOCA, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta anticipata*, in www.giustanm.it, 2018; condivisibili risultano le perplessità espresse sul punto da MICCICHÈ, *L’azione di contrasto preventivo*, cit., 36-37 il quale si sofferma sulla inadeguatezza dell’art. 93, co. 7 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, in quanto l’opzione ivi prevista è frutto di una valutazione del prefetto al quale spetta se e su cosa eventualmente procedere all’audizione dell’interessato. Non sono mancate, pertanto delle proposte concrete, volte a ripristinare la regola generale del contraddittorio, invitando il legislatore ad intervenire attraverso la semplice eliminazione dalla disposizione da ultimo richiamata, dell’inciso “ove la ritenga utile” (così M. MAZZAMUTO, *Profili di documentazione amministrativa*, cit.). Su questi aspetti v. comunque *infra*, al successivo par. 5.

3. *L'assenza del contraddittorio attraverso i dubbi e le contraddizioni che hanno caratterizzato i diversi orientamenti della giurisprudenza interna.* Le incongruenze fin qui accennate hanno probabilmente spinto circa quattro anni orsono il TAR Bari a rilanciare il dibattito su questi problemi con una interessante ordinanza¹² - in netta controtendenza rispetto agli orientamenti prevalenti fin qui richiamati - con la quale è stata rimessa alla Corte di Giustizia la questione della compatibilità degli artt. 91, 92 e 93 del Codice antimafia (nella precedente formulazione) con le disposizioni di rango comunitario.

Muovendo dal presupposto che non può ritenersi accoglibile la tesi della natura cautelare della misura interdittiva - come tale riconducibile all'eccezione prevista ex art. 7 L. 241/1990 - trattandosi viceversa di un provvedimento definitivo, non strumentale e nemmeno provvisorio come da più parti sostenuto, i giudici pugliesi hanno sottolineato con vigore l'assenza di controindicazioni allo svolgimento di un contraddittorio tra amministrazione emanante e i suoi destinatari¹³. E ciò in considerazione del fatto che «... il soggetto nei cui riguardi opera la misura, non ha alcuna possibilità di mettere in atto strategie elusive o condotte ostruzionistiche con l'intento di sottrarsi al provvedimento conclusivo»¹⁴.

Per altro verso, quest'ultimo è il frutto di valutazioni ampiamente discrezionali da parte dell'autorità prefettizia che si fonda su una serie di elementi fattuali (sia nell'ipotesi di accertamento dei presupposti dei c.d. delitti spia, sia per quelli a condotta libera, nonché nei casi di "condizionamento indiretto") nei cui confronti al giudice è consentito un sindacato di tipo estrinseco. In tale contesto - è questo l'argomento principale che ha condotto all'ordinanza di rimessione sopra ricordata - il contraddittorio è chiamato ad assolvere una funzione centrale, al fine di assicurare alle imprese sospettate di essere ogget-

¹² TAR Bari, ord. 20 gennaio 2020, n. 28.

¹³ «Il Collegio ritiene, tuttavia, di non condividere l'assunto della natura cautelare del provvedimento di cui si discute, poiché non si tratta di misura provvisoria e strumentale, adottata in vista di un provvedimento che definisca, con caratteristiche di stabilità e inoppugnabilità, il rapporto giuridico controverso, bensì di atto conclusivo del procedimento amministrativo avente effetti definitivi, conclusivi e dissolutivi del rapporto giuridico tra l'impresa e la P.A., con riverberi assai durevoli nel tempo, se non addirittura permanenti, indelebili e inemendabili ...», così ancora TAR Bari, ord. 28/2020, cit.

¹⁴ Così testualmente TAR Bari, ord. 28/2020, cit.

to di tentativi di infiltrazione mafiosa una tutela adeguata della propria situazione soggettiva.

A sostegno di tale conclusione, il collegio pugliese ha inoltre sottolineato come una palese marginalizzazione del momento partecipativo degli interessati in dette fattispecie si sarebbe posto in netto contrasto con le fonti eurolunitarie, sia con riferimento specifico al diritto a una buona amministrazione sancito dall'art. 41 della Carta fondamentale dei diritti dell'uomo laddove l'art. 41, recepita ex art. 6, par. 1 del Trattato UE, all'interno del quale un ruolo centrale è svolto non a caso dal principio *audi alteram partem*¹⁵.

La replica di Palazzo Spada non si è fatta attendere al punto che, nell'arco di qualche giorno, la III Sezione del Consiglio di Stato ha ribadito il proprio orientamento di segno diametralmente opposto¹⁶, negando in radice la sussistenza di un contrasto della disciplina italiana con le disposizioni convenzionali di natura comunitaria, ed in particolare quelle volte ad assicurare un diritto alla buona amministrazione così come declinato dall'art. 41 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, richiamando espressamente alcune recenti prese di posizione della Corte di Giustizia¹⁷.

¹⁵ E ciò in quanto «il principio del contraddittorio, quale espressione fondamentale di civiltà giuridica europea, appartiene, oltretutto, al catalogo dei principi generali del Diritto dell'Unione in base all'art. 6, par. 3 del Trattato sull'Unione Europea, a mente del quale «i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali»; così, testualmente, l'ordinanza del TAR Bari, cit., con cui è stata rimessa alla Corte di Giustizia la compatibilità della normativa interna (applicata nei termini sinteticamente riportati nel testo) con le fonti di rango comunitario sopra richiamate.

¹⁶ Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 31 gennaio 2020, n. 820.

¹⁷ In buona sostanza, riprendendo una pronuncia della Corte di Giustizia UE, 9 novembre 2017, in C-298/16, § 35 (e giurisprudenza ivi citata), i giudici di Palazzo Spada, hanno valutato positivamente il sacrificio del momento partecipativo dell'interessato nella materia delle misure di contrasto alla criminalità organizzata a condizione che «queste rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti»; ed ancora, sempre secondo il recente arresto della III Sezione da ultimo riportata, proprio in riferimento alla normativa italiana in materia antimafia, la stessa Corte UE, seppure ad altri fini (la compatibilità della disciplina italiana del subappalto con il diritto eurolunitario), ha ribadito che «il contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisce un obiettivo legittimo che può giustificare una restrizione alle regole fondamentali e ai principi generali del TFUE che si applicano nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici» (così Corte Giust. UE, 26 settembre 2019, in C-63/18, § 37). Per una ricostruzione puntuale del ruolo svolto dal contraddittorio quale strumento per assicurare il diritto a una buona amministrazione v. P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo*, Milano, 2015, 13 ss.

Tutto ciò nell'ambito di una meccanica riproposizione di quanto già sostenuto in passato¹⁸, secondo uno schema ampiamente utilizzato tanto dai giudici di primo grado che dal Supremo Consesso amministrativo, dimostrando così una evidente preclusione - di tipo quasi ideologico - nei confronti dell'utilità del contraddittorio nelle fattispecie sopra ricordate. Tale conclusione viene altresì confermata dal richiamo ad una recente giurisprudenza dei giudici del Lussemburgo¹⁹, formatasi con riferimento a materie ben diverse rispetto a quella oggetto specifico dell'ultimo rinvio pregiudiziale.

4. *(segue) Le risposte inappaganti della Corte di Giustizia.* La Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi sull'istanza di rinvio pregiudiziale avanzata dal TAR Bari - con riferimento specifico all'effettiva valenza del principio del contraddittorio nella materia delle interdittive antimafia - ha ritenuto irricevibile la richiesta di domanda pregiudiziale²⁰. Tale conclusione viene motivata, per un verso, con l'asserita carenza di dati idonei a dimostrare un sufficiente

¹⁸ Intendiamo fare riferimento al paragrafo 7.8 della sentenza presa in considerazione nel testo, laddove viene riproposta la ben nota tesi dell'«attenuazione se non eliminazione del contraddittorio procedimentale», da intendersi non come valore assoluto ma come un principio strumentale alla più compiuta attuazione degli artt. 3 e 97 Cost., da contemperare con altri valori di «pari se non superiore rango costituzionale»; così, già Cons. Stato, Sez. III, 8 marzo 2017, n. 1109; ed ancora al successivo punto 7.9, viene riproposto l'argomento puramente formale della possibile audizione dell'interessato, da parte del Prefetto, ai sensi dell'art. 97, co. 3 d.lgs. n. 159/2011 sulla cui rilevanza si è già avuto modo di esprimere più di una perplessità.

¹⁹ Ed infatti, colpisce il passaggio dei giudici della III Sezione (n. 820/2020, cit.) laddove vengono letteralmente utilizzati alcuni argomenti del Giudice del Lussemburgo per il quale «... il diritto al contraddittorio procedimentale e al rispetto dei diritti della difesa non è una prerogativa assoluta, ma può soggiacere a restrizioni», a condizione che «queste rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti» (sentenza della Corte di Giustizia UE, 9 novembre 2017, in C-298/16, § 35 e giurisprudenza ivi citata); ed ancora, questa volta con riferimento specifico alla normativa italiana in materia di subappalto, la stessa Corte UE, ha di recente ribadito che «il contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisce un obiettivo legittimo che può giustificare una restrizione alle regole fondamentali e ai principi generali del TFUE che si applicano nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici» (Corte Giust. UE, 26 settembre 2019, in C-63/18, § 37). Nel primo caso i giudici europei sono stati chiamati a dirimere una vicenda in materia di IVA, mentre nel secondo si sono occupati del ben noto tema del subappalto nelle procedure a evidenza pubblica, oggetto di un altrettanto recente intervento del legislatore interno chiamato a recepire i rilievi della Commissione europea nell'ambito di una procedura di infrazione nei confronti del nostro Stato. Al di là delle soluzioni di volta in volta adottate, completamente differente si rivela l'applicazione del principio in parola alle fattispecie qui prese in considerazione.

²⁰ Cfr., al riguardo, Corte Giustizia UE, 28 maggio 2020, in C-17/20, MC.

collegamento della disciplina italiana che regola tali profili con il diritto dell'Unione Europea. Ed ancora, secondo i Giudici del Lussemburgo, pur in presenza di una richiesta di rinvio volta a chiarire l'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali, contenente il principio di buona amministrazione, «... occorre rilevare che risulta chiaramente dal tenore di tale disposizione che essa si rivolge non agli Stati membri, bensì unicamente alle istituzioni, agli organi e agli organismi dell'Unione europea»²¹. Allo stesso tempo, viene ribadita l'esigenza di assicurare il diritto di difesa quale «principio generale del diritto dell'Unione che trova applicazione quando l'amministrazione intende adottare nei confronti di una persona un atto che le arrechi pregiudizio»²². Di conseguenza, «Tale obbligo incombe sulle amministrazioni degli stati membri ogni qual volta essi adottano decisioni che rientrano nella sfera di applicazione diritto dell'Unione, quand'anche la normativa dell'Unione applicabile non preveda espressamente siffatta formalità»²³.

Colpisce, in particolare, quest'ultima affermazione laddove la Corte di Giustizia, richiamando espressamente i propri precedenti - *in primis* il caso Sabou²⁴ in cui rilevavano alcune tematiche del tutto analoghe a quelle qui prese in considerazione ancorché concernenti il diritto tributario²⁵ - ha circoscritto il rispetto del principio *audi alteram partem* nelle sole fattispecie che comportano l'applicazione della normativa comunitaria anche a prescindere dall'esistenza di una regola espressa che preveda la presenza del destinatario della determinazione destinata ad incidere negativamente nella relativa situazione soggettiva. È di tutta evidenza la dequotazione di detto principio ad opera dei giudici del Lussemburgo, nell'ambito di un più generale conteni-

²¹ Così, testualmente, Corte Giustizia UE, 28 maggio 2020, in C-17/20, cit., § 27.

²² Così ancora Corte Giustizia UE, 28 maggio 2020, in C-17/20, cit., § 28.

²³ *Ibid.*

²⁴ Corte Giust., 22 ottobre 2013, Sabou, C-276/12.

²⁵ Non va tuttavia sottovalutata la differenza che caratterizza, per certi versi, i procedimenti tributari che prevedono un'attività volta a raccogliere le informazioni utili ad avviare i propri accertamenti, dalla fase contraddittoria tra amministrazione fiscale e contribuente in cui la presenza di quest'ultima è prevista. Per un'ampia analisi di tali vicende in tale settore si rinvia alle interessanti considerazioni di S. COCIANI, *Il contraddittorio preventivo e la favola di Fedro della volpe e della maschera da tragedia*, in *Riv. dir. trib.*, 2018, I, 89 ss.; ID., *Contraddittorio preventivo: verso il riconoscimento del giusto procedimento*, in *Rass. trib.*, 2019, 521 ss.; SCALINICI, *Lo statuto e l'auretta dei principi che ... incomincia a sussurrar: il contraddittorio preventivo per una tutela effettiva per un giusto procedimento partecipato*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, 883 ss.

mento delle potenzialità espansive desumibili dal tenore dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali UE.

Pur non essendo questa la sede per ricostruire analiticamente tali profili, merita tuttavia segnalare come la linea interpretativa riproposta in occasione del rinvio pregiudiziale attivato dal TAR Bari sia fonte di notevoli perplessità.

Sono note le oscillazioni registrate anche in un recente passato su questi aspetti, allorché la stessa Corte di Giustizia ha prospettato una pericolosa distinzione tra attività diretta dell'amministrazione comunitaria, nel corso della quale la regola del contraddittorio troverebbe una puntuale applicazione, a differenza di quanto si verificherebbe nelle ipotesi di amministrazione indiretta²⁶. In buona sostanza, ciò che emerge anche all'esito di una rapida analisi delle varie posizioni assunte di volta in volta dai giudici eurounitari su questa importantissima (e decisiva) fase dell'agire dei pubblici poteri, sembra confermare la tendenza a riconoscere il diritto dell'interessato ad essere ascoltato prima dell'emanazione di una determinazione amministrativa in grado di limitare fortemente la relativa situazione soggettiva, soprattutto sulla base di valutazioni ampiamente discrezionali²⁷.

Ed infatti, anche all'interno della medesima pronuncia assunta quale punto di riferimento per giustificare l'eliminazione della presenza del destinatario del provvedimento finale all'interno del procedimento che lo riguarda, la Corte di Giustizia non può prescindere dal riconoscere l'importanza del contraddittorio già in sede procedimentale, attraverso il quale assicurare il diritto di difesa considerato, a tutti gli effetti, un principio generale del diritto dell'Unione Europea²⁸. Ed è proprio con riferimento allo stesso diritto di difesa che, re-

²⁶Per una ricostruzione attenta dell'evoluzione degli orientamenti della Corte di Giustizia riguardo al principio del contraddittorio, si rinvia alla completa e convincente analisi condotta in un bel saggio di GALETTA, *Il diritto a una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito di applicazione della Carta dei diritti UE)*, in *Il diritto a una buona amministrazione nei procedimenti tributari*, a cura di Piero, Milano, 2019, 7-12 e 24 ss. con ampi richiami di dottrina e giurisprudenza comunitaria ai quali per brevità si rinvia.

²⁷Dello stesso avviso è anche GALETTA, *Il diritto a una buona amministrazione*, cit., 10-11.

²⁸V. testualmente il § 26 di Corte Giustizia UE, 9 novembre 2017, in C-298/16, cit., secondo cui «Al fine di rispondere a tale questione, occorre ricordare che il rispetto dei diritti della difesa costituisce un principio generale del diritto dell'Unione che trova applicazione ogniqualvolta l'amministrazione si proponga di adottare nei confronti di un soggetto un atto che gli arreca pregiudizio. In forza di tale principio, i destinatari di decisioni che incidono sensibilmente sui loro interessi devono essere messi in condizione di manifestare utilmente il loro punto di vista in merito agli elementi sui quali

centemente, la stessa Corte ha sottolineato l'importanza del diritto di essere ascoltati già prima dell'adozione del provvedimento amministrativo, al fine di evitare errori in grado di produrre un pregiudizio nella sfera giuridica dei soggetti nei cui confronti la determinazione è destinata a produrre degli effetti²⁹. Sembra pertanto di poter cogliere uno iato profondo tra le ripetute premesse di natura generale, tese a mettere in evidenza la portata del principio del contraddittorio endoprocedimentale, quale strumento centrale per assicurare il diritto di difesa del cittadino, salvo poi individuare qualche ragione che ne impedisce la concreta applicazione al caso di specie, come è avvenuto in occasione dell'ordinanza che ha sancito l'inammissibilità dei dubbi sollevati dal TAR Bari.

Anche in occasione dell'ordinanza con cui sono stati rigettati i quesiti prospettati dal collegio pugliese, come già si è avuto modo di rilevare, affatto persuasiva risulta la scelta di limitare la vigenza dei principi sanciti dall'art. 41 della

l'amministrazione intende fondare la sua decisione. Tale obbligo incombe sulle amministrazioni degli Stati membri ogniqualvolta esse adottano decisioni che rientrano nella sfera d'applicazione del diritto dell'Unione, quand'anche la normativa dell'Unione applicabile non preveda espressamente siffatta formalità (sentenza del 17 dicembre 2015, *WebMindLicenses*, C-419/14, EU:C:2015:832, punto 84 e giurisprudenza ivi citata)».

²⁹ Interessante infatti è la ricostruzione operata da Corte Giustizia, 16 ottobre 2019, n. C-189/18, dove al § 41 si sostiene che «Costituisce parte integrante del rispetto dei diritti di difesa il diritto di essere ascoltati, il quale garantisce a chiunque la possibilità di manifestare, utilmente ed efficacemente il proprio punto di vista durante il procedimento amministrativo. Prima dell'adozione di qualsiasi decisione che possa incidere sui suoi interessi. Secondo costante giurisprudenza della Corte, la regola secondo cui il destinatario di una decisione ad esso lesiva deve essere messo in condizione di far valere le proprie osservazioni prima che la stessa sia adottata ha lo scopo di mettere l'autorità competente in grado di tener conto di tutti gli elementi del caso. Al fine di assicurare una tutela effettiva della persona coinvolta, la suddetta regola ha in particolare l'obiettivo di consentire a quest'ultima di correggere un errore o far valere elementi relativi alla sua situazione personale, tale da far sì che la decisione sia adottata non sia adottata, ovvero abbia un contenuto piuttosto che un altro (sentenza del 5 novembre 2014, *Mukarubega*, C-166/13, EU:C:2014:2236; punti 46 e 47 giurisprudenza ivi citata)». Anche in questo caso, al successivo § 43 viene inserita la medesima specificazione utilizzata dal Consiglio di Stato nella sentenza richiamata nel testo, volta a chiarire che in determinati casi il diritto di difesa non va considerato in termini di absolutezza, potendo essere sottoposto a restrizioni, sebbene, in questa pronuncia, il successivo § 44 si faccia carico di ricordare come «... l'esistenza di una violazione dei diritti della difesa deve essere valutata in funzione delle circostanze specifiche di ciascuna fattispecie, segnatamente della natura dell'atto in oggetto, del contesto in cui è stato adottato e delle norme giuridiche che disciplinano la materia in esame (sentenza del 5 novembre 2014, *Mukarubega*, C-166/13, EU:C:2014:2236; punti 46 e 47 giurisprudenza ivi citata)». Tale precisazione non è contenuta nel precedente citato dai giudici di palazzo Spada, ed è forse in relazione a tale specifico elemento che la questione rimessa alla Corte di Giustizia potrà costituire un'occasione propizia per fornire elementi di maggiore precisione per i dubbi interpretativi in questa sede sollevati.

Carta dei diritti fondamentali UE alle sole ipotesi in cui il provvedimento lesivo rientri tra quelli di competenza delle istituzioni comunitarie. È di tutta evidenza il rischio insito in detta soluzione, dal momento che la mera interpretazione letterale della disposizione da ultimo richiamata mette a serio rischio uno degli aspetti centrali del diritto a una buona amministrazione³⁰.

Tale precisazione non fa che riproporre quegli interrogativi che da tempo ha indotto la dottrina più attenta a manifestare i propri dubbi ed incertezze in ordine alla artificiosa distinzione tra un diritto a una buona amministrazione qualificato come principio generale ovvero come diritto sancito *ex art. 41 CDFUE*, con la conseguenza di lasciare prive di copertura, sotto questo profilo, alcune situazioni regolate in cui l'applicazione del diritto europolitano avviene attraverso la formula dell'amministrazione mista³¹.

Senza considerare poi l'ulteriore ricaduta, discendente dal sillogismo riproposto dalla Corte di Giustizia, consistente nella esclusione dei provvedimenti interdittivi antimafia come disciplina non riconducibile, di fatto, alla tutela della concorrenza e della iniziativa economica privata, costituente, come ampiamente noto, uno dei pilastri dell'ordinamento giuridico europeo. Se così fosse, non rimarrebbe che prendere atto di una protezione molto affievolita di un principio cardine della Carta dei diritti UE, invocabile unicamente nei soli procedimenti di competenza di organi appartenenti all'amministrazione comunitaria, con ciò vanificando la strada fin qui percorsa dalla dottrina più sensibile e, sia pure a tratti, dalla stessa giurisprudenza interna e comunitaria.

In conclusione, dalla posizione assunta dai giudici del Lussemburgo discende un ruolo fortemente indebolito dei principi comunitari sull'azione amministrativa³², unitamente alla relativa capacità di formare un nucleo centrale di

³⁰ Spiega bene dette incongruenze GALETTA, *Il diritto a una buona amministrazione*, cit., 29 ss.

³¹ Si condividono pienamente le conclusioni cui perviene GALETTA, *Il diritto a una buona amministrazione*, cit., 31, laddove si sofferma sul reale significato riconosciuto dalla Corte di Giustizia alla nozione di "diritto a una buona amministrazione" come principio generale da intendersi come uno strumento flessibile e aperto, suscettibile di essere integrato e non irrigidito nei suoi contenuti formalizzati nell'art. 41 CDFUE; tale lettura, peraltro, era già stata anticipata in un precedente scritto (ID., *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 2010, 601 ss.) che si segnala per completezza ed interesse.

³² Sul ruolo dei principi generali e sul loro «passaggio dagli ordinamenti nazionali all'ordinamento europeo e del loro ritorno da questo agli ordinamenti nazionali» si rinvia alle belle pagine di DE PRETIS, *I principi del diritto amministrativo europeo*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di

regole cui tutte le amministrazioni aderenti all'UE dovrebbero informare le proprie scelte e i relativi comportamenti. Una tendenza che, se confermata, potrebbe rappresentare una sorta di arresto di quel meccanismo propulsivo che da anni sembra accompagnare la progressiva integrazione delle varie discipline vigenti nei singoli paesi aderenti all'ordinamento comunitario.

5. *Dai primi ripensamenti del Consiglio di Stato alle richieste esplicite di riforma indirizzate al legislatore.* La giurisprudenza formatasi successivamente alla pubblicazione dell'ordinanza della Corte di Giustizia ha sicuramente risentito delle chiusure e delle nette preclusioni dimostrate da quest'ultima in ordine al contraddittorio procedimentale. Interessante al riguardo, un'articolata sentenza dei giudici di Palazzo Spada, pubblicata qualche settimana dopo la decisione del giudice eurounitario, dalla quale emerge un quadro d'insieme in parte in linea, in parte differente rispetto ai convincimenti maturati da tempo dal Consiglio di Stato in materia³³.

Più in particolare, colpisce il richiamo testuale all'*obiter dictum* contenuto nell'ordinanza del giudice del Lussemburgo laddove, come già si è avuto modo di rilevare, si insiste sull'importanza di assicurare il diritto di difesa - da considerarsi a tutti gli effetti un principio generale del diritto dell'Unione - già nel corso di svolgimento dell'azione amministrativa attraverso un contraddittorio con tutti i soggetti destinatari di una decisione pregiudizievole nei loro confronti. In altre parole, riaffiora l'inequivocabile importanza del principio *audi alteram partem*, salvo poi elencare tutte le ragioni per cui lo stesso non può trovare applicazione nella fattispecie concreta.

Ed ancora, viene riproposto lo schema secondo cui, nel procedimento ai sensi degli artt. 91 ss., d.lgs. 159/2011, l'audizione degli interessati non è assente ma solo eventuale, rimettendo alla valutazione discrezionale del prefetto la scelta sulla «... utilità di detto contraddittorio procedimentale in seno ad un procedimento informato da speditezza, riservatezza ed urgenza, per evidenti ragioni di ordine pubblico ...»³⁴. Così facendo, si ritiene di poter prevenire i

Renna-Saitta, Milano, 2010, 50 ss.

³³ Intendiamo fare riferimento a Cons. Stato, Sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979.

³⁴ Così, testualmente Cons. Stato, Sez. III, 4979/2020, cit.

tentativi di infiltrazione ad opera delle organizzazioni criminali, evitando che la «*discovery* anticipata, già in sede procedimentale, di elementi o notizie in atti di indagine coperti da segreto istruttorio» possa «frustrare la finalità perseguita dalla legislazione antimafia, che ha l'obiettivo di prevenire i tentativi di infiltrazione da parte delle organizzazioni criminali, la cui capacità di penetrazione nell'economia legale ha assunto forme e 'travestimenti' sempre più insidiosi»³⁵.

Tali considerazioni sembrano, inoltre, cercare conferma in valutazioni di più ampio respiro. Per un verso, il giusto procedimento continua ad essere definito un principio dal valore non assoluto³⁶, per questo suscettibile di subire deroghe eccezionali, come nelle vicende che qui rilevano in quanto la disciplina normativa ha operato un bilanciamento, riconoscendo una netta prevalenza alla tutela dell'interesse dell'ordine pubblico rispetto a quella della libertà di impresa.

Allo stesso tempo, riaffiora la ben nota ricostruzione della regola del *due process of law* come strumento in grado di favorire una maggiore efficienza dell'azione amministrativa, in linea con le finalità dell'art. 97, Cost.³⁷. Nella materia che ci riguarda, secondo i giudici di Palazzo Spada, il coinvolgimento dei destinatari del provvedimento interdittivo se ben può rappresentare un

³⁵V., ancora, Cons. Stato, Sez. III, 4979/2020, cit., che richiama espressamente, con riferimento ai passaggi riportati nel testo, la sentenza della medesima Sez. III, 31 gennaio 2020, n. 820, cit.

³⁶La dottrina che ha studiato questi aspetti è amplissima. *Ex multis*, per un'analisi esaustiva del principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo non solo in una prospettiva interna ma anche nell'ambito dell'ordinamento europeo, si rinvia ad A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale - Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016; estremamente originale l'approccio riservato alla tematica, nell'ambito di un'indagine di più ampio respiro in tema di giusto procedimento, DELLA CANANEA, *Due process of law*, Oxford, 2016, 35 ss., ed in part. 39-40 dove l'A. si sofferma sulle modalità con cui il principio in parola si è affermato anche in ordinamenti diversi da quelli europei, quale quello indiano, per poi soffermarsi sulla valenza internazionale della regola, e ciò in quanto «*If a public authority is in the process of issuing a decision that may adversely affect some interests, the affected persons must receive a notice of it and must be afforded with a reasonable opportunity to be heard, which implies adequate time to prepare and access to the documents and evidence gathered by the decision-maker. In so doing, courts and other bodies go beyond an interpretation that is strictly textual. e requirements of due process are thus conceived beyond written provisions*» (*Ibid.*, 59); D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e principi generali*, in *Le nuove mete del diritto amministrativo*, a cura di D'Alberti, Bologna, 2010, 87 e 91.

³⁷Per un'attenta e precisa ricostruzione del principio del contraddittorio procedimentale come momento attuativo del più generale principio di buon andamento contenuto nell'art. 97 Cost., cfr. A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., 75.

momento utile per consentire al prefetto di adottare le sue decisioni all'esito di una rappresentazione dei fatti più ampia, tutto questo si traduce in un inevitabile rallentamento dell'azione amministrativa, favorendo possibili iniziative dilatorie delle imprese e compromettendo, ancora una volta, le finalità preventive dell'istituto di cui ci stiamo occupando.

Il sacrificio delle garanzie procedurali nei termini fin qui illustrati, troverebbe tuttavia la sua naturale compensazione nella possibilità di far valere le proprie ragioni in sede giurisdizionale³⁸.

Le argomentazioni utilizzate dal Supremo Consesso amministrativo sembrano oscillare, ancora una volta, tra l'impossibilità di negare l'importanza del contributo offerto dalla corretta applicazione del principio *audi alteram partem* in sede procedimentale e la ferma convinzione di non consentirne qualsiasi forma di impiego (anche parziale e a determinate condizioni) nel caso delle interdittive antimafia.

Non convince neppure il richiamo ad una recente pronuncia della Corte costituzionale, la quale – pur affrontando questioni diverse, ancorché collegate a quella oggetto delle presenti riflessioni – ha affermato che il modello predisposto dal legislatore non presenta elementi sufficienti per concretizzare una violazione del principio di legalità sostanziale. Tale conclusione – secondo i giudici della Consulta – è frutto sia della progressiva tipizzazione di tutta una serie di comportamenti da parte del giudice amministrativo, sia del particolare sindacato esercitato dal giudice amministrativo che non si limita ad “un controllo estrinseco”³⁹.

Allo stesso tempo, merita segnalare come le convinzioni granitiche riproposte dal Supremo Consesso amministrativo abbiano cominciato a mostrare qualche segno di cedimento, addirittura già in occasione della richiamata sentenza dell'agosto 2020⁴⁰. Interessante la formula – di fatto un vero e proprio monito rivolto al legislatore – inserita nel passaggio finale della pronuncia, allorché si

³⁸ «L'eventuale sacrificio di queste garanzie procedurali e dei diritti di difesa, che deve essere necessario e proporzionato rispetto al fine perseguito, è compensato dal successivo sindacato giurisdizionale sull'atto adottato dal Prefetto che, contrariamente a quanto assume parte della dottrina, è pieno ed effettivo, in termini di *full jurisdiction*, anche secondo il diritto convenzionale», così Cons. Stato, Sez. III, n. 4979/2020, cit.; in modo sostanzialmente analogo, Cons Stato, Sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565.

³⁹ Si veda su questi profili Corte cost., 29 gennaio 2020, n. 57.

⁴⁰ Intendiamo fare riferimento sempre a Cons. Stato, sez. III, n. 4979/2020, cit.

avverte l'esigenza di delineare un percorso alternativo a quello fin qui seguito, esprimendo l'auspicio per un «... quanto meno parziale recupero nelle garanzie procedimentali», nella prospettiva di assicurare un effettivo riconoscimento dei diritti di difesa degli interessati. E ciò in quanto la partecipazione di questi ultimi si rivela determinante 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 elementi utili a chiarire alla stessa autorità procedente la natura dei rapporti tra il soggetto e le dinamiche, spesso ambigue e fluide, del mondo criminale»⁴¹.

Infine, il Consiglio di Stato abbandona le ripetute resistenze, proponendo una lettura della regola *audi alteram partem* parzialmente in linea con gli orientamenti formati su tale principio nell'arco di un trentennio, riconoscendo per la prima volta che l'audizione dei soggetti interessati dall'emanando provvedimento preventivo consentirebbe un valido strumento per soddisfare le esigenze delle parti e del giudice «in tutte quelle ipotesi in cui la permeabilità mafiosa appaia alquanto dubbia, incerta, e presenti, per così dire, delle zone grigie o interstiziali»⁴².

6. *Le modifiche introdotte dal d.l. 152/2021 in tema di contraddittorio preventivo nel procedimento per il rilascio dell'informazione antimafia: le nuove prospettive desumibili dalle prime pronunce del giudice amministrativo.* Le contraddizioni fin qui ripercorse, unitamente agli interrogativi che la giurisprudenza ha cominciato a nutrire hanno probabilmente persuaso il legislatore ad intervenire in maniera decisa. In questa prospettiva si collocano le novità apportate agli artt. 92 e 93 del Codice antimafia che, di fatto, ridisegnano in buona parte il procedimento per il rilascio dell'informazione interdittiva. Più precisamente, l'intento perseguito dalla novella va salutato con favore in quanto sembra raccogliere le critiche da più parti sollevate in ordine alle carenze che hanno accompagnato questo istituto nell'arco di più di dieci anni di vita.

⁴¹ Così, testualmente, Cons. Stato, Sez. III, n. 4979/2020, cit.

⁴² Cfr., ancora, Cons. Stato, Sez. III, n. 4979/2020, cit.

Il correttivo introdotto con il recente intervento legislativo si articola lungo due direttrici che meritano entrambe di essere attentamente valutate, in considerazione dei consistenti cambiamenti che con esso si è inteso introdurre in questa delicata materia.

In primo luogo, è stata finalmente colmata la lacuna di fondo che abbiamo visto essere stata al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale con riferimento al (mancato fin qui) ruolo partecipativo degli interessati dal provvedimento che inibisce la prosecuzione dell'attività d'impresa in considerazione delle valutazioni del prefetto. Ed infatti, quest'ultimo, laddove «ritenga sussistenti i presupposti per l'irrogazione della comunicazione interdittiva antimafia ... ne dà tempestiva comunicazione al soggetto interessato, indicando gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa»⁴³. La tempistica delineata dal nuovo procedimento in contraddittorio va nella direzione di un meccanismo volto a mettere i destinatari in condizione di conoscere i presupposti del "c.d. preavviso di interdittiva", allo scopo di poter avviare un'interlocuzione con il prefetto.

È proprio questo scambio biunivoco di informazioni che sta alla base del sostanziale passo in avanti compiuto dal legislatore, recuperando così quanto finora la giurisprudenza aveva ostinatamente confinato nei limiti di un confronto "meramente eventuale", aiutata in ciò dall'equivoco riferimento normativo contenuto nella precedente formulazione dell'art. 93 d.lgs 159/2011. Quest'ultimo, infatti, garantiva un potere eccessivamente ampio e discrezionale al prefetto al quale, oggi, le nuove prescrizioni impongono l'obbligo di informare il destinatario, prima dell'adozione della propria decisione, dell'esito della verifica presso la banca dati nazionali, finalizzata all'accertamento dei presupposti necessari per il rilascio della relativa dichiarazione liberatoria. Con l'ulteriore e conseguente ripercussione sugli oneri che incombono in capo all'autorità procedente in punto di motivazione, tenuto conto delle profonde diversità che connotano la fattispecie astratta rispetto a quella fin qui applicata nell'ultimo decennio⁴⁴.

⁴³ Così, testualmente, l'art. 48 d.l. 152/2021, cit., che ha integralmente sostituito il co. 2-*bis* dell'art. 92 d.lgs. 159/2011.

⁴⁴ Detta conclusione trova peraltro conferma in un passaggio significativo di una recente pronuncia dei giudici di Palazzo Spada laddove si chiarisce che «La nuova disciplina del contraddittorio di cui all'art.

Trattasi, in definitiva di un passaggio molto significativo nella direzione di un pieno recupero della nozione di giusto procedimento che, come già visto, aveva registrato ingiustificabili arretramenti, tanto ad opera della giurisprudenza interna che eurounitaria. Tale conclusione rileva anche sul piano sistematico, in quanto la disciplina recentemente introdotta assume una valenza generale volta, da un lato, a riconsiderare (potenziandolo) l'apporto partecipativo dei soggetti coinvolti dall'azione amministrativa, nonostante le non sempre lineari controtendenze registrate fin dalle modifiche inserite alla L. 241/1990 nel 2005; dall'altro, le novità in parola assumono un rilievo più generale, come tale non circoscrivibile alle singole misure di attuazione del PNRR in funzione delle quali è stata introdotto il correttivo di cui si discute. Sotto diverso aspetto, con riferimento alla effettiva portata del confronto che viene a determinarsi in conseguenza della comunicazione di avvio prefettizia, merita evidenziare come si tratti di un vero e proprio contraddittorio, del tutto sovrapponibile a quanto si verifica allorché l'amministrazione precedente porti a conoscenza degli interessati i motivi ostativi all'accoglimento delle relative istanze, in conformità a quanto prescritto dagli artt. 10 e 10-*bis* della legge del 1990 da ultimo richiamata⁴⁵. Anche i termini individuati dal legislatore (in linea con le più recenti tendenze volte a circoscrivere in un arco temporale definito le fasi che precedono l'emanazione della determinazione dei pubblici

92, co. 2-*bis* d.lgs. n. 159/2011 (la cui portata innovativa soddisfa ampiamente le esigenze di conformità ai parametri sovranazionali richiamati dall'appellante), capovolgendo il rapporto regola-eccezione onera l'amministrazione di una motivazione circa la non necessità del contraddittorio: vi è un onere motivazionale rafforzato in capo all'Amministrazione qualora, per esigenze di celerità del procedimento, ritenga non necessario il contraddittorio, che non può considerarsi assolto con formule generiche o di stile» (così, espressamente, Cons. Stato, Sez. III, 10 maggio 2024, n. 4206).

⁴⁵ È evidente che i riferimenti alla *ratio* dell'art. 7, nonché al successivo art. 10-*bis* della L. n. 241/1990 vanno intesi in senso generale, fermo restando che i principi in quella sede richiamati riguardano i procedimenti attivati ad istanza di parte a differenza di quelli volti al rilascio delle informazioni antimafia. Condivide tale impressione ARMANNO, *L'informativa antimafia dopo Corte Cost. n. 180 del 2022: un'indagine in prospettiva costituzionale degli itinerari di riforma e della giurisprudenza amministrativa*, in *Nuove Autonomie*, n. 12, 2023, 435-436. Per tale ragione, forse, i giudici si sono dimostrati fin qui, particolarmente attenti ad applicare le regole introdotte nell'ultimo trentennio in materia di azione amministrativa, richiamando la deroga rappresentata da esigenze di celerità del procedimento ma ribadendo in più occasioni - in maniera a nostro avviso non proprio persuasiva, tenuto conto della ormai piena vigenza della novella del 2021 - che il «contraddittorio procedimentale è meramente eventuale, né è configurabile l'applicazione dell'art. 21-*octies*, co. 2 l. n. 241 del 1990 non essendo l'informazione antimafia provvedimento vincolato, ma per sua stessa natura discrezionale (Cons. Stato, Sez. III, 20 aprile 2021, n. 3194)», così testualmente TAR Napoli, Sez. I, 18 gennaio 2024, n. 492.

poteri) confermano indirettamente quanto fin qui illustrato, garantendo comunque l'apporto dei soggetti che intendono avvalersi di tale possibilità e lasciandoli liberi di optare per la presentazione di memorie scritte e documenti, ovvero chiedere un'audizione orale. Il fatto che nel periodo intercorrente tra la comunicazione in parola e la scadenza del termine per il deposito di atti e documenti da parte degli interessati (ovvero dello svolgimento dell'audizione orale) sia inibito all'autorità prefettizia di assumere ogni decisione in materia, va letto come un'ulteriore dimostrazione dei consistenti cambiamenti che caratterizzano oggi lo svolgimento di detti procedimenti.

Ed ancora, i correttivi apportati dal c.d. decreto *Recovery* consentono di riallineare il sistema ai convincimenti espressi anche di recente dalla stessa Corte costituzionale la quale, tuttavia, non aveva tratto tutte le conseguenze dalle conclusioni cui era pervenuta. Sul punto è sufficiente ricordare come in tale occasione fosse stata adeguatamente spiegata la natura profondamente diversa dei provvedimenti giurisdizionali rispetto alle interdittive antimafia, finalizzate ad assicurare una funzione "anticipatoria della difesa della legalità" attraverso "un giudizio prognostico" sulla scorta di «elementi fattuali più sfumati di quelli che si pretendono in sede giudiziaria»⁴⁶. Di qui la necessità di uno scambio quanto più ampio possibile, volto ad accertare nella maniera più completa (sia pure tenuto conto delle peculiarità che caratterizza la fattispecie che qui rileva) i presupposti di fatto e le valutazioni, ancorché connotate da tratti tipicamente indiziari, che il prefetto è chiamato a compiere.

Ciò non di meno, il giudizio positivo su tutte queste modifiche non deve distogliere l'attenzione dai limiti che la nuova disciplina individua con riferimento alla concreta possibilità di dare luogo ad una fase procedimentale in contraddittorio. Anche questo in linea con la previsione più generale già indicata dal legislatore ai sensi dell'art. 7 L. 241/1990, laddove sono state previste delle eccezioni al principio generale del coinvolgimento del privato nel corso di esercizio dell'azione amministrativa⁴⁷. Nel nostro caso, a ben vedere, si trat-

⁴⁶ Così, testualmente Corte cost. n. 57/2020 cit.; in senso sostanzialmente analogo si esprime anche CACACE, *Conformità dell'interdittiva antimafia alle norme costituzionali, euro unitarie e internazionali pattizie*, in www.giustanm.it, 2021.

⁴⁷ È auspicabile che la nuova disciplina oggetto delle presenti riflessioni non incontri le medesime difficoltà manifestate dalla giurisprudenza amministrativa in sede di prima applicazione delle novità intro-

ta di circostanze molto puntuali che trovano una giustificazione nella delicatezza della materia oggetto di disciplina normativa. Al riguardo, il richiamo operato dal legislatore alle “particolari esigenze di celerità del procedimento”, nonché la necessità di evitare che la conoscibilità di «informazioni che, se divulgate, sono suscettibili di pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l’esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose», rappresentano quel necessario bilanciamento tra le garanzie finalmente assicurate ai destinatari delle misure preventive di cui si discute e l’imprescindibile tutela dell’ordine pubblico, tutti parimenti meritevoli di adeguata protezione⁴⁸.

dotte in tema di partecipazione al procedimento amministrativo previste dalla L. n. 241/1990; tale posizione viene opportunamente stigmatizzata da IMMORDINO-CONTIERI, *L’omessa comunicazione di avvio del procedimento di revoca*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2006, 2784, già in assenza del correttivo apportato dal legislatore nel 2021. Ed in tale prospettiva si colloca la giusta valutazione compiuta di recente da TAR Reggio Calabria, Sez. I, 8 novembre 2023, n. 826 dove si pone in evidenza come «...il contraddittorio in questione, rappresentando un “sui generis” nell’ampio ventaglio degli istituti di partecipazione procedimentale, non può relegarsi a strumento di mero carattere “formale” nell’ambito di un fenomeno da tempo in atto di complessiva “dequotazione” delle garanzie procedurali, presentando invece una spiccata valenza “sostanziale”, in considerazione dell’ampiezza degli apprezzamenti demandati al Prefetto e del collegamento funzionale tra il contraddittorio e le previste misure di “self cleaning” eventualmente accessibili da parte dell’interessato”; ed ancora, nella prospettiva di tenere, si veda quanto puntualizzato da TAR Palermo, sez. I, 22 dicembre 2023, n. 3828, secondo cui “Va evidenziato, infatti come dal lato testuale della norma, emerga una radicale diversità strutturale e sistematica rispetto all’art. 7 L. n. 241/1990 che disciplina la comunicazione di avvio del procedimento ... tanto da escludere in apice qualsiasi rapporto di specialità tra le due disposizioni e qualsiasi ipotesi di ‘illegittimità non invalidante’ del provvedimento interdittivo nel caso in cui la P.A. dimostri in giudizio che ‘il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato’(art. 21 *octies*, co. 2 secondo periodo, L. n. 241/1990)».

⁴⁸ Obiettivo, questo, particolarmente avvertito dalla dottrina che ha affrontato anche in una prospettiva più generale gli aspetti qui presi in considerazione; *ex multis* si rinvia all’ampia e dettagliata analisi svolta da IMMORDINO, *Gli appalti pubblici tra documentazione antimafia ed esigenze di efficienza*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2013, 631-632, dove l’A. coglie perfettamente la necessità di pervenire ad un «corretto bilanciamento e, dunque, di un temperamento, tra istanze di legalità, in cui si sostanzia la lotta alla mafia, e giuste esigenze di efficienza dell’amministrativa a garanzia della libertà d’impresa costituzionalmente garantita». Manifesta tutte le sue perplessità sulla corretta applicazione delle nuove regole in materia di quella che viene definita “La ‘nuova difesa’ procedimentale”, M. A. SANDULLI, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova interdittiva antimafia*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2023, in quanto la formulazione della disposizione in materia sembra comunque lasciare ampi margini di discrezionalità al prefetto, di fatto “sterilizzando la riforma”. Parimenti critico il giudizio espresso da ROLLI-MAGGIOLINI, *Brevi note sul riformato contraddittorio procedimentale in tema di interdittiva antimafia (Nota ordinanza TAR Lecce, sez. III, n. 116/2022)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2022, a detta dei quali le novità introdotte dal legislatore non rappresenterebbero un vero e proprio passo in avanti rispetto alle evidenti lacune già presenti nella precedente disciplina. Tali perplessità sembrano purtroppo trovare conferma in alcuni passaggi di alcune sentenze, anche recenti nelle quali si continua a sostenere che le

È forse ancora troppo presto per rintracciare nei primi orientamenti giurisprudenziali – peraltro riferiti a fatti e determinazioni antecedenti l’entrata in vigore della riforma – una interessante inversione di rotta rispetto alla schiacciante lettura restrittiva che abbiamo visto caratterizzare il decennio precedente. Ed invero, alcune tendenze cominciano ad affacciarsi sia pure in maniera non univoca (peraltro maturate in occasione dei contenziosi attivati avanti ai giudici di primo grado, tenuto conto delle integrazioni apportate a fine 2021 dal legislatore)⁴⁹. Tutto questo, inoltre, non solo in merito alla nuova disciplina delle informazioni interdittive, ma anche nei confronti di istituti collegati al ben più generale principio della partecipazione del destinatario dell’interdittiva già nel corso di svolgimento del procedimento che lo riguarda⁵⁰.

Si pensi ai delicati problemi che sorgono in materia di diritto di accesso difensivo con riferimento alla documentazione detenuta dall’amministrazione, preordinata all’emanazione dell’interdittiva⁵¹. Il modo con cui alcuni collegi

conclusioni cui era pervenuta la giurisprudenza del Consiglio di Stato prima della novella che qui interessa «... non risultano scalfite neanche dalle novità normative (ora) introdotte nell’art. 92 D. Lgs. n. 159/2011 dal D.L. n. 152/2021, convertito con modificazioni nella Legge n. 233/2021, tenuto conto che l’esplicita previsione di un sub-procedimento partecipativo (comma 2 *bis*) da parte del soggetto interessato appare comunque eventuale e sottoposta ad una valutazione discrezionale del Prefetto, con ciò ribadendo che, *in subiecta materia*, le ragioni sottese alla tutela dell’ordine pubblico ed economico risultano prevalenti rispetto al contraddittorio procedimentale, salvo il successivo recupero di tali esigenze di difesa innanzi al Giudice, come peraltro precisato dalla stessa Corte Costituzionale», (così TAR Lecce, Sez. III, 14 novembre 2023, n. 1274).

⁴⁹ Si veda, al riguardo, una recentissima presa di posizione del TAR Bari, Sez. II, 5 gennaio 2024, n. 18 nella quale si sottolinea come nonostante le indubbe novità presenti nelle recenti disposizioni in materia di procedimento per l’emanazione delle interdittive antimafia «... non sussiste, in ogni caso, un contraddittorio necessario, bensì una possibilità partecipativa, che rimane ex se condizionata dalle emergenze delle peculiari esigenze di prevenzione di P.S.». Ben diverso l’approccio riservato da parte di TAR Reggio Calabria, Sez. I, 8 novembre 2023, n. 826 dove si afferma che «È indubbio che la valutazione prefettizia circa il presupposto di fatto delle “particolari esigenze di celerità del procedimento” sia sindacabile dal G.A., alla stregua degli altri profili di discrezionalità che connotano tutto il procedimento preordinato all’adozione di un provvedimento particolarmente restrittivo della libertà di iniziativa economica del destinatario. Ritiene inoltre il Collegio che la previsione dell’art. 92 co. 2 bis sull’esercizio del potere interdittivo del Prefetto commoti il momento del contraddittorio di una rilevanza sostanziale e non solo meramente formale, avuto riguardo alla peculiare natura e finalità dell’istituto in esame».

⁵⁰ Importante, al riguardo, quanto precisato di recente da Cons. Stato, Sez. V, 29 aprile 2024, n. 3858, laddove è stata ritenuta illegittima la decisione di escludere un’impresa, omettendo la fase di contraddittorio procedimentale, senza tener conto delle misure di self-cleaning in precedenza adottate nonché della loro potenziale capacità di superare le suddette lamentate ipotesi di comportamenti contrattualmente scorretti e proceduralmente sleali.

⁵¹ Sulla necessità di non comprimere eccessivamente l’accesso difensivo in quanto ciò si rivelerebbe in

hanno affrontato e risolto tale problematica è indice rivelatore di come stia decisamente mutando l'atteggiamento riservato alle richieste di tutela di quanti intendono consultare o estrarre copia della documentazione posta a base dalle prefetture che si accingono ad emanare il provvedimento ai sensi dell'art. 92-93, Codice antimafia.

Ed infatti, come bene spiegato in una recente pronuncia del giudice amministrativo, la recente riforma deve essere interpretata in maniera da non ostacolare la tutela procedimentale (e processuale) del richiedente⁵². Per rafforzare tale convincimento è stato ribadito con forza il nesso esistente tra il riconoscimento del diritto in parola e la necessità di assicurare le garanzie procedurali degli interessati, a nulla rilevando le eccezioni previste a livello regolamentare che inibiscono l'ostensione della documentazione richiesta⁵³.

Da sottolineare come tali conclusioni vengano tratte sulla scorta di un sicuro incoraggiamento ai principi eurounitari in virtù del "collegamento quanto meno indiretto" tra disciplina nazionale in materia di misure interdittive antimafia ed il potenziale pericolo che corre la libertà concorrenza ad opera della criminalità organizzata⁵⁴. Di qui la forte discontinuità rispetto alla prospettiva in-

contrasto con le finalità espressamente sancite dall'art 24, co. 7 L. 241/1990, al punto da sottrarre alla conoscibilità tutti gli atti del Ministero dell'Interno, cfr. Cons. Stato, Sez. III, 30 maggio 2022, n. 4292; parimenti, interessante il riferimento alla *ratio* dell'art. 22 L. 241/1990 il quale, grazie al riferimento espresso agli "atti interni", deve necessariamente assicurare «la conoscenza di ogni singolo atto avente effetti, diretti o indiretti, nei confronti dell'istante, assicurando, quindi, la trasparenza dell'azione amministrativa in conformità al principio di imparzialità e buon andamento», così, testualmente, TAR Sicilia, Sez. I, 28 marzo 2023, n. 1035.

⁵² Tra le prime sentenze dopo l'entrata in vigore della novella, si segnala, per completezza ed esaustività, Tar Bologna, Sez. I, 5 luglio 2022, n. 537, dove si insiste sull'esistenza di un preciso «nesso di strumentalità tra la documentazione e la necessità di difendere sia in sede procedimentale che giudiziale il proprio interesse allo svolgimento della propria attività imprenditoriale anche con la pubblica amministrazione». Ed ancora, molto significative e degne di particolare le considerazioni svolte dal collegio volte a mettere in evidenza

⁵³ Più in particolare, il TAR Napoli, Sez. I, 24 luglio 2023, n. 4439 ha espressamente escluso l'applicazione dell'art. 3, lett. c) del DM 16 marzo 2022 nel quale si afferma la non accessibilità ai «documenti istruttori inerenti ai procedimenti relativi al rilascio della documentazione antimafia, nonché i documenti, comunque prodotti o acquisiti, la cui conoscenza può pregiudicare, l'attività di prevenzione delle infiltrazioni della criminalità organizzata, e i provvedimenti prefettizi in materia di antimafia». E ciò in virtù del collegamento che si è venuto a determinare tra la disciplina contenuta negli artt. 22 ss. L. 241/1990 e le nuove disposizioni introdotte dal d.l. 152/2021 (che non vanno lette come norme speciali che si sovrappongono a quelle generali sopra ricordato).

⁵⁴ Così ancora TAR Campania-Napoli, Sez. I, n. 4439/2023, cit.; TAR Campania-Napoli, Sez. I, 4438/2023, dove, in maniera ancora più esplicita viene sottolineata l'importanza di rispettare quanto sancito ex art. 41, Carta di Nizza (in questo riprendendo le argomentazioni già contenute in TAR Bolo-

dicata negli orientamenti formati prima del 2021 allorché le precedenti disposizioni venivano ritenute (come già si è avuto modo di rilevare) in linea con le medesime prescrizioni del Trattato e della Carta dei diritti fondamentali UE, sebbene lette in maniera sostanzialmente opposta rispetto all'interpretazione emersa nelle ultime prese di posizione del giudice amministrativo.

Infine, ma non per questo di minore rilievo, meritano di essere considerati i possibili riflessi prodotti dal contraddittorio che deve (obbligatoriamente) precedere l'emanazione dell'interdittiva sulle altre misure individuate dal Codice antimafia per porre un argine efficace contro l'azione della criminalità organizzata.

Ed infatti, se l'analisi fin qui condotta è stata incentrata sul nuovo *iter* procedurale che precede l'adozione dell'informativa interdittiva, vanno considerati anche gli strumenti alternativi previsti dalla recente riforma. Non essendo questa la sede per analizzare in profondità tutti questi aspetti, è sufficiente evidenziare come le iniziative in funzione del c.d. *self-cleaning*, nonché l'istituto della prevenzione collaborativa, non possono che trarre un evidente vantaggio dal confronto tra l'impresa e l'autorità procedente.

In definitiva, la possibilità di interloquire con quest'ultima, ovviamente sulla base di una completa conoscenza degli atti ispettivi e degli accertamenti compiuti dalla prefettura⁵⁵, crea la premessa perché la misura inibitoria più grave

gna n. 537/2022 cit. alla nt. 49) che prevede espressamente il “diritto di accedere al proprio fascicolo” quale una sorta di declinazione del più ampio “diritto a una buona amministrazione”. Questo convincimento viene altresì ribadito e sviluppato in una recentissima sentenza del medesimo TAR Napoli, sez. I, 15 marzo 2024, n. 1780, laddove si afferma, testualmente che «... la recente novella di cui al decreto legge n. 152 del 6 novembre 2021 “Disposizioni urgenti per l'attuazione del PNRR e per la prevenzione dalle infiltrazioni mafiose” convertito nella legge 233/2021, pur nulla innovando in tema di diritto di accesso ha indubbiamente potenziato le garanzie procedurali introducendo altresì sia misure di “self cleaning” che il nuovo istituto della prevenzione collaborativa, al fine di relegare l'interdittiva antimafia ad *extrema ratio* secondo le indicazioni provenienti dalla più recente giurisprudenza (Consiglio di Stato sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979). È ovvia sotto questo profilo la rilevanza del pieno accesso documentale anche al fine di garantire la piena operatività delle nuove disposizioni, nell'ambito di un rapporto di collaborazione (vedi anche l'art. 1, comma 2-bis L. 241/90 come aggiunto dal d.l. 76/2020) tra la Prefettura e l'impresa nei cui confronti è stato aperto un procedimento di interdittiva (TAR Emilia Romagna, n. 537/2022, cit.).

⁵⁵ Si soffermano su questo punto le due pronunce richiamate alla nt. precedente dove, sulla scorta delle considerazioni da ultimo esposte, si sostiene l'importanza di un'adeguata tutela del diritto di accesso, attraverso il quale mettere tutti i soggetti coinvolti dal procedimento (amministrazione prefettizia e in-

venga presa in considerazione solo nell'eventualità in cui le altre soluzioni indicate all'art. 94-bis, del codice antimafia non risultino praticabili⁵⁶. Di qui l'ulteriore conferma - se mai ve ne fosse bisogno - della ricostruzione del contraddittorio endoprocedimentale come un principio chiamato ad assolvere, contemporaneamente, tanto la funzione garantistica che quella collaborativa, superando così un dibattito trascinato per troppi anni fino all'entrata in vigore della L. 241/1990⁵⁷.

7. Possibili ricadute della riforma anche in sede di tutela giurisdizionale. Le perplessità già emerse in sede di analisi delle lacune in tema di contraddittorio all'interno del procedimento disciplinato dal Codice antimafia, prima del recente intervento del legislatore, sono la dimostrazione evidente del grave *vulnus* inferto al destinatario anche riguardo al tipo di giudizio che il nostro modello è in grado di assicurare nei confronti dei provvedimenti interdittivi, con riferimento specifico alla realizzazione del principio del contraddittorio

presa in primo momento, cui eventualmente si aggiungerà il giudice in caso di contenzioso) nella condizione migliore per valutare il percorso più idoneo per assicurare il diritto di difesa dei privati già nel corso di svolgimento dell'azione amministrativa, che l'interesse pubblico alla salvaguardia dei diritti fondamentali sanciti a livello costituzionale ed eurounitario in una prospettiva che trascende la (pur importante) dimensione soggettiva dei singoli operatori. Se tali novità vanno nella direzione indicata nel testo, stante il tenore delle disposizioni qui prese in considerazione, non sempre tra le stesse è possibile rinvenire il giusto coordinamento, con il rischio di possibili collisioni tra i diversi istituti. Di qui il problema, giunto all'attenzione dell'Adunanza Plenaria, in ordine alle interferenze che potrebbero instaurarsi tra l'istanza avanzata ai sensi dell'art. 34-bis, co. 6 d.lgs 159/2001 e il giudizio di impugnazione contro l'informazione antimafia. Secondo i vertici di Palazzo Spada, le due iniziative devono considerarsi completamente autonome per cui il giudice amministrativo non è tenuto a sospendere il processo in presenza di una domanda volta a definire il procedimento di prevenzione penale (in questo senso cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 13 febbraio 2023, n. 8).

⁵⁶ Perviene alla medesima conclusione VULCANO, *Le modifiche al 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, 2021, 9 ss. ed in part. 12, dove l'A. dopo essersi soffermata sulle caratteristiche del controllo amministrativo introdotto dal D.L. n. 152/2021 al quale il legislatore ha assegnato un ruolo meno afflittivo rispetto al controllo giudiziario (ex art. 34-bis, co. 3 Codice antimafia), riprende un passaggio importante di Cons. Stato, Sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979, per il quale l'interdittiva deve essere impiegata «solo a fronte di situazioni gravi, chiare, inequivocabili, non altrimenti giustificabili e giustificate dall'impresa, secondo la logica della probabilità cruciale, di infiltrazione mafiosa, all'esito di un'istruttoria più completa, approfondita, meditata, che si rifletta in un apparato motivazionale del provvedimento amministrativo, fondamento e presidio della legalità sostanziale in un ordinamento democratico, che sia il più possibile esaustivo ed argomentato».

⁵⁷ Per una ricostruzione analitica del dibattito richiamato nel testo, sia consentito rinviare a FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (Dal processo al procedimento con pluralità di parti)*, Napoli, 1996, 184 ss.

nel processo.

Si è già accennato alla peculiarità del modo con cui il Prefetto decideva di emanare il provvedimento ai sensi degli artt. 91 ss., d.lgs. 159/2011, spesso sulla scorta di una relazione riservata predisposta dall'autorità giudiziaria o dai suoi ausiliari. È questa la fattispecie che statisticamente ha registrato un consistente numero di casi, per cui merita brevemente soffermarsi sulle ripercussioni che vengono a determinarsi anche in sede giurisdizionale allorché il provvedimento interdittivo si fonda su dati di fatto inaccessibili.

Più precisamente, è di tutta evidenza la contraddizione che connota tali passaggi, mettendo a rischio uno dei pilastri del giusto processo rappresentato dalle garanzie del contraddittorio nel corso di svolgimento del giudizio. Ed invero, dalla stretta consequenzialità che viene a legare i due momenti (l'acquisizione della relazione riservata e la successiva decisione del Prefetto) discende una preclusione pressoché totale verso ogni forma di conoscenza, impedendo qualsiasi verifica del contenuto dell'informazioni ricevute dal prefetto⁵⁸.

Tutto questo si traduce in una sorta di estromissione di due dei protagonisti della vicenda processuale, confinati in una posizione di evidente disparità rispetto all'autorità emanante, mettendola al riparo, in buona sostanza, da censure circostanziate nei confronti del provvedimento impugnato. L'impossibilità di verificare, da parte dei soggetti colpiti dalla misura restrittiva, le ragioni su cui viene costruita la comunicazione interdittiva da un lato, nonché la preclusione per lo stesso giudice di acquisire e valutare gli elementi che sono alla base della determinazione oggetto di impugnazione, dall'altro, mettono seriamente a rischio il principio cardine del giusto processo sul piano del contraddittorio (*ex art. 111, Cost.*)⁵⁹ e dell'impugnabilità del provvedimento amministrativo (*ex art. 113, Cost.*).

Su questo punto non è difficile cogliere la divergenza che si viene a creare

⁵⁸ Sotto questo profilo, ancora una volta decisive risultano le conclusioni cui è pervenuta la giurisprudenza amministrativa in materia di accesso alla documentazione detenuta dall'autorità prefettizia, già richiamate alle precedenti ntt. 49-52 e alle quali si rinvia.

⁵⁹ Sempre valide ed importanti le considerazioni di RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 124, dove l'A. mette bene in rilievo come il significato del principio del contraddittorio nel giudizio amministrativo vada rintracciato non tanto nel bilanciamento tra diritti e doveri delle parti, quanto piuttosto nella posizione di equilibrio di tutti i soggetti coinvolti nel processo.

con gli orientamenti espressi dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, investita di controversie per molti aspetti assimilabili a quelle qui prese in considerazione⁶⁰. Si intende infatti fare riferimento ai motivi che hanno indotto i giudici di Strasburgo ad individuare, nel giudizio ispirato ai canoni della *full jurisdiction*, una forma di compensazione per l'assenza di contraddittorio nel procedimento amministrativo che ha portato al provvedimento lesivo. E ciò in conseguenza della progressiva affermazione di una concezione ampia del diritto di difesa, in grado di estendere le garanzie previste dall'art. 6 CEDU anche nel corso di svolgimento dell'azione amministrativa⁶¹.

Sebbene la giurisprudenza europea, complessivamente richiamata, si sia venuta formando in occasione di controversie sorte in materia di sanzioni particolarmente afflittive, opportunamente equiparate alle sanzioni di natura penale, non vi sono ragioni sufficienti perché le condivisibili conclusioni cui è pervenuta la Corte EDU non potessero essere estese anche alle misure volte a contenere i tentativi infiltrazioni mafiose. Si è già detto dell'intento preventivo che ha guidato il legislatore nel prevedere la disciplina inserita nel d.lgs. 159/2011, come tale non riconducibile (formalmente) alle ipotesi dei provvedimenti sanzionatori. Tuttavia, in considerazione della particolare incisività degli effetti prodotti dal provvedimento prefettizio nei confronti di diritti costituzionalmente garantiti, non si vede perché anche in questa materia non debbano potersi applicare le regole e i principi consolidatisi in sede comunitaria. Sono note le resistenze fraposte dal nostro giudice amministrativo ad accogliere le tesi e le aperture favorite dalla giurisprudenza eurolunitaria, nonostante una lettura convenzionalmente orientata dell'art. 6, par. 1 CEDU contenesse tutti gli elementi per assicurare in sede giurisdizionale le garanzie del giusto processo⁶². Pertanto, come già si è avuto modo di rilevare, un sindacato di

⁶⁰ Cfr., ancora, Corte EDU, Sez. I, 4 marzo 2014, casi Grande Stevens e altri c. Italia, cit.

⁶¹ Per lo studio approfondito di tale problematica si rinvia, *ex multis*, a ALLENA, *Art. 6 CEDU, Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; più di recente LOMBARDI, *Le parti del procedimento amministrativo*, Torino 2018, 11 ss., con ampia bibliografia alla quale si rinvia nonché ALLENA, *L'art. 6 CEDU e la continuità tra procedimento e processo*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2018, 2, 27 ss.

⁶² Emblematiche, in tal senso, le pronunce del Cons. Stato, Sez. VI, 15 luglio 2015, nn. 1595 e 1596, laddove il regolamento Consob, 21 giugno 2005, n. 15086, viene dichiarato illegittimo perché non ammette il contraddittorio nel corso del procedimento sanzionatorio ma tale violazione non si pone in contrasto con l'art. 6, par. 1, CEDU in quanto «Le norme della Costituzione italiana che garantiscono il diritto di difesa e il giusto processo riguardano espressamente il giudizio, non il procedimento amministrativo».

tipo “estrinseco” mal si concilia con la precisa convinzione che vede proprio nel momento giurisdizionale esercitato secondo i parametri della giurisdizione piena, la giusta compensazione per eventuali lacune che potrebbero riscontrarsi, in sede procedimentale, nel corso di svolgimento dell’azione amministrativa che si assume essere lesiva.

Si potrebbe altresì eccepire che le fattispecie disciplinate dal Codice antimafia non rientrino tra quelle in cui il modello processuale vigente prevede un’ipotesi di giurisdizione di merito, tale da giustificare l’estensione dei principi della *full jurisdiction*. Sul punto, occorre tuttavia rimarcare come il pieno accesso ai fatti da parte del destinatario della misura restrittiva metterebbe gli interessati nella condizione di contestare la veridicità gli elementi selezionati in via unilaterale.

Di diverso avviso si è mostrato il Consiglio di Stato secondo il quale: «È evidente che la deduzione, per la sua natura indiziaria, è suscettibile di verifica, positiva o negativa, e questa trova il suo principale banco di prova, più ancora che nel contraddittorio procedimentale, nella dialettica processuale, allorché l’impresa destinataria della misura interdittiva è messa in condizione di offrire letture alternative dei fatti posti a fondamento del provvedimento, inficiando il giudizio di condizionabilità criminale espresso nei suoi confronti ...»⁶³.

Dialettica processuale che, come si è visto, viene ancor più mortificata laddove la vicenda oggetto della controversia trae fondamento dagli elementi contenuti all’interno della relazione riservata, minando in radice la possibilità di un esame esaustivo del materiale utilizzato dal prefetto, ed impedendo con

trativo che non è assimilabile al giudizio. ... Non è pertanto possibile ipotizzare un contrasto del procedimento amministrativo con i principi costituzionali propri esclusivamente del giudizio»; in senso contrario, tuttavia v. Cons. Stato, Sez. VI, ordd. 9 luglio 2014, nn. 3496, 3497, 3498, 3499.

⁶³ Così, testualmente, Cons. Stato, Sez. III, 12 agosto 2019, n. 5678; sulla necessità di assicurare un’adeguata opportunità di difesa dell’amministrato già in sede procedimentale, ovvero di spostare tale momento in sede giurisdizionale, v. l’interessante prospettiva ricostruita da GOISIS, *Il canone della full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. Riflessioni critiche sull’art. 7, co. 1, d. lgs 19 gennaio 2017, n. 3*, in *I controlli di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi*, a cura di Giliberti, Napoli, 2019, 317 ss.; in questa prospettiva v. anche le puntuali osservazioni di FELIZIANI, *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? Convergenze e divergenze tra sistema italiano di giustizia amministrativa e la convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 798-799, laddove la possibile collisione tra ordinamento interno e diritto europeo-convenzionale potrebbero essere superate riconoscendo all’amministrazione un ruolo “forte”, con ciò riducendo i casi di *full jurisdiction* tendenzialmente ad ipotesi di intervento eccezionale da parte del giudice.

ciò al giudice di esercitare al meglio la funzione espressamente attribuitagli dall'ordinamento.

Tuttavia, le novità apportate con il d.l. 152/2021, più volte richiamato in questa sede, ben potrebbero favorire un'evoluzione nel senso fin qui auspicato anche in ordine al tipo di sindacato esercitato dal giudice amministrativo in questo delicato settore di attività amministrativa. Sono note le vicende che hanno accompagnato la cognizione da parte del giudice amministrativo della *quaestio facti*, soprattutto dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo per cui non merita qui ripercorrerne l'evoluzione.

Ciò non di meno è chiaro che lo svolgimento in contraddittorio del procedimento interdittivo non può che riportare all'attenzione dell'interprete il ruolo che tale principio è chiamato a svolgere anche in termini di garanzie messe a disposizione del ricorrente per contestare la decisione prefettizia⁶⁴. Si tratta, in altre parole, di cogliere questa opportunità, offerta dalla disciplina sostanziale, per conseguire un duplice obiettivo.

In primo luogo, la posizione del ricorrente potrebbe uscire rafforzata dalla conoscibilità di dati ed elementi che, proprio perché utilizzati in funzione del giudizio prognostico che la valutazione prefettizia è chiamata a compiere, risultavano difficilmente percepibili (se non addirittura preclusi) nell'ambito dello schema fino a questo momento delineato dalla precedente disciplina.

Secondariamente, l'indubbio arricchimento che l'ipotesi di partenza può ricevere dal contributo degli interessati (in senso migliorativo ovvero risultare profondamente ridimensionata se non favorire soluzioni alternative rispetto a quella originariamente immaginata dall'autorità procedente), permette all'organo decidente di perseguire al meglio il pubblico interesse rappresentato dall'impiego più idoneo delle misure in grado di prevenire il fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata. Di qui la possibilità di ridurre, da un lato, l'eventualità di errori in grado di penalizzare in maniera consistente (in alcune circostanze addirittura irreparabile) lo svolgimento dell'attività imprenditoriale; dall'altro, prevenire l'insorgenza di contenziosi lunghi e defaticanti per l'amministrazione.

⁶⁴ Su questa tematica sia consentito rinviare alle riflessioni già svolte nell'ambito di un lavoro risalente nel tempo ma che conserva intatti i termini del problema; cfr. FIGORILLI, *Il contraddittorio*, cit., 207 ss.

È evidente che tali obiettivi potranno essere raggiunti più facilmente a condizione che tutti gli strumenti da tempo disciplinati dal nostro ordinamento vengano efficacemente impiegati, superando diffidenze e ritrosie che difficilmente potrebbero assicurare la ricerca di un giusto equilibrio che il giudice è chiamato a raggiungere dovendo attentamente bilanciare valori e principi contrapposti non sempre di facile apprezzamento.