

Il volume si propone di affrontare in modo critico e sistematico il tema delle misure interdittive antimafia, analizzando, da un lato, il quadro normativo di riferimento e la sua pratica applicazione e, dall'altro, i rimedi procedurali e processuali predisposti dal legislatore al fine di fronteggiare le pesantissime conseguenze che le misure in questione generano sulle imprese.

La trattazione approfondisce, quindi, un tema molto discusso che vede contrapporsi il prevalente interesse pubblico alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico – mediante l'esclusione dal mercato di quelle imprese ritenute potenzialmente permeabili alla criminalità organizzata – all'interesse delle imprese a non subire acriticamente l'irreversibile lesione della propria libertà di iniziativa economica sulla base di misure di matrice prefettizia meramente discrezionali, che non presuppongono alcun accertamento penalistico e con finalità di tutela cautelare anticipata.

Nella contrapposizione dei predetti interessi, il quadro normativo odierno apre uno spiraglio alla salvaguardia delle imprese destinatarie di informative interdittive antimafia – che abbiano proposto la relativa impugnazione – mediante una forma di interconnessione tra giudizio amministrativo e procedimento penale, introducendo, con l'art. 34 *bis*, co. 6, del d.lgs. n. 159/2011, uno strumento di mitigazione degli effetti delle misure interdittive che, seppur con alcuni limiti, potrebbe rappresentare il primo passo per rendere omogeneo ed efficace, sul piano sostanziale, un sistema normativo e procedimentale che, nella sua applicazione, ha disvelato criticità che meritano una risoluzione definitiva.

Giuseppe Amarelli è Professore di diritto penale presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II. È autore di numerose pubblicazioni giuridiche, anche di carattere monografico. Tra queste ultime si segnalano *La contiguità politico-mafiosa* (2017) e *La ritrattazione e la ricerca della verità* (2006).

Saverio Sticchi Damiani è Professore di diritto amministrativo presso l'Università del Salento, Avvocato cassazionista ed autore di numerosi saggi e monografie in materia di diritto amministrativo nazionale ed europeo, in particolare nel settore degli appalti pubblici.

€ 42,00



Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici

a cura di

Giuseppe Amarelli

Saverio Sticchi Damiani



G. Giappichelli Editore

Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto
all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici

Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici

a cura di

Giuseppe Amarelli

Saverio Sticchi Damiani



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2019 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-3148-4

ISBN/EAN 978-88-921-8432-9 (ebook - pdf)

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Introduzione</i>	XV

ORIGINE ED EVOLUZIONE DELLE MISURE PREVENTIVE ANTIMAFIA

di *Pasquale Troncone*

1. L'immarcescibile longevità delle antiche misure di polizia	1
2. La normalizzazione di una doppia legalità statutaria che sfida gli ordinamenti	5
3. La legalità flessibile della prevenzione come forma di repressione del soggettivismo punitivo. Empiria ontologica di una giustizia speciale	8
4. L'irruzione normativa del tema antimafia nel travaglio garantista delle misure di prevenzione	11
5. Aporie democratiche sulla tolleranza repressiva del controllo sociale. Tracce di prevenzione punitiva	14
6. La discrezionalità controllata della prevenzione personale e di quella patrimoniale	19
7. Il "pragmatismo efficientista" tra le cause per legittimare il duplice livello di legalità in materia di prevenzione antimafia. Un "cold case" di identificazione genetica con il sistema penale	22
8. Il <i>soft law</i> come camuffamento della burocrazia punitiva. L'ambiguità dell'informativa interdittiva antimafia	24

RATIO E REQUISITI DELLE INFORMATIVE ANTIMAFIA

di *Arturo Levato*

1.	Inquadramento delle informative antimafia e tratti salienti del regime giuridico	31
1.1.	Estensione dell'area di applicazione	34
2.	<i>Ratio</i> sottesa alle informative	36
2.1.	Profili critici	39
3.	I requisiti delle informative	41
3.1.	Gli indici rivelatori del tentativo di infiltrazione	42
3.2.	Potestà di accertamento del Prefetto	45
4.	Contenuto del potere discrezionale e attività istruttoria alla luce della giurisprudenza	50
5.	Considerazioni conclusive	54

LA NATURA GIURIDICA DELLE MISURE INTERDITTIVE ANTIMAFIA

di *Francesco Mazzacuva*

1.	Rilievi introduttivi	57
2.	La centralità delle funzioni e la polisemia del concetto di prevenzione	58
3.	La natura delle interdittive antimafia alla luce dei presupposti applicativi e delle modalità di esecuzione	63
4.	Conclusioni: cenni sulle ricadute garantistiche	70

LE COMUNICAZIONI ANTIMAFIA: AUTONOMIA O SOVRAPPOSIZIONE CON LE INFORMAZIONI?

di *Alessandra De Pascalis*

1.	Comunicazioni e informazioni antimafia: l'originario rapporto di alternatività	73
2.	La novella introdotta dall'art. 89 <i>bis</i> del d.lgs. n. 159/2011: verso una sovrapposizione degli istituti	77
3.	I profili di incostituzionalità dell'art. 89 <i>bis</i> del d.lgs. n. 159/2011	78
4.	L'orientamento del Consiglio di Stato sulla sostanziale sovrapposizione tra i due istituti	81

	<i>pag.</i>
5. La sentenza della Corte Costituzionale n. 4/2018	83
6. Profili critici	85

LE INTERDITTIVE TRA LACUNE NORMATIVE E DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA: IL RUOLO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO NELL'INDIVIDUAZIONE DEGLI ELEMENTI INDIZIARI

di Saverio Sticchi Damiani

1. Gli elementi indizianti previsti dal codice antimafia	89
2. Gli strumenti di indagine del Prefetto	92
3. La discrezionalità delle Prefetture e strumenti di mitigazione	95
4. Il ruolo del giudice amministrativo nell'individuazione degli elementi indizianti	98
4.1. I provvedimenti del giudice	98
4.2. Il rapporto di parentela	99
4.3. I rapporti di comparaggio e le frequentazioni con soggetti controindicati	101
4.4. Le vicende anomale della gestione dell'impresa	101
4.5. La condivisione di un sistema di illegalità	102
4.6. Le vicende anomale nella formale struttura dell'impresa	102
4.7. L'instaurazione di rapporti commerciali	103
4.8. I dipendenti	105
5. Effetti del sistema tra l'assenza di garanzie partecipative e una tutela giurisdizionale amministrativa inefficace	106

IL RISCHIO DELL'INTERPRETAZIONE EVOLUTIVA DELLA NORMA. UN CASO EMBLEMATICO IN TEMA DI INTERDITTIVA ANTIMAFIA

di Giovanni Leone

1. La diffusa tendenza espansiva del diritto giurisprudenziale	113
2. Il recente caso della decisione del Consiglio di Stato in materia di interdittive	114
3. I profili problematici della sentenza	117
4. La questione controversa del pagamento e dei rimborsi per le opere già eseguite in caso di interdittiva	120

	<i>pag.</i>
5. Una interpretazione <i>praeter legem</i> ?	121
6. Una digressione: i principi in materia di interpretazione	123
6.1. L'interpretazione letterale	123
6.2. L'interpretazione analogica	124
6.3. Il divieto di analogia	125

L'IMPUGNAZIONE DELL'INFORMAZIONE ANTIMAFIA E IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO

di *Luca Cestaro*

1. Introduzione: il campo di applicazione dell'informazione e della comunicazione antimafia	127
2. Le diverse tipologie di informazioni antimafia	128
3. Effetti e natura dell'informazione antimafia: la sua impugnabilità	129
3.1. Gli effetti dell'informativa antimafia	129
3.2. La natura, la funzione e l'impugnabilità dell'informazione antimafia	130
4. La giurisdizione del giudice amministrativo	132
4.1. Il criterio generale	132
4.2. Il recesso della p.a. dai contratti pubblici	133
4.3. Il ritardo nelle verifiche antimafia	135
5. La competenza e il rito	136
5.1. L'individuazione del T.A.R. competente	136
5.2. Il rito applicabile	139
5.3. L'impugnazione dell'interdittiva e il commissariamento dell'impresa	139
6. Aspetti sostanziali del sindacato del G.A.	142
6.1. L'assenza di garanzie di partecipazione	142
6.2. La compatibilità con la CEDU delle informative generiche	143
6.3. La discrezionalità tecnica al cospetto del giudice amministrativo	144
6.4. Il sindacato del giudice amministrativo sull'informazione antimafia	146

EFFETTI DELLE MISURE INTERDITTIVE ANTIMAFIA NEI RAPPORTI CON LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

di *Alessandra De Pascalis*

1. Cenni generali	149
-------------------	-----

	<i>pag.</i>
2. Effetti dell'informazione antimafia interdittiva nella fase genetica dei rapporti con la P.A.	150
3. Le risoluzioni contrattuali	152
4. La revoca di finanziamenti, contributi ed erogazioni	155
5. La pronuncia del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria n. 3/2018	159
6. Ulteriori effetti delle informazioni antimafia interdittive	161
7. Le informazioni antimafia interdittive adottate nei confronti di imprese facenti parti di RTI e consorzi	162
7.1. Effetti sui raggruppamenti temporanei di imprese	163
7.2. Effetti sui consorzi	166

IL RISARCIMENTO DEI DANNI PATRIMONIALI E NON PATRIMONIALI IN CASO DI ANNULLAMENTO DELL'INTERDITTIVA

di Gian Luca Lemmo

1. Introduzione	171
2. La sentenza del Consiglio di Stato, Sezione III, 28 luglio 2015, n. 3707	174
3. Gli effetti della decisione sulla risarcibilità dei danni: l'errore scusabile	176
4. Gli effetti della decisione in materia di risarcibilità nel settore degli appalti	178
5. Prospettive	180

L'ENTE COLLETTIVO NELL'ARCIPELAGO DELLE MISURE DI CONTRASTO ALLE INFILTRAZIONI DELLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA NEL SISTEMA ECONOMICO

di Tommaso Guerini

1. Ambientamento dell'indagine	183
2. L'evoluzione della prevenzione antimafia tra la legge n. 575/1965 e la legge n. 646/1982	185
3. La prevenzione mediante organizzazione nel d.lgs. n. 231/2001 secondo lo "Stick and carrot approach"	188
3.1. La responsabilità degli enti collettivi per fatti di criminalità organizzata	192
4. Gli enti collettivi nel Codice Antimafia	195
5. Le misure di contrasto alle infiltrazioni mafiose nella disciplina anticorruzione: il comma 10 dell'art. 32, d.l. n. 90/2014	200
6. Notazioni conclusive	203

LE INTERDITTIVE ANTIMAFIA “GENERICHE” TRA INTERPRETAZIONE TASSATIVIZZANTE E DUBBI DI INCOSTITUZIONALITÀ

di *Giuseppe Amarelli*

1. Le interdittive “generiche”	207
2. La sentenza della Corte EDU 2017 De Tommaso c. Italia in materia di misure di prevenzione personali	209
3. Gli effetti della decisione su altri aspetti della disciplina delle misure di prevenzione anche patrimoniali	212
4. La esportabilità dei principi di diritto nel settore delle informative antimafia	213
5. L’esigenza di predeterminazione legale delle misure limitative dei diritti fondamentali riconosciuti nella CEDU	214
5.1. Le interdittive a cascata	219
6. Verso la questione di legittimità costituzionale dell’art. 84, comma 4, lett. d) ed e), d.lgs. n. 159/2011 per contrasto con l’art. 117 Cost. in relazione all’art. 1, Protocollo 1 add. CEDU?	220
7. La riforma del 2017 delle interdittive e la misura del controllo giudiziario: nessuna incidenza sulla soluzione del problema	221
8. L’interpretazione tassativizzante del Consiglio di Stato 2019	223
9. I perduranti dubbi di incostituzionalità	227
9.1. I possibili riflessi della sentenza della Corte Cost. n. 24/2019 in materia di misure di prevenzione	230
10. Prospettive <i>de iure condendo</i>	231

IL CONTROLLO GIUDIZIARIO “VOLONTARIO”: UNA MODERNA “MESSA ALLA PROVA” AZIENDALE PER UNA TUTELA RECUPERATORIA CONTRO LE INFILTRAZIONI MAFIOSE

di *Costantino Visconti*

1. Premessa: il sotto-sistema delle misure “diverse dalla confisca” nel Codice antimafia	237
2. I presupposti del controllo giudiziario “volontario” nelle prime applicazioni giurisprudenziali: critica	238
3. Una possibile alternativa	239
4. Modello “retrospettivo-stigmatizzante” vs modello “prospettico-cooperativo”	240

	<i>pag.</i>
4.1.1. La giurisprudenza di merito	241
4.1.2. La giurisprudenza di legittimità	244
4.2.1. La familiarità con il sistema 231	246
4.2.2. La familiarità con istituti francesi, britannici e statunitensi	248
4.3. Area grigia e rapporti mafie-imprese nelle ricerche sociologiche	250
5. Riassumendo, conclusivamente	251

QUESTIONI PROCESSUALI IN TEMA DI APPLICAZIONE DEL CONTROLLO GIUDIZIARIO DELLE AZIENDE *EX ART. 34 BIS*, COMMA 6, D.LGS. N. 159/2011

di *Giovanni Francolini*

1. Considerazioni introduttive	255
2. L'instaurazione del procedimento: l'iniziativa privata	257
3. Il rito applicabile e i poteri istruttori del tribunale	259
4. Le opzioni ermeneutiche in tema di impugnabilità del provvedimento del Tribunale	263
5. Qualche riflessione in attesa della pronuncia delle Sezioni Unite	269

GLI EFFETTI DEL CONTROLLO GIUDIZIARIO SUL GIUDIZIO AMMINISTRATIVO

di *Nicola Pisanello*

1. Le inevitabili interferenze tra il procedimento prevenzionale e il giudizio amministrativo	271
2. Sindacato del giudice penale della prevenzione e sindacato di legittimità del giudice amministrativo: interferenza o autonomia?	275
3. Effetti processuali sul giudizio amministrativo della concessione della misura del controllo giudiziario	278

L'IMPRESA RAGGIUNTA DA INTERDITTIVA ANTIMAFIA TRA COMMISSARIAMENTI PREFETTIZI E CONTROLLO GIUDIZIARIO

di *Raffaele Cantone e Barbara Coccagna*

1. La prevenzione delle infiltrazioni criminali nell'economia in un'ottica di bonifica aziendale	283
2. Il presidio di legalità introdotto dall'art. 32 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90	285
3. I commissariamenti prefettizi delle imprese raggiunte da interdittiva antimafia	291
4. L'istituto del controllo giudiziario delle aziende	293
5. Il controllo giudiziario delle imprese destinatarie di interdittiva antimafia di cui al comma 6 dell'art. 34 <i>bis</i>	297
6. Il preventivo esperimento del ricorso amministrativo come condizioni di ammissibilità della richiesta di controllo giudiziario delle imprese interdette	300
7. Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese: due declinazioni differenti del paradigma terapeutico	302
8. Conclusioni. Prospettive evolutive in un'ottica interpretativa unitaria	304

GIUDIZIO PENALE, RIABILITAZIONE ED INTERDITTIVE

di *Andrea Alberico*

1. La distanza tra giudizio penale e procedimento (applicativo e) di controllo sulle comunicazioni antimafia	309
2. Riabilitazione ed effetti penali della condanna	312
3. <i>Ratio</i> e funzione politico-criminale	313
4. I presupposti applicativi	314
5. Riabilitazione e misure di prevenzione	315
6. Riabilitazione e giurisprudenza amministrativa	316
7. Riabilitazione e comunicazione antimafia	317
8. Riabilitazione ed informazione antimafia	319
9. Possibili scenari	321

**LE MISURE DI STRAORDINARIA
E TEMPORANEA GESTIONE DELL'IMPRESA
EX ART. 32 D.L. N. 90/2014 NEL SETTORE
SANITARIO: L'ART. 7 DEL D.L. "CALABRIA",
30 APRILE 2019, N. 35**

di *Nicola Maria Maiello*

1.	Brevi cenni sul contesto normativo di elezione: tra 'doppiezza' del sistema punitivo e politiche di prevenzione e contrasto della corruzione	323
1.1.	L' <i>enforcement</i> del fronte della prevenzione amministrativa della corruzione	329
2.	I presupposti delle misure di 'commissariamento' dell'impresa ex art. 32, d.l. n. 90/2014	333
2.1.	Il procedimento applicativo	339
2.2.	I diversi tipi di commissariamento: la rinnovazione degli organi sociali, la straordinaria e temporanea gestione e il sostegno e monitoraggio dell'impresa	341
3.	Le misure di 'commissariamento' nel settore sanitario	344
4.	L'emergenza sanitaria in Calabria: l'art. 7, d.l. n. 35/2019	347
4.1.	I profili di irragionevolezza dell'attribuzione al Commissario straordinario dei poteri in tema di commissariamento dell'impresa	348

**CASE STUDY: L'ESPERIENZA
DEL CONSORZIO INTEGRA**

di *Danilo Carrozzo*

1.	Premessa	353
2.	Il Consorzio Integra: genesi e natura (cenni)	354
3.	Profili di innovazione dell'esperienza di Integra in relazione alla <i>governance</i> delle dinamiche esterne e interne del rapporto consortile	354
4.	La <i>compliance</i> antimafia	357
5.	Il Sistema di gestione integrato alla luce della <i>compliance antitrust</i>	360

LE INTERDITTIVE ANTIMAFIA “GENERICHE” TRA INTERPRETAZIONE TASSATIVIZZANTE E DUBBI DI INCOSTITUZIONALITÀ

di Giuseppe Amarelli

SOMMARIO: 1. Le interdittive “generiche”. – 2. La sentenza della Corte EDU 2017 De Tommaso c. Italia in materia di misure di prevenzione personali. – 3. Gli effetti della decisione su altri aspetti della disciplina delle misure di prevenzione anche patrimoniali. – 4. La esportabilità dei principî di diritto nel settore delle informative antimafia. – 5. L’esigenza di predeterminazione legale delle misure limitative dei diritti fondamentali riconosciuti nella CEDU. – 5.1. Le interdittive a cascata. – 6. Verso la questione di legittimità costituzionale dell’art. 84, comma 4, lett. *d)* ed *e)*, d.lgs. n. 159/2011 per contrasto con l’art. 117 Cost. in relazione all’art. 1, Protocollo 1 add. CEDU? – 7. La riforma del 2017 delle interdittive e la misura del controllo giudiziario: nessuna incidenza sulla soluzione del problema. – 8. L’interpretazione tassativizzante del Consiglio di Stato 2019. – 9. I perduranti dubbi di incostituzionalità. – 9.1. I possibili riflessi della sentenza della Corte Cost. n. 24/2019 in materia di misure di prevenzione. – 10. Prospettive *de iure condendo*.

1. *Le interdittive “generiche”*

Nel chiaroscurale sistema delle informazioni antimafia esiste una zona d’ombra accentuata, in cui le già labili garanzie predisposte dalla legislazione di settore sembrano rarefarsi ulteriormente, fino a scomparire quasi del tutto.

Si tratta delle c.d. interdittive “generiche” disciplinate dall’art. 84, comma 4, lett. *d)* ed *e)* e, in parte, dall’art. 91, comma 6, d.lgs. n. 159/2011.

A differenza dell’altra sotto-categoria di provvedimenti analoghi, le c.d. interdittive specifiche disciplinate dal medesimo art. 84, comma 4 lett., *a)*, *b)*, *c)* ed *f)*, in cui il legislatore descrive in modo analitico e tassativo i presupposti oggettivi da cui il Prefetto può desumere la complicità mafiosa soggiacente o compiacente di un’impresa¹, evitando eccessi di discrezionalità dell’organo amministrativo e,

¹ Secondo la recente precisazione di Cons. Stato, Sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105 e Cons. Stato, Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743, la prima forma, quella della complicità soggiacente, designa l’ipotesi in cui un operatore economico si lasci condizionare dalla minaccia mafiosa e si lasci impor-

allo stesso tempo, garantendo la prevedibilità degli eventuali provvedimenti adottati da parte dei destinatari (la norma infatti elenca una serie di situazioni di fatto oggettivamente sintomatiche del tentativo di infiltrazione sulla base di una presunzione ragionevole, come, ad esempio, la disposizione di misure cautelari o del giudizio, o di una condanna anche non definitiva per taluni reati contro la p.a., il patrimonio o l'ordine pubblico, ecc., oppure la proposta o il provvedimento di applicazione di una misura di prevenzione, o ancora l'omessa denuncia di taluni reati ad ambientazione mafiosa o l'adozione di talune scelte aziendali nella nomina degli organi sociali sintomatiche della tendenza ad eludere la normativa sulla documentazione antimafia)², le interdittive generiche possono essere disposte sulla base di presupposti vaghissimi e imprecisati.

Ai sensi delle altre lettere dell'art. 84, infatti, il provvedimento prefettizio può essere adottato anche quando la possibile contiguità delle imprese con ambienti mafiosi sia ricavata: “*d*) dagli accertamenti disposti dal Prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'interno ai sensi del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, ovvero di quelli di cui all'articolo 93 del presente decreto; *e*) dagli accertamenti da effettuarsi in altra provincia a cura dei prefetti competenti su richiesta del Prefetto procedente ai sensi della lettera *d*)”.

L'assoluta indeterminatezza delle condizioni che possono consentire al Prefetto di emettere un'informativa antimafia ai sensi dell'art. 84, comma 4, lett. *d*) ed *e*), d.lgs. n. 159/2011, alimenta notevoli perplessità circa la adeguatezza di questa misura, apparendo poco sostenibile in un ordinamento democratico che rifugia da

re le condizioni (*e/o* le persone, le imprese *e/o* le logiche) da questa volute, mentre la seconda forma, quella della complicità compiacente, l'ipotesi in cui decida di scendere consapevolmente a patti con la mafia nella prospettiva di un qualsivoglia vantaggio per la propria attività.

² Più precisamente, ai sensi di tale articolo, i tentativi di infiltrazione possono essere ricavati: “*a*) dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluni dei delitti di cui agli articoli 353, 353-*bis*, 629, 640-*bis*, 644, 648-*bis*, 648-*ter* del codice penale, dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3-*bis*, del codice di procedura penale e di cui all'articolo 12-*quinqies* del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356; *b*) dalla proposta o dal provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione; *c*) salvo che ricorra l'esimente di cui all'articolo 4 della legge 24 novembre 1981, n. 689, dall'omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di cui agli articoli 317 e 629 del codice penale, aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, da parte dei soggetti indicati nella lettera *b*) dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste; (...) *f*) dalle sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, effettuate da chiunque conviva stabilmente con i soggetti destinatari dei provvedimenti di cui alle lettere *a*) e *b*), con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti coinvolti nonché le qualità professionali dei subentranti, denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia”.

antichi spettri di diritto di polizia e di “pene del sospetto” e voglia ancorare qualsiasi provvedimento restrittivo di diritti fondamentali a basi legali precise e predefinite. In questa circostanza, infatti, il delicato bilanciamento dei contrapposti interessi costituzionali in gioco – il buon andamento della p.a. e la tutela dell’ordine pubblico, da un lato, e la libertà di iniziativa economica ed il diritto di proprietà, dall’altro – sembra non poggiare su valutazioni ponderate e predefinite normativamente di dati oggettivi effettivamente rivelatori di potenziali tentativi di infiltrazione mafiosa, ma essere affidato a libere e contingenti valutazioni fattuali ed *ex post* dell’organo inquirente e deliberante.

Pur tuttavia, nonostante tale tara congenita della disciplina, la tradizionale qualificazione non penale delle misure interdittive antimafia, fondata sulla granitica prevalenza accordata alle loro spiccate finalità preventive rispetto all’elevato grado di afflittività che le contraddistingue (la loro adozione può, invero, sostanzialmente nella definitiva cessazione delle attività di un’impresa con tutto ciò che ne consegue sul versante economico ed occupazionale, soprattutto quando si tratti di società di grandi dimensioni), ha per lungo tempo inibito qualsiasi sindacato sulla loro compatibilità con i principi garantisti che governano la materia penale e, quindi, in ottica CEDU con quelli scanditi dagli artt. 5, 6 e 7 CEDU. È stata sempre anteposta la necessità di non ingessare in un *numerus clausus* le situazioni sintomatiche di contiguità mafiosa delle imprese per evitare di lasciare lacune nel sistema sfruttabili dalla criminalità organizzata³.

2. La sentenza della Corte EDU 2017 De Tommaso c. Italia in materia di misure di prevenzione personali

Negli ultimi anni, però, sono intervenuti profondi cambiamenti nella nuova dimensione multilivello dell’ordinamento giuridico, soprattutto grazie al contributo della Corte EDU che – dopo aver determinato una rilevante estensione della tutela dei diritti fondamentali espandendo il concetto di “materia penale” oltre i confini formali tracciati dalla scelta nominalistica del legislatore nazionale⁴ – ha fissato nuovi ed interessanti limiti garantisti in ogni ambito disciplinare che possa determinare una compressione significativa di interessi o diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi Protocolli.

Con la nota sentenza De Tommaso c. Italia del 2017, relativa all’attiguo settore delle misure di prevenzione, sono stati gettati i semi non solo per un ripensamento di taluni punti cruciali della loro storicamente opaca disciplina, ma anche per un’eventuale rivisitazione di altri istituti con caratteristiche effettuali comuni;

³ Si esprime in tal senso, tra le tante, Cons. Stato, Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

⁴ Sul punto si veda il lavoro di L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018.

vale a dire, di altri istituti che, al di là del *nomen iuris* ad essi attribuito e delle finalità perseguite, condividono con le misure di prevenzione la stessa portata limitativa di diritti fondamentali.

Com'è noto, con quella decisione la Corte di Strasburgo ha assestato un durissimo colpo al nostro sistema delle misure *praeter delictum*⁵, demolendone alcune significative tessere che, per decenni – dopo una prima coraggiosa scalfitura operata dalla Corte costituzionale con la sent. n. 177/1980⁶ – avevano resistito tetragone alle numerose, fondate, obiezioni di legittimità costituzionale avanzate reiteratamente da larga parte della dottrina⁷.

Essa ha, infatti, smascherato uno dei principali *vulnera* che affliggeva l'anacronistica disciplina della prevenzione, vale a dire la possibilità di irrogare nei confronti del proposto misure limitative di suoi diritti fondamentali in presenza di presupposti talmente vaghi ed indeterminati da non rendere concretamente prevedibile per il destinatario una simile eventualità.

⁵ Per dei primi commenti si veda A.M. MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 marzo 2017, p. 1 ss.; F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, ivi, 3 marzo 2017, p. 1 ss.; R. MAGI, *Per uno statuto unitario dell'apprezzamento della pericolosità sociale. Le misure di prevenzione a metà del guado*, ivi, 13 marzo 2017, p. 1 ss.; F. MENDITTO, *La sentenza De Tommaso contro Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, ivi, 26 aprile 2017, p. 1 ss.; V. MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1039; F.P. LASALVIA, *Le misure di prevenzione dopo la Corte EDU De Tommaso*, in www.archiviopenale.it, 25 maggio 2017, p. 1 ss.

⁶ La Corte costituzionale in quell'occasione dichiarò, infatti, l'illegittimità costituzionale di una disposizione allora vigente, per contrasto con i principi di intangibilità della libertà personale e di legalità di cui agli artt. 13 e 25, comma 2, Cost., nella parte in cui consentiva l'applicazione delle misure di prevenzione a coloro che "per le manifestazioni cui abbiano dato luogo, diano fondato motivo di ritenere che siano proclivi a delinquere".

⁷ In proposito si rinvia, *ex multis*, ai contributi raccolti negli *Atti del V Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, Milano, 18/19 novembre 2016*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 399 ss.; ai lavori contenuti nello speciale *Le misure di prevenzione dopo il c.d. codice antimafia: aspetti sostanziali e procedurali*, a cura di F. BASILE, in *Giur. it.*, 2015, p. 1520; a V. MAIELLO, *La prevenzione ante-delictum: lineamenti generali*, in V. MAIELLO (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Torino, 2015, p. 299 ss.; A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001; D. PETRINI, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, 1996; G. FIANDACA, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1994, p. 109 ss.; M. FATTORE, *Così lontani, così vicini: il diritto penale e le misure di prevenzione*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 aprile 2017, p. 1 ss.; A. CAIRO-C. FORTE, *Codice delle misure di prevenzione*, Molfetta, 2018; nonché, in tempi più risalenti, F. BRICOLA, *Forme di tutela ante delictum e profili costituzionali della prevenzione*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione*, Milano, 1975, p. 434 ss.; L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962; P. NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976, p. 630 ss.; G. VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi in onore di Biagio Petrocchi*, III, Milano, 1972, p. 1591 ss.

In particolare, la Corte EDU in quella occasione ha condannato l'Italia, in primo luogo, poiché la disciplina dettata dall'art. 1, lett. a) e b) della legge n. 159/2011 consentiva di disporre la misura della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno nel comune di residenza anche nei casi di c.d. pericolosità generica, vale a dire, rispettivamente, nelle ipotesi di soggetto abitualmente dedito a traffici delittuosi e di persona che viva abitualmente con i proventi di attività delittuose; in secondo luogo, perché considerava non compatibile con i principî di determinatezza e prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie il contenuto di talune prescrizioni che – ai sensi dell'art. 8 del codice antimafia – devono, o possono, essere imposte all'interessato, ritenendo, in particolare, estremamente vaghe quelle di “vivere onestamente” e di “rispettare le leggi”.

Come si accennava, però, i parametri impiegati per ravvisare la violazione della CEDU da parte della disciplina nazionale della misura di prevenzione della sorveglianza speciale non sono stati quelli consueti e schiettamente ‘penalistici’ della intangibilità della libertà personale di cui all'art. 5 CEDU, del diritto ad un equo processo *volet pénal* di cui all'art. 6 CEDU e della legalità convenzionale di cui all'art. 7 CEDU, bensì quello ben diverso ed ‘extrapenale’ delle altre libertà fondamentali enunciate nella Convenzione e nei suoi Protocolli e, segnatamente, della libertà di circolazione delle persone di cui all'art. 2, Protocollo 4 CEDU⁸.

Per la Corte EDU queste misure *praeter delictum* personali del codice antimafia, pur non avendo natura penale e non ponendo, quindi, problemi di frizione con l'art. 5 CEDU (nonostante la diversa opinione del giudice Pinto de Albuquerque), incidono sulla libertà di circolazione all'interno di un dato territorio, nonché sul diritto di lasciare tale territorio, di cui all'art. 2, comma 4, Protocollo 4 CEDU, a causa della vaghezza di taluni loro presupposti applicativi, quelli delle c.d. fattispecie di pericolosità generica prima menzionati. Pur non godendo, cioè, queste misure degli stessi elevatissimi livelli di garanzia assicurati dalla Convenzione EDU alle sanzioni sostanzialmente penali, esse devono sempre essere predeterminate in maniera espressa e chiara dalla legge, onde garantire la prevedibilità della loro applicazione ed il rispetto del giusto equilibrio tra l'interesse pubblico, da un lato, e i diritti della persona, dall'altro⁹.

Ed infatti, secondo il costante orientamento della Corte, l'espressione “prevista dalla legge” contenuta nell'art. 2, § 3, Protocollo 4 CEDU (che – come si vedrà *infra* – compare anche nell'art. 1, Protocollo 1 CEDU) esige non solo che la misura contestata abbia qualche base nel diritto interno, ma che siano chiaramente definiti i suoi presupposti in modo tale da essere sempre accessibile alle persone interessate, e prevedibili i suoi effetti (si vedano in tal senso le decisioni richiama-

⁸ Sul punto cfr. F. VIGANÒ, *Art. 2 Prot. 4*, in G. UBERTIS-F. VIGANÒ, *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, 2016, p. 353 ss.

⁹ In tal senso Corte EDU, *Battista c. Italia*, n. 43978/09, 2 dicembre 2014, § 37.

te dalla stessa sentenza De Tommaso: Khlyustov c. Russia, n. 28975/05, § 68, 11 luglio 2013; X c. Lettonia [GC], n. 27853/09, § 58, CEDU 2013; Centro Europa 7 S.r.l. e Di Stefano c. Italia [GC], n. 38433/09, § 140, CEDU 2012; Rotaru c. Romania [GC], n. 28341/95, § 52, CEDU 2000-V; e Maestri c. Italia [GC], n. 39748/98, § 30, CEDU 2004-I).

La Corte EDU, infatti, pur ammettendo che le norme dal contenuto punitivo dei singoli Stati membri possano essere non eccessivamente rigide in modo da potersi adattare all'evoluzione del contesto circostante, precisa che "una legge che conferisce una discrezionalità deve indicare la portata di tale discrezionalità, sebbene le procedure dettagliate e le condizioni da osservare non debbano necessariamente essere incorporate in norme di diritto sostanziale" (§ 109).

Ciò la porta a ritenere che la disciplina italiana in materia di misure di prevenzione personali non conteneva "disposizioni sufficientemente dettagliate su quali tipi di comportamento dovessero essere considerati come pericolosi per la società" (§ 117) e, quindi, non garantiva una effettiva prevedibilità da parte dei potenziali destinatari.

3. *Gli effetti della decisione su altri aspetti della disciplina delle misure di prevenzione anche patrimoniali*

Questa decisione ha riverberato immediatamente (seppure con qualche resistenza¹⁰) effetti dirompenti sul versante della disciplina interna delle misure di prevenzione: da un lato, innescando una questione di legittimità costituzionale avverso le misure di prevenzione anche patrimoniali incentrate sulla pericolosità generica di cui all'art. 1, lett. a) e b), legge n. 159/2011 per violazione dell'art. 117 Cost. in riferimento all'art. 2 del Protocollo 4 addizionale CEDU e all'art. 1 del Protocollo 1 addizionale CEDU¹¹ che ha condotto alla declaratoria di illegittimità

¹⁰Una parte della giurisprudenza (Trib. Milano, Sez. misure di prevenzione, 7 marzo 2017, in www.penalecontemporaneo.it, 13 aprile 2017, con nota di S. FINOCCHIARO, *Come non detto. Per il Tribunale di Milano la sentenza della Grande Camera de Tommaso in materia di misure di prevenzione non integra un precedente consolidato*; Trib. Palermo, Sez. I misure di prevenzione, 28 marzo 2017, ivi, con nota di F. BALATO, *Su talune recenti prese di distanza dalla sentenza della Corte EDU de Tommaso da parte della giurisprudenza di merito*) ha provato a 'stemperare' la portata della sentenza De Tommaso utilizzando l'arma difensiva del diritto consolidato, forgiata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 49/2015 nel noto e irrisolto caso Varvara, dimenticando, però, – come giustamente osservato da M. PELISSERO, *La 'fattispecie di pericolosità': i presupposti di applicazione delle misure e le tipologie soggettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 467, che in questo caso si tratta di una sentenza della Grande Camera su una questione che sollevava gravi problemi di interpretazione.

¹¹In tal senso cfr. Corte d'appello di Napoli, VIII Sez. pen., Misure di prevenzione, ord. 14 marzo 2017, Pres. Grasso, Est. Cioffi, in www.penalecontemporaneo.it, 31 marzo 2017, con un commento di F. VIGANÒ, *Illegittime le misure di sicurezza personali e patrimoniali fondate su fattispecie di pericolosità generica? Una prima ricaduta interna della sentenza De Tommaso*.

costituzionale n. 24/2019 dell'art. 1, lett. a), d.lgs. n. 159/2011 e dell'identica disciplina pregressa su cui si tornerà più approfonditamente *infra*¹²; dall'altro, stimolando un vivace dialogo tra le Corti circa la norma incriminatrice di cui all'art. 75, d.lgs. n. 159/2011, che punisce la condotta di chi violi gli obblighi e le prescrizioni imposti con la misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza ai sensi dell'art. 8 del d.lgs. n. 159/2011, che, dopo un primo arresto delle Sezioni unite che ne aveva operato una insolita abrogazione giurisprudenziale¹³, è stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con la sent. n. 25/2019 nella parte in cui aveva ad oggetto anche la violazione delle prescrizioni di "vivere onestamente" e "rispettare le leggi", in quanto trattasi di prescrizioni generiche e indeterminate che non possono rappresentare la base legale per un rimprovero penale¹⁴.

4. *La esportabilità dei principi di diritto nel settore delle informative antimafia*

Il dubbio che interessa diradare in questa sede è se un simile principio di diritto enunciato dalla Corte di Strasburgo in materia di misure di prevenzione personali, e già esteso alle misure patrimoniali in quanto lesive di un altro diritto convenzionale fondamentale come quello di proprietà, possa in qualche modo incidere anche sul limitrofo settore delle informazioni antimafia di cui agli artt. 84 e 91, d.lgs. n. 159/2011, segnatamente su quelle c.d. generiche descritte in precedenza, le quali, nonostante l'elevatissimo tasso di afflittività (determinano l'interdizione dell'inizio o della prosecuzione di qualsivoglia rapporto con l'Amministrazione o l'ottenimento di qualsiasi sussidio, beneficio economico o sovvenzione e, quindi, possono portare alla 'morte' dell'impresa se questa lavora esclusivamente nel settore degli appalti pubblici), si situano, per incontrovertibile consuetudine interna, al di fuori del concetto allargato di 'materia penale'¹⁵; sono affidate – in ragione

¹² Corte Cost. n. 24/2019, in *Giur. cost.*, 2019, con nota di V. MAIELLO, *La prevenzione ante delictum da pericolosità generica al bivio tra interpretazione tassativizzante e legalità costituzionale*, in corso di pubblicazione.

¹³ In questi termini v. Cass., Sez. Un., 27 aprile 2017, n. 40076, Paternò, in *www.penalecontemporaneo.it*, con commento di F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato*, p. 1 ss. Per un commento critico alla sentenza Paternò e alla difforme sentenza Sorresso, si veda V. MAIELLO, *La violazione degli obblighi di "vivere onestamente" e "rispettare le leggi" tra abolitio giurisprudenziale e giustizia costituzionale: la vicenda Paternò*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 777 ss.

¹⁴ Corte Cost. n. 25/2019, in *www.penalecontemporaneo.it*, 4 marzo 2019, con nota di S. FINOCCHIARO.

¹⁵ Sul principio di legalità nel diritto amministrativo si rinvia *ex multis* a G. CORSO, *Il principio*

di una ‘base legale’ molto elastica – alla discrezionalità pressoché arbitraria non del potere giudiziario, ma addirittura del Prefetto; e non beneficiano del controllo garantista del giudice penale neanche in sede di gravame, spettando alla giustizia amministrativa un’operazione di mera valutazione formale di legittimità della sussistenza dei labili presupposti applicativi¹⁶.

Ad alimentare tale interrogativo contribuisce la già richiamata opzione di fondo della decisione in parola di distaccarsi dalla tradizionale dicotomia ad imbutto ‘penale/non penale’ e di fondarsi, invece, sulla più ampia esigenza di prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie incidenti su diritti fondamentali di marca convenzionale ‘altri’ rispetto alla libertà personale. È infatti evidente come, ragionando in una prospettiva tutta extra-penale, il parallelismo tra i due settori della prevenzione e delle informative antimafia appaia più ragionevole, soprattutto se si tiene conto che nell’ambito della prevenzione sono contemplate anche misure di competenza dell’autorità amministrativa come quelle personali proposte dal Questore¹⁷.

5. *L’esigenza di predeterminazione legale delle misure limitative dei diritti fondamentali riconosciuti nella CEDU*

Se si parte dal principio di diritto enunciato dalla De Tommaso, secondo cui ogni misura che attinge i diritti fondamentali della persona enunciati nelle fonti convenzionali deve necessariamente essere agganciata a presupposti legali precisi e determinati, tali da renderne prevedibile la concreta applicazione, l’interdittiva c.d. generica sembra essere convenzionalmente illegittima.

Essa, infatti, pur determinando una compressione considerevole, talvolta draconiana, di diritti fondamentali analoghi a quelli incisi dalle misure di prevenzione patrimoniali, quale quello di proprietà di cui all’art. 1, Protocollo 1 CEDU – la cui accezione oggi in ambito convenzionale è estremamente ampia, arrivando a ricomprendere sia i “beni esistenti” che i valori patrimoniali, ivi inclusi, in determinati casi ben definiti, i crediti. (Corte dir. uomo 7 luglio 2011, Agrati c. Italia) –, ol-

di legalità, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 3 ss.; A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 111 ss.

¹⁶ In argomento, sia consentito rinviare al nostro G. AMARELLI, *L’onda lunga della sentenza De Tommaso: ore contate per l’interdittiva antimafia ‘generica’ ex art. 84, comma 4, lett. d) ed e) d.lgs. n. 159/2011?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 ottobre 2017.

¹⁷ Seppure con riferimento ad un ambito diverso e, segnatamente, quello delle sanzioni previste in materia di incentivi agli impianti fotovoltaici dall’art. 43, d.lgs. n. 28/2011, l’estensione delle garanzie penalistiche al sistema sanzionatorio amministrativo è stata sostenuta da F. GOISIS, *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria-amministrativa: gli obblighi discendenti dall’art. 7 CEDU*, in *Foro amm.-TAR*, 4/2013, p. 1228 ss.

tre a quello di libertà di iniziativa economica garantito dalla Costituzione e dal Trattato UE, può essere disposta sulla base di presupposti ancor più generici di quelli giudicati inadeguati dalla Corte di Strasburgo per le misure di prevenzione.

In questo caso, addirittura, l'imprenditore non è messo in condizione di sapere quali siano le situazioni che possano consentire al Prefetto di desumere un tentativo di infiltrazione mafiosa nella sua azienda¹⁸, il quale le esplicherà in modo analitico solo nel provvedimento di diniego della informativa antimafia.

Se, invero, nell'art. 1, lett. a) e b), d.lgs. n. 159/2011 si fa riferimento almeno a dei parametri, poi giudicati inidonei¹⁹, quali quello del “vivere abitualmente dei proventi illeciti” e dell'essere “abitualmente dedito a traffici delittuosi”, in tale ipotesi non esiste alcuna base legale, consentendo l'art. 84, comma 4, lett. d) ed e) di desumere i tentativi di infiltrazioni *sic et simpliciter* “dagli accertamenti disposti dal prefetto”: null'altro!

Se sono stati considerati inadeguati in termini di prevedibilità i presupposti della pericolosità generica, *a fortiori* dovrebbero esserlo quelli della interdittiva antimafia c.d. generica, non contemplando essi alcun parametro oggettivo, anche il più indeterminato, che possa in qualche modo definire il margine di apprezzamento discrezionale del Prefetto, rendendo così del tutto imprevedibile la possibile adozione della misura.

Ancor più che per le misure di prevenzione, il destinatario del provvedimento prefettizio finisce con l'essere esposto all'arbitrio dell'organo amministrativo competente a rilasciare l'informativa, correndo il rischio di vedere dissolti in un istante, sulla base della sua decisione potestativa unilaterale, i crediti eventualmente vantati nei confronti della pubblica amministrazione per le opere o i servizi che, in seguito ad una gara di appalto regolarmente vinta o altro rapporto legalmente instaurato, stava sino a quel momento eseguendo o prestando, o si accingeva a farlo, ecc.

In base alla disciplina di cui all'art. 84, comma 4, lett. d) ed e), infatti, anche un imprenditore che non sia stato destinatario di una misura cautelare o di una sentenza di condanna per reati particolarmente gravi, oppure attinto da una misura di prevenzione antimafia, si trova ugualmente esposto al rischio enorme ed imprevedibile di vedersi negare l'informativa antimafia e, quindi, di dover perdere i propri contratti in corso con le pubbliche amministrazioni, tutte le volte in cui le ‘libere indagini’ svolte dal Prefetto in assenza di contraddittorio e di decisione di un giudice terzo possano, in perfetto stile inquisitorio, lasciare emergere dati di

¹⁸ In tal senso si veda Cons. Stato, Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743, che afferma espressamente come gli elementi su cui fondare l'informativa antimafia costituiscano un ‘catalogo aperto’.

¹⁹ Il § 117 della motivazione della sentenza De Tommaso, infatti, ha ritenuto non soddisfatto il requisito della “previsione legale” in quel caso poiché quelle fattispecie di pericolosità generica non identificavano chiaramente “gli elementi fattuali e le specifiche tipologie di condotta che devono essere prese in considerazione per valutare la pericolosità sociale dell'individuo”.

fatto da questi soggettivamente interpretabili come sintomatici di un tentativo di infiltrazione mafiosa; tentativo che, peraltro, si badi potrebbe essere anche inidoneo o ordito alle spalle dell'imprenditore.

È bene tener presente che il nocumento che può derivare ai beni patrimoniali del destinatario del provvedimento può assumere proporzioni vastissime e a volte 'demolitive' per l'intera impresa come, ad esempio, nell'ipotesi in cui questa abbia dimensioni considerevoli e lavori esclusivamente o prevalentemente su commesse pubbliche: l'entità del danno economico conseguente all'adozione di un'interdittiva potrebbe aggirarsi su valori superiori a quelli di qualsiasi sanzione patrimoniale penale, anche la temutissima confisca per equivalente, riguardando l'intero 'portafoglio' delle sue attività, non solo quelle 'connesse' direttamente o meno con il reato, e determinando così il suo stato di decozione prodromico al fallimento o all'estinzione dell'impresa.

Ma si può davvero tollerare che una misura così restrittiva di libertà fondamentali dell'imprenditore e gravida di effetti devastanti sulle sue attività e sulla sua situazione economico-patrimoniale, nonché sulla situazione occupazionale dei suoi dipendenti, possa essere affidata ad una decisione arbitraria del Prefetto a causa di una disposizione di legge che non ne indica neanche sommariamente i presupposti e che cumula nelle sue mani poteri inquirenti e poteri decisionali?

Si può assistere all'adozione di provvedimenti amministrativi prefettizi distruttivi di realtà aziendali, anche accreditate nel panorama economico-imprenditoriale, sulla base di materiale indiziario labile ottenuto tramite accertamenti disposti dallo stesso organo deliberante, magari su un'altra impresa solo in qualche modo ad essa collegata, come nel caso della c.d. interdittiva a cascata?

Si può sopportare che una misura di questo tipo sia nella sostanza del tutto imprevedibile per il potenziale destinatario ed affidata allo smisurato potere investigativo e decisionale del Prefetto a cui basta accertare l'esistenza di relazioni di parentela tra un soggetto che opera in un'impresa ed un altro che è indiziato di appartenenza o contiguità mafiosa?

Si può ammettere che la sua adozione non sia disposta da un organo giurisdizionale dotato di poteri cognitivi e competenze tecniche adeguate come il Tribunale di prevenzione?

La risposta a tutti questi quesiti sembra dovere essere sempre negativa, proprio grazie alla pregnanza del principio di diritto 'aperto' enunciato dalla sentenza De Tommaso.

Se, cioè, per la Corte EDU la predeterminazione legale, chiara, precisa e prevedibile dei presupposti applicativi è condizione necessaria di legittimità convenzionale della disciplina interna in materia di misure di prevenzione personali, a maggior ragione lo stesso deve valere anche per l'interdittiva antimafia 'generica', la cui applicazione – oltre ad essere sottratta al giudice penale, cui non compete neanche il sindacato in fase di gravame, a differenza delle misure di prevenzione che sono proposte dal questore ma adottate dal giudice penale avverso il cui

provvedimento è possibile ricorrere in Cassazione – prescinde da quegli elementi di fatto, *alias* indizi di reato, che pur sempre (teoricamente) dovrebbero legittimare le prime e, al contrario, è sovente ancorata a dati personali, come le mere relazioni di parentela o amicizia.

Ancor più di queste ultime, infatti, l’informazione interdittiva antimafia ‘generica’ si presenta come un provvedimento costitutivo ampiamente discrezionale, ai limiti dell’arbitrio assoluto, dalla natura manifestamente indiziaria (nonostante il diverso avviso del Consiglio di Stato, che, invece, la ritiene agganciata ad idonei e specifici elementi di fatto, che singolarmente o nel loro complesso, esprimono obiettivi indici di rischio di collegamenti del destinatario con la criminalità organizzata²⁰), fondata su fatti aventi le caratteristiche di gravità, precisione e concordanza, dai quali, sulla base della regola causale elastica del “più probabile che non”²¹, il Prefetto constata obiettive ragioni di insussistenza della perdurante fiducia sull’affidabilità e moralità dell’imprenditore.

Se allora si tratta di una misura caratterizzata da un grado di afflittività pari o superiore rispetto a quello delle misure di prevenzione, ma di uno statuto garantista ancor più diafano, la estensibilità della sentenza De Tommaso pare essere non una mera eventualità, bensì un esito obbligato.

Mutatis mutandis, infatti, anche per l’informazione antimafia sembrano valere le stesse identiche argomentazioni impiegate nei § 107 ss. della sentenza De Tommaso per fondare la condanna dell’Italia per la disciplina interna in materia di prevenzione personale.

Anche nella situazione descritta dagli artt. 84, comma 4, lett. *d*) ed *e*) e 91, comma 6, d.lgs. n. 159/2011, ci si trova al cospetto di una norma che non può essere considerata una “legge” secondo i parametri qualitativi convenzionali, essendo priva di quel livello minimo di precisione che consente ai cittadini di regolare le proprie condotte in conformità o difformità rispetto alle sue pretese e di essere in grado – se necessario, anche mediante appropriata consulenza – di prevedere, a un livello ragionevole nelle specifiche circostanze, ma senza richiedersi l’assoluta certezza, le conseguenze che un determinato atto può comportare.

A nulla valgono a ridurre la vaghezza dei presupposti dell’interdittiva generica le specificazioni contenute nell’art. 91, comma 6, d.lgs. n. 159/2011 in base al quale il Prefetto può, altresì, desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa da provvedimenti di condanna anche non definitiva per reati strumentali all’attività delle organizzazioni criminali unitamente a concreti elementi da cui risulti che

²⁰ In tal senso Cons. Stato, Sez. III, 29 febbraio 2016, n. 868.

²¹ Così, da ultimo, Cons. Stato, Sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105; Cons. Stato, Sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758; Cons. Stato, Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743 cit.; e Cons. Stato, Sez. III, 7 luglio 2016, n. 3009, in cui è stato ribadito che è sufficiente provare come “risulti non illogico ed attendibile l’apprezzamento della sussistenza del pericolo di condizionamento dell’impresa derivante dalla infiltrazione mafiosa”.

l'attività d'impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata, nonché dall'accertamento delle violazioni degli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui all'art. 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136, commesse con la condizione della reiterazione prevista dall'art. 8 *bis* della legge 24 novembre 1981, n. 689. Questa disposizione, infatti, contiene un catalogo ulteriore di situazioni di fatto da cui è possibile desumere le infiltrazioni mafiose in un'impresa, ma contiene una clausola di chiusura amplissima che finisce con il sortire il medesimo effetto estensivo dell'art. 84, comma 4, lett. *d*) ed *e*), consentendo al Prefetto di avvalersi di qualsiasi 'elemento concreto' da cui risulti il tentativo di condizionamento mafioso delle attività dell'impresa²².

Se, allora, si può continuare a ritenere ragionevole – nel solco dell'orientamento classico del Consiglio di Stato²³ – che tale misura, in forza della sua finalità preventiva, non debba necessariamente collegarsi ad accertamenti in sede penale di carattere definitivo e certi sull'esistenza della contiguità dell'impresa con organizzazione malavitosa²⁴, 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, risulta, però, necessario che tali profili indiziari siano in qualche modo predeterminati dal legislatore, rendendo accessibile ai destinatari la gamma dei comportamenti 'a rischio' e, dunque, prevedibile la disposizione della misura da parte del Prefetto. Non ci si può più accontentare – come, invece, ha fatto finora il Consiglio di Stato – "dell'accertamento di relazioni di varia natura con la criminalità, anche risalenti nel tempo, che abbiano valore sintomatico ed indiziario" per disporre il provvedimento interdittivo²⁵ e, addirittura, per estenderlo 'a cascata' ad altre imprese legate da vincoli associativi a quella attinta dalla misura²⁶, ampliando così ulteriormente il *deficit* di imprevedibilità della stessa per tale sotto-categoria di destinatari.

Questi problemi non sono appianati neanche dall'orientamento più garantista formatosi nella più recente giurisprudenza amministrativa che ha richiesto quale ulteriore presupposto applicativo per l'interdittiva l'espressa indicazione da parte

²² Sul problema specifico dei margini amplissimi di apprezzamento rimessi al Prefetto cfr. Cons. Stato, Sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565, in *Urb. app.*, 2017, p. 223 ss., con nota di P. TONNARA, *Infiltrazioni mafiose e discrezionalità del Prefetto*; in argomento, in chiave più generale, si veda anche R. CAVALLA PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990, *passim*.

²³ Cons. Stato, Sez. III, 5 febbraio 2014, n. 570.

²⁴ Come chiarito da altra pronuncia del Cons. Stato, Sez. III, 31 agosto 2016, n. 3754, anzi, "gli elementi posti a base dell'informativa possono essere anche non penalmente rilevanti o non costituirne oggetto di procedimenti o di processi penali o, addirittura e per converso, possono essere già stati oggetto del giudizio penale, con esito di proscioglimento o di assoluzione".

²⁵ Cons. Stato, Sez. III, 7 luglio, 2016, n. 3009, cit.

²⁶ Cons. Stato, Sez. III, 22 giugno 2016, n. 2774.

del Prefetto di “atti idonei diretti in modo non equivoco” (o di “concreti elementi”²⁷) a conseguire lo scopo di condizionarne le scelte gestionali.

In tal modo, infatti, si è riusciti solo a restringere selettivamente il novero dei casi in cui l’interdittiva può essere disposta, escludendo quelli puramente sintomatici-soggettivi o oggettivi ma inidonei o meramente preparatori, ma non si è risolto a monte il *vulnus* di tipicità relativo alla mancata elencazione della tipologia di atti che, una volta ritenuti idonei ed univoci, possono fondare l’adozione di un’informativa antimafia negativa²⁸.

Per il Consiglio di Stato, infatti, gli elementi oggettivi e concreti sulla cui scorta si può emanare un’interdittiva antimafia non costituiscono un *numerus clausus*, ma, al contrario, “assumono forme e caratteristiche diverse secondo i tempi, i luoghi e le persone e sfuggono, per l’insidiosa pervasività e mutevolezza, anzitutto sul piano sociale, del fenomeno mafioso, ad un preciso inquadramento. Quello voluto dal legislatore, ben consapevole di questo, è dunque un catalogo aperto di situazioni sintomatiche del condizionamento mafioso”, comprendente i più molteplici e diversi rapporti di parentela, amicizia, colleganza, frequentazione, collaborazione, che per intensità e durata indichino un verosimile pericolo di condizionamento criminale; nonché tutte le vicende anomale nella formale struttura o nella concreta gestione dell’impresa, sintomatiche di cointeressenza o di discendenza dell’impresa e dei suoi soci, amministratori, gestori di fatto con il fenomeno mafioso nelle sue più varie forme²⁹.

Alla luce dell’intervento della Corte di Strasburgo, inoltre, sembrano dissolversi anche le altre osservazioni formulate sino al recente passato dalla già citata sentenza del Consiglio di Stato n. 868/2016, che vedevano nel potere conferito al giudice amministrativo di sindacare l’ampia discrezionalità riservata al Prefetto un sufficiente antidoto ai dubbi di compatibilità con i principî di legalità e di certezza del diritto sollevati dalla disciplina dell’interdittiva: questo controllo, invero, è circoscritto ai soli evidenti vizi di eccesso di potere per manifesta illogicità e erronea e travisata valutazione dei presupposti, non investendo anche il merito e, quindi, gli elementi di fatto ritenuti idonei, singolarmente o nel loro complesso, a rivelare oggettivamente (?) il rischio di collegamenti con la criminalità organizzata.

5.1. *Le interdittive a cascata*

Va segnalato che i dubbi che l’istituto suscita, da un lato, a causa dell’eccesso di discrezionalità prefettizia e, dall’altro, a causa dell’incertezza per il destinatario

²⁷ Cons. Stato, Sez. III, 31 agosto 2016, n. 3754, cit.

²⁸ In tal senso cfr. CGA, Sicilia, 29 luglio 2016, n. 247; conforme, da ultimo, TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 26 aprile 2017, n. 1143.

²⁹ Cons. Stato, Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

della misura, aumentano esponenzialmente in relazione alla figura di pura creazione giurisprudenziale, e del tutto priva di basi normative, delle c.d. “interdittive a cascata”.

In questi casi, infatti, la misura viene applicata ‘per rimbalzo’ dall’interdetto ad altri soggetti che operino con lui stabilmente e non occasionalmente attraverso una estensione del giudizio prognostico di pericolo di inquinamento mafioso relativo ad un’impresa ad ogni altro soggetto giuridico che con essa abbia rapporti continuativi, anche di tipo societario, consortile o commerciale. I legami economici e commerciali duraturi e stabili tra due soggetti, uno indiziato di complicità soggiacente o compiacente e l’altro ‘pulito’, fanno presumere che, per ciò solo, anche quest’ultimo sia esposto al rischio di permeabilità alle influenze criminali e, dunque, debba essere estromesso dal mondo delle gare pubbliche³⁰.

In tali casi la misura antimafia nei confronti di una società risulta giustificata dal mero rilievo della partecipazione ad essa di altra società gravata da interdittiva, o di altra persona fisica attinta dal provvedimento, non essendo necessari ulteriori indici sintomatici, essendo questo univocamente significativo del pericolo di infiltrazione.

L’unico temperamento ammesso dal C.d.S. è che “rimane, in ogni caso, integra la possibilità della seconda impresa di smentire tale presunzione e di superarne, quindi, la relativa valenza probatoria”.

È evidente come una simile applicazione dell’istituto amplifichi i dubbi sulla legittimità delle interdittive generiche, perché la loro eventuale disposizione a cascata, nel caso di aspetti rilevati dal Prefetto ma non tipizzati dal legislatore in alcun modo, rende assolutamente imprevedibile per l’altro soggetto attinto per rimbalzo la applicazione della misura.

In tali situazioni, la soluzione più rispettosa sarebbe quella di accertare autonomamente, anche in ordine all’altro soggetto coinvolto, l’effettiva esistenza di un tentativo di infiltrazione e non desumerla sulla scorta di un ragionamento inferenziale agganciato ad una presunzione tutt’altro che fondata ed attendibile relativa ai meri rapporti societari/commerciali.

6. *Verso la questione di legittimità costituzionale dell’art. 84, comma 4, lett. d) ed e), d.lgs. n. 159/2011 per contrasto con l’art. 117 Cost. in relazione all’art. 1, Protocollo 1 add. CEDU?*

Sulla scorta di quanto detto sinora, all’orizzonte sembra profilarsi la concreta possibilità che, in un futuro giudizio innanzi alla giustizia amministrativa relativo ad un’informativa antimafia negativa disposta sulla base dei presupposti generici

³⁰ Cons. Stato, sent. n. 2274/2016.

suindicati, sia sollevata una questione di legittimità costituzionale dell'art. 84, comma 4, lett. *d*) ed *e*) per violazione dell'art. 117 Cost. in riferimento al parametro interposto dell'art. 1, Protocollo 1 addizionale CEDU che tutela il diritto di proprietà, stante la totale assenza di quella 'adeguata base legale' che la Corte di Strasburgo richiede per impedire provvedimenti arbitrari³¹.

Peraltro, rispetto all'interdittiva antimafia si potrebbe porre una questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 Cost. anche in riferimento all'art. 6 CEDU sull'equo processo.

Siccome il sindacato sulle interdittive prefettizie è sottratto al giudice penale per essere affidato al giudice amministrativo, potrebbe prospettarsi una violazione di questo articolo della Convenzione nel suo c.d. *volet civil*: non solo il procedimento di adozione del provvedimento non garantisce pienamente il diritto di difesa mancando la terzietà del soggetto che lo dispone ed un adeguato contraddittorio endo-procedimentale, ma l'autorità giudiziaria amministrativa adita per verificare la fondatezza esercita una funzione di controllo di legittimità e non di merito, tesa a evidenziare nel provvedimento prefettizio eventuali vizi di eccesso di potere per manifesta illogicità ed erronea e travisata valutazione dei presupposti, ma non per difetti di opportunità dello stesso. Tutto ciò non sembra garantire una tutela giurisdizionale effettiva rispetto a provvedimenti fortemente restrittivi di diritti fondamentali, oltre che adottati dallo stesso organo che ha svolto le indagini, né tantomeno un pieno rispetto del diritto di difesa e del principio/diritto del contraddittorio.

7. La riforma del 2017 delle interdittive e la misura del controllo giudiziario: nessuna incidenza sulla soluzione del problema

Non sembra aver in alcun modo contribuito a diradare le perplessità sinora manifestate sul sottosistema delle interdittive c.d. generiche la recente e valida riforma del codice antimafia realizzata con la controversa legge 17 ottobre 2017, n. 161, con cui – oltre ad incidere sulle ipotesi di pericolosità qualificata estendendole irragionevolmente anche a soggetti indiziati di delitti molto diversi da quelli di criminalità organizzata – è stata riscritta anche la disciplina del 'salvataggio' delle imprese attinte da una informazione prefettizia antimafia.

L'art. 11, comma 1, legge n. 161/2017, che ha introdotto all'interno del codice antimafia il comma 6 dell'art. 34 *bis* con cui si stabilisce che le imprese destinatarie dell'informativa antimafia ex art. 84, comma 4, possono richiedere al tribunale competente l'applicazione della misura del controllo giudiziario, offre infatti una interessantissima ed utilissima alternativa ai destinatari del provvedimento prefet-

³¹ A. CAIRO, *La prevenzione patrimoniale*, in A. CAIRO-C. FORTE, *Codice delle misure di prevenzione*, cit., p. 1170.

tizio per evitare ‘l’ergastolo di impresa’, ma non stempera i dubbi prima manifestati sui suoi presupposti³² (su tale istituto si rinvia ai contributi di CANTONE-COCCAGNA e di FRANCOLINI-VISCONTI contenuti nel volume).

Essa, infatti, prevede la condivisibile possibilità per l’impresa indiziata di complicità soggiacente o accomodante di eludere l’afflittività della misura interdittiva, o quanto meno di attutirla, richiedendo l’ammissione al neo-introdotta istituto del controllo giudiziario.

Il controllo, infatti, permette all’impresa di proseguire i contratti in essere con la p.a. senza determinarne la revoca, nonché di stipulare quelli relativi ad aggiudicazioni di appalti già ottenute, preservando così le attività ed i livelli occupazionali dell’impresa, nonché la possibilità per la stessa di far fronte agli eventuali impegni con gli istituti di credito³³.

Come ha espressamente enunciato anche la commissione Fiandaca quando ha prospettato l’introduzione di questo istituto, l’obiettivo avuto di mira, sia attraverso la nuova formulazione dell’art. 34 che attraverso l’elaborazione del nuovo art. 34 bis, d.lgs. n. 159/2011, “*consiste nel promuovere il disinquinamento mafioso delle attività economiche, salvaguardando al contempo la continuità produttiva e gestionale delle imprese*”. “*L’istituto del controllo giudiziario – infatti – può fungere da adeguato strumento per consentire la prosecuzione dell’attività di impresa nei casi in cui le aziende vengano raggiunte da interdittiva prefettizia, garantendo così nel contempo il prevalente interesse alla realizzazione di opere di rilevanza pubblica (cfr. commi 6 e 7 dell’art. 34 bis)*”³⁴.

Tuttavia, una simile possibilità contemplata dall’odierno sistema delle interdittive non risulta sufficiente a sopire le incertezze sorte dopo la De Tommaso riguardo alle interdittive generiche.

Essa conferma solo che questi provvedimenti non hanno natura neanche so-

³² In argomento cfr. G. TONA-C. VISCONTI, *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione: percorsi contorti e prospettive aperte nella riforma del codice antimafia*, in *www.legislazione penale.eu*, 18 febbraio 2018; C. VISCONTI, *Codice antimafia, luci ed ombre*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 145; A. BALSAMO-G. LUPARELLO, *La riforma del codice antimafia*, in *Il libro dell’anno del diritto Treccani 2018*, Roma 2018; A. CAIRO-C. FORTE, *Codice delle misure di prevenzione*, cit., p. 802; R. CANTONE-B. COCCAGNA, *Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese interdette per mafia: problemi di coordinamento e prospettive evolutive*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 ottobre 2018, p. 151 ss.; A.M. MAUGERI, *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017 tra istanze efficientiste e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione*, in *Arch. pen.*, 2018, p. 53; F. BALATO, *La nuova fisionomia delle misure di prevenzione patrimoniali: il controllo giudiziario delle aziende e delle attività economiche di cui all’art. 34-bis codice antimafia*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 12 marzo 2019.

³³ L’emersione di un interesse pubblico prevalente alla continuità aziendale anche nei giudizi penali è stata di recente approfondita da M. GALLI, *Poteri confusi, poteri contesi: il giudice penale di fronte alle esigenze di continuità aziendale*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 4/2018, p. 91 ss.

³⁴ G. FIANDACA, *Proposte di intervento in materia di criminalità organizzata*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 12 febbraio 2014.

stanzialmente penale alla stregua degli *Engel criteria*, perseguendo ancor più esplicitamente finalità preventive e/o ripristinatorie in chiave di utilità sociale; ma nulla apporta in termini migliorativi al piano dei presupposti applicativi che, nell’ipotesi dell’interdittiva generica, restano decisamente indeterminati.

Tale riforma ha il solo, considerevole, merito di rendere meramente eventuale l’effettiva esecuzione della interdizione antimafia, depotenziando così i suoi effetti draconiani, ma non ha alcuna capacità di sanare la vaghezza dei suoi presupposti applicativi ed il *vulnus* che ciò comporta al principio di prevedibilità della sua inflizione.

8. *L’interpretazione tassativizzante del Consiglio di Stato 2019*

L’incapacità di questa riforma di incidere sui difetti originari delle interdittive generiche, unita all’aumento esponenziale dei provvedimenti di questo tipo registrato nell’ultimo quinquennio³⁵, ha reso inevitabile l’intervento della giustizia amministrativa.

Tuttavia, il Consiglio di Stato, quando è stato chiamato a pronunciarsi sul punto, non ha condiviso questo orientamento ed ha, invece, in due recentissime occasioni ritenuto infondate le questioni di legittimità costituzionale prospettate rispetto alle interdittive antimafia generiche³⁶.

Nella densa ed articolata parte motiva delle sentenze del 2019 il massimo organo della giurisdizione amministrativa ha illustrato le ragioni che, al contrario, fanno propendere per la compatibilità delle interdittive generiche con la nostra Carta costituzionale e con la CEDU escludendo, forse forzatamente, la necessità di un intervento della Plenaria.

La premessa da cui prende le mosse il ragionamento del Collegio è che queste misure non hanno natura penale né in senso formale, né in senso materiale secondo i c.d. *Engel criteria* elaborati dalla CEDU, ma spiccatamente preventiva-amministrativa, riguardando situazioni di mero pericolo, “anche solo potenziale, purché desumibile da elementi non meramente immaginari o aleatori”. Ciò implica che esse non soggiacciono agli stringenti e peculiari principî che governano il diritto penale sostanziale, *in primis* quelli di determinatezza ed accessibilità della base legale dei comandi imposti e di prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie. Inoltre, comporta che il “pericolo deve essere valutato secondo un ragionamento induttivo, di tipo probabilistico, che non richiede di attingere un livello di

³⁵ Si vedano i dati del Casellario informatico delle imprese riportati da ANAC, Imprese destinatarie di interdittive (2014-2018), in http://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Comunicazione/News/2019/AnacInterdittiveAntimafia.2014.2018_2.pdf.

³⁶ Cons. Stato, Sez. III, sent. 5 settembre 2019, n. 6105 cit.; Cons. Stato, Sez. III, sent. 30 gennaio 2019, n. 758.

certezza oltre ogni ragionevole dubbio, tipica dell'accertamento finalizzato ad affermare la responsabilità penale, e quindi fondato su prove, ma implica una prognosi assistita da un attendibile grado di verosimiglianza, sulla base di indizi gravi, precisi e concordanti, sì da far ritenere 'più probabile che non', appunto, il pericolo di infiltrazione mafiosa"³⁷.

Le interdittive, infatti, non sanzionano fatti penalmente rilevanti, né reprimono condotte illecite, ma mirano a scongiurare una minaccia per la sicurezza pubblica quale gli "eventuali tentativi" di infiltrazione mafiosa "tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate", e la probabilità che questi eventi si realizzino, nella duplice forma della complicità soggiacente o compiacente di cui all'art. 91, comma 6, d.lgs. n. 159/2011.

"Ciò però non significa che il pericolo dell'infiltrazione mafiosa possa sostanziarsi in un sospetto della pubblica amministrazione o in una vaga intuizione del giudice, perché altrimenti così si consegnerebbe questo istituto, pietra angolare del sistema normativo antimafia, ad un diritto della paura. Al contrario, deve sempre ancorarsi a condotte sintomatiche e fondarsi su una serie di elementi fattuali, taluni dei quali tipizzati dal legislatore (art. 84, comma 4, del d.lgs. n. 159 del 2011: si pensi, per tutti, ai cc.dd. delitti spia), mentre altri, 'a condotta libera', sono lasciati al prudente e motivato apprezzamento discrezionale dell'autorità amministrativa, che 'può' – si badi: può – desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa, ai sensi dell'art. 91, comma 6, del d.lgs. n. 159 del 2011, da provvedimenti di condanna non definitiva per reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali unitamente a concreti elementi da cui risulti che l'attività di impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata"³⁸.

Sulla scorta di tali premesse di fondo il Consiglio di Stato approda così alla conclusione che una maggiore determinatezza nella descrizione delle condizioni di applicabilità delle misure sarebbe "auspicabile, *in abstracto*, sul piano della certezza del diritto e della prevedibilità delle condotte", ma non sarebbe praticabile concretamente perché, se messa in pratica, frustrerebbe nel suo 'fattore di rigidità' (...) la *ratio* che ispira il diritto della prevenzione, il quale "deve affidarsi anche, e necessariamente, a 'clausole generali', come quelle del tentativo di infiltrazione mafiosa, e alla valutazione di situazioni concrete, non definibili a priori, spesso ancora ignote alle stesse forze di polizia prima ancora che alla più avanzata legislazione, attraverso le quali la mafia opera e si traveste, in forme nuove e cangianti, per condizionare le scelte imprenditoriali. Proprio queste situazioni rischierebbero infatti, in quanto non già tipizzate dal legislatore, di sfuggire alla valutazione dell'autorità amministrativa e ciò, per le esigenze prevenzionistiche che

³⁷ Così Cons. Stato, Sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758 cit. In senso analogo cfr. Cons. Stato, Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

³⁸ Così Cons. Stato, Sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758 cit.

ispirano l'intera materia, sarebbe tanto più grave al cospetto di condotte elusive o collusive poste in essere dalla stessa impresa, essendo ben noto all'esperienza giurisprudenziale che le forme più insidiose, e più sfuggenti, di pericolo infiltrativo sono proprio quelle che allignano in una contiguità compiacente, su un accordo economico cioè, più o meno tacito, tra l'imprenditore e la criminalità organizzata".

La asimmetria della minaccia mafiosa richiede "una frontiera avanzata" con strumenti duttili ed altrettanto capaci di adattarsi al modificarsi del contesto "per affermare sempre il 'potere della legge verso il contropotere perseguito dalle mafie' senza irrigidirlo e imbrigliarlo entro una casistica fissa e immutabile" capace di "offrire alle associazioni mafiose un comodo appiglio formale, di cui difficile sarebbe il superamento senza un continuo intervento legislativo di aggiornamento che 'rincorra' affannosamente, e tardivamente, le nuove strategie mafiose".

Per il Collegio non è dunque prospettabile alcuna violazione dell'art. 1, Protocollo 1 addizionale, CEDU, con riferimento al diritto di proprietà, e, per il tramite di tale parametro interposto, nessuna violazione dell'art. 117 Cost. per la mancanza di una adeguata base legale atta ad evitare provvedimenti arbitrari ed imprevedibili per i destinatari.

La norma che disciplina l'interdittiva generica "non costituisce una 'norma in bianco' né una delega all'arbitrio dell'autorità amministrativa imprevedibile per il cittadino, e insindacabile per il giudice, anche quando il Prefetto non fondi la propria valutazione su elementi 'tipizzati' (quelli dell'art. 84, comma 4, lett. a), b), c) ed f)), ma su elementi riscontrati in concreto di volta in volta con gli accertamenti disposti, poiché il pericolo di infiltrazione mafiosa costituisce, sì, il fondamento, ma anche il limite del potere prefettizio e, quindi, demarca, per usare le parole della Corte europea (nella sentenza De Tommaso) anche la portata della sua discrezionalità".

"L'annullamento di qualsivoglia discrezionalità in questa materia prova troppo, del resto, perché l'ancoraggio dell'informazione antimafia a soli elementi tipici, prefigurati dal legislatore, ne farebbe un provvedimento vincolato, fondato, sul versante opposto, su inammissibili automatismi o presunzioni *ex lege* e, come tale, non solo inadeguato rispetto alla specificità della singola vicenda, proprio in una materia dove massima deve essere l'efficacia adeguatrice di una norma elastica al caso concreto, ma deresponsabilizzante per la stessa autorità amministrativa".

"Il sindacato per eccesso di potere sui vizi della motivazione del provvedimento amministrativo, anche quando questo rimandi *per relationem* agli atti istruttori, scongiura il rischio che la valutazione del Prefetto divenga, appunto, una 'pena del sospetto' e che la portata della discrezionalità amministrativa in questa materia, necessaria per ponderare l'esistenza del pericolo infiltrativo in concreto, sconfini nel puro arbitrio.

Negare però in radice che il Prefetto possa valutare elementi 'atipici', dai quali trarre il pericolo di infiltrazione mafiosa, vuol dire annullare qualsivoglia efficacia

alla legislazione antimafia e neutralizzare, in nome di una astratta e aprioristica concezione di legalità formale, proprio la sua decisiva finalità preventiva di contrasto alla mafia, finalità che, per usare ancora le parole della Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza D.T. c. I., consiste anzitutto nel "tenere il passo con il mutare delle circostanze" secondo una nozione di legalità sostanziale".

Per il Consiglio di Stato, "l'applicazione delle categorie penalistiche e la traslazione delle istanze proprie del diritto punitivo a questa materia, del tutto estranee alle misure di prevenzione, reca dunque in sé una contraddizione di fondo insuperabile e le premesse della loro stessa dissoluzione al vaglio di un non necessario e non richiesto elevatissimo standard probatorio che, si noti, nemmeno la stessa giurisprudenza penale richiede nella verifica delle 'contigue' e ben più invasive misure di prevenzione personali o patrimoniali, non a caso, e comunque, presidiate da gaurentigie giurisdizionali più forti". Al contrario, questa materia deve essere "affrancata da valori e logiche proprie del diritto punitivo, alla quale non appartiene, e da un più o meno consapevole, inappropriato, panpenalismo, senza lasciarsi traviare dal solo superficiale, epidermico, accostamento tra le misure di prevenzione personali e patrimoniali, disciplinate dal I libro del codice antimafia, e il sistema della documentazione antimafia, disciplinato, invece, dal II libro dello stesso codice, e ribadendo, altresì, che l'accertamento della permeabilità mafiosa prescinde dagli esiti del giudizio penale, eventualmente instaurato, non essendovi alcun rapporto di pregiudizialità, condizionalità o ancillarità tra il giudizio penale e quello amministrativo, rapporto che, se vi fosse, farebbe venir meno l'indubbio valore aggiunto che il diritto della prevenzione assume, seppure sotto l'attento sindacato del giudice amministrativo, quanto agli elementi sintomatici dell'infiltrazione mafiosa che, come detto, non è un fatto di reato, ma un evento di pericolo rilevante a fini preventivi"³⁹.

Infine, ad avviso della seconda ed ultima decisione della Sezione III del Consiglio di Stato, anche la recente giurisprudenza costituzionale in materia di misure di prevenzione e di scioglimento degli enti locali confermerebbe la compatibilità delle interdittive generiche con il quadro di garanzie nazionali ed europee.

Da un lato, la sent. n. 24/2019 della Corte Cost. lascerebbe le porte aperte per la previsione in un ambito non penale come quello delle interdittive "di disposizioni legislative (...) caratterizzate dall'uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione", riconoscendo *ex adverso* maggiore aggio al diritto giurisprudenziale ed alla c.d. interpretazione tassativizzante purché "in grado di porre la persona potenzialmente destinataria delle misure limitative del diritto in condizioni di poter ragionevolmente prevedere l'applicazione della misura stessa". Ed infatti in questa materia, a partire dalla sent. 3 maggio 2016, n. 1743 che ha fissato i caratteri generali delle ipotesi non tipizzate dei tentativi di infiltrazione mafiosa, il diritto vivente consente oggi "ra-

³⁹ Così, Cons. Stato, Sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758 cit.

gionevolmente di prevedere l’applicazione della misura interdittiva in presenza delle due forme di contiguità, compiacente o soggiacente, dell’impresa ad influenze mafiose”.

Dall’altro, la sent. n. 195/2019 della Corte Cost., con cui è stata dichiarata l’illegittimità dell’art. 28, comma 1, d.l. n. 113/2018, che aveva inserito il comma 7 *bis* nell’art. 143 del T.U.E.L., nella parte in cui richiede che per l’attivazione del potere di scioglimento del Consiglio comunale o provinciale in presenza di “condotte illecite gravi e reiterate” di collegamento con la criminalità mafiosa sono sufficienti mere “situazioni sintomatiche”, confermerebbe indirettamente che le interdittive generiche sarebbero immuni da censure dal momento che, al contrario, si fondano su ben più solidi e consistenti “elementi concreti, univoci e rilevanti”.

9. I perduranti dubbi di incostituzionalità

Nonostante tali perentorie ed articolate prese di posizione del massimo organo della giustizia amministrativa, la questione resta ancora viva per diversi ordini di ragioni, talune ricavabili in modo più o meno esplicito dalle pieghe delle stesse sentenze, altre desumibili *aliunde* da una lettura organica e completa della sentenza De Tommaso della CEDU e della pronuncia della Corte costituzionale del 2019 che le ha dato sostanzialmente attuazione.

In primo luogo, è lo stesso Consiglio di Stato, in un passaggio incidentale della motivazione di entrambe le pronunce poc’anzi analizzate, a ritenere non definitivamente chiusa la diatriba sul punto, quando sostiene che resta ferma “ovviamente, se del caso, ogni competenza del giudice europeo per l’applicazione del diritto convenzionale e, rispettivamente, della Corte costituzionale per l’applicazione delle disposizioni costituzionali”. Un simile *obiter* lascia ancora aperte le porte ad un eventuale apprezzamento futuro della stessa da parte della Corte EDU o della Consulta, anche se lo scenario più plausibile che si può prefigurare all’orizzonte è, forse, il primo, quello di un intervento del giudice europeo dei diritti fondamentali, dal momento che quello della Consulta presuppone che un giudice *a quo* sollevi la questione di legittimità, ipotesi questa difficilmente prospettabile dopo il suddetto intervento del Consiglio di Stato che ha stabilito un principio di diritto nettamente divergente.

In secondo luogo, a non essere risolutiva dei termini della questione è la stessa parte argomentativa tanto della prima, quanto della seconda decisione del massimo organo della giustizia amministrativa che, osservate in filigrana, paiono poggiare su basi friabili e tutt’altro che incontrovertibili. Esse, infatti, sono incentrate su alcuni passaggi della sentenza De Tommaso avulsi dal contesto complessivo, omettendo di considerarne altri successivi e determinanti nel definirne la portata effettiva in modo sensibilmente diverso.

In particolare, risulta fuorviante il ragionamento del C.d.S. nella parte in cui sostiene che la De Tommaso abbia legittimato, sulla scorta di un opinabile principio di legalità sostanziale rispondente a superiori esigenze di *law enforcement*, la possibilità per i legislatori nazionali di formulare nella materia della prevenzione anti-mafia extra-penale norme assolutamente indeterminate, onde garantirne una più facile adattabilità alle proteiformi modalità operative della criminalità organizzata di tipo mafioso.

Mentre la previsione di simili misure interdittive è sicuramente rispondente al parametro della necessità “in una società democratica” espresso a livello convenzionale quale condizione di legittimità delle stesse, risultando indispensabili per fronteggiare tentativi di infiltrazione mafiosa nel mondo degli appalti pubblici⁴⁰, non sembra invece collimare con quello ulteriore ed altrettanto indefettibile della descrizione legale e della prevedibilità convenzionalmente garantiti la definizione della loro disciplina in termini eccessivamente elastici ed indeterminati.

La Corte EDU, in altri passaggi della sua densa argomentazione, ha, infatti, affermato che una legge non può lasciare ai tribunali un’ampia discrezionalità senza indicare con sufficiente chiarezza la sua portata e le modalità del suo esercizio, perché ciò renderebbe altrimenti imprevedibile l’adozione della misura eventualmente disposta (§ 109). La base legale non può mai “essere espressa in termini vaghi ed eccessivamente ampi” (§ 125), dovendo invece definire con sufficiente precisione e chiarezza le persone a cui sono applicabili le misure preventive ed il loro contenuto.

Una lettura combinata dei diversi enunciati della sentenza De Tommaso sembra portare allora ad una diversa conclusione, vale a dire che le misure che incidono su diritti convenzionalmente riconosciuti, anche quindi quelle diverse dalle misure di prevenzione ma dotate della stessa portata limitativa, possono avere una base legale più duttile per adattarsi alle diverse e sfaccettate situazioni indicative del pericolo di infiltrazione mafiosa, ma mai assolutamente imprecisa, pena la violazione del principio di prevedibilità della loro applicazione.

Diversamente da quanto sembra sostenere il Consiglio di Stato, non può ostare alla estensione di tali conclusioni giuridiche alle interdittive antimafia la similitudine solo apparente che queste mostrano con le misure di prevenzione (e, quindi, la loro differenza sostanziale), poiché nell’ottica della CEDU il profilo del *nomen iuris* di una misura a contenuto sanzionatorio, così come quello delle finalità da essa perseguita, sono del tutto secondari, contando soprattutto il

⁴⁰ La imprescindibilità di queste misure per “porre un significativo argine preventivo al pernicioso fenomeno del condizionamento mafioso dell’attività economica del Paese” è sottolineata da Cons., Stato, Sez. III, n. 3583/2016. Da ultimo, Cons. Stato, Sez. III, 21 aprile 2019, n. 2141 le ha ritenute “una risposta forte per salvaguardare i valori fondanti della democrazia”. In argomento A. LEVATO, *Potestà discrezionale del Prefetto e regime di impugnazione delle interdittive antimafia. Criticità e prospettive di risoluzione*, in <http://culturaprofessionale.interno.gov.it/FILES/docs/1260/TESTO%20INTEGRALE%20Levato.pdf>, p. 17.

piano concreto ed effettuale dei diritti eventualmente da essa attinti⁴¹.

Peraltro, sotto quest’ultimo versante è la stessa pronuncia del gennaio 2019 del Consiglio di Stato nel § 8.4 ad individuare i diritti attinti dalle interdittive negli stessi diritti compresi dalle misure di prevenzione patrimoniale, riferendosi alla libertà di iniziativa economica di cui all’art. 41 Cost⁴².

Se allora entrambe le misure, quelle di prevenzione patrimoniale e quelle interdittive antimafia, incidono sui medesimi diritti fondamentali riconosciuti convenzionalmente – quelli di proprietà e di libertà di iniziativa economica – le esigenze di predeterminazione minima della base legale espresse in ordine alle prime devono necessariamente essere estese alle seconde, per evidenti ragioni di coerenza sistematica. Essendo, quindi, risultata in contrasto con la CEDU ed i suoi Protocolli la disciplina in materia di misure di prevenzione perché priva di “disposizioni sufficientemente dettagliate in merito a quali tipi di comportamento debbano essere considerati come pericolosi per la società”, *a fortiori* lo sarà anche quella in materia di interdittive generiche in quanto dotata di una base legale ancor più povera, consentendo l’applicazione della misura sulla base degli accertamenti di qualsivoglia aspetto sintomatico di tentativi di infiltrazione mafiosa operati dal Prefetto.

Alla esportabilità del ragionamento della CEDU in ambito di informazioni antimafia contribuisce anche un passaggio della già richiamata (in senso opposto) sent. n. 24/2019 della Corte costituzionale (su cui si tornerà *infra* nel § 9.1) che non ha escluso la possibilità di ritenere illegittime costituzionalmente le ipotesi di pericolosità generica assolutamente indeterminate di cui all’art. 1, lett. a), d.lgs. n. 159/2011 anche in relazione alle altre misure di prevenzione meno invasive di competenza dell’autorità di polizia e non dell’autorità giudiziaria (in particolare, foglio di via obbligatorio e avviso orale). Presentando tali provvedimenti affinità ancor più spiccate con le informazioni antimafia, essendo anch’essi affidati ad organi amministrativi e non alla competenza del Tribunale di prevenzione, laddove la Corte dovesse pronunciarsi affermativamente su un’eventuale futura questione di legittimità costituzionale sulle stesse, sembrerebbe ancor più difficile ritenere legittimo l’art. 84, comma 4, lett. d) ed e) del codice antimafia.

Infine, non risulta fondata l’obiezione del Consiglio di Stato che vede nella tesi della incompatibilità costituzionale delle interdittive generiche una concretizzazione della diffusa tendenza panpenalistica ad esportare categorie e logiche del diritto penale in settori fortemente eterogenei.

In realtà, come si è visto, il ragionamento condotto dalla CEDU non ha nulla a

⁴¹ Sulla differente prospettiva della legalità convenzionale sia consentito rinviare al nostro G. AMARELLI, *Legalità costituzionale, legalità convenzionale e diritto giurisprudenziale*, in www.criminaljusticenetwork.it, 16 novembre 2018.

⁴² Cons. Stato, Sez. III, sent. 5 settembre 2019, n. 6105, cit.; Cons. Stato, Sez. III, sent. 30 gennaio 2019, n. 758, cit.

che fare con il previo riconoscimento della natura penale delle misure in gioco, ma è tutto polarizzato sul livello degli interessi da queste attinti, sicché un'eventuale questione di legittimità costituzionale non sarebbe sollevata per dedurre la violazione di un principio di marca penale, bensì di altri interessi e diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta fondamentale tramite il parametro interposto della CEDU e dei suoi Protocolli (sul punto si rinvia a quanto già detto nel § 6).

9.1. *I possibili riflessi della sentenza della Corte Cost. n. 24/2019 in materia di misure di prevenzione*

Da ultimo, un'ulteriore conferma della difficile compatibilità costituzionale delle interdittive generiche può essere desunta dalla poc'anzi menzionata sent. n. 24/2019 della Corte costituzionale, anch'essa relativa al settore delle misure di prevenzione e, sostanzialmente, attuativa del *dictum* della sentenza De Tommaso della Corte EDU.

Questa decisione – con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni del codice antimafia, e, segnatamente, dell'art. 1, lett. a), d.lgs. n. 159/2011 e, per il passato, dell'art. 1 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, nella parte in cui consentono l'applicazione della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, nonché del sequestro e della confisca di prevenzione, anche ai soggetti "abituamente dediti a traffici delittuosi" con riferimento, rispettivamente, all'art. 117, comma 1, della Cost., in relazione all'art. 2 del Protocollo n. 4 CEDU e all'art. 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU, firmato a Parigi il 20 marzo 1952, ratificato e reso esecutivo con legge 4 agosto 1955, n. 848, nonché all'art. 42 Cost. – ha il merito di ribadire la portata vincolante delle statuizioni della sentenza CEDU nel nostro ordinamento.

In essa è stato sì affermato (come sostiene il C.d.S.) che esiste uno spazio molto più ampio in ambito extra-penale per la interpretazione tassativizzante della giurisprudenza capace di contribuire, quando è unanime e consolidata, a rendere prevedibili le misure di prevenzione, ma si è pure precisato che la base legale che ne fissa i presupposti e ne individua i destinatari deve sempre però avere un minimo di determinatezza tale da limitare la discrezionalità degli interpreti e da orientare i consociati.

A differenza del diritto penale, la norma che regola misure *praeter delictum* può, quindi, contenere clausole generali o anche formule dotate di un certo grado di imprecisione il cui contenuto può essere co-definito dal diritto giurisprudenziale, ma *ex adverso* non può essere redatta in maniera completamente aperta ed indeterminata.

Se l'interpretazione giurisprudenziale è instabile, come nel caso della definizione dei presupposti di applicabilità dell'interdittiva nelle ipotesi dei rapporti familiari o

delle informazioni a cascata su cui il Consiglio di Stato si è sforzato negli ultimi tempi di fissare punti fermi⁴³, i quali però sono abbastanza eterei, la norma sembra prestare il fianco a censure di illegittimità costituzionale analoghe a quelle accolte nella questione relativa alla pericolosità generica di cui all’art. 1, lett. a), d.lgs. n. 159/2011 in relazione alle misure di prevenzione patrimoniali che toccano lo stesso diritto convenzionalmente riconosciuto nell’art. 1 del Protocollo addizionale CEDU.

Anche in questo altro ambito disciplinare extra-penale, allora, non può ritenersi legittima la descrizione dei presupposti e dei destinatari delle misure in termini assolutamente indeterminati, sicché l’unica alternativa che sembra profilarsi per le interdittive generiche è ancora oggi – nonostante il diverso avviso del Consiglio di Stato – quella della questione di legittimità costituzionale per la violazione dei principi e diritti in precedenza indicati.

Non resta ora che attendere la prova del diritto vivente e vedere se la giustizia amministrativa muterà in futuro il precedente orientamento e rimetterà alla Consulta la decisione sul punto.

10. Prospettive de iure condendo

La soluzione auspicabile del problema sarebbe, invero, rappresentata da un intervento esplicito ed articolato del legislatore diretto a riscrivere la disciplina delle interdittive generiche, delle interdittive a cascata e del relativo procedimento per la loro emissione⁴⁴.

Nel primo caso sarebbe sufficiente procedere ad una abrogazione espressa dell’art. 84, comma 4, lett. d) ed e) del codice antimafia, mentre non sarebbe necessario incidere anche sull’art. 91, comma 6, nella parte in cui prevede che il Prefetto può desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa “unitamente a concreti elementi” da cui questo possa risultare. Una interpretazione fedele alla *littera legis* di quest’ultima disposizione sembrerebbe, infatti, ammettere la possibilità di fondare il giudizio negativo sulla affidabilità dell’impresa su aspetti concreti non tipizzati solo *ad adiuvandum*, quando cioè già esista una sentenza di condanna per reati di criminalità organizzata. L’avverbio “unitamente” non pare lasciare spazio alcuno alla possibilità di disporre l’interdittiva sulla scorta dei soli concreti elementi eventualmente acquisiti dall’organo amministrativo.

⁴³ Si veda sui rapporti di parentela Cons. Stato, Sez. III, 30 maggio 2017, n. 2590; Cons. Stato, Sez. III, 10 aprile 2017, n. 1657; Cons. Stato, Sez. III, 4 aprile 2017, n. 1559; Cons. Stato, Sez. III, 27 febbraio 2017, n. 905. Sulle relazioni commerciali e le interdittive a cascata cfr. Cons. Stato, Sez. III, Sez. III, nn. 1743 e 2232/2016; Tar Campania, Napoli, Sez. I, 4 luglio 2018, n. 4938. Uno sforzo di tipizzazione è stato compiuto da Cons. Stato, Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743, cit.

⁴⁴ Le esigenze di maggiore tassatività nella legislazione antimafia, sia di carattere penale che di carattere preventivo, sono espresse da V. MAIELLO, *Le singole misure di prevenzione personali e patrimoniali*, in ID. (a cura di), *La legislazione penale*, cit., p. 325 ss.

Se si volesse dare rilievo a quelle situazioni concrete che nel diritto vivente sono state più frequentemente individuate come indicative di un tentativo di infiltrazione mafiosa, sarebbe opportuno procedere ad una loro espressa elencazione normativa, nonostante le resistenze del Consiglio di Stato che, invece, ritiene che “gli elementi di inquinamento mafioso, ben lungi dal costituire un numero chiuso, assumono forme e caratteristiche diverse secondo i tempi, i luoghi e le persone e sfuggono ad un preciso inquadramento, in ragione dell’insidiosa pervasività e mutevolezza, anzitutto sul piano sociale, del fenomeno mafioso”⁴⁵.

In tal senso, sarebbe appropriato inserire nel citato art. 84, comma 4, una nuova ipotesi riferita ai rapporti familiari, anche se, per evitare di legittimare l’applicazione dell’interdittiva in presenza di una mera relazione parentale presuntivamente ritenuta sintomatica di un condizionamento mafioso, si dovrebbero delimitare in modo netto e selettivo, a livello generale ed astratto, le condizioni in forza delle quali questa possa fondare ragionevolmente una presunzione di infiltrazione mafiosa all’interno di un’impresa⁴⁶.

A tale scopo si potrebbe prevedere, in una nuova ipotetica lettera dell’art. 84, comma 4, d.lgs. n. 159/2011, che il tentativo di infiltrazione è desumibile anche: “dal rapporto di parentela o affinità, fino al quarto grado compreso, o di coniugio, con soggetti appartenenti alla criminalità organizzata di tipo mafioso, tenendo conto dell’intensità del vincolo unitamente ad altri elementi concreti che siano indicativi di stretti collegamenti per ragioni di affari o interessi. Il mero legame di parentela non è sufficiente per ravvisare il tentativo di infiltrazione mafiosa”. Al più si potrebbe valutare anche l’opportunità di estendere una tale disciplina anche ai conviventi *more uxorio*: difficile, invece, ritenere plausibile il suo ampliamento anche ai rapporti di amicizia e alle frequentazioni.

Per far fronte alla seconda situazione di dubbia compatibilità costituzionale, quella delle interdittive a cascata, sarebbe opportuna in una prospettiva *de iure condendo* una modifica di analogo tenore sempre dell’art. 84, comma 4, d.lgs. n. 159/2011, volta ad introdurre un’altra “situazione-spia” dei tentativi di infiltrazione mafiosa connessa a rapporti con soggetti di sospetta appartenenza mafiosa, in modo da evitare l’applicazione riflessa ed automatica, quasi “per contagio”, di un provvedimento così personale ed invasivo quale l’interdittiva, non suffragata da altri elementi concreti indicativi di una contiguità soggiacente o compiacente dell’impresa connessa a quella attinta dalla misura.

⁴⁵ Cons. Stato, sent. n. 1109/2017.

⁴⁶ La giurisprudenza amministrativa tende a fissare dei paletti ulteriori che devono essere considerati aggiuntivamente al rapporto di parentela per inferire l’esistenza di un tentativo di infiltrazione mafiosa. Sul punto cfr. T.A.R. Catanzaro, sent. n. 1808/2016. Da ultimo Cons. Stato, Sez. III, 21 aprile 2019, n. 2141, ha precisato che la *ratio* di una simile valutazione sta nel fatto che, in caso di rapporti parentali con soggetti vicini ad ambienti mafiosi, ci sia il concreto rischio che le decisioni sulla attività dell’impresa possano “*essere influenzate, anche indirettamente, dalla mafia attraverso la famiglia, o da un affiliato alla mafia mediante il contatto con il proprio congiunto*”.

Recuperando e rielaborando la distinzione di recente proposta nel diritto vivente tra rapporti occasionali e casuali e rapporti strutturati e stabili, in forza della quale l'interdittiva a cascata potrebbe trovare applicazione solo nel secondo caso⁴⁷, e uniformando la disciplina a quella immaginata per le relazioni parentali, la soluzione più ragionevole potrebbe essere quella di introdurre un'altra nuova lettera dell'art. 84, comma 4, in cui si disponga che il tentativo di infiltrazione è de-sumibile anche: “da relazioni societarie, consortili e commerciali, non episodiche e casuali, con imprese o soggetti destinatari di un'informazione antimafia negativa, tenendo conto della natura, consistenza e contenuti delle modalità di collaborazione tra le due imprese. Il mero legame societario, consortile o commerciale non è sufficiente per ravvisare il tentativo di infiltrazione mafiosa”.

Un ripensamento delle linee di intervento sul versante dei tentativi di infiltrazione mafiosa degli appalti pubblici dovrebbe implicare anche una duplice riforma di carattere preventivo-organizzatorio.

Da un lato, andrebbe introdotta la possibilità, se non l'obbligo giuridico, per le imprese che partecipano a gare pubbliche di adottare ed attuare effettivamente un Modello di prevenzione antimafia con caratteristiche strutturali analoghe a quelle del Modello di organizzazione e gestione ex d.lgs. n. 231/2001. Una simile previsione potrebbe incidere positivamente sia in termini di riduzione preventiva del rischio di infiltrazione mafiosa, sia sull'accoglimento da parte del tribunale di prevenzione competente della richiesta di applicazione volontaria del controllo giudiziario di cui alla lett. b) dell'art. 34 *bis*, d.lgs. n. 159/2001, alla stregua di quanto previsto oggi nel decreto 231 per la riduzione delle sanzioni pecuniarie ex art. 12, comma 1, per la non inflizione delle sanzioni interdittive ex art. 13, comma 3 e per la revoca delle misure cautelari ex art. 50, comma 1 in caso di adozione *post factum* del modello, limitando così l'eccesso di discrezionalità oggi esistente sul punto che sta portando al diniego massivo da parte di alcuni tribunali di tali provvedimenti.

Dall'altro, andrebbe valutata l'istituzione, in maniera complementare, di una Autorità Nazionale Antimafia cui competano poteri analoghi all'ANAC, con il relativo obbligo per gli enti pubblici di dotarsi di protocolli preventivi antimafia.

In un contesto in cui gli enti pubblici che bandiscono gare adottano protocolli e

⁴⁷Da ultimo Cons. Stato, Sez. III, 21 gennaio 2019, n. 520 e Cons. Stato, Sez. III, 21 aprile 2019, n. 2141, cit., hanno infatti ribadito che “*uno degli indici del tentativo di infiltrazione mafiosa nell'attività d'impresa – di per sé sufficiente a giustificare l'emanazione di una interdittiva antimafia – è identificabile nella instaurazione di rapporti commerciali o associativi tra un'impresa e una società già ritenuta esposta al rischio di influenza criminale, in ragione della valenza sintomatica attribuibile a cointeressenze economiche particolarmente pregnanti; queste, infatti, giustificano il convincimento, seppur in termini prognostici e probabilistici, che l'impresa controindicata trasmetta alla seconda il suo corredo di controindicazioni antimafia, potendosi presumere che la prima scelga come partner un soggetto già colluso o, comunque, permeabile agli interessi criminali a cui essa resta assoggettata (o che, addirittura, interpreta e persegue); soltanto là dove l'esame dei contatti tra le società riveli il carattere del tutto episodico, inconsistente o remoto delle relazioni d'impresa deve escludersi l'automatico trasferimento delle controindicazioni antimafia*”.

procedure preventive e le imprese private che vi partecipano adottano modelli organizzativi con finalità omogenee gli spazi per i tentativi di infiltrazione mafiosa si ridurrebbero inevitabilmente.

Infine, per riallineare la materia delle informative antimafia alle coordinate garantiste del nostro ordinamento interno e del diritto all'equo processo sancito nell'art. 6 CEDU almeno nel suo *volet civil*, si dovrebbe necessariamente procedere ad una revisione della disciplina relativa alla competenza a disporle.

L'attuale concentrazione nelle mani dell'Autorità prefettizia di poteri inquirenti e deliberativi sembra, invero, il retaggio di un tralaticio modello para-inquisitorio, così come la previsione quale mera facoltà della audizione personale del soggetto interessato da parte dello stesso Prefetto competente. Un simile sistema di regole consente, infatti, la frequente emissione di interdittive senza l'instaurazione di alcun contraddittorio endo-procedimentale con il destinatario, privandolo così della possibilità di addurre elementi in fatto ed in diritto a sua difesa capaci di confutare la prognosi di "complicità mafiosa" formulata dal Prefetto e riconoscendogli la sola possibilità di impugnare il provvedimento davanti al Giudice amministrativo.

In un'ottica *de lege ferenda* andrebbe, allora, operato un radicale cambiamento di rotta sul versante procedurale, conferendo al Prefetto (e/o al pubblico ministero) il compito di svolgere unicamente l'attività inquirente circa i tentativi di infiltrazione mafiosa con l'obbligo – e non la mera facoltà – di audire il destinatario e, contestualmente, affidando ad un soggetto terzo, il Tribunale per le misure di prevenzione territorialmente competente, quello di pronunciarsi sulla loro applicazione; tribunale, peraltro, oggi già competente ai sensi dell'art. 34 *bis*, d.lgs. n. 159/2011 per la concessione della misura 'palliativa' del controllo giudiziario. Una simile opzione eliminerebbe, oltre che l'irragionevole situazione determinatasi oggi di una competenza attribuita al giudice ordinario sulla misura 'attenuante' a valle e non anche su quella afflittiva a monte, anche i complessi problemi di coordinamento che stanno emergendo tra l'esito positivo del controllo ed il giudizio amministrativo sul merito dell'interdittiva ricostruiti *ante* nel contributo di CESTARO, spec. § 5.3.

Inoltre, andrebbe regolamentata in maniera più precisa di quanto non faccia oggi l'art. 91, comma 5, d.lgs. n. 159/2011 anche l'istanza documentata di adeguamento del provvedimento presentata da parte dell'interessato, introducendo dei termini perentori entro i quali l'Autorità competente debba aggiornare l'esito dell'informazione allorché sia dimostrato il venir meno delle circostanze rilevanti ai fini dell'accertamento dei tentativi di infiltrazione mafiosa nell'impresa e l'eventuale adozione di un modello di organizzazione antimafia del tipo di quello descritto poc'anzi⁴⁸.

⁴⁸ Una simile esigenza era già stata segnalata in una prospettiva *de iure condendo* da G. FIANDACA, *Proposte di interventi in materia di criminalità organizzata*, cit.

Una simile congiunta riforma avrebbe il merito di garantire il rispetto del principio-diritto costituzionalmente presidiato *ex art. 111 Cost.* del contraddittorio tra le parti anche in questo negletto settore del diritto della prevenzione antimafia, nonché dell'altro connesso diritto costituzionale fondamentale, quello di difesa del proposto di cui all'art. 24 Cost., offrendo, per un verso, la possibilità di difendersi provando e, per altro verso, quella di impugnare il provvedimento recante un'interdittiva emessa da un giudice terzo prima dinanzi alla Corte d'Appello, anche nel merito, e successivamente anche dinanzi alla Corte di Cassazione, per i soli vizi di legittimità, così come previsto già attualmente per le misure di prevenzione dall'art. 10, d.lgs. n. 159/2011⁴⁹. Inoltre, essa consentirebbe di considerare l'operatore economico destinatario del provvedimento restrittivo quale titolare di una posizione soggettiva qualificabile alla stregua di un diritto soggettivo piuttosto che di un mero interesse legittimo.

Per giunta, anche laddove si dovesse reputare prevalente l'orientamento interpretativo della giurisprudenza amministrativa che ritiene invocabili i menzionati principi costituzionali unicamente nei giudizi che si svolgono innanzi ad un giudice e non anche nell'ambito di un procedimento amministrativo finalizzato all'emanazione di provvedimenti incidenti su diritti soggettivi, una maggiore dialettica endo-procedimentale sarebbe ugualmente imposta dai principî di buon andamento, uguaglianza e sussidiarietà che informano l'azione amministrativa (sul punto si rinvia più ampiamente al contributo di CESTARO). Anzi, l'audizione del proposto consentirebbe alla amministrazione di acquisire altri preziosi elementi rilevanti per l'adozione o meno del provvedimento.

Infine, andrebbe ulteriormente implementata la misura del controllo giudiziario di cui all'art. 34 *bis* codice antimafia, disciplinando in maniera esplicita alcuni profili oggi non adeguatamente regolati come, ad esempio, la applicabilità anche in caso di diniego alla iscrizione alle *white list*, la prorogabilità nel caso di esigenze di completamento del percorso di risanamento mafioso, la trasformabilità d'ufficio della richiesta di controllo giudiziario volontario nella più severa misura dell'amministrazione giudiziaria di cui al precedente articolo 34, la puntualizzazione del concetto di occasionalità, la valorizzazione ai fini della revoca della adozione di un modello di organizzazione antimafia ecc.⁵⁰.

Non si può lasciare tutto invariato e continuare a scaricare sulle spalle, pur solide, della giustizia amministrativa e del tribunale di prevenzione l'oneroso com-

⁴⁹ Analoga modifica è stata prospettata di recente anche dal Congresso Nazionale Forense nella sessione del 5 e 6 aprile 2019 in una *Mozione per la modifica delle disposizioni in materia di informativa antimafia interdittiva*, consultabile in http://www.dirittoegiustizia.it/allegati/Mozione_informativa_antimafia_interdittiva.pdf.

⁵⁰ Su molti di questi punti per ora la risposta è stata affidata alla giurisprudenza che, grazie soprattutto agli orientamenti coraggiosi del Tribunale di Catanzaro richiamati nel contributo di C. VI-SCONTI, ha fornito tendenzialmente risposte soddisfacenti, valorizzando in sede ermeneutica la *ratio* dell'istituto.

pito di equo-contemperamento degli interessi in ballo in questo nevralgico settore. Sarebbe una fuga (l'ennesima) del legislatore dall'esercizio di quel *cratos* che il *demos*, in una moderna democrazia rappresentativa, gli ha conferito con il voto, nonché un'ulteriore deformazione delle partizioni di competenze tra legislativo e giudiziario implicate dall'attuale sistema di separazione dei poteri dello Stato di tipo poliarchico orizzontale⁵¹.

Non dovrebbero più esistere spazi dell'ordinamento giuridico in cui istanze di tutela della sicurezza pubblica, per quanto cruciali come quelle collegate all'odioso, allarmante e invasivo problema della criminalità organizzata di tipo mafioso, possano determinare una riduzione o compressione di diritti fondamentali dell'individuo riconosciuti dalla Costituzione e dalla CEDU.

Anzi, proprio perché in questo ambito vengono in rilievo forme larvali di infiltrazione mafiosa – addirittura anche quelle della complicità soggiacente in cui l'imprenditore è in realtà la vittima di richieste estorsive da parte di gruppi mafiosi –, sarebbe opportuno valorizzare strumenti come il neo-introdotta controllo giudiziario simbolo di un'antimafia che nei confronti del mero contiguo non interviene più con finalità solo punitive ed ostracizzanti, ma anche recuperatorie e inclusive.

⁵¹ In termini sostanzialmente coincidenti cfr. G. LEONE, *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato alle prese con l'interdittiva prefettizia antimafia e la teoria dell'interpretazione*, in *Foro amm.*, 2018, p. 1103 ss.