

Il T.a.r. per la Puglia ha effettuato un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE al fine di chiarire se la disciplina nazionale sull'informazione antimafia, nella parte in cui non prevede il contraddittorio endoprocedimentale in favore del soggetto interessato, sia compatibile con il principio del contraddittorio, come riconosciuto dal diritto dell'unione.

**T.a.r. per la Puglia, sez. III, ordinanza, 13 gennaio 2020, n. 28 – Pres. Ciliberti, Est. Dibello**

**Misure di prevenzione – Informazione antimafia – Contraddittorio endoprocedimentale – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE**

*Deve essere rimessa alla Corte di giustizia UE la questione pregiudiziale se gli artt. 91, 92 e 93 del Decreto Legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nella parte in cui non prevedono il contraddittorio endoprocedimentale in favore del soggetto nei cui riguardi l'Amministrazione si propone di rilasciare una informazione antimafia, siano compatibili con il principio del contraddittorio, così come ricostruito e riconosciuto quale principio di diritto dell'Unione (1).*

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna, il T.a.r. per la Puglia ha sottoposto alla Corte di giustizia UE la questione pregiudiziale diretta a chiarire se la disciplina interna in tema di informazione antimafia (artt. 91, 92 e 93 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, recante il codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia), nella parte in cui non prevede il contraddittorio endoprocedimentale, sia compatibile con il principio del contraddittorio riconosciuto dal diritto dell'Unione europea.

II. – Il collegio, dopo aver descritto la vicenda processuale ed aver rilevato che, nel caso di specie, il provvedimento di informazione antimafia impugnato era stato adottato senza alcun contraddittorio tra l'amministrazione e la società interessata, ha osservato quanto segue:

- a) l'ordinamento giuridico nazionale prevede l'informazione antimafia come uno dei principali strumenti amministrativi per prevenire le infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore dei contratti pubblici;
- b) il provvedimento è emanato al termine di un procedimento amministrativo nel corso del quale il Prefetto procede all'accertamento della affidabilità dell'impresa;
- c) la *ratio* dell'istituto va rintracciata nella salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della pubblica amministrazione;
- d) l'informazione antimafia ha natura di misura preventiva a carattere amministrativo, in quanto è finalizzata ad anticipare la soglia della difesa sociale,

in modo da garantire una forma di tutela avanzata contro le attività della criminalità organizzata, anche sotto specie di tentativo di condizionamento o di infiltrazione nei confronti di operatori economici;

- e) la misura non ha natura cautelare, malgrado il diverso avviso manifestato in altre pronunce del giudice amministrativo, poiché:
  - e1) 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;
  - e2) bensì di un atto conclusivo del procedimento amministrativo avente effetti definitivi, conclusivi e dissolutori del rapporto giuridico tra l'impresa e la p.a., con effetti durevoli nel tempo, indelebili e inemendabili, se si considera che ad essa segue il ritiro di un titolo pubblico o il recesso o la risoluzione contrattuale, nonché la sostanziale esclusione dell'impresa dal circuito economico dei rapporti con la pubblica amministrazione;
- f) ne discende che l'informazione antimafia non fa parte dei provvedimenti interinali e cautelari in relazione ai quali il legislatore nazionale consente di escludere, in via generale, l'applicazione della partecipazione al procedimento amministrativo, ai sensi dell'art. 7 della l. 7 agosto 1990, n. 241;
- g) la partecipazione al procedimento amministrativo, garantita attraverso l'ascolto del destinatario del provvedimento, non ha controindicazioni perché 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;
- h) il procedimento amministrativo che culmina con il rilascio del provvedimento in esame, pur in presenza di considerevoli effetti negativi nella sfera giuridica del destinatario, non prevede alcuna forma di contraddittorio con il medesimo destinatario, se non nella ipotesi prevista dall'art. 93 del d.lgs. n. 159 del 2011, in cui si fa espresso riferimento alla previa audizione dell'interessato, con carattere, tuttavia, eventuale e istruttorio;
- i) la garanzia partecipativa nel procedimento in esame assume rilievo in relazione a varie considerazioni:
  - i1) le valutazioni del Prefetto possono fondarsi su una serie di elementi fattuali, taluni tipizzati dal legislatore, mentre altri a condotta libera, lasciati al prudente e motivato apprezzamento discrezionale dell'autorità amministrativa, che può desumere il tentativo di infiltrazione da provvedimenti di condanna non definitiva per reati strumentali all'attività delle associazioni criminali ovvero anche solo da elementi da cui risulti che

l'attività di impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le organizzazioni criminali o esserne in qualche modo condizionata;

- i2) le ipotesi di condizionamento indiretto dell'impresa da parte delle organizzazioni criminali comprendono un numero di casi molto significativo e di difficile distinzione rispetto ai casi di imprese che subiscono le pressioni della criminalità organizzata, essendone le vittime;
- i3) il giudice amministrativo, chiamato a valutare la gravità delle condotte poste a base della valutazione prefettizia, in ordine al pericolo di infiltrazione, possiede un sindacato *“giurisdizionale estrinseco sull'esercizio del potere prefettizio, la qual cosa comporta un pieno accesso ai fatti rivelatori del pericolo, consentendo di sindacare l'esistenza o meno di questi fatti, ma non possiede un vero e proprio sindacato ab intrinseco che vada oltre l'apprezzamento della ragionevolezza e della proporzionalità della prognosi inferenziale che l'Autorità amministrativa trae da quei fatti”*;
- i4) il contraddittorio tra Prefetto e impresa nella fase procedimentale assume un'importanza rilevante per la tutela della posizione giuridica dell'impresa la quale potrebbe offrire al Prefetto prove e argomenti di segno contrario, pur in presenza di elementi o indizi sfavorevoli, mentre è più difficile che il giudice amministrativo sostituisca il proprio convincimento a quello dell'autorità, dopo l'adozione del provvedimento;
- j) con riferimento al diritto dell'Unione europea,
  - j1) l'art. 6, par. 1, del Trattato sull'Unione europea stabilisce che *“L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati”*;
  - j2) pertanto, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000 è fonte di diritto primario dell'Unione europea, al pari dei Trattati istitutivi;
  - j3) le fonti di diritto primario dell'Unione europea possono avere efficacia diretta all'interno degli ordinamenti nazionali in modo da creare a favore dei singoli posizioni giuridiche soggettive direttamente tutelabili dinanzi ai giudici nazionali;
  - j4) l'art. 41 della Carta prevede il diritto del cittadino europeo a una buona amministrazione, il quale comprende, tra l'altro, il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio;
  - j5) il diritto dell'Unione riconosce, pertanto, la sussistenza di un principio del contraddittorio di carattere endoprocedimentale, da far valere al di fuori del

diritto di difesa nel processo giurisdizionale e da intendere nel senso che “ ogni qualvolta l’Amministrazione si proponga di adottare nei confronti di un soggetto un atto ad esso lesivo, 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 l’Amministrazione intende fondare la sua decisione”;

- j6) il principio del contraddittorio endoprocedimentale è enunciato in maniera precisa, in quanto sono chiariti con sufficienza gli elementi che ne fanno parte e in maniera incondizionata, trattandosi di principio capace di autoafferinarsi nei rapporti del cittadino con l’amministrazione;
- j7) 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”.

III. – Per completezza si segnala quanto segue:

k) sulle informative interdittive si vedano:

- k1) News US, n. 6 del 10 gennaio 2020, a Cons. Stato, sez. III, 23 dicembre 2019, n. 8672, che ha deferito all’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato il quesito diretto a chiarire la portata e l’ambito applicativo della clausola di salvezza contenuta negli artt. 92, comma 3, e 94, comma 2, del d.lgs. n. 159 del 2011. Le citate disposizioni prevedono che, in caso di revoca delle autorizzazioni o delle concessioni ovvero di recesso dai contratti per il sopraggiungere di informazione antimafia, sia fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l’esecuzione del rimanente, “*nei limiti delle utilità conseguite*”. Il collegio, ravvisando un contrasto giurisprudenziale, ha posto all’Adunanza plenaria il quesito diretto a chiarire se il limite delle utilità conseguite si applichi, oltre che ai contratti di appalto pubblico, anche ai contributi pubblici erogati per finalità di interesse collettivo. Alla citata News si rinvia per approfondimenti giurisprudenziali e dottrinali, specie in relazione: alle informazioni antimafia in generale, §§ n), p) ed r); alle informazioni antimafia c.d. sopravvenute, § o);
- k2) Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2019, n. 6057 (in *Foro it.*, 2019, 3, 588, con nota di D’ANGELO), che soffermandosi sugli effetti vincolanti

dell'informativa interdittiva antimafia, osserva, tra l'altro, che: *“E' legittimo il provvedimento di inibizione dell'attività oggetto di segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.) adottato dal comune in seguito ad un'informazione antimafia interdittiva emessa dal prefetto ai sensi dell'art. 89-bis del D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159”; “L'informazione antimafia deve essere adottata non solo quando l'accertamento eseguito in base all'art. 88, comma 2, del D.Lgs. n. 159/2011 permetta di riscontrare la sussistenza di una delle cause impeditive di cui all'art. 67 del medesimo D.Lgs. n. 159/2011, ma anche quando emerga una precedente documentazione antimafia interdittiva in corso di validità”; “in seguito ad un'informazione antimafia interdittiva emessa dal prefetto ai sensi dell'art. 89 bis d.leg. 6 settembre 2011 n. 159, il comune è tenuto ad adottare il provvedimento di inibizione dell'attività oggetto di segnalazione certificata di inizio attività (scia) presentata dal destinatario dell'informazione”;*

- k3) con riferimento alla natura cautelare dell'informazione interdittiva si vedano, tra le altre: Cons. Stato, Ad. plen., 6 aprile 2018, n. 3 (in *Foro it.*, 2018, III, 317, con nota di D'ANGELO; *Vita not.*, 2018, 696; *Foro amm.*, 2018, 429; *Giornale dir. amm.*, 2018, 766, con nota di GULLO; *Guida al dir.*, 2018, fasc. 19, 94; *Giur. it.*, 2019, 157, con nota di MAZZAMUTO; *Urbanistica e appalti*, 2018, 805, con nota di TONNARA; *Resp. civ. e prev.*, 2019, 916, con nota di COMMANDATORE; nonché oggetto della News US, in data 12 aprile 2018, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti); Cons. Stato, sez. III, 13 agosto 2018, n. 4938, secondo cui *“L'interdittiva antimafia consiste in una tipica misura cautelare di polizia, preventiva ed interdittiva, che si aggiunge alle misure di prevenzione antimafia di natura giurisdizionale, essendo espressione della logica di anticipazione della soglia di difesa sociale finalizzata ad assicurare una tutela avanzata nel campo del contrasto alla criminalità organizzata”;*
- l) sull'orientamento della Corte di giustizia UE in tema di contraddittorio procedimentale e sulle sue applicazioni nell'ordinamento interno si vedano, di recente e tra le altre:
- 11) Corte di giustizia UE, 20 dicembre 2017, C-276/16, *Prequì Italia s.r.l.* (in *Foro it.*, 2018, IV, 146; *Corriere Giur.*, 2018, 2, 269; *Corriere Trib.*, 2018, 32-33, 2541, con nota di ARMELLA; *Riv. dir. trib.*, 2018, IV, 167, con nota di DE QUATTRO), secondo cui, tra l'altro: *“Il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima dell'adozione di qualsiasi decisione che possa incidere in modo negativo sui suoi interessi deve essere interpretato nel senso che i diritti della difesa del destinatario di un avviso di rettifica dell'accertamento, adottato dall'autorità doganale in mancanza di una previa audizione dell'interessato, non sono violati se la normativa nazionale che consente all'interessato di contestare tale atto*

*nell'ambito di un ricorso amministrativo si limita a prevedere la possibilità di chiedere la sospensione dell'esecuzione di tale atto fino alla sua eventuale riforma rinviando all'articolo 244 del regolamento (CEE) n. 2913/92 del Consiglio, del 12 ottobre 1992, che istituisce un codice doganale comunitario, come modificato dal regolamento (CE) n. 2700/2000 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2000, senza che la proposizione di un ricorso amministrativo sospenda automaticamente l'esecuzione dell'atto impugnato, dal momento che l'applicazione dell'articolo 244, secondo comma, di detto regolamento da parte dell'autorità doganale non limita la concessione della sospensione dell'esecuzione qualora vi siano motivi di dubitare della conformità della decisione impugnata con la normativa doganale o vi sia da temere un danno irreparabile per l'interessato"; "Il principio generale del diritto dell'Unione del rispetto dei diritti della difesa non si configura come 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"; "Il rispetto dei diritti della difesa è un principio fondamentale del diritto dell'Unione di cui il diritto di essere ascoltato in qualsiasi procedimento costituisce parte integrante. In forza di tale principio, che trova applicazione ogniqualvolta l'amministrazione si proponga di adottare nei confronti di un soggetto un atto ad esso lesivo, 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 l'amministrazione intende fondare la sua decisione. Tale obbligo incombe sulle amministrazioni degli Stati membri ogniqualvolta esse adottano decisioni che rientrano nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione, quand'anche la normativa applicabile non preveda espressamente siffatta formalità". In chiusura, la corte ribadisce che, in virtù del principio di strumentalità delle forme, la violazione dei diritti della difesa, in particolare del diritto di essere ascoltati, determina l'annullamento del provvedimento adottato al termine del procedimento amministrativo di cui trattasi soltanto se, in mancanza di tale irregolarità, tale procedimento avrebbe potuto comportare un risultato diverso;*

- 12) Corte di giustizia UE, 9 novembre 2017, C-298/16, *Ispas* (in *Foro it.*, 2017, IV, 577), secondo cui *"il principio generale di diritto dell'Unione del rispetto dei diritti della difesa deve essere interpretato nel senso che, nell'ambito di procedimenti amministrativi relativi alla verifica e alla determinazione della base imponibile dell'iva, un soggetto privato deve avere la possibilità di ricevere, a sua richiesta, le informazioni e i documenti contenuti nel fascicolo amministrativo e presi in*

*considerazione dall'autorità pubblica per l'adozione della sua decisione, a meno che obiettivi di interesse generale giustificchino la restrizione dell'accesso a dette informazioni e a detti documenti";*

- 13) Corte di giustizia UE, 17 dicembre 2015, C-419/14, *WebMindLicenses Kft* (in *Foro it.*, 2016, IV, 75), secondo cui, tra l'altro: *"il diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che non osta a che, ai fini dell'applicazione degli art. 4, par. 3, Tue, 325 Tvue, 2, 250, par. 1, e 273 direttiva 2006/112/Ce del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'iva, l'amministrazione tributaria possa, allo scopo di accertare la sussistenza di una pratica abusiva in materia d'iva, utilizzare prove ottenute nell'ambito di un procedimento penale parallelo non ancora concluso, all'insaputa del soggetto passivo, mediante, ad esempio, intercettazioni di telecomunicazioni e sequestri di messaggi di posta elettronica, a condizione che l'ottenimento di tali prove nell'ambito di detto procedimento penale e il loro utilizzo nell'ambito del procedimento amministrativo non violino i diritti garantiti dal diritto dell'Unione; in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, spetta, in forza degli art. 7, 47 e 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, al giudice nazionale che controlla la legittimità della decisione relativa a un accertamento dell'iva fondata su siffatte prove verificare, da un lato, se le intercettazioni di telecomunicazioni e il sequestro di messaggi di posta elettronica fossero mezzi istruttori previsti dalla legge e fossero necessari nell'ambito del procedimento penale e, dall'altro lato, se l'utilizzo da parte di tale amministrazione delle prove ottenute con detti mezzi fosse parimenti autorizzato dalla legge e necessario; spetta ad esso, inoltre, verificare se, conformemente al principio generale del rispetto dei diritti della difesa, il soggetto passivo abbia avuto la possibilità, nell'ambito del procedimento amministrativo, di avere accesso a tali prove e di essere ascoltato sulle stesse; se esso constata che tale soggetto passivo non ha avuto detta possibilità o che tali prove sono state ottenute nell'ambito del procedimento penale o utilizzate nell'ambito del procedimento amministrativo in violazione dell'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, detto giudice nazionale non deve ammettere tali prove e deve annullare detta decisione se essa risulta, per tale ragione, priva di fondamento; parimenti, non devono essere ammesse tali prove se detto giudice non è abilitato a controllare che esse siano state ottenute nell'ambito del procedimento penale conformemente al diritto dell'Unione o non può quantomeno sincerarsi, sulla base di un controllo già effettuato da un giudice penale nell'ambito di un procedimento in contraddittorio, che esse siano state ottenute conformemente a tale diritto";*
- 14) Cass. civ., sez. un., 9 dicembre 2015, n. 24823 (in *Foro it.*, 2016, I, 103; *Corriere trib.*, 2016, 486, con nota di BEGHIN; *Riv. giur. trib.*, 2016, 20, con nota di

LAMBERTI; *Fisco*, 2016, 184; *Bollettino trib.*, 2016, 222, con nota di AIUDI; *Dir. e pratica trib.*, 2016, 241, con nota di DE MITA; *Dir. e pratica trib.*, 2016, 719, con nota di LOVISOLO, RENDA; *Riv. dir. trib.*, 2017, II, 1, con nota di COLLI VIGNARELLI; *Riv. trim. dir. trib.*, 2016, 233, con nota di MULEO), secondo cui *“posto che, diversamente dal diritto dell’Unione europea, il diritto nazionale, allo stato della legislazione, non pone in capo all’amministrazione fiscale che si accinga ad adottare un provvedimento lesivo dei diritti del contribuente, in assenza di specifica prescrizione, un generalizzato obbligo di contraddittorio endoprocedimentale, comportante, in caso di violazione, l’invalidità dell’atto, in tema di tributi non armonizzati, l’obbligo dell’amministrazione di attivare il contraddittorio endoprocedimentale, pena l’invalidità dell’atto, sussiste esclusivamente in relazione alle ipotesi per le quali siffatto obbligo risulti specificamente sancito”*; *“in tema di tributi armonizzati, la violazione dell’obbligo del contraddittorio endoprocedimentale da parte dell’amministrazione comporta in ogni caso l’invalidità dell’atto, purché, in giudizio, il contribuente assolva l’onere di enunciare in concreto le ragioni che avrebbe potuto far valere, qualora il contraddittorio fosse stato tempestivamente attivato, e l’opposizione di dette ragioni (valutate con riferimento al momento del mancato contraddittorio) si riveli non puramente pretestuosa e tale da configurare, in relazione al canone generale di correttezza e buona fede ed al principio di lealtà processuale, sviamento dello strumento difensivo rispetto alla finalità di corretta tutela dell’interesse sostanziale, per la quale è stato predisposto”*; *“in tema di diritti e garanzie del contribuente sottoposto a verifiche fiscali, l’amministrazione finanziaria è gravata di un obbligo generale di contraddittorio endoprocedimentale, la cui violazione comporta l’invalidità dell’atto purché il contribuente abbia assolto all’onere di enunciare in concreto le ragioni che avrebbe potuto far valere e non abbia proposto un’opposizione meramente pretestuosa, esclusivamente per i tributi «armonizzati», mentre, per quelli «non armonizzati», non è rinvenibile, nella legislazione nazionale, un analogo generalizzato vincolo, sicché esso sussiste solo per le ipotesi in cui risulti specificamente sancito”*.