**Brevi note in tema di riforma delle interdittive antimafia contenuta nel d.l. 6 novembre 2021, n. 152, convertito dalla l. 29 dicembre 2021, n. 233 per l’attuazione del PNRR**

Relazione al convegno “Pubblica Amministrazione e Giustizia Amministrativa, tra misure di semplificazione e pro concorrenziali, interventi di sostegno dell’economia e riforme del PNRR” tenutosi alla SPISA di Bologna il 24-25 gennaio 2022.

Sommario: Premessa. 1. - La disciplina delle interdittive nel c.d. diritto vivente. 2. - Interdittive antimafia e giusto procedimento. 3. - Il contraddittorio procedimentale nel diritto amministrativo europeo. 4. - Il nuovo istituto della prevenzione collaborativa. 5. -Problemi aperti. Conclusioni.

**Premessa**

Il decreto legge n. 152 del 6 novembre 2021 “Dispozioni urgenti per l’attuazione del PNRR e per la prevenzione dalle infiltrazioni mafiose” convertito dalla legge 29 dicembre 2021 n. 233 ha apportato rilevanti modifiche al sistema di prevenzione antimafia disciplinato dal vigente decreto legislativo n. 159/2011.

In particolare per quel che qui interessa la modifica ha riguardato l’articolo 92 in tema di procedimento di rilascio dell’interdittiva antimafia nonché l’introduzione del nuovo articolo 94 bis recante il nuovo istituto, alternativo all’interdittiva, della prevenzione collaborativa.

Trattasi anzitutto, diversamente da altre norme contenute nel panorama normativo connesso all’attuazione del PNRR, di disposizioni a regime che dunque saranno applicabili a tutti i procedimenti e non solo a quelli per l’attuazione in tutto o in parte del PNRR stesso, come ad esempio la disciplina speciale in materia di appalti di cui agli articoli 47, 48, 50 e 53 del decreto legge 77/2021 (c.d. semplificazioni bis) convertito dalla legge 29 luglio 2021 n 108[[1]](#footnote-1).

Le nuove disposizioni appaino applicabili anche ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore del decreto, ai sensi dell’art. 52 del d.l. 152/21 stesso, non essendo dettate specifiche disposizioni transitorie.

Le modifiche apportate al Codice antimafia, ad un primo commento personale, sono così sintetizzabili:

1. Introduzione di un contraddittorio procedimentale obbligatorio e non più eventuale a discrezione del Prefetto (potremo dire una sorta di “preavviso di interdittiva”) fatta salve “esigenze di particolari celerità del procedimento” nonché per elementi il cui disvelamento “sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose;”
2. Previsione in chiave collaborativa per l’impresa sospettata di essere esposta al pericolo di subire influenze dalla criminalità organizzata di adottare - in seguito al contraddittorio - misure idonee (quali la modifica della composizione degli organi di amministrazione o la sostituzione degli organi sociali) al fine di evitare l’interdittiva. Per fare un parallelo con la disciplina in tema di appalti di cui al vigente decreto legislativo n. 50/2016[[2]](#footnote-2) una sorta di “self cleaning” dell’operatore economico al fine di evitare l’interdittiva, quale misura nella logica della novella normativa ricondotta ad “extrema ratio”;
3. Introduzione del nuovo istituto della “prevenzione collaborativa” adottato dal Prefetto qualora i tentativi di infiltrazione siano riconducibili a situazioni occasionali, dando vita ad una cogestione aziendale alternativa all’interdittiva analoga ma diversa rispetto al controllo giudiziario previsto dall’art 34 bis codice antimafia disposto dall’a.g.o., il quale come noto interviene dopo l’interdittiva, facendone venir meno gli effetti con efficacia “ex nunc[[3]](#footnote-3).”

Sono disposizioni indubbiamente fortemente innovative rispetto al quadro normativo previgente come interpretato dalla giurisprudenza del g.a.

**1.- La disciplina delle interdittive nel c.d. diritto vivente.**

Secondo la giurisprudenza - in estrema sintesi - l'interdittiva prefettizia antimafia di cui all’art. 89 bis d.lgs. 159/2011 costituisce una misura preventiva volta a colpire l'azione della criminalità organizzata, impedendole di avere rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione; trattandosi quindi di una misura “a carattere preventivo”, prescinde dall'accertamento di singole responsabilità penali nei confronti dei soggetti che, nell'esercizio di attività imprenditoriali, hanno rapporti con la pubblica amministrazione e si fonda sugli accertamenti compiuti dai diversi organi di polizia valutati, per la loro rilevanza, dal Prefetto territorialmente competente; essendo il potere esercitato espressione della logica di anticipazione della soglia di difesa sociale, finalizzata ad assicurare una tutela avanzata nel campo del contrasto alle attività della criminalità organizzata, la misura interdittiva non deve necessariamente collegarsi ad accertamenti in sede penale di carattere definitivo e certi sull'esistenza della contiguità dell'impresa con organizzazione malavitose, e quindi del condizionamento in atto dell'attività di impresa, ma può essere sorretta da elementi sintomatici e indiziari da cui emergano sufficienti elementi del pericolo che possa verificarsi il tentativo di ingerenza nell'attività imprenditoriale della criminalità organizzata; pertanto, si è in presenza di una valutazione che costituisce espressione di ampia discrezionalità, che può essere assoggettata al sindacato del giudice amministrativo sotto il profilo della sua logicità in relazione alla rilevanza dei fatti accertati[[4]](#footnote-4).

L’istituto della misura interdittiva antimafia si colloca, dunque, al centro di esigenze contrapposte ovvero tra il contrasto in modo efficace della criminalità organizzata ed il rispetto della libertà di iniziativa economica costituzionalmente garantita nonché la stessa dignità ed onorabilità delle persone.

Le esigenze di ordine pubblico compendiate in particolare nel Codice antimafia hanno determinato una forte anticipazione della soglia di difesa sociale, non essendo richiesta a presupposto dell’esercizio del potere interdittivo la prova della concreta infiltrazione mafiosa, bastando il solo “tentativo”.

In considerazione, tuttavia, della delicatezza degli interessi in gioco e della tutela del diritto di iniziativa economica (art. 41 Cost.) oltre che di ulteriori valori costituzionali (2, 3, 27, 97, 111, 113 e 117 c. 1, Cost.) deve essere ricercato un giusto punto di equilibrio tra le esigenze di precauzione e di garanzia dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti[[5]](#footnote-5) non essendo sufficienti meri sospetti bensì elementi obiettivi e univoci tali da denotare il rischio concreto di condizionamenti mafiosi nella conduzione dell'impresa.

La giurisprudenza ma soprattutto invero la dottrina[[6]](#footnote-6) invoca da tempo una interpretazione costituzionalmente orientata con particolare riferimento agli artt. 2, 3, 27, 41, 97, 111, 113 e 117 c. 1, Cost., specie tenendo presente come la Consulta solo di recente abbia affrontato la questione di costituzionalità seppur in riferimento agli artt. 89-bis e 92, commi 3 e 4, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, censurati per violazione dei soli artt. 3 e 41 Cost.[[7]](#footnote-7)

La Corte Costituzionale ha ritenuto infondata le questioni di legittimità perché in sintesi pur comportando il potere di interdittiva un grave sacrificio della libertà di impresa (nella specie era in gioco l'iscrizione all'albo delle imprese artigiane), esso è giustificato dall'estrema pericolosità del fenomeno mafioso e dal rischio di una lesione della concorrenza e della stessa dignità e libertà umana.

Come si dirà poi più avanti non va taciuto che secondo l’art. 6 (diritto ad un processo equo) della Convenzione EDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, la qualificazione secondo il diritto interno di tali misure come di prevenzione non ne impedisce, almeno in ipotesi, la qualificazione in chiave convenzionale quali misure di tipo afflittivo ovvero di pene in senso sostanziale.[[8]](#footnote-8)

Secondo una giurisprudenza del tutto pacifica il Prefetto può ravvisare l’insorgenza di tentativi di infiltrazione mafiosa - oltre che dai c.d. reati spia[[9]](#footnote-9)- da specifici ed obiettivi elementi indiziari, quali ad esempio dichiarazioni di pentiti, frequentazioni elettive, rapporti di parentela con soggetti malavitosi, ove al dato dell’appartenenza familiare si accompagni la frequentazione, la convivenza o la comunanza di interessi con l’individuo sospetto[[10]](#footnote-10) non risultando invece sufficiente ai fini dell’adozione della misura di prevenzione il mero dato dei rapporti di parentela con esponenti della criminalità organizzata[[11]](#footnote-11) se non accompagnati da ulteriori elementi indiziari circostanziati.

In particolare, quanto ai legami familiari, deve però evidenziarsi che parte della giurisprudenza non ha mancato di rilevare che “specialmente nei contesti sociali in cui attecchisce il fenomeno mafioso, all’interno della famiglia si può verificare una influenza reciproca di comportamenti e possono sorgere legami di cointeressenza, di solidarietà, di copertura o quanto meno di soggezione o di tolleranza. Una tale influenza può essere desunta non dalla considerazione (che sarebbe in sé errata e in contrasto con i principi costituzionali) che il parente di un mafioso sia anch’egli un mafioso, ma per la doverosa considerazione, per converso, che la complessa organizzazione della mafia ha una struttura clanica, si fonda e si articola, a livello particellare, sul nucleo fondante della famiglia, sicchè in una famiglia mafiosa anche il soggetto che non sia attinto da pregiudizio mafioso può subire, nolente, l’influenza del capofamiglia e dell’associazione.[[12]](#footnote-12)”

**2.- Interdittive antimafia e giusto procedimento**

In riferimento alle garanzie partecipative nel procedimento di applicazione delle misure interdittive nel periodo antecedente l’entrata in vigore del decreto legge 152/2021 la giurisprudenza amministrativa si è mostrata compatta nel valorizzare il dato normativo del carattere eventuale del contradditorio sulla base sia delle esigenze di celerità e riservatezza[[13]](#footnote-13) che dello stesso rischio di frustrare la finalità della legislazione antimafia di prevenire il tentativo di infiltrazione mafiosa da parte delle organizzazioni criminali.[[14]](#footnote-14)

In virtù di tali esigenze si è diffusa potremo dire una sorta di incompatibilità intrinseca tra interdittive e garanzie partecipative, non richiedendosi al Prefetto un particolare sforzo motivazionale nell’attestazione delle ragioni derogatorie di urgenza, diversamente da quanto desumibile invece dalla legge generale sul procedimento amministrativo, secondo cui ai sensi dell’art. 7 L.241/90 è richiesta in tema di comunicazione di avvio del procedimento un’urgenza qualificata da indicare in motivazione.[[15]](#footnote-15)

E’ pertanto ipotizzabile un applicazione “timida” del disposto di cui al nuovo comma 2 bis dell’art. 92 d.lgs. 159/2011 che invece è chiaro nell’imporre la tempestiva comunicazione dell’avvio del procedimento al soggetto interessato, salvo ricorrano “particolari esigenze di celerità del procedimento” oppure elementi il cui disvelamento “sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose.”

A parere dello scrivente il contraddittorio in questione non può rilegarsi a strumento di mero carattere formale nell’ambito di un fenomeno da tempo in atto di complessiva dequotazione delle garanzie procedimentali[[16]](#footnote-16) e degli istituti partecipativi, presentando invece valenza sostanziale, in considerazione dell’ampiezza degli apprezzamenti demandati al Prefetto e del collegamento funzionale tra contraddittorio e le previste misure di “self cleaning”.

D’altronde la prassi giudiziale insegna come spesso la permeabilità mafiosa desunta molto spesso da elementi indiziari, appaia dubbia anche secondo l’ormai consueto criterio pretorio del “più probabile che non” si che l’apporto procedimentale potrebbe fornire elementi utili anche nella successiva fase giudiziale.

Pur in un quadro ordinamentale ove il contraddittorio procedimentale risulta privo di valenza costituzionale - come anche recentemente affermato dalla Consulta[[17]](#footnote-17) - e di lettura sostanzialistica degli istituti partecipativi confermata dall’art 21-octies L.241/90[[18]](#footnote-18) esso rimane un principio fondamentale, potendo il legislatore valorizzare il contraddittorio nell’ambito di procedimenti ove vengono in rilievo diritti fondamentali, come ad esempio nel procedimento espropriativo laddove sia il testo unico espropriazioni che la giurisprudenza lo elevano a presupposto di legittimità sia nella fase di apposizione del vincolo[[19]](#footnote-19) che in quella di dichiarazione della pubblica utilità.[[20]](#footnote-20)

Da notare che lo stesso Consiglio di Stato[[21]](#footnote-21) seppur negando l’obbligatorietà del contraddittorio ha sollecitato il legislatore a potenziarlo “specie in tutte quelle ipotesi ove la permeabilità mafiosa appaia dubbia rispetto alle quali l’apporto procedimentale potrebbe fornire utili elementi, contraddittorio d’altronde utile al fine dell’adozione di misure di “self cleaning”” Nella stessa interessante pronuncia si è rilevato sempre “de iure condendo” l’opportunità di una riforma in grado di relegare l’interdittiva ad “extrema ratio” solo a fronte di situazioni “chiare ed inequivocabili”. Ciò sempre per i giudici di Palazzo Spada consentirebbe al g.a. “di esercitare con maggior pienezza il proprio sindacato”.

Il decreto legge n. 15272021 in commento ha dunque esattamente realizzato quanto auspicato nella citata pronuncia.

**3.- Il contraddittorio procedimentale nel diritto amministrativo europeo.**

A favore della lettura della necessità del contraddittorio nel procedimento di rilascio dell’interdittiva antimafia, a mio avviso, depongono ulteriori argomenti ovvero l’art 41 “diritto ad una buona amministrazione” della Carta dei diritti fondamentali di Nizza[[22]](#footnote-22) e l’art 6 “diritto ad un processo equo” della Convenzione EDU.[[23]](#footnote-23)

Quanto all’art 41 della Carta Nizza è noto che il TAR per la Puglia con ordinanza n. 28 del 13 gennaio 2020 ha rimesso ex art 267 TFUE la questione pregiudiziale di compatibilità del procedimento di adozione dell’interdittiva con l’art 41 della Carta e che la Corte di Giustizia[[24]](#footnote-24) ha dichiarato la questione irricevibile per difetto di rilevanza, non avendo il giudice remittente dimostrato il collegamento tra il diritto UE e l’interdittiva.

Ritengo che il problema evidenziato dal Tribunale Amministrativo rimanga però assolutamente attuale, non avendo peraltro il giudice comunitario escluso “tout court” la rilevanza ma soltanto evidenziatone la mancata dimostrazione da parte del giudice remittente.

Secondo la stessa Consulta presupposto di applicabilità della Carta dei diritti fondamentali di Nizza - equiparata al valore giuridico dei Trattati per effetto del Trattato di riforma firmato a Lisbona nel 2007 e ratificato dall'Italia con l'approvazione della Legge n. 130 del 2008[[25]](#footnote-25)- è che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto.[[26]](#footnote-26)

E’ discussa in dottrina l’applicabilità dell’art 41 anche agli Stati membri o solamente alle istituzioni euro-unitarie.

Seconda una prima tesi[[27]](#footnote-27) l’ambito di applicazione sarebbe ristretto alle istituzioni euro-unitarie perché l’art 41 primo paragrafo vi fa espresso riferimento ed in questo senso a dire il vero pare andare anche la stessa Corte di Giustizia U.E.[[28]](#footnote-28) Secondo altra tesi[[29]](#footnote-29) invece, l’art 41 deve essere letto alla luce del successivo art 51 della Carta che ne estende l’ambito di applicazione oltre che alle istituzioni comunitarie agli Stati membri seppur nell’attuazione del diritto dell’UE.

Si impone a questo punto la pregiudiziale necessità di stabilire in concreto se la disciplina in tema di interdittive antimafia contenuta nel vigente Codice approvato con d.lgs. 159/2011 presenti o meno un legame con il diritto dell’U.E.

Se è vero che le interdittive sono rette compiutamente dal diritto interno quale istituto peculiare del nostro ordinamento, mi pare indiscutibile la rilevanza almeno indiretta con diritti fondamentali ed interessi di matrice comunitaria in quanto funzionale ad impedire turbative del mercato ed espungere le imprese esposte ad infiltrazione mafiosa in grado di inquinare il confronto competitivo, come peraltro già ben evidenziato da parte della dottrina.[[30]](#footnote-30)

Il diritto al contraddittorio poi è in ogni caso principio generale del diritto dell’UE secondo la stessa Corte di Giustizia almeno ogni qualvolta gli Stati membri adottano provvedimenti che rientrano nella sfera di applicazione del diritto UE[[31]](#footnote-31) a testimonianza dell’importanza della questione della rilevanza o meno delle misure interdittive per il diritto comunitario.

Sul diverso versante invece della Convenzione EDU la quale come noto ha valore di norma costituzionale interposta ex art. 117 c. 1, cost.[[32]](#footnote-32) vengono in rilievo oltre l’art 1 del Primo Procollo addizionale sulla tutela dei beni nel senso ampio interpretato dalla Corte di Strasburgo[[33]](#footnote-33) l’art 6 in tema di diritto ad un processo equo.

E’ noto anche qui come la Corte di Strasburgo[[34]](#footnote-34) abbia da tempo ritenuto applicabile tale norma oltre che nella sede giudiziale anche ai procedimenti amministrativi preordinati all’applicazione di sanzioni afflittive secondo un concetto di pena in senso sostanziale, risultando afflittive le sanzioni “severe” ovvero implicante “conseguenze patrimoniali importanti” a prescindere dalla diversa qualificazione operata dal diritto interno.

Ad esempio è stata ritenuta afflittiva la sanzione con valenza disciplinare, attesane la natura punitiva[[35]](#footnote-35) se lesiva di un diritto “civile” del ricorrente, quale la sospensione o la cessazione dell’attività professionale.[[36]](#footnote-36)

Ma nella logica convenzionale può ben essere afflittiva anche una misura secondo il diritto interno priva di carattere sanzionatorio ma con valenza ripristinatoria, secondo la nota distinzione da sempre affermata dalla giurisprudenza domestica[[37]](#footnote-37) dando la stura a nuovi approdi anche sul versante delle misure ripristinatorie specie in campo urbanistico-edilizio, come nell’ipotesi della demolizione in seguito a diniego della sanatoria formale di cui al vigente art 36 t.u. edilizia per opera conforme nel solo momento della presentazione della domanda.[[38]](#footnote-38)

Sorge dunque spontaneo l’interrogativo, invero problematico, se le misure interdittive antimafia possano o meno rientrare nel novero delle sanzioni afflittive in chiave CEDU.

Se la giurisprudenza domestica ha sin ora assunto posizioni del tutto negazioniste e la stessa Corte EDU (è bene dirlo) non ha affermato sin qui la riconducibilità delle interdittive al diritto punitivo, parte della dottrina mostra invero argomentate aperture, negando apertamente la ricostruzione dell’interdittiva quale misura cautelare, risultando essa idonea a determinare effetti spesso irreversibili sull’impresa sospettata di subire tentativi di infiltrazione da parte della criminalità organizzata.[[39]](#footnote-39)

E’ certo che ove in una prospettiva futura ma forse non tanto lontana dovesse riconoscersi la nozione di pena in senso sostanziale, sarebbero dirompenti le ricadute nel nostro ordinamento in tema di prevenzione antimafia. In necessaria sintesi tra le tante, la tassatività in senso sostanziale, la netta distinzione tra fase istruttoria e decisoria, la garanzia della “full jurisdiction” in sede giudiziale e, appunto, il necessario rispetto del “giusto procedimento”.

Quanto al sindacato giudiziale - tema che necessiterebbe di ben più attenzione - la giurisprudenza amministrativa è pacifica nel ritenere che l'ampia discrezionalità di apprezzamento riservata al Prefetto, a tutela delle condizioni di sicurezza ed ordine pubblico, può essere soggetta al sindacato del giudice amministrativo, solo sotto il profilo della sua logicità, in relazione alla rilevanza dei fatti accertati e, pertanto, nei soli limiti di evidenti vizi di eccesso di potere, dei profili della manifesta illogicità e dell'erronea e travisata valutazione dei presupposti.[[40]](#footnote-40)

Si tratta dunque di un sindacato di tipo estrinseco, come rilevato nella stessa ordinanza n. 28/2020 di rimessione ex art 267 TFUE da parte del TAR Puglia, su apprezzamenti che sempre la giurisprudenza qualifica come discrezionali tecnici[[41]](#footnote-41) se non addirittura espressione di discrezionalità amministrativa.

**4.- Il nuovo istituto della prevenzione collaborativa.**

Il nuovo art. 94-bis d.l. n. 152/2021 come detto crea il nuovo istituto della “prevenzione collaborativa”, applicabile sin dall’entrata in vigore (7 novembre 2021) ai procedimenti in corso per i quali è stato effettuato l’accesso alla banca dati nazionale unica ma non ancora rilasciata l’informazione antimafia.[[42]](#footnote-42)

Presupposto per l’adozione di tale strumento è la riconducibilità dei tentativi di infiltrazione a situazioni occasionali, nella prospettiva di un loro superamento, con l’imposizione all’impresa di misure cautelative elencate nella norma, quali l’adozione di misure organizzative (anche ai sensi degli articoli 6.7 e 24 ter d.lgs. 231/2001) o l’utilizzo di un conto corrente dedicato. Il Prefetto può altresì nominare uno o più esperti con il compito di svolgere funzioni di supporto, con oneri a carico dell’impresa, similmente a quanto previsto dall’art. 32 D.L. n. 90/2014 ”Misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione.”

Si da così vita ad una temporanea cogestione aziendale del tutto alternativa all’interdittiva analoga ma diversa rispetto al controllo giudiziario già previsto dall’art 34 bis codice antimafia[[43]](#footnote-43) disposta dall’a.g.o., il quale come noto interviene invece dopo l’interdittiva, facendone venir meno gli effetti con efficacia “ex nunc”.[[44]](#footnote-44)

L’impresa sottoposta a prevenzione collaborativa dunque non perde sin dall’inizio la capacità a contrattare con la PA potendo concorrere all’affidamento di contratti pubblici ed esercitare tutte le attività economiche oggetto di autorizzazione o di SCIA.

Appare dunque molto chiara la volontà del legislatore di relegare l’interdittiva ad “extrema ratio”, come peraltro auspicato almeno in una pronuncia dello stesso Consiglio di Stato[[45]](#footnote-45) in omaggio al principio comunitario di proporzionalità, potendosi la libertà di iniziativa economica sacrificare con misure meno lesive ed altrettanto funzionali alla tutela degli interessi pubblici alla base della prevenzione antimafia[[46]](#footnote-46).

Si conferma dunque l’assunto già espresso dall’art 32 del decreto legge n. 90/2014 per cui anche l’impresa aggiudicataria di appalti pubblici presuntivamente responsabile di gravi condotte illecite può dare esecuzione al contratto se assistita da un supporto esterno, pur suscitando anche tale forma di commissariamento più di una “sofferenza” sul piano costituzionale.[[47]](#footnote-47)

**5.- Problemi aperti**

Sulle interdittive antimafia anche dopo la novella normativa rimangono irrisolte numerose questioni, limitandomi solo ad accennarne alcune.

Anzitutto è fortemente dubbia la stessa natura di misura “cautelare preventiva” pacificamente affermata dalla giurisprudenza anche costituzionale[[48]](#footnote-48) determinando in realtà le interdittive effetti duraturi e spesso irreversibili ovvero la “capitis deminutio” dell’impresa.[[49]](#footnote-49) L’appartenenza delle interdittive secondo l’ordinamento interno al diritto della prevenzione non fa venir meno tale basilare considerazione, dando ulteriori elementi per avallare la stessa tesi del carattere afflittivo ai sensi dell’art. 6 CEDU.

Altra questione aperta è data dallo stabilire se la discrezionalità in capo al Prefetto sia davvero di tipo tecnico come sostenuto dalla prevalente giurisprudenza[[50]](#footnote-50) recentemente avallata dalla stessa Consulta (sent n. 57 del 26 marzo 2020) o se invece, come sostiene autorevole dottrina,[[51]](#footnote-51) ci si trovi al cospetto di un mero accertamento di un quadro fattuale rappresentato da elementi molto spesso di tipo indiziario in chiave prognostica, molto simile a quello demandato al giudice penale in tema di applicazione di misure di sicurezza/prevenzione personali, tuttavia senza le relative garanzie apprestate dall’ordinamento.[[52]](#footnote-52)

In effetti se la discrezionalità tecnica consiste nell’applicazione da parte dell’Amministrazione di regole tecniche elastiche o opinabili[[53]](#footnote-53) come si verifica ad esempio nei giudizi espressi dalle commissioni di concorso o di gara, le valutazioni compiute dal Prefetto in ordine alla diagnosi dei fatti rilevanti circa il pericolo del tentativo di infiltrazione della criminalità organizzata e la prognosi di permeabilità criminale sembrano del tutto estranee all’ambito proprio della discrezionalità tecnica.

Allo stesso modo gli apprezzamenti a fondamento dell’applicazione delle misure in questione non sembrano poter rientrare nel campo della discrezionalità amministrativa pura, risultando carenti i tratti distintivi ovvero la scelta dell’an e del quomodo dell’azione e la ponderazione dei diversi interessi in gioco.[[54]](#footnote-54)

Così opinando dovrebbe essere del tutto estraneo al problema il dibattito sulla natura del sindacato giudiziale (forte o debole) sulla discrezionalità tecnica.

Infine qualche perplessità suscita anche il criterio allo stato comunemente utilizzato ai fini dell'adozione dell'interdittiva, del “più probabile che non” circa la deduzione da elementi presuntivi del pericolo di ingerenza da parte della criminalità organizzata.[[55]](#footnote-55)

Trattasi di criterio civilistico sul nesso di causalità in tema di illecito aquiliano contrapposto a quello valevole nell’ambito penale[[56]](#footnote-56) in ossequio ad un fenomeno di trasposizione di istituti squisitamente civilistici nel settore del diritto amministrativo spesso foriero di contraddizioni e non ultimo di contrasti con il diritto euro-unitario, come nell’ipotesi della affermata eterointegrazione (art. 1374 c.c.) dei bandi di gara da parte della normativa imperativa vigente anche in “malam partem” ovvero a supporto dell’esclusione dalle procedure di affidamento di appalti pubblici.[[57]](#footnote-57)

**Conclusioni**

A conclusione di questo breve intervento possono trarsi alcune prime considerazioni.

In primo luogo la riforma delle interdittive va letta a mio avviso in conformità al diritto europeo, dal momento che la necessità di tutela del preminente interesse pubblico alla base delle interdittive di tutela avanzata nel contrasto alla criminalità organizzata deve essere contemperata con le garanzie anche procedimentali proprie di uno Stato di diritto, come ora ben enucleate dal decreto legge n. 152/2021. E questo anche in chiave di compensazione con un sindacato giurisdizionale che non sembra aderire al parametro della “full jiurisdiction”conseguente alla ipotizzata applicazione dell’art. 6 CEDU.

Anche il nuovo istituto della prevenzione collaborativa pare utile strumento di contemperamento tra interesse pubblico e la libertà di iniziativa economica quale segno emblematico di un “cambiamento di passo” da parte dell’ordinamento nazionale che poi costituisce l’essenza della stessa disciplina di attuazione del PNRR come evidenziato anche negli interventi che mi hanno preceduto.

Le interdittive antimafia ora diventano misure di “extema ratio” dato il “favor” del legislatore per l’applicazione di misure meno impattanti sulle imprese, le quali presuppongono un dialogo con il potere amministrativo sin qui praticamente sconosciuto.

**Paolo Amovilli**

Consigliere Tar Bologna

Pubblicato il 31 gennaio 2022

1. Con le quali si da vita ad una sorta di sottoinsieme normativo con una vera e propria “fuga” dal Codice degli appalti approvato con d.lgs. 50/2016 ed in attesa dell’entrata in vigore nel 2022 del nuovo Codice di cui al disegno di legge delega già approvato dal Governo. [↑](#footnote-ref-1)
2. Vedi l’art. 80 c. 7 secondo cui Un operatore economico[, o un subappaltatore,] che si trovi in una delle situazioni di cui al comma 1, limitatamente alle ipotesi in cui la sentenza definitiva abbia imposto una pena detentiva non superiore a 18 mesi ovvero abbia riconosciuto l'attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato, o al comma 5, e' ammesso a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti. [↑](#footnote-ref-2)
3. T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 1 dicembre 2020, n. 5690; T.A.R. Emilia-Romagna Bologna sez. I, 6 dicembre 2021, n. 997. [↑](#footnote-ref-3)
4. Tra le tante Consiglio di Stato, sez. III, 11 settembre 2017, n. 4286; id. sez. III, 22 marzo 2017, n. 1312. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ex plurimis T.A.R. Emilia-Romagna Parma 2 dicembre 2015,, n. 1060 [↑](#footnote-ref-5)
6. F.G. Scoca “Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici” in wwwgiustiziaamministrativa n. 6/2013; L. Bordin “Contraddittorio endoprocedimentale e interdittive antimafia: la questione rimessa alla Corte di Giustizia. E se il problema fosse altrove? In wwwfederalismi.it n. 22/2020; A. Longo “La massima anticipazione di tutela. Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali” In wwwfederalismi.it n. 19/2019. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Costituzionale sent. 26 marzo 2020, n. 57. [↑](#footnote-ref-7)
8. Corte EDU 8 giugno 1976 Engel e a.c. paesi Bassi; Id sez. I, 10 dicembre 2020 Edizioni del Roma s.c.r.l. c/Italia [↑](#footnote-ref-8)
9. T.A.R. Sicilia Catania, sez. IV, 19 aprile 2021, n.1229 [↑](#footnote-ref-9)
10. Ex multis Consiglio di Stato sez. VI, 19 ottobre 2009, n. 6380. [↑](#footnote-ref-10)
11. T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, 2 dicembre 2015, n. 1060; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. IV, 7 novembre 2016, n. 2866; Consiglio di Stato, sez. III, 5 aprile 2016, n. 1328 [↑](#footnote-ref-11)
12. Così Consiglio di Stato, sez III, 3 maggio 2016, n. 1743; T.A.R. Emilia - Romagna, Bologna, sez. I, 9 luglio 2020, n. 481; T.A.R. Campania Napoli sez. I, 1 settembre 2020, n. 3706. [↑](#footnote-ref-12)
13. Da ultimo T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 10 giugno 2021, n. 3925; Consiglio di Stato sez. III, 22 giugno 2020, n. 3959 [↑](#footnote-ref-13)
14. Consiglio di Stato sez. III, 31 gennaio 2020, n. 820 [↑](#footnote-ref-14)
15. T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 5 novembre 2020, n. 2064; T.A.R. Puglia Bari sez. I, 4 gennaio 2021, n. 16, T.A.R. Sicilia Catania sez. III, 24 aprile 2020, n. 798. [↑](#footnote-ref-15)
16. G. Montedoro “Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione”, in www.Giustamm.it [↑](#footnote-ref-16)
17. Corte Costituzionale sent. n. 71/2015 sull’art 41 bis TU espropriazioni. [↑](#footnote-ref-17)
18. Ex multis Consiglio di Stato sez. IV, 12 ottobre 2016, n. 4213 [↑](#footnote-ref-18)
19. In relazione giusto il disposto dell’art. 11 D.p.r 327/2001 alle varianti limitate o ad oggetto specifico cfr. T.A.R. Sardegna sez. II, 23 febbraio 2017, n. 136. [↑](#footnote-ref-19)
20. T.A.R. Lazio Latina 7 giugno 2010, n. 1005; Consiglio di Stato sez. IV, 30 giugno 2010, n. 4176. [↑](#footnote-ref-20)
21. Consiglio di Stato sez. III, 10 agosto 2020 n. 4979 [↑](#footnote-ref-21)
22. 1. Ogni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione. 2. Tale diritto comprende in particolare: a) il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio; b) il diritto di ogni persona di accedere al fascicolo che la riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale e commerciale; c) l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni. 3. Ogni persona ha diritto al risarcimento da parte dell'Unione dei danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni, conformemente ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri. 4. Ogni persona può rivolgersi alle istituzioni dell'Unione in una delle lingue dei trattati e deve ricevere una risposta nella stessa lingua. [↑](#footnote-ref-22)
23. 1. Ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti ad un tribunale indipendente e imparziale e costituito per legge, che decide sia in ordine alla controversia sui suoi diritti e obblighi di natura civile, sia sul fondamento di ogni accusa in materia penale derivata contro di lei. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o una parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la tutela della vita privata delle parti in causa, nella misura ritenuta strettamente necessaria dal tribunale quando, in speciali circostanze, la pubblicità potrebbe pregiudicare gli interessi della giustizia.

    2. Ogni persona accusata di un reato si presume innocente sino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.

    3. Ogni accusato ha diritto soprattutto a:

    a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico;

    b) disporre del tempo e dei mezzi necessari per preparare la sua difesa;

    c) difendersi personalmente o con l'assistenza di un difensore di propria scelta e, se non ha i mezzi per pagare un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia;

    d) interrogare o far interrogare i testimoni a carico ed ottenere la citazione e l'interrogatorio dei testimoni a discarico a pari condizioni dei testimoni a carico;

    e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata nell'udienza. [↑](#footnote-ref-23)
24. C.G.U.E. ord. 28 maggio 2020 [↑](#footnote-ref-24)
25. T.A.R. Umbria 21 febbraio 2013, n. 105; T.A.R. Lombardia, Brescia sez. I, 29 maggio 2013, n. 522) [↑](#footnote-ref-25)
26. Corte Costituzionale 11 marzo 2011 n. 80 [↑](#footnote-ref-26)
27. D. Sorace “L’Amministrazione europea secondo il Trattato di Lisbona” in Dir. Pubbl. 2013,1. [↑](#footnote-ref-27)
28. Tra le tante vedi C.G.U.E. 5 novembre 2014, C-166/13. [↑](#footnote-ref-28)
29. D.U. Galetta “Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull’ambito di applicazione dell’art. 41 della Carta dei diritti UE)” in Riv.it. dir. Publ. Comunit. 2019,2. [↑](#footnote-ref-29)
30. L. Bordin op cit., F.G. Scoca op cit. [↑](#footnote-ref-30)
31. C.G.U.E. sent 5 novembre 2014 C-166/13 [↑](#footnote-ref-31)
32. Corte Costituzionale sentenza 24 ottobre 2007, n. 348 [↑](#footnote-ref-32)
33. Comprensivo oltre che della proprietà di beni immobili ed immobili anche degli interessi derivanti da concessioni amministrative, da licenze di sfruttamento, dalla registrazione di un marchio o di brevetti o i diritti derivanti da autorizzazione alla somministrazione di alcolici cfr. sent. Corte EDU 25 marzo 1999 n. 31107/96 - Iatridis c. Grecia. [↑](#footnote-ref-33)
34. A partire dalla nota sentenza 8 giugno 1976 Engel e a.c. Paesi Bassi. [↑](#footnote-ref-34)
35. Sent. 28 giugno 1978, ric. n. 6232/73 Konig c. Repubblica Federale Tedesca; 26 settembre 1995. ric. n. 18160/91 Diennet c. Francia [↑](#footnote-ref-35)
36. T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 13 ottobre 2020, n. 612 [↑](#footnote-ref-36)
37. T.A.R. Campania Napoli sez. VIII, 3 giugno 2021 n. 3717; T.A.R. Lombardia Brescia sez. I, 27 settembre 2018, n. 917. [↑](#footnote-ref-37)
38. Vedasi all’uopo le considerazioni del prof. G. Morbidelli nella relazione al Convegno della Giustiza Amministrativa “Il diritto amministrativo tra giudizio comune e giudizio costituzionale” Roma 1-2 ottobre 2020. [↑](#footnote-ref-38)
39. Vedi soprattutto A. Longo op cit. Sostiene la natura sostanzialmente penale dell’interdittiva anche P. Provenzano “Note minime in tema di sanzioni amministrative e materia penale” in Riv. It. Dir. Pubbl. comunit. 2018,6. [↑](#footnote-ref-39)
40. Ex multis T.A.R. Lombardia Milano sez. I, 24 ottobre 2018, n. 2398 cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 25 giugno 2014 n. 3208; id., sez. III, 1 dicembre 2015, n. 5437; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 6 novembre 2017, n, 5167 [↑](#footnote-ref-40)
41. T.A.R. Campania Napoli sez. VIII, 2 novembre 2016, n. 5030; [↑](#footnote-ref-41)
42. Vedi l’ultimo comma dell’art. 49 del decreto legge n. 152/2021. [↑](#footnote-ref-42)
43. 1. Quando l'agevolazione prevista dal comma 1 dell'articolo 34 risulta occasionale, il tribunale dispone, anche d'ufficio, il controllo giudiziario delle attivita' economiche e delle aziende di cui al medesimo comma 1, se sussistono circostanze di fatto da cui si possa desumere il pericolo concreto di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne l'attivita'. Nel caso in cui risultino applicate le misure previste dall'articolo 94-bis, il tribunale valuta se adottare in loro sostituzione il provvedimento di cui al comma 2 lettera b) ………… *omissis…*……… [↑](#footnote-ref-43)
44. T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 1 dicembre 2020, n. 5690; T.A.R. Emilia-Romagna Bologna sez. I, 6 dicembre 2021, n. 997. [↑](#footnote-ref-44)
45. Consiglio di Stato sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979. [↑](#footnote-ref-45)
46. Sottolinea questi aspetti anche P. Quinto “La riforma dell’interdittiva antimafia per l’attuazione degli interventi del PNRR”in wwwLexitalia.it 12/2021 nonché C. Pasquariello “Prevenzione collaborativa e contraddittorio per le interdittive antimafia” in www.moltocomuni.it [↑](#footnote-ref-46)
47. N.M. Maiello “Traffico di influenze illecite e misure di commissariamento dell’impresa: le ragioni di una relazione problematica” in Cassazione Penale, 12/2018. [↑](#footnote-ref-47)
48. Tra le tante T.A.R. Campania Napoli sez. I, 10 giugno 2021, n. 3925; Corte Costituzionale 26 marzo 2020 n. 57. [↑](#footnote-ref-48)
49. Vedi in dottrina A. Longo op. cit. nonchè la stessa citata ordinanza n. 28/2020 del T.A.R. Puglia Bari. Ancora F.G. Scoca op. cit parla di “condanna a more dell’impresa”. [↑](#footnote-ref-49)
50. T.A.R. Campania Napoli sez. VIII, 2 novembre 2016, n.5030 [↑](#footnote-ref-50)
51. A. Longo op. cit.. Anche F.G. Scoca op cit. ritiene che il Prefetto compia in subiecta materia valutazioni tecniche ma senza spendita di discrezionalità di tipo tecnico o amministrativo. [↑](#footnote-ref-51)
52. A. Longo op. cit. [↑](#footnote-ref-52)
53. Consiglio di Stato sez. IV, 9 febbraio 2015, n .657; Consiglio di Stato sez. VI, 22 dicembre 2020, n .8225 T.A.R. Puglia Lecce, sez. II, 11 novembre 2015, n. 3250 [↑](#footnote-ref-53)
54. Ex plurimis T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII, 26 ottobre 2011, n. 4942 [↑](#footnote-ref-54)
55. Ex multis T.A.R. Campania Napoli sez. I, 11 ottobre 2021, n. 6386 secondo cui ai fini dell'adozione dell'interdittiva, da un lato, occorre non già provare l'intervenuta infiltrazione mafiosa, bensì soltanto la sussistenza di elementi sintomatico - presuntivi dai quali - secondo un giudizio prognostico discrezionale, legato al criterio del "più probabile che non" - sia deducibile il pericolo di ingerenza da parte della criminalità organizzata; d'altro lato, detti elementi vanno considerati secondo una prospettiva unitaria e non frammentaria, nel senso che ognuno di essi acquista valenza in collegamento con altri. [↑](#footnote-ref-55)
56. Cassazione civile sez. I, 30 giugno 2021, n.18584 [↑](#footnote-ref-56)
57. C.G.U.E. sentenza 2 giugno 2016, C-27/15 Pippo Pizzo, che ha rilevato il contrasto con l'ordinamento europeo di un'esclusione disposta per inadempimento ad obblighi non espressamente previsti dai documenti di gara o dal diritto nazionale vigente, ma ricavati in via interpretativa ed applicati alla specifica procedura attraverso un meccanismo di eterointegrazione della legge di gara. Vedi sul punto anche Consiglio di Stato sez. V, 28 ottobre 2016, n.4553 secondo cui di regola, le condizioni di partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici devono tutte essere indicate nel bando di gara, la cui eterointegrazione con obblighi imposti da norme di legge si deve ritenere ammessa in casi eccezionali, poiché l'enucleazione di cause di esclusione non conosciute o conoscibili dai concorrenti contrasta con i principi europei di certezza giuridica e di massima concorrenza. Da ultimo vedi T.A.R. Puglia Lecce, sez. II, 22 gennaio 2021, n. 11. [↑](#footnote-ref-57)