

IL DECRETO LEGGE N. 152/2021 E LE MODIFICHE IN TEMA DI DOCUMENTAZIONE ANTIMAFIA E PREVENZIONE COLLABORATIVA^(*)

di Giovanni D'Angelo e Gianluca Varraso

Il contributo esamina, in una prospettiva interdisciplinare, le principali novità in tema di documentazione antimafia introdotte dal decreto legge n. 152/2021. In particolare, il contributo analizza le modifiche al procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia e le nuove misure di prevenzione collaborativa, ponendo l'attenzione anche al rapporto con il controllo giudiziario delle aziende previsto dal d. lgs. n. 159 del 2011 (c.d. codice antimafia). Tali modifiche rappresentano l'ultimo di numerosi interventi "correttivi" al codice antimafia, che si sono succeduti nell'arco di poco più di dieci anni dalla sua pubblicazione, e costituiscono l'occasione per proporre un primo bilancio e allo stesso tempo una riflessione di più ampio respiro intorno alla disciplina delle misure interdittive.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le garanzie procedurali. – 2.1 (Segue) Il nuovo comma 2-*quater* dell'art. 94 codice antimafia. – 3. Le informazioni adottate su un accertamento del tentativo d'infiltrazione mafiosa "generico". – 4. Le misure di prevenzione collaborativa. – 5. Il rapporto tra le misure di prevenzione collaborativa e il controllo giudiziario delle aziende di cui all'art. 34-*bis*, comma 2 lett. b), codice antimafia: contenuto e finalità. – 5.1. (Segue) Le interrelazioni: il "nuovo" controllo giudiziario *ex officio* in sostituzione della prevenzione collaborativa. – 6. Il contraddittorio con il prefetto in tema di controllo giudiziario "volontario". – 7. Riflessioni conclusive.

^(*) Il contributo è frutto di una riflessione comune degli autori. I paragrafi 1, 2, 2.1, 3 e 4 sono stati scritti da Giovanni D'Angelo, i paragrafi 5, 5.1 e 6 da Gianluca Varraso, il paragrafo 7 è stato redatto congiuntamente dai due autori.

1. Introduzione.

Negli ultimi anni il numero dei provvedimenti interdittivi antimafia adottati dalle prefetture¹ ha registrato un aumento costante². Questo dato rappresenta un indice significativo della permeabilità - e in parte della vulnerabilità - degli operatori economici all'infiltrazione della criminalità organizzata. Il fatto che si tratti di un dato ancora "al netto" (o quasi al netto) dell'emergenza pandemica degli ultimi due anni induce a prestare la massima attenzione. È storicamente noto, infatti, che la criminalità organizzata sia in grado di sfruttare a proprio vantaggio le situazioni di crisi per condizionare e infiltrare in modo ancora maggiore il tessuto sociale ed economico. La possibilità di dover fronteggiare un'offensiva particolarmente significativa della criminalità organizzata è poi avvalorata dalla circostanza che gli ingenti investimenti pubblici correlati Piano nazionale di resilienza e resistenza (PNRR) sono in fase di attuazione e rappresentano un'occasione di profitto di dimensioni senza precedenti.

Ciò conferma la centralità della disciplina della documentazione antimafia, in particolare della informazione interdittiva, quale strumento di contrasto, anche in chiave preventiva, dell'inquinamento mafioso dell'economia legale. Anche a livello europeo, è ormai matura la consapevolezza circa l'efficacia delle misure amministrative, in alcuni casi anche maggiore della repressione penale, nel contrastare le attività criminali³.

Questa considerazione non è in discussione e sarebbe grave "depotenziare" - o addirittura abbandonare - gli strumenti progressivamente introdotti dal legislatore per contrastare una criminalità organizzata propensa in questi ultimi anni a rendere prevalente la strategia di "fare affari" con (e attraverso) le pubbliche amministrazioni rispetto a quella di scontro frontale con lo Stato, attuata in particolare attraverso il tentativo di un controllo capillare del territorio. In questo senso, da più parti si è fatto riferimento a un reindirizzamento delle finalità delle organizzazioni criminali di stampo mafioso, che sembrano avere ormai come obiettivo principale l'occupazione e il condizionamento dei settori dell'economia, in particolare quello dei contratti e dei servizi pubblici⁴. L'esperienza di questi anni dimostra che le imprese infiltrate dalla

(*) Il contributo è frutto di una riflessione comune degli autori. I paragrafi 1, 2, 2.1, 3 e 4 sono stati scritti da Giovanni D'Angelo, i paragrafi 5, 5.1 e 6 da Gianluca Varraso, il paragrafo 7 è stato redatto congiuntamente dai due autori.

¹ Nell'anno 2020 sono stati emessi 748 provvedimenti interdittivi antimafia da parte delle prefetture (cfr. la *Relazione semestrale al Parlamento del Ministro dell'interno sull'attività svolta e sui risultati conseguiti dalla Direzione investigativa antimafia, relativa al periodo luglio - dicembre 2020*, pubblicata il 22 settembre 2021 e disponibile sul sito internet del Ministero dell'Interno); 814 sono quelli comunicati al Casellario informatico dei contratti pubblici, istituito presso l'Osservatorio, ai sensi dell'art. 213, comma 10, d.lgs. 16 aprile 2016, n. 50 (Cfr. la *Relazione annuale 2020 dell'Anac*, presentata alla Camera dei Deputati il 18 giugno 2021).

² Come aveva già sottolineato il Presidente dell'Anac Francesco Merloni nel suo intervento di presentazione alla *Relazione annuale 2019*.

³ Cfr. ENAA, *3rd EU Handbook on the administrative approach in the European Union*, Brussels, ENAA, 2020. L'*European Network on the Administrative Approach tackling serious and organised crime* è stato costituito all'interno dell'Unione europea con la conclusione del Consiglio del 5 novembre 2010.

⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. III, 11 maggio 2020, n. 2962; Cons. Stato, sez. III, 5 agosto 2021, n. 5770. Entrambe le pronunce sono disponibili in www.giustiziamministrativa.it.

criminalità organizzata sono integrate nel territorio e nel tessuto sociale ed economico del Paese.

Allo stesso tempo, in una prospettiva che mira a garantire stabilità e strumenti certi ed efficaci nel contrasto alla criminalità organizzata, vanno evidenziati alcuni profili critici delle misure interdittive previste dal codice antimafia.

In una prospettiva di un esame più specifico delle questioni controverse che hanno un riflesso di ordine sostanziale è possibile delimitare il campo d'indagine. Negli ultimi anni il dibattito intorno alle misure amministrative di contrasto alla criminalità organizzata, in particolare intorno all'informazione interdittiva antimafia, è caratterizzato da un "dialogo" tra la dottrina e la giurisprudenza che va valutato con favore⁵. La giurisprudenza ha avuto il merito di prendere in esame i dubbi sollevati dalla dottrina e di offrire una risposta articolata, al di là della condivisibilità o meno delle posizioni espresse. Il dibattito si è incentrato su due profili critici in particolare: le garanzie procedurali e gli elementi che giustificano l'adozione dell'informazione interdittiva⁶.

2. Le garanzie procedurali.

Il primo profilo critico della disciplina antimafia sul quale si è concentrato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale riguarda le garanzie procedurali rispetto all'adozione dell'informazione interdittiva antimafia, in particolare quelle previste dal capo III della legge generale sul procedimento amministrativo.

Prima di esaminare le novità introdotte dal decreto legge n. 152 del 2021⁷ rispetto a questo profilo è opportuno richiamare i termini del dibattito.

È stato più volte ribadito dal giudice amministrativo, in particolare, che la comunicazione di avvio del procedimento e la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza (art. 7 e art. 10-bis l. 7 agosto 1990, n. 241) sono adempimenti non necessari ai fini dell'emanazione della misura prefettizia. Il contraddittorio, infatti, è configurato solo eventuale, in ragione del significato attribuito alla locuzione «ove lo ritenga utile» di cui all'art. 93, comma 7, codice antimafia, nel senso di una disposizione che lascia al prefetto un'ampia discrezionalità circa il coinvolgimento dei soggetti interessati⁸.

⁵ Sulla necessità – e sui caratteri – del dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza, cfr. TRAVI (2015), p. 691 ss.

⁶ Cfr. rispettivamente il § 2 e i §§ 3-4 di questo contributo.

⁷ Per un primo commento, in generale, v. VELTRI (2022), p. 1 ss.; nonché, ALBANESE D. (2022), p. 1 ss.; VULCANO (2021), p. 1 ss.

⁸ Orientamento costante; in termini, da ultimo, v. Cons. Stato, sez. III, 6 maggio 2020, n. 2854, in *Foro it.*, Rep. 2020, voce *Misure di prevenzione*, n. 82; 3 marzo 2020, n. 1576, in *www.giustizia-amministrativa.it*; 21 gennaio 2020, n. 820, in *Foro it.*, Rep. 2020, voce *Misure di prevenzione*, n. 109 e in *Giur. it.*, 2020, o. 683 con nota di RUBERTO (2020). In senso difforme, ma rispetto alla specifica disciplina di settore relativa ai procedimenti d'iscrizione alle c.d. *white list*, cfr. Cons. giust. amm. sic., sez. giur., ord., 10 luglio 2020, n. 569, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che ha affermato l'esigenza di garantire il diritto di difesa nell'ambito del procedimento e che la violazione dell'art. 10-bis l. n. 241/1990 fosse stata rilevante nel caso specifico «perché

La questione se le disposizioni del codice antimafia - nella parte in cui non prevedono il contraddittorio procedimentale "obbligatorio" in favore del soggetto nei cui confronti l'informazione interdittiva è destinata a produrre effetti - fossero compatibili con il principio del contraddittorio riconosciuto dal diritto dell'Unione europea, era stata anche rimessa alla Corte di giustizia⁹, che tuttavia aveva dichiarato manifestamente irricevibile la domanda di pronuncia pregiudiziale in ragione del fatto che l'ordinanza di rimessione Tar non avesse fornito dati idonei a dimostrare l'esistenza di un criterio di collegamento della disciplina nazionale con il diritto europeo ovvero a dimostrare che detta disciplina costituisca attuazione di quest'ultimo¹⁰. In quell'occasione, la Corte di giustizia aveva precisato che l'obbligo di consentire ai destinatari di provvedimenti, «che incidono sensibilmente sui loro interessi, di esprimere utilmente il proprio punto di vista in merito agli elementi sui quali l'amministrazione intende fondare la sua decisione [...] incombe sulle amministrazioni degli Stati membri ogniqualvolta esse adottano decisioni che rientrano nella sfera d'applicazione del diritto dell'Unione, quand'anche la normativa dell'Unione applicabile non preveda espressamente siffatta formalità»¹¹.

Rispetto a questo contesto occorre anche precisare che la giurisprudenza amministrativa non ha mai messo in discussione la centralità e la rilevanza del contraddittorio procedimentale, ma ha ribadito più volte due argomenti a sostegno della deroga desunta dall'art. 93, comma 7, codice antimafia.

Il primo argomento è quello della natura del procedimento per l'adozione dell'informazione antimafia, a cui fa da sfondo quello più generale della *ratio* di questa disciplina¹². In diverse occasioni il giudice amministrativo ha qualificato questo

molti fatti posti a fondamento della informativa sono contestati con argomenti non implausibili *prima facie* e che avrebbero dovuto costituire oggetto di dettagliata verifica in sede di contraddittorio procedimentale».

⁹ Da Tar Puglia, sez. III, ord. 13 gennaio 2020, n. 28, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁰ Corte giust., sez. IX, ord., 28 maggio 2020, C-17/20, M.C., in *Foro it.*, Rep. 2020, voce *Unione europea e Consiglio d'Europa*, n. 923.

¹¹ Negli stessi termini v. Corte giust., grande sezione, 22 ottobre 2013, C-276/12, Sabou, in *Foro it.*, 2014, IV, n. 383, con nota di PERRINO (2014).

¹² Secondo la giurisprudenza amministrativa, l'informazione interdittiva antimafia risponde a una logica di anticipazione della soglia di difesa sociale e non richiede l'accertamento in sede penale di uno o più reati che attestino il collegamento o la contiguità dell'impresa con associazioni di tipo mafioso potendo, perciò, restare legittimata anche dal solo rilievo di elementi sintomatici che dimostrino il concreto pericolo (anche se non la certezza) di infiltrazioni della criminalità organizzata nell'attività imprenditoriale. Infatti, la funzione dei provvedimenti antimafia del prefetto è quella di contrastare il fenomeno dell'inquinamento mafioso delle attività economiche, attraverso l'estromissione dai rapporti con la pubblica amministrazione delle imprese che, in esito alla formulazione di un giudizio probabilistico di permeabilità alla criminalità organizzata di stampo mafioso, abbiano irrimediabilmente perduto quella «fiducia sulla affidabilità e sulla moralità dell'imprenditore» che costituisce l'indefettibile presupposto della capacità di accedere ai rapporti contrattuali con le pubbliche amministrazioni o «che comunque deve sussistere, affinché l'imprenditore risulti meritevole di conseguire un titolo abilitativo, ovvero di conservarne gli effetti». In altri termini, la misura in questione serve a precludere ad operatori economici, pur dotati di adeguati mezzi economici e organizzazione imprenditoriale, che non godano più della fiducia da parte delle istituzioni sulla loro affidabilità e sulla loro trasparenza, di costituire o di conservare rapporti negoziali con l'amministrazione, al fine di contrastare, in una logica di prevenzione, ma anche di repressione, l'infiltrazione nell'ordine

procedimento in termini di specialità, informato da speditezza, riservatezza e urgenza, «per evidenti ragioni di ordine pubblico», e finalizzato espressamente all’emanazione di misure atte a scongiurare «eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o delle imprese»¹³.

Da questo punto di vista, l’informazione interdittiva è assunta come lo strumento di massima tutela preventiva nel contrasto alla criminalità organizzata¹⁴.

Il Consiglio di Stato, in stretta connessione, ha ritenuto che la c.d. «*discovery* anticipata (cioè già in sede procedimentale), di elementi o notizie contenuti in atti di indagine coperti da segreto investigativo o in informative riservate delle forze di polizia, spesso connessi ad inchieste della magistratura inquirente contro la criminalità organizzata e agli atti delle indagini preliminari, potrebbe frustrare la finalità preventiva perseguita dalla legislazione antimafia, che ha l’obiettivo di prevenire il tentativo di infiltrazione da parte delle organizzazioni criminali, la cui capacità di penetrazione nell’economia legale ha assunto forme e “travestimenti” sempre più insidiosi»¹⁵.

Il secondo argomento a sostegno della deroga alle garanzie procedurali si basa sulla considerazione che il contrasto alla criminalità organizzata rientra tra quegli

economico di organizzazioni criminali di stampo mafioso (cfr. Cons. Stato, sez. III, 12 marzo 2018, n. 1563, in *www.giustizia-amministrativa.it*; 31 agosto 2016, n. 3754, in *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Mafia e criminalità organizzata*, n. 23; 22 giugno 2016, n. 2774, *id.*, Rep. 2016, voce *Contratti pubblici*, n. 445; 9 maggio 2016, n. 1846, *id.*, Rep., 2016, voce *Mafia e criminalità organizzata*, n. 47).

Il giudice amministrativo fa espresso riferimento alla «salvaguardia dell’ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della p.a.» come *ratio* dell’istituto (*ex plurimis* Cons. Stato, sez. III, 19 aprile 2021, n. 3132, in *www.giustizia-amministrativa.it*; sez. I, 9 marzo 2021, n. 340, *id.*; sez. III, ord., 11 aprile 2019, n. 1917, in *Foro it.*, Rep. 2019, voce *Misure di prevenzione*, n. 142; 6 marzo 2019, n. 1553, in *www.giustizia-amministrativa.it*; 20 febbraio 2019, n. 1182, in *Foro it.*, Rep. 2019, voce *cit.*, n. 144; 14 febbraio 2017, n. 669, in *Foro it.*, Rep. 2017, voce *cit.*, n. 44; Cons. Stato, 3 maggio 2016, n. 1743, *id.*, Rep. 2016, voce *cit.*, n. 39). Si tratta, dunque, secondo la giurisprudenza di provvedimenti «nemmeno latamente sanzionatori» (Cons. Stato, sez. III, 31 maggio 2016, n. 3754, *id.*, Rep. 2016, voce *Mafia e criminalità organizzata*, n. 23 e, più di recente, 4 gennaio 2022, n. 21 nonché 21 gennaio 2022, n. 424, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*; sulla estraneità alla «logica penalistica di certezza probatoria raggiunta al di là del ragionevole dubbio» v. *infra*).

In dottrina, invece, sulla base del criterio della severità (e in ragione dell’alternatività dei criteri *Engel*), è stato sostenuto che dovrebbero essere considerati di “natura penale” anche le informative interdittive antimafia, «che, pur non avendo teoricamente funzione sanzionatoria, finiscono, comunque, per comportare gravissime conseguenze economiche nei confronti dei loro destinatari» (PROVENZANO (2018), p. 1099).

¹³ Art. 84, 3° comma, codice antimafia; cfr. Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105, in *Foro it.*, Rep. 2019, voce *Mafia e criminalità organizzata*, n. 34; 30 gennaio 2019, n. 758, *ibid.*, voce *cit.*, n. 31).

¹⁴ Sull’informazione come «misura cautelativa di carattere preventivo» v. Cons. Stato, sez. III, 20 gennaio 2020, n. 452, in *Foro it.*, 2020, III, 232, con nota di TRAVI (2020a) nonché ad. plen. 6 aprile 2018, n. 3, *id.*, 2018, III, 317 con nota critica di D’ANGELO (2018a).

¹⁵ Cons. Stato, sez. III, n. 820/2020, *cit.*; in modo analogo, da ultimo, v. Cons. Stato, sez. III, 20 aprile 2021, n. 3194, in *www.giustizia-amministrativa.it*; 13 maggio 2020, n. 3039, *id.*; 11 maggio 2020, n. 2962, *id.*; per la giurisprudenza di primo grado v. Tar Calabria, Reggio Calabria, 8 luglio 2021, n. 589, *id.*; Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 29 ottobre 2020, n. 746, *id.*; Tar Sicilia, Catania, sez. I, 29 aprile 2020, n. 403, *id.*). Sulle ragioni d’impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento che esentano l’amministrazione dall’obbligo di effettuare la comunicazione di avvio, ai sensi dell’art. 7 l. n. 241/1990, cfr. CHIRULLI (2020), p. 295 ss.

obiettivi di interesse generale che possono giustificare delle restrizioni e delle limitazioni al contraddittorio anche ad avviso della Corte di giustizia¹⁶.

Le posizioni espresse dal Consiglio di Stato sono state oggetto di critica¹⁷ e non sono mancate anche proposte di modifiche legislative a favore del recupero delle garanzie procedurali in un momento successivo all'adozione dell'informazione antimafia nel quale, a istanza di parte, sia consentito riesaminare la misura già adottata¹⁸. Peraltro, già in precedenza, una parte della dottrina aveva sostenuto l'opportunità di una modifica dell'art. 93, comma 7, atta a garantire il contraddittorio obbligatorio, attraverso la semplice eliminazione da questa disposizione dell'inciso «ove la ritenga utile»¹⁹.

In effetti in altre pronunce, il Consiglio di Stato aveva mostrato qualche apertura a fronte di tali critiche e aveva auspicato un intervento legislativo che consentisse proprio un «parziale recupero delle garanzie procedurali, nel rispetto dei diritti di difesa spettanti al soggetto destinatario del provvedimento»²⁰; per lo meno nel senso di garantire la partecipazione dell'interessato nelle ipotesi di maggiore “complessità”, «in cui la permeabilità mafiosa appaia alquanto dubbia, incerta, e presenti, per così dire, delle zone grigie o interstiziali, rispetto alle quali l'apporto procedimentale del soggetto potrebbe fornire utili elementi a chiarire alla stessa autorità procedente la natura dei rapporti tra il soggetto e le dinamiche, spesso ambigue e fluide, del mondo criminale». Ciò, sembra di comprendere, sempre nei limiti in cui la partecipazione procedimentale

¹⁶ Cfr., nell'ambito di procedimenti amministrativi relativi alla verifica e alla determinazione della base imponibile dell'iva, Corte giust., 9 novembre 2017, C-298/16, in *Foro it.*, 2017, IV, 577, con nota di PERRINO (2017), richiamata dalla sentenza in epigrafe; nello stesso senso, più di recente, Corte giust., 4 giugno 2020, n. 430/19, *id.*, 2020, IV, 472, con nota di PERRINO (2020). Sulla recente evoluzione degli orientamenti della Corte di Giustizia riguardo al principio del contraddittorio, cfr. GALETTA (2019), p. 1 ss., in particolare pp. 7-12.

¹⁷ Cfr. GIULIETTI e FIGORILLI (2020) p. 2083 ss., in particolare pp. 2105-2107 in ragione della rilevanza da riconoscere al principio *audi alteram partem*; GIARDINO (2021), p. 159 ss., in particolare pp. 163-170, in riferimento al valore della partecipazione procedimentale rispetto al principio d'imparzialità; MAZZAMUTO (2020), p. 1471 ss., in particolare p. 1477, in relazione al fatto che gli argomenti della riservatezza e dell'urgenza – per escludere il contraddittorio del soggetto destinatario della misura - non appaiono convincenti, nonché 1478, rispetto al ruolo che «ha giocato anche il debole statuto costituzionale del principio del giusto procedimento in materia amministrativa»; FILIERI (2021), p. 485 ss., in particolare p. 500, in chiave di rilettura della disciplina vigente alla luce della tutela multilivello dei diritti.

¹⁸ Cfr. MICCICHÉ (2019), p. 19 ss., in particolare p. 39; RENNA e MICCICHÉ (2021), p. 137 ss., in particolare p. 156.

¹⁹ MAZZAMUTO (2016), p. 34, secondo una proposta avanzata dalla Commissione Fiandaca (cfr. *Relazione della Commissione ministeriale incaricata di elaborare una proposta di interventi in materia di criminalità organizzata - d.m.* 10 giugno 2013, in https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1391681025relazione_Commissione_Fiandaca.pdf) recepita anche nel successivo progetto di riforma della Commissione parlamentare antimafia (XVII Legislatura, Doc. XXIII, n. 5 - *Relazione sulle disposizioni per una revisione organica del codice antimafia e delle misure di prevenzione di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159*, approvata nella seduta del 22 ottobre 2014, in <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/845604.pdf>)

²⁰ Cons. Stato, sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979, in www.giustizia-amministrativa.it.

«non frustri l’urgenza del provvedere e le particolari esigenze di celerità del procedimento» per l’adozione dell’informazione²¹.

Ed è proprio nella prospettiva da ultimo tratteggiata²² che sembra essere intervenuto il legislatore.

L’art. 48 d.l. n. 152/2021 cit.²³, infatti, ha apportato numerose modifiche agli articoli 92 e 93 del codice antimafia, alcune delle quali riguardano da vicino il profilo del contraddittorio²⁴.

Segnatamente, il nuovo comma 2-*bis* dell’art. 92 codice antimafia stabilisce che se il prefetto ritenga sussistenti i presupposti²⁵ per l’adozione dell’informazione interdittiva ovvero per procedere all’applicazione del nuovo istituto della “prevenzione collaborativa”, introdotto all’art. 94-*bis* del codice antimafia²⁶, e sempre che «non ricorrano particolari esigenze di celerità del procedimento», ne dà comunicazione all’interessato, indicando gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa.

Allo stesso tempo, si precisa che tale comunicazione non possa, in alcun caso, avere ad oggetto elementi informativi «il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare

²¹ Cons. Stato, n. 4979/2020, cit. Proprio sulla scorta di questo argomento, Tar Calabria, Reggio Calabria, 6 aprile 2021, n. 259, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ha ritenuto illegittima l’informazione interdittiva che non era stata preceduta dal c.d. preavviso di rigetto (art. 10-*bis* l. n. 241/1990). Più in generale, il Tar ha ritenuto che qualora «sia evidente, anche solo per la durata stessa del procedimento, che non esistono particolari esigenze di bloccare l’attività a rischio di infiltrazione, la mancata partecipazione al procedimento del destinatario del provvedimento finale si espone ad una valutazione di illogicità che difficilmente può essere evitata con il riferimento alla discrezionalità prefettizia».

La circostanza che la disciplina del procedimento per l’adozione dell’informazione antimafia preveda un contraddittorio (solo) eventuale (art. 93, comma 7, codice antimafia) è stata ritenuta incompatibile con i diritti della difesa di cui all’art. 24 Cost. da Tar Calabria, Reggio Calabria, 11 dicembre 2020, n. 732, *id.*, sotto il profilo specifico di precludere ai destinatari della misura interdittiva la possibilità di sottoporre all’autorità prefettizia le possibili conseguenze in termini di depauperamento dei mezzi di sostentamento suoi e della sua famiglia (cfr. l’art. 92, diversamente da quanto accade nei confronti dei destinatari di una misura di prevenzione ai sensi dell’art. 67, comma 5, codice antimafia).

²² Nella relazione annuale sull’attività della giustizia amministrativa del 2 febbraio 2021 (*www.giustiziamministrativa.it*), il Presidente del Consiglio di Stato, richiamandosi proprio alla pronuncia del Consiglio di Stato n. 4979/2020, cit., aveva parlato di «*appello*» al legislatore per un «recupero quanto meno parziale, delle garanzie procedurali» nella materia delle interdittive antimafia: nella relazione si sottolinea il monito rivolto al legislatore circa la necessità di una riforma volta ad ammettere la partecipazione dell’interessato al procedimento interdittivo «laddove la partecipazione procedimentale non frustri l’urgenza del provvedere» (su cui v. *infra* nel testo). Va notato, peraltro, come il richiamo a questa sentenza – tutto sommato isolata – sia stato ritenuto sufficiente a rappresentare la richiesta in termini di “*appello*” rivolto al legislatore da parte del giudice amministrativo, a fronte delle numerose sentenze dello stesso Consiglio di Stato orientante, invece, nella direzione opposta.

²³ La rubrica dell’articolo – «contraddittorio nel procedimento di rilascio dell’interdittiva antimafia» – appare di per sé significativa.

²⁴ Le modifiche hanno riguardato, più in generale, l’art. 92 codice antimafia: è stata modificata la rubrica, prima «Termini per il rilascio delle informazioni» ora «Procedimento di rilascio delle informazioni antimafia»; è stato sostituito l’originario comma 2-*bis*; sono stati introdotti due nuovi commi, 2-*ter* e 2-*quater* (su cui rispettivamente nota n. 27 e § successivo).

²⁵ Sulla base degli esiti delle verifiche disposte ai sensi del comma 2 (da effettuarsi quando dalla consultazione della banca dati emerge la sussistenza di cause ostative al rilascio della liberatoria antimafia).

²⁶ Su cui v. *infra* § 4.

procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose».

L'interessato, dal canto suo, ha un termine non superiore a venti giorni per presentare osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti, oltre che per richiedere l'audizione ai sensi dell'art. 93, commi 7, 8, 9, codice antimafia; la procedura in contraddittorio deve concludersi entro sessanta giorni dalla data di ricezione della comunicazione²⁷.

L'art. 48 d.l. n. 152/2021, infine, ha modificato anche l'art. 93 del codice antimafia. Si prevede ora che il prefetto, sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite nel corso dell'accesso, possa predisporre l'audizione personale dell'interessato «qualora non ricorrano particolari esigenze di celerità del procedimento ovvero esigenze di tutela di informazioni che, se disvelate, sono suscettibili di pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri procedimenti amministrativi finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose».

Per effetto di tali modifiche, dunque, l'audizione dell'interessato, pur rimanendo del tutto eventuale, è rimessa non già ad una valutazione in termini di «utilità», come nella versione originaria dell'art. 93, comma 7, bensì alla insussistenza di particolari esigenze di speditezza del procedimento o di riservatezza, estendendosi, dunque, anche a tale istituto le condizioni stabilite dal decreto in esame con riguardo allo svolgimento del contraddittorio.

Va rilevato che una parte della giurisprudenza amministrativa sembra avere già inteso che l'insieme di queste novità possano essere considerate risolutive del profilo critico dell'assenza della partecipazione procedimentale del soggetto interessato²⁸.

Al contrario, stando al testo delle nuove disposizioni, vanno sollevate alcune perplessità circa l'effettiva idoneità di tali modifiche ad ampliare il contraddittorio²⁹ nel procedimento di adozione dell'informazione interdittiva. Infatti, le novità in esame sembrerebbero porsi, ancora una volta e dunque in continuità rispetto alla precedente disciplina, nel segno dell'ampiezza dei poteri attribuiti al prefetto in tale materia, a discapito delle garanzie procedurali del soggetto nei cui confronti il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti.

Dopo le modifiche ad opera dell'art. 48 d.l. n. 152/2021, l'art. 92 codice antimafia non muta nella sostanza l'assetto delineato dal testo precedente: infatti, la partecipazione del soggetto interessato non è necessaria nella fase iniziale e in quella istruttoria del procedimento e continua, invece, ad essere configurata come un momento del tutto eventuale, da ammettersi solo se il prefetto ritenga sussistenti i presupposti per

²⁷ Al termine della procedura, ai sensi del nuovo comma 2-ter dell'art. 92, il prefetto, se non proceda al rilascio dell'informazione antimafia liberatoria, dovrà disporre alternativamente l'applicazione delle misure di prevenzione collaborativa (su cui v. *infra* nel testo) o l'informazione interdittiva antimafia. In quest'ultimo caso, l'autorità prefettizia, una volta adottato il provvedimento – come già accadeva sotto la vigenza del “vecchio” comma 2-bis – dovrà verificare la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle misure ex art. 32, comma 10, d.l. n. 90/2014 e, in caso affermativo, informarne tempestivamente il Presidente dell'ANAC.

²⁸ Cons. Stato, sez. III, 13 dicembre 2021, n. 8309, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁹ O di “prevedere” il contraddittorio se il riferimento è al contraddittorio obbligatorio.

l'adozione dell'informazione interdittiva o della nuova misura della prevenzione collaborativa, e sempre che non ricorrano «particolari esigenze di celerità».

Se da un lato, il principio del giusto procedimento «non può dirsi assistito in assoluto da garanzia costituzionale», dall'altro, la portata che tale principio ha assunto nel nostro ordinamento dopo la legge generale del 1990 non è in discussione, tanto da rappresentare per la Corte costituzionale il fondamento dell'affermazione, in materia espropriativa, che i privati interessati devono essere messi in condizione di far valere l'esistenza delle «ragionevoli alternative» all'adozione del provvedimento c.d. di acquisizione sanante³⁰.

Inoltre, l'effettiva partecipazione dell'interessato al procedimento di adozione della misura antimafia sembra pregiudicata dalla previsione che la comunicazione prefettizia, prodromica all'instaurazione del contraddittorio, non possa in nessun caso avere ad oggetto informazioni il cui disvelamento «sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose»³¹. Si tratta, tuttavia, di una formulazione che appare talmente ampia da poter rappresentare una “clausola di stile” che l'amministrazione prefettizia potrà richiamare rispetto a qualunque circostanza, anche in ragione dell'oggetto del possibile pregiudizio - che deriverebbe dalla conoscenza dell'interessato - non limitato alle indagini penali.

Ancora una volta, cioè, al fine di delimitare la possibilità di un intervento endoprocedimentale del soggetto destinatario del provvedimento, il legislatore fa ricorso ad una formula (volutamente) “vaga”, che vale anche come presupposto per l'audizione personale dell'interessato, che finisce per riservare al prefetto una valutazione discrezionale, che non riguarda però l'assetto degli interessi in gioco, ma l'interpretazione di elementi “indeterminati” ai fini dell'ammissione della partecipazione procedimentale.

Il rischio che ne consegue è, evidentemente, quello che si svuoti la garanzia – a questo punto solo formalmente – introdotta dal d.l. n. 152/2021³².

Sullo sfondo, la questione finisce con il riguardare l'atipicità degli adempimenti procedimentali (nel senso dell'ampia discrezionalità che viene riconosciuta in genere alla pubblica amministrazione nella conduzione del procedimento), il cui carattere è stato messo severamente in discussione in ragione di un'inconciliabilità di fondo rispetto alla tipicità del provvedimento³³.

A questo va poi aggiunto che il sindacato giurisdizionale sulle informazioni antimafia il più delle volte esercitato dal giudice amministrativo sembra molto distante da un controllo che comprenda anche la sussistenza e la valutazione dei fatti affermati

³⁰ Corte cost., 30 aprile 2015, n. 71, in *Foro it.*, 2015, I, 2629, con nota di PARDOLESI (2015).

³¹ È quanto previsto dal secondo periodo del comma 2-bis dell'art. 92.

³² Meno negativo è il giudizio di URSI (2022), p. 308, secondo cui «...nonostante si sia in presenza di un contraddittorio il più delle volte “al buio”, appare opportuno segnalare come la norma in esame, cominciando a offrire tutela all'interessato già in sede procedimentale, vada comunque salutata come importante apertura verso una maggiore omogeneità rispetto alle regole generali».

³³ V. TRAVI (2020b), pp. 539-541.

dall'amministrazione³⁴ e che accerti direttamente e in modo compiuto i fatti rilevanti per la decisione finale³⁵. La somma di questi due fattori - la previsione di un contraddittorio solo eventuale nel corso del procedimento e il modello di sindacato adottato dal giudice amministrativo - rende quanto mai problematico il profilo della tutela, complessivamente considerata, del destinatario dell'informazione interdittiva. Il rischio è che il destinatario del provvedimento interdittivo, di frequente disseminato da *omissis* e fondato su indizi e notizie tratte da informative di polizia giudiziaria (a volte relative a soggetti terzi), non sia messo nelle condizioni di contestare, tanto nel procedimento che precede l'adozione del provvedimento quanto nel processo, la giustizia e l'attualità di tali elementi.

2.1 (Segue) Il nuovo comma 2-quater dell'art. 92 codice antimafia.

Ai sensi del nuovo comma 2-quater dell'art. 92 codice antimafia, nel periodo che intercorre tra la ricezione della comunicazione - con la quale il prefetto indica al soggetto interessato gli elementi sintomatici dei tentativi d'infiltrazione mafiosa ed assegna un termine breve³⁶ per presentare osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti, nonché per richiedere l'audizione - e la conclusione della procedura in contraddittorio, «il cambiamento di sede, di denominazione, della ragione o dell'oggetto sociale, della composizione degli organi di amministrazione, direzione e vigilanza, la sostituzione degli organi sociali, della rappresentanza legale della società, nonché della titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, il compimento di fusioni o altre trasformazioni o comunque qualsiasi variazione dell'assetto sociale, organizzativo, gestionale e patrimoniale delle società e imprese interessate dai tentativi di infiltrazione mafiosa, possono essere oggetto di valutazione ai fini dell'adozione dell'informazione interdittiva antimafia».

In alcuni primi commenti, la disposizione è stata valutata come «una novità di grande rilievo, poiché consente all'interessato di adottare misure di *self cleaning* organizzative, depurandosi in via autonoma da quegli elementi aziendali che avevano dato luogo al sospetto di infiltrazione o agevolazione e ripristinare la piena legalità dell'impresa senza subire gli effetti negativi dell'interdittiva»³⁷. Effettuando un parallelo con la disciplina in tema di contratti pubblici, si è prospettato «una sorta di *self cleaning* dell'operatore economico al fine di evitare l'interdittiva, quale misura nella logica della novella normativa ricondotta ad *extrema ratio*»³⁸.

³⁴ Indipendentemente dall'adeguatezza o meno dell'istruttoria procedimentale.

³⁵ Su questo profilo sia consentito rinviare a D'ANGELO (2018b), in particolare pp. 1150-1151.

³⁶ Come anticipato, non superiore a venti giorni.

³⁷ VULCANO (2021), p. 8. Nello stesso senso AMOVILLI (2022), p. 2, che sottolinea la «previsione in chiave collaborativa per l'impresa sospettata di essere esposta al pericolo di subire influenze dalla criminalità organizzata di adottare - in seguito al contraddittorio - misure idonee (quali la modifica della composizione degli organi di amministrazione o la sostituzione degli organi sociali), al fine di evitare l'interdittiva».

³⁸ AMOVILLI (2022), p. 2.

Tuttavia, questa interpretazione appare lontana dal dato positivo e andrebbe più correttamente proposta nell'ottica di un auspicio di modifica (ulteriore) di quanto attualmente delineato dal legislatore. A ben osservare, infatti, il testo del comma 2-*quater* dell'art. 94 depona nel senso che le operazioni ivi indicate «possono essere oggetto di valutazione ai fini dell'adozione dell'informazione interdittiva antimafia» e non anche ai fini dell'adozione dell'informazione liberatoria o delle misure di collaborazione preventiva. In altri termini, la disposizione «lungi dal favorire l'assunzione di misure di *self cleaning* in corso del contraddittorio, colora le misure stesse di una presunzione relativa di antiggiuridicità, sollecitando, per l'appunto, il prefetto a valutarle "ai fini dell'adozione dell'informazione interdittiva antimafia"»³⁹.

In una prospettiva più ampia e di interpretazione sistematica, va poi evidenziato che la disposizione dell'art. 92, comma 2-*quater*, richiama chiaramente l'art. 84, comma 4 lett. f), secondo cui il tentativo di infiltrazione mafiosa è desunto, tra l'altro, «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». Sembra evidente, dunque, che le due disposizioni siano espressione di una *ratio* comune e che la previsione dell'art. 92, comma 2-*quater*, si ponga nella direzione di un continuo monitoraggio degli indici sintomatici della infiltrazione mafiosa individuati dal legislatore anche nel corso del procedimento di adozione della informazione antimafia, in funzione di contrasto della capacità delle organizzazioni criminali di operare rapidi cambiamenti di assetti societari e di soggetti titolari di cariche sociali al fine di evitare l'applicazione della misura interdittiva.

3. Le informazioni adottate su un accertamento del tentativo d'infiltrazione mafiosa "generico".

Accanto al profilo delle garanzie procedurali, appare altrettanto significativo analizzare quello degli elementi che il prefetto deve valutare per affermare il tentativo di infiltrazione mafiosa ai fini dell'adozione dell'informazione interdittiva.

All'indomani della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo De Tommaso⁴⁰, una parte della dottrina aveva espresso posizione in ordine alla possibile illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 117 Cost. in relazione al parametro interposto dell'art. 1, Protocollo 1 add. CEDU, delle lett. d) ed e) dell'art. 84, comma 4,

³⁹ DURANTE (2022), p. 5, che allo stesso tempo evidenzia, però, che questa interpretazione potrebbe risultare «troppo agganciata al dato testuale» e sottolinea, in ogni caso, come «sarebbe stato utile un maggiore sforzo esplicativo da parte del legislatore».

⁴⁰ Corte eur. diritti dell'uomo, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, in *Foro it.*, Rep. 2017, voce *Diritti politici e civili*, n. 196.

codice antimafia, nella parte in cui attribuiscono al prefetto la possibilità di desumere la sussistenza di tale tentativo di infiltrazione mafiosa sulla base di «presupposti vaghissimi e imprecisati»⁴¹.

La giurisprudenza, per contro, ha sempre ritenuto che gli elementi di inquinamento mafioso, individuati oggi dal legislatore nell'art. 84, comma 4, e nell'art. 91, comma 6, codice antimafia non costituiscano un *numerus clausus*, ma «un catalogo aperto di situazioni sintomatiche del condizionamento mafioso»⁴². Prima dell'emanazione del codice del 2011 tale interpretazione trovava sponda immediata nel sistema delle informative c.d. atipiche, mentre attualmente il fondamento viene individuato nella formulazione ampia del codice e, in particolare, sulla scorta della lett. d) dell'art. 84, che fa generico riferimento agli accertamenti disposti dal prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento. Questi elementi possono anche «assumere 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»⁴³.

Dunque, in questi anni, la prassi amministrativa, con l'ausilio e con l'avallo della giurisprudenza, ha finito con il determinare l'implementazione del catalogo previsto dal legislatore, in ragione delle peculiarità del caso specifico. Tra le circostanze non tipizzate dal legislatore e rappresentative di c.d. situazioni-spia o sintomatiche dell'infiltrazione mafiosa, sono state individuate, ad esempio, anche le vicende anomale nella concreta gestione dell'impresa, la condivisione di un sistema di illegalità volto ad ottenere i relativi 'benefici' l'inserimento in un contesto di illegalità o di abusivismo, in assenza di iniziative volte al ripristino della legalità⁴⁴. Le situazioni sintomatiche che hanno destato un dibattito acceso sono state soprattutto quelle relative ai rapporti di parentela e i contatti o i rapporti di frequentazione, conoscenza, colleganza, amicizia⁴⁵.

⁴¹ V. AMARELLI (2017), p. 1 ss.; AMARELLI (2020), p. 207 ss.

⁴² Cons. Stato, n. 1743/2016, cit.

⁴³ *Ex plurimis* Cons. Stato, sez. III, 14 ottobre 2020, n. 6208, in www.giustizia-amministrativa.it; 21 febbraio 2019, n. 1241, *id.*; Cons. Stato, sez. III, 12 settembre 2017, n. 4295, *id.*, Rep. 2017, voce *Misure di prevenzione*, n. 45; n. 1156/2017, cit.; n. 1743/2016, cit., da più parti indicata come la sentenza che ha dato il via alla tipizzazione delle misure.

⁴⁴ Sull'instaurazione di rapporti commerciali o associativi tra un'impresa e un'altra già ritenuta esposta al rischio di influenza criminale come indice del tentativo di infiltrazione (in particolare, quando «la natura, la consistenza e i contenuti delle modalità di collaborazione tra le due imprese siano idonei a rivelare il carattere illecito dei legami stretti tra i due operatori economici», informazione interdittiva c.d. a cascata), cfr., tra le tante, Cons. Stato, sez. III, 17 novembre 2020, n. 7146, www.giustizia-amministrativa.it; 21 febbraio 2017, n. 781, *id.*; 19 gennaio 2017, n. 214, *id.*; 22 giugno 2016, n. 2774, in *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Contratti pubblici*, n. 445; 26 maggio 2016, n. 2232, in www.giustizia-amministrativa.it).

⁴⁵ Per l'affermazione che il legame parentale non costituisce di per sé un indizio dell'infiltrazione mafiosa, specie se il parente deriva la propria presunta pericolosità dalla frequentazione di altri soggetti v. Cons. giust. amm. sic., 16 aprile 2021, n. 323, in www.giustizia-amministrativa.it; in modo condivisibile, infatti, la pronuncia sottolinea che «la pericolosità sociale non si trasferisce automaticamente da un parente all'altro ma occorre almeno ipotizzare che dal rapporto di parentela sia scaturita una cointeressenza in illeciti rapporti o compartecipazione in azioni sospette».

Su questo profilo è intervenuta anche la Corte costituzionale⁴⁶, che ha respinto con una certa nettezza la tesi che l'assetto delineato dal legislatore comporti la violazione del principio fondamentale di legalità sostanziale, che presiede (dovrebbe presiedere) all'esercizio di ogni attività amministrativa. Occorre evidenziare che non si tratta solo di esigere dalla prefettura una valutazione attenta degli elementi «che devono offrire un quadro chiaro, completo e convincente del pericolo di infiltrazione mafiosa» e della circostanza che tale quadro debba emergere «da una motivazione accurata che nella specie assume una rilevanza affatto particolare»⁴⁷. C'è un elemento ulteriore riconosciuto espressamente dalla Corte costituzionale, cioè l'impegno profuso dal giudice amministrativo nell'individuazione di un nucleo consolidato - a partire dalla sentenza Cons. Stato n. 1743/2016 cit. - di situazioni indiziarie, che sviluppano e completano le indicazioni legislative, costruendo un sistema di tassatività sostanziale⁴⁸. In altri termini, secondo la Corte costituzionale, gli esempi sopra ricordati, tra gli altri, costituiscono e rappresentano delle «puntualizzazioni di cui va apprezzata la rilevanza alla luce di quella giurisprudenza costituzionale [...] che, anche se relativa a fattispecie diversa, ha valorizzato l'apporto fornito da una giurisprudenza costante e uniforme, al fine di delimitare l'applicazione di disposizioni legislative incidenti su diritti costituzionalmente protetti, pure caratterizzate da una certa genericità»⁴⁹.

Sulla scorta di queste affermazioni, il Consiglio di Stato ha finito con il ribadire il proprio orientamento e anche di recente ha respinto la tesi che le informazioni interdittive c.d. generiche (*rectius*, adottate su un accertamento del tentativo d'infiltrazione mafiosa "generico", anche nel senso di atipico) presentino profili d'incostituzionalità o di contrasto rispetto alla Convenzione EDU⁵⁰. Inoltre, la giurisprudenza ha ritenuto che il criterio del "più probabile che non" soddisfi le condizioni rispetto alla c.d. tassatività processuale. La stessa Corte cost. n. 24/2019 ha evidenziato che la tassatività sostanziale (relativa al *thema probandum*) e quella c.d.

⁴⁶ Corte cost. 26 marzo 2020, n. 57, in *Giur. cost.*, 2020, p. 689, con nota di SCOCA (2020).

⁴⁷ In questo senso è richiamata Corte cost., 19 marzo 1993, n. 103, in *Foro it.*, 1993, I, n. 2410.

⁴⁸ C.d. interpretazione giurisprudenziale tassativa; sulla centralità di questa sentenza nel dibattito sulle informazioni antimafia v. l'ampio contributo di NOCELLI (2020).

⁴⁹ Il riferimento ai propri precedenti è in particolare a Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 24, in *Foro it.*, Rep. 2019, voce *Misure di prevenzione*, n. 87, che in tema di misure di prevenzione ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni di cui all'art. 19 l. 22 maggio 1975, n. 152 e di cui agli art. 4, 1° comma, lett. c) e 16 d.lgs. n. 159/2011, nella parte in cui consentono di applicare le misure di prevenzione della sorveglianza speciale, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, del sequestro e della confisca, ai soggetti indicati nell'art. 1, n. 1), l. n. 1423/1956, poi confluito nell'art. 1, lett. a), d.lgs. n. 159/2011; secondo la Corte, infatti, la descrizione normativa di cui all'art. 1, lett. a), codice antimafia («coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi») non soddisfa le esigenze di precisione imposte tanto dall'art. 13 Cost., quanto, in riferimento all'art. 117, 1° comma, Cost., dall'art. 2 prot. n. 4 Cedu per ciò che concerne le misure di prevenzione personali della sorveglianza speciale, con o senza obbligo o divieto di soggiorno; né quelle imposte dall'art. 42 Cost., e, in riferimento all'art. 117, 1° comma, Cost., dall'art. 1 prot. addiz. Cedu per ciò che concerne le misure patrimoniali del sequestro e della confisca (la sentenza è stata oggetto di ampio dibattito nella dottrina penalistica; da ultimo cfr. DI LELLO (2021), spec. pp. 68 – 81).

⁵⁰ Cons. Stato, n. 3182/2021; Cons. Stato, sez. III, 3 marzo 2021, n. 1827, in *www.giustizia-amministrativa.it*; 2 febbraio 2021, n. 957, *id.*

processuale (concernente il *quomodo* della prova) esprimono concetti che si pongono su piani diversi: «mentre il primo attiene al rispetto del principio di legalità ... inteso quale garanzia di precisione, determinatezza e prevedibilità degli elementi costitutivi della fattispecie legale che costituisce oggetto di prova, il secondo attiene invece alle modalità di accertamento probatorio in giudizio, ed è quindi riconducibile a differenti parametri costituzionali e convenzionali – tra cui, in particolare, il diritto di difesa di cui all’art. 24 Cost. e il diritto a un “giusto processo” ai sensi, assieme, dell’art. 111 Cost. e dall’art. 6 CEDU»⁵¹.

Secondo il Consiglio di Stato, lo *standard* probatorio sotteso alla regola del ‘più probabile che non’ (regola che - secondo questa prospettiva - non rappresenta un diverso procedimento logico, ma riguarda la minore forza dimostrativa dell’inferenza logica), nel richiedere la verifica della c.d. probabilità cruciale, porta a ritenere, sul piano della tassatività processuale, più probabile l’ipotesi del tentativo dell’infiltrazione mafiosa rispetto a «tutte le altre messe insieme» nell’apprezzamento degli elementi indiziari posti a base della misura interdittiva. In questa logica, l’interdittiva antimafia si fonda legittimamente sulla valutazione di elementi diversi, che singolarmente considerati possono non dimostrare il tentativo di infiltrazione, ma presi in esame congiuntamente rendono verosimile, e anzi probabile (“più probabile che non”) l’esistenza del tentativo. In questa materia non si richiede l’accertamento di una responsabilità che superi ogni ragionevole dubbio, poiché frustrerebbe la funzione preventiva dell’informazione interdittiva⁵².

Peraltro, la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di sottolineare che il codice antimafia prevede altri istituti che sono posti a presidio di un ragionevole contemperamento tra l’interesse generale prioritario alla prevenzione contro la mafia e il diritto di ciascun imprenditore alla tutela costituzionale di cui all’art. 41 Cost., appunto con i limiti che spetta al legislatore stabilire (il riferimento precipuo è alla gestione con

⁵¹ Corte cost., n. 24/2019, cit.

⁵² Sulla c.d. probabilità cruciale cfr. di recente Cons. Stato, sez. III, 1 luglio 2021, n. 5042, in *www.giustizia-amministrativa.it*; 21 maggio 2021, n. 3915, *id.*; 18 maggio 2021, n. 3845, *id.*; 26 marzo 2021, n. 2583, *id.*; per una delle prime applicazioni cfr. sez. III, 26 settembre 2017, n. 4483 e 26 aprile 2017, n. 1923, *id.* Sulle ragioni per le quali in questa materia, sul piano della tassatività processuale, non è legittimo applicare le regole probatorie del giudizio penale, in particolare i criteri di accertamento propri del giudizio dibattimentale e la regola dell’oltre ogni ragionevole dubbio, cfr. soprattutto Cons. Stato, n. 758/2019, cit., richiamata diffusamente anche da Cons. Stato, n. 3182/2021, e Cons. Stato, n. 3754/2016, cit. Sul criterio del “più probabile che non” ai fini della valutazione del tentativo d’infiltrazione mafiosa (e quindi ai fini dell’adozione dell’informazione antimafia e del relativo sindacato da parte del giudice amministrativo) la giurisprudenza è molto vasta: a titolo esemplificativo, cfr. Cons. Stato, sez. III, 13 luglio 2021, n. 5312, in *www.giustizia-amministrativa.it*; 27 giugno 2019, n. 4431, in *Foro it.*, Rep. 2019, voce *Misure di prevenzione*, n. 125; 3 aprile 2019, n. 2211, *ibid.*, voce cit., n. 143; 26 febbraio 2019, n. 1349, *ibid.*, voce cit., n. 132; 14 settembre 2018, n. 5410, *ibid.*, voce cit., n. 137 *id.*, Rep. 2018, voce cit., n. 20; 4 aprile 2017, n. 1560, in *www.giustizia-amministrativa.it*; 23 marzo 2017, n. 1321, *id.*; 22 marzo 2017, n. 1312, *id.* Sul medesimo criterio come regola di giudizio che può essere integrata da dati di comune esperienza, ricavabili dall’osservazione dei fenomeni sociali, compreso quello mafioso, cfr. Cons. Stato, sez. III, 26 febbraio 2019, n. 1349, in *Foro it.*, Rep. 2019, voce *Misure di prevenzione*, n. 132; 13 marzo 2017, n. 1156, *id.*, Rep. 2017, voce *Mafia e criminalità organizzata*, n. 29; 14 febbraio 2017, n. 669, *ibid.*, voce cit., n. 31. In dottrina cfr. FRACCHIA e OCCHIENA (2018), p. 1125 ss. (in particolare p. 1143 ss.).

controllo giudiziale di cui all'art. 34-*bis* del codice antimafia, introdotto dall'art. 11, l. 17 ottobre 2017, n. 161, «Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate»). In altre pronunce, il Consiglio di Stato ha evidenziato che il punto di equilibrio del bilanciamento tra i valori costituzionali rilevanti in materia (da un lato, l'esigenza di preservare i rapporti economici dalle infiltrazioni mafiose, dall'altro, la libertà di impresa) sia rappresentato dalla previsione dell'aggiornamento dell'informazione (cfr. art. 91, comma 5, codice antimafia), poiché impone all'autorità prefettizia di considerare i fatti nuovi, se sopravvenuti, o anche precedenti, se non noti, e consente al soggetto destinatario della misura di rappresentarli all'amministrazione⁵³.

Infine, in alcune occasioni, il Consiglio di Stato ha già escluso l'obbligo di rimessione alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267, comma 3, TFUE, in ragione della c.d. teoria dell'*acte éclairé*: infatti, tale obbligo non sussiste nelle ipotesi in cui la questione sollevata sia identica ad altra sollevata in relazione ad analoga fattispecie già decisa in via pregiudiziale della Corte, o la giurisprudenza costante della Corte risolve il punto di diritto controverso, indipendentemente dalla natura del procedimento in cui tale giurisprudenza si sia formata⁵⁴.

Rispetto a questo secondo profilo che si sta prendendo in considerazione - cioè gli elementi che il prefetto deve considerare e portare a sostegno della valutazione in ordine al tentativo di infiltrazione mafiosa ai fini dell'adozione dell'informazione interdittiva - il d.l. 6 novembre 2021, n. 152⁵⁵ incide in modo indiretto.

4. Le misure di prevenzione collaborativa.

L'art. 49 d.l. n. 152 /2021 ha introdotto nel codice antimafia l'art. 94-*bis*, il quale sembra prevedere una nuova misura antimafia, denominata «prevenzione collaborativa».

In realtà, la nuova disposizione del codice antimafia introduce più misure, applicabili disgiuntamente o congiuntamente dal prefetto, che possono essere ricondotte al nuovo istituto.

Al di là delle prescrizioni che in concreto il prefetto può ora assumere⁵⁶, va osservato che l'applicazione delle nuove misure viene subordinata all'accertamento di

⁵³ Cons. Stato, n. 758/2019, cit.

⁵⁴ Cfr. Cons. Stato, n. 3182/2021 e Cons. Stato, sez. III, 3 aprile 2019, n. 2212, in *www.giustizia-amministrativa.it*; in dottrina, di recente, cfr. CALZOLAIO (2020), c. 3419, § 3; CLARKE (2015), p. 25 ss.

⁵⁵ Recante «Disposizioni urgenti per il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose».

⁵⁶ Nello specifico, il nuovo articolo prevede che «1. Il prefetto, quando accerta che i tentativi di infiltrazione mafiosa sono riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale, prescrive all'impresa, società o associazione interessata, con provvedimento motivato, l'osservanza, per un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore a dodici mesi, di una o più delle seguenti misure: a) adottare ed efficacemente attuare misure

«tentativi di infiltrazione mafiosa riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale». Le misure di prevenzione collaborativa applicabili in caso di agevolazione occasionale sembrano rispondere alla richiesta, sollevata anche dal giudice amministrativo in alcune pronunce, di ridurre l'ambito di applicazione dell'informazione antimafia e gli effetti pregiudizievoli che da essi derivano. In effetti, il Consiglio di Stato aveva indicato l'opportunità di introdurre apposite misure di *self cleaning*, che lo stesso legislatore avrebbe potuto introdurre già in sede procedimentale con un'apposita rivisitazione delle misure straordinarie - previste, ad esempio, dall'art. 32, comma 10, d.l. n. 90 del 2014- da ammettersi «prima e al fine di evitare che si adotti la misura più incisiva dell'informazione antimafia»⁵⁷.

In questa prospettiva, l'applicazione delle misure di prevenzione collaborativa previste dal nuovo art. 94-*bis* del codice antimafia non determina l'effetto tipico dell'informazione interdittiva⁵⁸, che consiste nella estromissione temporanea del destinatario della misura dai rapporti con le pubbliche amministrazioni e con i soggetti ad esse equiparati, sia che si tratti di stipulare contratti sia che si tratti conseguire un titolo abilitativo sia che si tratti, in entrambi i casi, di conservarne gli effetti. Il Consiglio di Stato ha configurato tale effetto in termini di incapacità giuridica del soggetto destinatario del provvedimento⁵⁹. Si tratta, secondo la giurisprudenza amministrativa,

organizzative, anche ai sensi degli articoli 6, 7 e 24-*ter* del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, atte a rimuovere e prevenire le cause di agevolazione occasionale; b) comunicare al gruppo interforze istituito presso la prefettura competente per il luogo di sede legale o di residenza, entro quindici giorni dal loro compimento, gli atti di disposizione, di acquisto o di pagamento effettuati, gli atti di pagamento ricevuti, gli incarichi professionali conferiti, di amministrazione o di gestione fiduciaria ricevuti, di valore non inferiore a 7.000 euro o di valore superiore stabilito dal prefetto, sentito il predetto gruppo interforze, in relazione al reddito della persona o del patrimonio e del volume di affari dell'impresa; c) per le società di capitali o di persone, comunicare al gruppo interforze eventuali forme di finanziamento da parte dei soci o di terzi; d) comunicare al gruppo interforze i contratti di associazione in partecipazione stipulati; e) utilizzare un conto corrente dedicato, anche in via non esclusiva, per gli atti di pagamento e riscossione di cui alla lettera b) , nonché per i finanziamenti di cui alla lettera c) , osservando, per i pagamenti previsti dall'articolo 3, comma 2, della legge 13 agosto 2010, n. 136, le modalità indicate nella stessa norma. 2. Il prefetto, in aggiunta alle misure di cui al comma 1, può nominare, anche d'ufficio, uno o più esperti, in numero comunque non superiore a tre, individuati nell'albo di cui all'articolo 35, comma 2 -*bis*, con il compito di svolgere funzioni di supporto finalizzate all'attuazione delle misure di prevenzione collaborativa.» Per un primo commento, cfr. BRIZZI (2022) p. 187 ss.; VULCANO (2021), p. 1 ss.

⁵⁷ Cfr. Cons. Stato, n. 4979/2020, cit.

⁵⁸ Cfr. l'art. 94, comma 1, codice antimafia: «Quando emerge la sussistenza ...di un tentativo di infiltrazione mafiosa, di cui all'articolo 84, comma 4 ed all'articolo 91, comma 6, nelle società o imprese interessate, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2 cui sono fornite le informazioni antimafia, non possono stipulare, approvare o autorizzare i contratti o subcontratti, né autorizzare, rilasciare o comunque consentire le concessioni e le erogazioni». Si ricorda che i soggetti di cui all'art. 83, commi 1 e 2 sono le pubbliche amministrazioni e i soggetti ad esse equiparati.

⁵⁹ Sulla qualificazione dell'effetto della misura interdittiva antimafia in termini di incapacità di contrarre (o incapacità legale di contrarre) con la pubblica amministrazione da parte del soggetto destinatario del provvedimento, limitatamente alla giurisprudenza successiva all'emanazione del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (codice antimafia), v. Cons. Stato, ad. plen., 26 ottobre 2020, n. 23, in *Foro it.*, 2021, III, 170, con nota di D'ANGELO (2021); sez. III, 18 aprile 2018, n. 2343; 12 marzo 2018, n. 1562; 30 dicembre 2017, n. 6195; sez. V, 10 ottobre 2017, n. 4680; sez. III, 10 aprile 2017, n. 1657; 22 marzo 2017, n. 1312; sez. IV, 20 luglio 2016, n. 3247 (secondo cui nel caso di informativa interdittiva successiva alla stipula del contratto d'appalto si configura

di un'incapacità giuridica parziale, in quanto limitata ad alcuni rapporti giuridici con la pubblica amministrazione («una sorta di incapacità giuridica pubblica») e temporanea, potendo venire meno in ragione di un successivo provvedimento del prefetto, con la conseguenza che al soggetto – persona fisica o giuridica – è precluso avere con la pubblica amministrazione rapporti riconducibili a quanto disposto dall'art. 67 codice antimafia⁶⁰.

L'art. 94-*bis*, comma 5, codice antimafia prevede solo che le misure collaborative siano annotate in un'apposita sezione della banca dati nazionale unica della documentazione antimafia. Da questo punto di vista la nuova disposizione coglie l'esigenza che la misura interdittiva dell'informazione debba essere emanata dal prefetto solo nei casi più gravi⁶¹, in una logica di proporzionalità nell'applicazione delle misure amministrative di prevenzione e contrasto contro la criminalità organizzata e in una prospettiva più ampia di un nuovo punto di equilibrio, delineato dal legislatore, tra i valori costituzionali rilevanti in materia.

Tuttavia, il nuovo art. 94-*bis* del codice antimafia pone un delicato profilo di compatibilità con le previsioni dell'art. 80 del codice dei contratti pubblici⁶². Questa disposizione, infatti, non ricomprende le situazioni che legittimano l'interdittiva antimafia tra quelle che l'operatore economico può superare come motivo di esclusione

«l'accertamento dell'incapacità originaria del privato ad essere parte contrattuale della pubblica amministrazione»); sez. V, 1 ottobre 2015, n. 4602; sez. III, 11 settembre 2015, n. 4251, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*. Per l'affermazione che la misura interdittiva antimafia comporta che un imprenditore – pur dotato di adeguati mezzi economici e organizzazione – non risulti «affidabile» (nel senso che non meriti la fiducia delle istituzioni) e dunque non possa essere titolare di rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione o degli altri titoli abilitativi individuati dalla legge, oltre alla sentenza in epigrafe, v. Cons. Stato, sez. III, 15 febbraio 2018, n. 971, in *www.giustizia-amministrativa.it*; sez. VI, 3 ottobre 2017, n. 4598, *ibid.*; sez. III, 31 agosto 2016, n. 3754, in *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Mafia e criminalità organizzata*, n. 23; 22 giugno 2016, n. 2774, *ibid.*, 2016, voce *Contratti pubblici*, n. 445; 3 maggio 2016, n. 1743, *ibid.*, voce *Mafia e criminalità organizzata* n. 39. Risulta così confermato l'orientamento espresso a partire da Cons. Stato, ad. plen., n. 3/2018, cit. In senso critico rispetto alla tesi della incapacità giuridica cfr. MAZZAMUTO (2019), p. 157, in particolare p. 161; SCOCA (2018), in particolare § 10; LEONE (2018), p. 1103 ss.

⁶⁰ È opportuno ricordare che, ai sensi dell'art. 83 del codice, la documentazione antimafia va acquisita, da parte delle pubbliche amministrazioni e dai soggetti ad essa equiparati (cfr. commi 1 e 2 dell'art. 83), prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'art. 67 codice antimafia.

⁶¹ Anche se rimane comunque integra, in modo opinabile, la valutazione in capo all'autorità prefettizia di adottare l'informazione interdittiva per tutte le situazioni sintomatiche di cui all'art. 84, comma 4, del codice antimafia (cfr. *retro* § 3), comprese quelle per le quali sarebbe stato probabilmente più opportuno prevedere solo l'adozione delle misure di prevenzione collaborativa; si pensi, in particolare, ai casi di c.d. contiguità soggiacente dell'imprenditore estorto non denunciante (sulla legittimità della misura interdittiva motivata in ordine alla contiguità soggiacente agli ambienti della criminalità organizzata, non richiedendosi necessariamente l'accertamento delle forme più insidiose d'infiltrazione, cioè quelle di contiguità compiacente, cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, sez. III, 14 luglio 2022, n. 5996; 24 febbraio 2022, n. 1320; 25 novembre 2021, n. 7890, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*).

⁶² Un altro profilo è rappresentato dal rapporto tra le misure di prevenzione collaborativa applicabili in caso di agevolazione occasionale e quella del controllo giudiziario delle aziende di cui all'art. 34-*bis* (cfr. rispettivamente il comma 3 e il comma 1 delle due disposizioni richiamate). Su questo profilo si rinvia al paragrafo successivo.

dalla procedura ad evidenza pubblica attraverso l'adozione di determinate misure, c.d. di *self cleaning*⁶³. Rispetto all'attuale formulazione, non può essere escluso che l'adozione di una o più misure di prevenzione collaborativa possano determinare comunque l'esclusione dell'operatore economico rispetto alla procedura di gara in corso, nella misura in cui l'efficacia della misura di *self cleaning* è comunque rimessa, ai sensi dell'art. 80, comma 7, alla valutazione della stazione appaltante.

A questo proposito occorre poi considerare che l'adozione delle misure di *self cleaning* sconta un limite di ordine temporale, che trova la sua ragione principale nella *par condicio* dei concorrenti: secondo l'interpretazione prevalente, infatti, l'operatore economico deve adottare le misure di *self cleaning* entro e non oltre il momento della presentazione della propria offerta⁶⁴. Da questo punto di vista, le misure di *self cleaning* hanno una rilevanza *pro futuro* e se presentate dopo la presentazione dell'offerta in gara valgono per le procedure successive alla loro assunzione. Se si considera che la richiesta dell'informazione antimafia deve essere effettuata attraverso la banca dati nazionale unica al momento dell'aggiudicazione del contratto (ovvero trenta giorni prima della stipula del subcontratto), sarà ben possibile che il tentativo di infiltrazione mafiosa (non "ordinario" ma) riconducibile a situazioni di agevolazione occasionale – che apre all'adozione da parte del prefetto non dell'informazione interdittiva ma delle misure di prevenzione collaborativa – sia accertato in un momento della (di quella) procedura ad evidenza pubblica nel quale le misure di *self cleaning* non sono più ammesse.

In altri termini, se da un lato il d.l. n. 152/2021 sembra avere introdotto una forma di *self cleaning* che consente al soggetto - rispetto al quale il tentativo di infiltrazione

⁶³ Se prova «di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti» (art. 80, comma 7, codice contratti pubblici). Se la stazione appaltante ritiene che le misure di cui al comma 7 sono sufficienti, l'operatore economico non è escluso dalla procedura

⁶⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 settembre 2018, n. 5424 e 22 ottobre 2018, n. 6016 (entrambe in www.giustizia-amministrativa.it): «il momento *ne ultra quem* per l'adozione delle misure di *self-cleaning* e per la loro allegazione alla stazione appaltante è ancorato al termine di presentazione delle offerte (posto che una facoltà di tardiva implementazione o allegazione si paleserebbe, a tacer d'altro, alternativa della *par condicio* dei concorrenti), non assumendo perciò alcun rilievo gli stati soggettivi di buona o malafede, di conoscenza o ignoranza della causa di esclusione da parte dell'operatore economico (al quale resta imputabile, quanto meno, la violazione di un obbligo di diligenza): deve perciò ribadirsi l'operatività solo pro futuro delle misure organizzative virtuose, relativamente alle gare indette successivamente alla loro adozione. Nello stesso si è espressa l'Autorità nazionale anticorruzione: «L'adozione delle misure di *self-cleaning* deve essere intervenuta entro il termine fissato per la presentazione delle offerte o, nel caso di attestazione, entro la data di sottoscrizione del contratto con la SOA. Nel DGUE o nel contratto di attestazione l'operatore economico deve indicare le specifiche misure adottate» (Linee Guida n. 6 Anac recanti «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice»).

La Circolare 18 luglio 2016, n. 3 del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, recante «Linee guida per la compilazione del modello di formulario di Documento di gara unico europeo approvato dal Regolamento di esecuzione UE 2016/7 della Commissione del 5 gennaio 2016», in G.U., s.g. 27 luglio 2016, n. 174, precisa che, affinché l'operatore economico possa avvalersi delle misure di *self cleaning*, lo schema del DGUE prevede appositi campi in cui dovranno essere indicate.

mafiosa sia riconducibile a situazioni di agevolazione occasionale - di adottare le misure prescritte dal prefetto e di evitare così di essere destinatario del provvedimento interdittivo, cioè l'informazione antimafia, dall'altro il mancato coordinamento con l'art. 80 del codice dei contratti pubblici potrebbe determinare un'incidenza della nuova disposizione minore rispetto a quanto si possa prospettare in prima battuta.

Resta da capire poi l'applicazione che di tale istituto verrà fatta nella prassi dall'amministrazione prefettizia. Il presupposto fissato dal nuovo art. 97-*bis* codice antimafia, le situazioni di agevolazione occasionale, in assenza di alcuna individuazione in ordine ai parametri o agli indici a cui il prefetto possa rifarsi per valutare la sussistenza di tali situazioni, sembra aggravare il profilo dell'indeterminatezza del tentativo d'infiltrazione mafiosa. Da questo punto di vista, è possibile immaginare che, soprattutto nella fase iniziale di operatività delle misure di prevenzione collaborativa, si possano registrare valutazioni molto diverse da parte delle singole prefetture, con una duplice conseguenza: l'ulteriore aumento del contenzioso davanti al giudice amministrativo, da un lato; la necessità di intervento ancora una volta in una prospettiva "tipizzante" della fattispecie da parte del giudice amministrativo, dall'altro.

5. Le misure di prevenzione collaborativa e il controllo giudiziario delle aziende di cui all'art. 34-*bis*, comma 2 lett. b), codice antimafia: contenuto e finalità.

Nel caso in cui il prefetto adotti le misure di cui all'art. 94-*bis* inevitabili sono, poi, le interferenze con l'istituto del *controllo giudiziario delle aziende*⁶⁵, disciplinato dall'art. 34-*bis*, comma 1 e 2 lett. b), rispetto al quale si segnala una non casuale sovrapposizione di contenuto e di finalità.

Già il tribunale di prevenzione, infatti, su proposta dei soggetti di cui all'art. 17, comma 1 d. lgs. n. 159 del 2011⁶⁶, o anche d'ufficio, a fronte di una agevolazione occasionale della infiltrazione mafiosa, nel disporre tale controllo, dopo aver nominato un giudice delegato e un amministratore giudiziario, nello stabilire i compiti di quest'ultimo può imporre, tra l'altro, l'obbligo di «adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli articoli 6, 7 e 24-*ter* del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 e successive modificazioni» (lett. d), ed «assumere qualsiasi altra iniziativa finalizzata a prevenire specificamente il rischio di tentativi di infiltrazione o condizionamento mafiosi» (lett. e).

La simmetria rispetto a quanto disposto dall'art. 94-*bis* è pressoché testuale.

È possibile, in questo modo, cogliere fondamentali implicazioni sistematiche alla luce di una recente sentenza delle Sezioni unite penali della Suprema Corte⁶⁷.

⁶⁵ Per un approfondimento v. BALATO (2019), p. 61 ss.; BENE (2018), p. 383 ss.; BIRRITTERI (2020), p. 859 ss.; Borsari (2022), p. BUZIO (2017), p. 368 ss.; VELTRI (2022), p. 3 ss.

⁶⁶ Si tratta del procuratore della repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove dimora la persona, del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, del questore o del direttore della direzione investigativa antimafia.

⁶⁷ Cass., sez. un., 26 settembre 2019, Ricchiuto, in *CED Cass.*, 277156-01.

Il controllo giudiziario *ex art. 34-bis* non solo è una misura di prevenzione patrimoniale *alternativa* e diversa dal sequestro e dalla confisca e sganciata dai relativi presupposti, ma è anche autonoma rispetto all'amministrazione giudiziaria di cui all'art. 34.

Non comporta alcuna estromissione del proprietario dei beni e dell'azienda dall'esercizio dei propri poteri e una recisione del rapporto con quest'ultimo⁶⁸, ma "solo" un potere di controllo in capo al giudice delegato e all'amministratore giudiziario, al fine di coadiuvare la società infiltrata chiamata ad intraprendere un nuovo corso della gestione, finalizzato ad un suo recupero alla libera concorrenza, una volta affrancata dalle infiltrazioni mafiose che ne avevano condizionato l'attività, attraverso «un percorso emendativo»⁶⁹.

Queste stesse riflessioni sembrano valere per la prevenzione amministrativa collaborativa di cui all'art. 94-*bis*.

Il legislatore ha preso atto che le interdittive prefettizie, con la loro invasività e pervasività sulla organizzazione e la vita stessa dell'impresa, compromettono il più delle volte la continuità aziendale e ne favoriscono l'insolvenza, finendo per assumere carattere sproporzionato rispetto alle finalità del caso concreto e a situazioni di mera *occasionalità agevolativa*.

Da qui il legislatore del 2021 invita il prefetto a considerare l'utilizzo di tali misure interdittive quale *extrema ratio*, privilegiando la "nuova" misura, ritenuta meno afflittiva e idonea a garantire la sopravvivenza della società.

Le ragioni appaiono chiare.

Con il d.l. n. 152/2021 si compie un ulteriore passo in avanti, seppure ancora non definitivo, verso un sistema che configura il sequestro e la confisca di prevenzione e, sul lato amministrativo, le interdittive antimafia, quali misure da adottare solo quando le infiltrazioni mafiose appaiono di tale intensità da non consentire un recupero alla legalità in modo autonomo dell'azienda, a favore, oltre che dell'amministrazione giudiziaria, proprio del controllo giudiziario e delle nuove condotte collaborative, che invece a tale recupero sono primariamente finalizzate: l'azienda rimane protagonista della propria riorganizzazione verso una rinnovata legalità.

Si tratta non solo di imprese occasionalmente mafiose, ma anche di imprese legate alla criminalità riferibile alla c.d. "area grigia" individuata nell'art. 34, comma 1 (intermediazione illecita e sfruttamento di lavoro, estorsione, usura, riciclaggio e autoriciclaggio).

Comune è, pertanto, la *ratio* sottesa ai due istituti, che può essere colta alla luce delle riflessioni delle Sezioni unite della suprema Corte sempre in tema di controllo giudiziario, sulla scorta della migliore dottrina penalistica⁷⁰: una *ratio* di bonifica dell'impresa e non cautelare-preventiva.

È vero che nel controllo giudiziario e ora nella prevenzione collaborativa è doveroso accertare, in via preliminare, «il grado di assoggettamento dell'attività

⁶⁸ Per tutti, BIRRITTERI (2020), p. 860.

⁶⁹ Cass., sez. un., 26 settembre 2019, Ricchiuto, cit., par. 2.5. In dottrina, per tutti, VISCONTI (2019), p. 237 ss.

⁷⁰ VISCONTI (2014), p. 705 ss.; VISCONTI C. (2014a), p. 1 ss.

economica alle descritte condizioni di intimidazione mafiosa e l'attitudine di esse alla agevolazione di persone pericolose pure indicate nelle fattispecie», in quanto solo la ritenuta occasionalità della agevolazione dei soggetti pericolosi consente di addivenire a tali misure⁷¹.

È altrettanto vero che in tal caso «il fuoco dell'attenzione e quindi del risultato di analisi deve essere posto non solo su tale pre-requisito, quanto piuttosto, valorizzando le caratteristiche strutturali del presupposto verificato, sulle concrete possibilità che la singola realtà aziendale ha o meno di compiere fruttuosamente il cammino verso il riallineamento con il contesto economico sano, anche avvalendosi dei controlli e delle sollecitazioni [...] che il giudice delegato [o l'amministratore giudiziario] può rivolgere nel guidare la impresa infiltrata. L'accertamento dello stato di condizionamento e di infiltrazione non può, cioè, essere soltanto funzionale a fotografare lo stato attuale di pericolosità oggettiva in cui versano la realtà aziendale a causa delle relazioni esterne patologiche, quanto piuttosto a comprendere e a prevedere le potenzialità che quella realtà ha di affrancarsene seguendo l'iter che la misura alternativa comporta»⁷².

In questo recupero alla legalità dell'ente si "punta" sull'utilizzo nella società infiltrata della *compliance* 231, che per sua natura ha finalità di autonormazione e riorganizzazione della società medesima e di prevenzione dei reati che possono agevolare le contiguità mafiose⁷³.

L'adozione e l'adeguata attuazione di un modello di organizzazione ex artt. 6 e 7 d.lgs. n. 231/2001, con la costituzione di un organismo di vigilanza indipendente ed autonomo, cessa di essere una scelta libera della società e diventa un *dovere organizzativo* della stessa, finendo per costituire una strada obbligata per la bonifica delle aziende occasionalmente illecite.

5.1. (Segue) Le interrelazioni: il "nuovo" controllo giudiziario ex officio in sostituzione della prevenzione collaborativa.

Comunanza di contenuto e di finalità non deve significare duplicazione degli istituti applicabili, anche se, sul punto, la disciplina introdotta crea dubbi interpretativi e non è di facile lettura.

Il d.l. n. 152/2021 contiene significative disposizioni volte a risolvere i rapporti tra il controllo giudiziario e le misure di prevenzione collaborativa⁷⁴.

In primis, l'art. 94-bis, comma 5, stabilisce che queste ultime «sono comunicate dal prefetto alla cancelleria del tribunale competente per l'applicazione delle misure di prevenzione».

In questo modo, si dà impulso e si alimenta l'intervento d'ufficio del tribunale di prevenzione, che, in base al nuovo art. 34-bis, comma 1, interpolato nella sua parte finale,

⁷¹ Cass., sez. un., 26 settembre 2019, Ricchiuto, cit., par. 2.5.

⁷² Cass., sez. un., 26 settembre 2019, Ricchiuto, cit., par. 2.5.

⁷³ Per un approfondimento, di recente, v. BRIZZI (2022), pp. 125 ss.

⁷⁴ Cfr. VELTRI (2022), pp. 6-7.

è chiamato a valutare, «nel caso in cui risultino applicate [per l'appunto] le misure previste dall'art. 94-bis, [...] se adottare in loro sostituzione il provvedimento di cui al comma 2 lett. b».

L'art. 34-bis, comma 1 è completato dall'art. 94-bis, comma 3, secondo il quale sempre le misure di prevenzione collaborativa «cessano di essere applicate se il tribunale dispone il controllo giudiziario di cui all'art. 34-bis comma 2 lett. b. Del periodo di loro esecuzione può tenersi conto ai fini della determinazione della durata del controllo giudiziario».

La dislocazione delle norme non aiuta l'interprete, ma il risultato è a favore di una *alternatività necessaria* dei provvedimenti di cui si discute, rimessa alla piena discrezionalità del giudice di prevenzione.

Il legislatore ha omesso di indicare i criteri che dovrebbero orientare il tribunale a favore dell'applicazione dell'istituto di cui all'art. 34-bis, comma 1, anche se è indubbio l'obbligo di motivazione del giudice, guidato da alcune considerazioni di sistema.

Da un lato, laddove il tribunale di prevenzione disponga il controllo giudiziario "in sostituzione", le misure di cui all'art. 94-bis perdono di efficacia e con esse "cambiano" *gli attori* che guidano l'impresa verso il percorso di recupero.

Dalla lettura dell'art. 94-bis, commi 1 e 2, emerge che il prefetto, nell'identificare le misure collaborative a cui l'impresa, la società o l'associazione devono sottostare, affida alle stesse il compito di realizzarle. Solo in via eventuale e aggiuntiva è prevista la nomina di uno più esperti (in numero non superiore a tre), individuati nell'albo di cui all'art. 35, che affiancano l'azienda in questa strada di riorganizzazione virtuosa.

Laddove sia disposto il controllo giudiziario, il tribunale di prevenzione nomina un giudice delegato e un amministratore giudiziario, riconducendosi il percorso gestionale di recupero al tradizionale meccanismo di supervisione *giurisdizionale*.

Dall'altro lato, la prevenzione amministrativa può essere disposta per un *periodo massimo di un anno*. Periodo il più delle volte troppo breve non solo per "costruire" la *compliance* 231, ma anche per verificare con l'ausilio dell'organismo di vigilanza la efficace attuazione della stessa, che comporta il più delle volte oneri e attività di non facile realizzazione.

Diventa così sempre necessario per il tribunale verificare (e motivare) se quanto gli viene sottoposto dal prefetto sia di una semplicità tale da ritenere congrua una tempistica ridotta, o se, piuttosto, servano i ben più ampi spazi temporali consentiti dall'art. 34 bis, istituto che può essere prorogato *fino a tre anni*.

Non mancano altre implicazioni legate alla novella.

In primo luogo, la parte privata destinataria delle misure di prevenzione collaborativa non ha alcun potere di richiedere la sostituzione della misura prefettizia con la misura giurisdizionale, che dipende *dalla scelta esclusiva d'ufficio* del tribunale ex art. 34-bis, comma 1 d.lgs. n. 159/2011, notiziato dal prefetto.

In secondo luogo e in stretta connessione, non si prevede davanti al tribunale di prevenzione alcuna interlocuzione preventiva del titolare dell'attività economica, che potrà far valere le proprie ragioni solo *ex post* e in sede di gravame.

Last, but not least, occorre soffermarsi sugli effetti dei provvedimenti adottati rispettivamente dal prefetto e dal tribunale.

Come si è già avuto modo di evidenziare⁷⁵, a norma dell'art. 94-*bis*, comma 5, il nuovo istituto non ha effetti interdittivi rispetto ai rapporti dell'impresa con la pubblica amministrazione, in termine di revoca delle autorizzazioni, concessioni o recesso dai contratti in essere.

È così estranea alla prevenzione collaborativa e al controllo giudiziario "sostitutivo" la previsione dell'art. 34-*bis*, comma 7⁷⁶, laddove presuppone la sussistenza di un provvedimento prefettizio avente ad oggetto misure interdittive⁷⁷.

Si conferma che il controllo giudiziario *ex art. 34-bis*, comma 1 è del tutto autonomo ed è da tener ben distinto dalla diversa figura di controllo giudiziario volontario *ex art. 34-bis*, comma 6, d.lgs. n. 159/2011 su richiesta, legato alla precedente adozione da parte del prefetto dell'informazione interdittiva fondata sull'accertamento della sussistenza di un tentativo d'infiltrazione mafiosa tendente a condizionare le scelte e gli indirizzi dell'impresa interessata.

6. Il contraddittorio con il prefetto in tema di controllo giudiziario "volontario".

Proprio rispetto al controllo giudiziario "volontario", va infine sottolineato un ultimo intervento ad opera del d.l. n. 152/2021, che appare significativo – e che si salda con quanto già evidenziato sotto il profilo amministrativo – dell'attenzione del legislatore sulla necessità di ampliare la platea dei soggetti da audire preventivamente su provvedimenti che possono incidere sulla sopravvivenza stessa dell'azienda.

L'art. 47 d.l. n. 152/2021 introduce nel comma 6 secondo periodo dell'art. 34-*bis* l'*obbligo* per il tribunale di prevenzione di sentire, accanto al procuratore distrettuale competente e agli altri interessati⁷⁸, il prefetto che ha adottato il provvedimento interdittivo.

⁷⁵ Cfr. *supra*, § 4.

⁷⁶ In base al quale il controllo giudiziario volontario «sospende il termine di cui all'art. 92, comma 2, nonché gli effetti di cui all'art. 94. Lo stesso provvedimento è comunicato dalla cancelleria del tribunale al prefetto della provincia in cui ha sede legale l'impresa, ai fini dell'aggiornamento della banca dati nazionale unica della documentazione antimafia di cui all'art. 96, ed è valutato anche ai fini dell'applicazione delle misure di cui all'art. 94 *bis* nei successivi cinque anni».

⁷⁷ Cons. Stato, sez. III, ord., 6 luglio 2022, n. 5624 e n. 5615, in www.giustizia-amministrativa.it, hanno rimesso all'Adunanza plenaria la questione se l'ammissione dell'impresa al controllo giudiziario comporti che il giudice amministrativo, nel corso del giudizio avente per oggetto l'interdittiva antimafia presupposta, debba sospendere il giudizio, ai sensi dell'art. 79 c.p.a. e dell'art. 295 c.p.c., o debba rinviare l'udienza eventualmente già fissata. Nello stesso senso, cfr. Cons. Stato, sez. III, ord., 6 giugno 2022, n. 4578, in www.giustizia-amministrativa.it, che ha esteso il perimetro della questione rimessa alla Plenaria al rapporto tra l'ammissione al controllo giudiziario e la sospensione (o meno) del giudizio amministrativo che abbia ad oggetto l'impugnazione delle misure adottate dal prefetto ai sensi dell'art. 32, comma 10, d.l. 24 giugno 2014, n. 90.

⁷⁸ Non pare condivisibile quanto affermato da VULCANO (2021), p. 24, secondo la quale il prefetto sarà sentito se compare e potrà presentare memorie in cancelleria. Fermo restando quest'ultima possibilità di deposito che spetta in generale proprio ai sensi dell'art. 127 c.p.p. a tutte le parti interessate, la norma orienta nella direzione opposta. Il nuovo comma 6 utilizza la locuzione perentoria «sentiti il procuratore distrettuale competente, il prefetto che ha adottato l'informazione antimafia interdittiva nonché gli altri soggetti

La partecipazione dell'organo amministrativo o di un suo delegato nell'udienza in camera di consiglio diventa essenziale per il contraddittorio e per un miglior coordinamento tra autorità giurisdizionale e amministrativa.

Da un lato, il prefetto potrà trasferire e rappresentare nel procedimento davanti al tribunale di prevenzione gli elementi probatori acquisiti nel corso della procedura amministrativa, al fine di una più meditata decisione del giudice di prevenzione. Dall'altro lato, lo stesso prefetto potrà a sua volta arricchire, in via diretta con la sua presenza in udienza e le conseguenti emergenze probatorie, il proprio bagaglio conoscitivo.

Non bisogna, inoltre, dimenticare quanto previsto dall'art. 34-*bis* comma 6 parte finale: successivamente al provvedimento genetico della misura «anche sulla base della relazione dell'amministratore giudiziario, [il tribunale] può revocare il controllo giudiziario [volontario] e, ove ne ricorrano i presupposti, disporre altre misure di prevenzione patrimoniali».

Per adottare la revoca, è indispensabile, in ogni caso, monitorare il percorso di bonifica intrapreso dall'ente medesimo all'interno della propria riorganizzazione sul modello di quanto previsto dal d.lgs. n. 231/2001, con l'affiancamento dell'amministratore giudiziario, chiamato al deposito delle sue relazioni.

Anche in questa sede si dovrebbe riconoscere il diritto-dovere all'interlocuzione del prefetto.

Senza dimenticare che, a fronte dell'esito positivo del periodo di controllo giudiziario, potrà riprendere efficacia l'interdittiva antimafia, nonostante la bonifica intervenuta e concordata con il tribunale⁷⁹.

interessati, nelle forme di cui all'art. 127 del codice di procedura penale». Il rinvio all'art. 127 c.p.p. è *expressis verbis* alle *formalità* semplificate di acquisizione dell'audizione (ossia al *quomodo*), non all'*an* della presenza obbligatoria del prefetto, al pari degli altri interessati, con la prevalenza della norma specifica contenuta nello stesso art. 34-*bis*, comma 6, rispetto ai *dicta* generali del modello camerale dell'art. 127 c.p.p. Bisogna, peraltro, riconoscere che non sembra configurabile dall'omessa audizione una nullità, non potendosi ricondurre tale omissione ad alcuno dei casi di cui all'art. 178 c.p.p.

⁷⁹ Al termine dell'amministrazione giudiziaria o del controllo giudiziale, le informazioni interdittive sospese dovrebbero riprendere ad avere efficacia. Tuttavia, in ragione del tempo trascorso (in ipotesi fino a due anni per l'amministrazione giudiziaria e fino a tre anni per il controllo giudiziario), l'attualità dei presupposti che fondano la misura interdittiva dovrebbe essere oggetto di verifica, all'esito della quale il prefetto dovrebbe adottare un provvedimento confermativo oppure liberatorio. In senso contrario, una parte della giurisprudenza (cfr. Tar Campania Napoli sez. I, 12 maggio 2020, n. 1713, in www.giustizia-amministrativa.it) ha qualificato come mera comunicazione l'atto del prefetto che porta a conoscenza dell'impresa interessata la chiusura del controllo giudiziario). In ogni caso, il soggetto interessato dovrebbe poter chiedere l'aggiornamento dell'informazione (cfr. art. 91, comma 5, codice antimafia) non appena ricevuta la "comunicazione" del prefetto. Come ha osservato in modo condivisibile MAMELI (2022), p. 11, «il tema centrale è quindi quello dell'attualità dei fatti esaminati, concetto che riempie di contenuto sostanziale il principio declinato nell'art. 86 comma 2 del D.lgs. 159/2011 della temporaneità dell'interdittiva antimafia».

7. Riflessioni conclusive.

L'introduzione delle misure di prevenzione collaborativa, da un lato, le modifiche al procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia e al controllo giudiziario, dall'altro, rappresentano l'ultimo di numerosi interventi "correttivi" al codice antimafia, che si sono succeduti nell'arco di poco più di dieci anni dalla sua pubblicazione.

Nell'insieme il risultato è deludente sul versante amministrativo: il cambio di approccio del legislatore deve essere netto e richiede una nuova consapevolezza che ponga l'accento sull'inadeguatezza della disciplina nel suo complesso. In relazione a profili fondamentali per il rapporto col privato, le disposizioni in tema di documentazione antimafia presentano lacune e contraddizioni insuperabili in via interpretativa⁸⁰: le ragioni del testo di alcune disposizioni del codice antimafia e le ragioni di coerenza ordinamentale non sembrano conciliabili. Il dialogo, per fortuna vivo e vivace, tra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa ha mostrato tutti i limiti della disciplina legislativa. Del resto, già al momento della sua adozione, la parte del codice dedicata alla documentazione antimafia è apparsa un testo datato, spesso frutto di una fedele riproduzione di disposizioni degli anni '80 e '90 del secolo scorso, prive di coordinamento tanto all'interno del codice quanto con altre disposizioni fondamentali.

I profili critici, le lacune, il mancato coordinamento con le discipline di settore hanno trovato la loro ragione più profonda in un'impostazione generale nella redazione del codice nella quale è mancata, se non nell'intento almeno nei risultati, una prospettiva più ampia rispetto alla mera collazione di disposizioni esistenti. L'incertezza che ne continua a derivare non pare accettabile in uno Stato di diritto, soprattutto in relazione ai valori primari che in questa materia sono coinvolti.

Rimane la necessità di un'ampia riforma delle disposizioni sulla documentazione antimafia e di un effettivo coordinamento di queste disposizioni con quelle, *in primis*, del codice dei contratti pubblici (cfr. l'art. 108 in tema di risoluzione)⁸¹.

Per imprimere al diritto amministrativo una centralità per la lotta contro la criminalità organizzata - si potrebbe dire per un diritto amministrativo dell'antimafia - occorre un intervento legislativo profondo di riscrittura di tutta la parte del codice antimafia dedicata alle misure interdittive, in particolare quella relativa alle

⁸⁰ Si pensi, per esempio, agli effetti delle informazioni c.d. sopravvenute, quelle in cui la sopravvenienza dell'informazione sia determinata da un accertamento successivo, autonomo e differente rispetto a quello che aveva dato origine a una precedente informazione liberatoria. Rispetto a queste ipotesi, peraltro, il codice antimafia non distingue se gli elementi che fondano l'informazione interdittiva sopravvenuta siano "nuovi" o, invece, siano (semplicemente) emersi in un momento successivo all'instaurazione del rapporto con la pubblica amministrazione. Tale distinzione potrebbe assumere un valore nella prospettiva di delineare gli effetti della misura in modo più articolato (e quindi più giusto) in ragione della situazione concreta.

⁸¹ Al contrario, negli ultimi anni si registra la sovrapposizione delle misure interdittive antimafia con gli istituti del controllo giudiziario, previsto dall'art. 34-bis codice antimafia, o del commissariamento prefettizio, previsto dall'art. 32, comma 10, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, a cui si aggiungono ora le misure di prevenzione collaborativa di cui al nuovo art. 94-bis codice antimafia introdotto dall'art. 49 d.l. n. 152/2021.

informazioni. Occorre sciogliere con consapevolezza alcuni nodi fondamentali, attraverso chiare scelte di fondo⁸², che non siano messe continuamente in discussione attraverso modifiche legislative estemporanee.

Il riferimento, per esempio, è all'art. 3 d.l. 16 luglio 2020, n. 76⁸³ che ha previsto, fino al 31 luglio del 2021 prima, fino al 30 giugno 2023 poi⁸⁴, modalità diverse di acquisizione della documentazione antimafia, in particolare quando il soggetto sottoposto a verifiche non sia censito nella banca dati nazionale unica. L'intervento del legislatore è incentrato, di fatto, su un più ampio raggio d'azione della possibilità che l'amministrazione proceda all'erogazione del beneficio economico o alla stipulazione del contratto in assenza di una documentazione antimafia liberatoria. A fronte della "necessità" di fare in fretta, pure richiamata nella disposizione, occorre tuttavia evidenziare che la revoca del provvedimento di attribuzione del beneficio o il recesso dal contratto, successivamente fondati sulla misura interdittiva sopravvenuta, non sono affatto "equivalenti" all'originario diniego della concessione del beneficio o - soprattutto - della stipulazione del contratto, né in riferimento alle conseguenze di ordine economico né se si ha riguardo alla possibile stabilità del rapporto contrattuale instaurato⁸⁵. Fino al 2023, per le imprese colluse o infiltrate la modalità dei controlli successivi potrebbe rappresentare la semplice gestione di un rischio legato alle modalità e alle scansioni temporali dei controlli (alla stregua della normale valutazione dei costi delle attività d'impresa): trascorso un certo lasso di tempo, per l'amministrazione potrebbe essere "troppo tardi" per recuperare le risorse pubbliche a vario titolo erogate, l'impresa collusa o infiltrata potrebbe avere già realizzato il suo utile e sottrarsi così alla reazione dell'ordinamento. Si tratta di un'eventualità assai concreta solo che si abbia riguardo a quanto sta accadendo rispetto all'erogazione, senza gli adeguati controlli preventivi, di alcuni ingenti benefici fiscali.

La criminalità organizzata è un fenomeno complesso, che per essere sconfitto (o almeno arginato) richiede prima di tutto un modo nuovo di fare amministrazione e di

⁸² Per esempio, andrebbe ricondotto a ragionevolezza il presupposto del tentativo d'infiltrazione ai fini dell'adozione di un'informazione interdittiva e, dunque, specificare che va considerato irrilevante il tentativo (almeno) nel caso in cui l'impresa abbia "superato" il tentativo stesso, cioè dimostri di avere avuto consapevolezza del tentativo e di avere messo in atto gli strumenti idonei a sterilizzare l'infiltrazione in un periodo antecedente all'istruttoria prefettizia (in una logica simile a quella sottesa all'art. 32, comma 10, d.l. n. 90/2014, per la diversa ipotesi in cui l'informazione interdittiva sia stata già adottata). Per esempio, andrebbe ripensato integralmente il sistema delle soglie di valore, superando così distinzioni ingiustificate quanto all'obbligo di acquisizione preventiva della documentazione e asimmetrie esistenti tra gli effetti dei provvedimenti giurisdizionali previsti dall'art. 67 del codice e l'ambito di applicazione della documentazione antimafia (cfr. art. 83), in particolare nelle ipotesi in cui essa consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto che derivano proprio dai provvedimenti di cui all'art. 67 (cfr. art. 84, comma 2, per la comunicazione e art. 84, comma 3, per l'informazione).

⁸³ «Misure urgenti per la semplificazione e innovazione digitali», conv. in l. 11 settembre 2020, n. 120.

⁸⁴ Cfr. l'art. 51 d.l. 31 maggio 2021, n. 77, conv. in l. 29 luglio 2021, n. 108.

⁸⁵ Cfr. l'art. 94, comma 3, codice antimafia rispetto al caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione oppure a quello di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, se il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi)

essere pubblica amministrazione: l'interesse pubblico è per definizione "alternativo" a quello della criminalità organizzata, perseguirlo e tutelarlo con strumenti certi ed efficaci significa contrastare le radici del fenomeno criminale e allo stesso tempo sostenere gli operatori economici onesti, obiettivo non secondario rispetto al primo,⁸⁶ rappresentando per loro un punto di riferimento sicuro. Il "contrasto amministrativo", anche in chiave preventiva, all'infiltrazione mafiosa dell'economia legale è efficace se l'esercizio del potere prefettizio è declinato in una decisione giusta, altrimenti esso determina sfiducia e contrapposizione nei confronti dell'amministrazione, rappresentando di per sé un fattore contrario all'interesse generale.

Occorre prestare attenzione a non lasciare spazio a proposte di depotenziamento o destrutturazione degli strumenti di prevenzione e di contrasto propri del diritto amministrativo, in una prospettiva strumentale di ritorno al passato che va respinta con nettezza. È dunque necessario che le soluzioni che non siano ragionate e meditate sul piano della loro legittimità amministrativa siano abbandonate a favore di quelle che consentano una coerenza sistematica con l'ordinamento.

Al netto di queste considerazioni, bisogna, comunque, apprezzare lo sforzo compiuto dal legislatore nel ribadire l'assoluta centralità delle misure "collaborative" rispetto alle imprese occasionalmente infiltrate, nella prospettiva più ampia di un nuovo equilibrio tra l'esigenza di preservare i rapporti economici dalle infiltrazioni mafiose, da un lato, e la libertà d'impresa, dall'altro.

Questo punto di equilibrio, oggi, non può essere rappresentato solo dalla previsione dell'aggiornamento dell'informazione interdittiva, ma va individuato nel rapporto tra le (nuove) misure di prevenzione collaborativa e l'informazione interdittiva, che deve essere interpretato alla luce della progressività e della proporzionalità delle misure amministrative di prevenzione e contrasto all'infiltrazione della criminalità organizzata.

Inoltre, vanno riconosciuti alcuni passi in avanti in tema di contraddittorio nella fase di adozione dei provvedimenti di cui si discute: stante il testo delle nuove disposizioni sarà decisivo l'apporto delle prefetture per evitare che la valutazione discrezionale ad esse demandate circa l'interpretazione di elementi "indeterminati" ai fini dell'ammissione della partecipazione procedimentale finisca per sterilizzare tali passi avanti.

Ciò dovrebbe valere a maggior ragione rispetto alle informazioni interdittive, che possono determinare la "morte" dell'impresa destinataria⁸⁷, colpendo anche terzi (fornitori, lavoratori con le loro famiglie) che nulla hanno a che vedere con la criminalità mafiosa o, in senso più ampio, a carattere organizzato.

Ed è questa la ragione ultima per invocare un'attenzione ed una formazione

⁸⁶ È stato sostenuto che oltre il perimetro della ragionevolezza e senza l'assicurazione di un livello accettabile di garanzie, «le azioni di contrasto rischiano di diventare esse stesse illegali e comunque tali da rendere le istituzioni pubbliche non meno odiose e pericolose per i cittadini della stessa criminalità» (MICCICHÉ (2019), p. 23).

⁸⁷ Parla di «ergastolo imprenditoriale» per i soggetti che operano quasi esclusivamente con la pubblica amministrazione, MAZZAMUTO (2016), *passim*.

adeguata in materia di tutti gli operatori coinvolti, al fine di favorire, all'interno di una disciplina di difficile comprensione, letture il più possibili ispirate al rispetto dei diritti fondamentali che non sono solo della persona, ma anche dei soggetti che svolgono attività economica, come ormai chiarito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte costituzionale.

La strada da percorrere è ancora lunga.