



Diritto e Processo Amministrativo

Brevi note sul riformato contraddittorio procedimentale in tema di interdittiva antimafia (nota a Ordinanza TAR Lecce, sez. III, n. 116/2022)

di [Renato Rolli](#)[Martina Maggiolini](#)

19 maggio 2022

Brevi note sul riformato contraddittorio procedimentale in tema di interdittiva antimafia (nota a Ordinanza TAR Lecce, sez. III, n. 116/2022)

di Renato Rolli e Martina Maggiolini

Sommario: 1. Premessa – 2. Sulla recentissima riforma sul contraddittorio procedimentale – 3. Riflessioni conclusive.

1. Premessa

Il provvedimento che si annota rappresenta una delle prime applicazioni giurisprudenziali delle disposizioni emanate con il D.L. 6 novembre 2021 n. 152.

Il Giudice investito della causa, infatti, ritiene meritevole di accoglimento il motivo relativo alla violazione del nuovo comma 2 bis dell'art. 92 del D. Lgs. n. 159 del 2011, avendo mancato la Prefettura di dare “tempestiva comunicazione al soggetto interessato” della ritenuta sussistenza a suo carico dei presupposti per l'adozione dell'atto di conferma dell'informativa interdittiva

antimafia.

Alla luce della novellata normativa, l'Ufficio Territoriale del Governo deve riavviare il procedimento al fine di operare, nel contraddittorio con la parte ricorrente ed entro il termine di venti giorni dalla comunicazione dell'ordinanza cautelare in commento, una complessiva ed organica rivalutazione del quadro giuridico e fattuale (anche) a fondamento dell'emissione di una nuova informazione interdittiva antimafia.

2. Sulla recentissima riforma sul contraddittorio procedimentale

Orbene, il decreto-legge n. 152/2021, recante disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose [1] apporta talune disposizioni dedicate a «investimenti e rafforzamento del sistema di prevenzione antimafia».

In questo contesto, la novità che qui ci occupa è la nuova declinazione del contraddittorio nel procedimento di rilascio delle misure interdittive [2].

Andando a ritroso, la disciplina previgente prevedeva la possibilità di adottare un'informazione interdittiva antimafia senza la previa instaurazione del contraddittorio procedimentale con il destinatario del provvedimento [3] poiché *in subiecta* materia non trovava spazio né la comunicazione di avvio ex art. 7 l. n. 241/90, né le altre garanzie partecipative, attese le intrinseche ragioni di urgenza presupposte all'adozione della misura preventiva.

Come già evidenziato in altre occasioni, il siffatto sistema destava dubbi interpretativi ed applicativi, sia in dottrina che in giurisprudenza, sicché veniva rinviata la questione alla Corte di giustizia dell'Unione europea al fine di ottenere una pronuncia in via pregiudiziale sulla compatibilità tra gli artt. 91, 92 e 93 cod. ant. ed il principio europeo del contraddittorio; la CGUE dichiarava l'irricevibilità della domanda ritenendo che la normativa censurata fosse posta al di là dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea [4].

Del resto, autorevole Dottrina ricorda infatti come: “la tematica ha, come noto, coinvolto anche la Corte di Giustizia e la Corte costituzionale, portandola a coniare la discutibile e discussa categoria della tassatività giurisprudenziale o giurisprudenza tipizzante, reputata [eccezionalmente] idonea a integrare i fisiologici limiti evolutivi del sistema normativo in una lotta contro

un'organizzazione particolarmente forte, agguerrita e pericolosa, capace di elaborare sistemi sempre nuovi per sottrarsi alle regole scritte. La garanzia data dal decalogo giurisprudenziale tassativizzante consentirebbe quindi in questo particolare contesto di non ravvisare una lesione del principio di legalità dell'azione amministrativa, mentre i limiti del contraddittorio procedimentale (sui quali tornerò tra un attimo), sarebbero compensati dall'effettività della tutela giurisdizionale" [5].

Sul versante giurisprudenziale il Consiglio di Stato, ritornando sulla questione, pur avendo affermato che «l'informazione antimafia non richiede la necessaria osservanza del contraddittorio procedimentale» [6] evidenziava come il contraddittorio non fosse del tutto assente bensì meramente eventuale e da attivare a discrezionalità del Prefetto....

Dunque, l'art. 93, co. 7 cod. ant. riconosceva al Prefetto, ove ritenuto opportuno [7], la facoltà di invitare «i soggetti interessati a produrre [...] ogni informazione ritenuta utile». La *ratio* sottesa alla compressione delle garanzie procedurali veniva identificata nella necessità di contrastare il fenomeno dell'infiltrazione mafiosa che può essere inficiato dalla c.d. *discovery* ovvero dalla «conoscenza dell'imminente o probabile adozione di un provvedimento antimafia [...], in quanto le associazioni mafiose sono ben capaci di ricorrere a tecniche elusive delle norme in materia» [8].

Altra giurisprudenza, unitamente alla dottrina maggioritaria, auspicava «un quantomeno parziale recupero delle garanzie procedurali [...] in tutte quelle ipotesi in cui la permeabilità mafiosa appaia alquanto dubbia, incerta, e presenti, per così dire, delle zone grigie o interstiziali, rispetto alle quali l'apporto procedimentale del soggetto potrebbe fornire 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» [9].

Sul punto, chi scrive da tempo riflette sulla necessità di effettuare un bilanciamento tra i valori in gioco al fine di evitare uno sproporzionato sacrificio del diritto di difesa che si riverserebbe su una grave limitazione di diritti costituzionalmente garantiti poiché si rammenta che la proporzionalità è 'condizione di civiltà' dell'azione amministrativa.

Inoltre è bene evidenziare altro aspetto della questione poiché la partecipazione procedimentale, ancor prima che doverosa alla luce del principio del giusto procedimento, sarebbe utile al Prefetto, nei termini di una più efficiente azione amministrativa rispondente al principio costituzionale del buon andamento della p.a.: consentirebbe di acquisir, un quadro istruttorio più completo ed idoneo ad evitare l'emissione di un provvedimento tanto incisivo sulla libertà di

impresa da comportare, sovente, la ‘morte’ della stessa.

E, oggi, l’auspicata riforma [10], seppur in termini incerti e forse ancora inadeguati, è stata realizzata dal legislatore con il D.L. 6 novembre 2021 n. 152 che ha modificato l’art. 92 del Cod. ant. prevedendo che *il prefetto, nel caso in cui, sulla base degli esiti delle verifiche disposte ai sensi del comma 2, ritenga sussistenti i presupposti per l’adozione dell’informazione antimafia interdittiva [...], ne dà tempestiva comunicazione al soggetto interessato, indicando gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa.*

Epperò, nei termini suddetti, seppur rivisitati rispetto al passato, il contraddittorio riscontra comunque ampie limitazioni poiché al destinatario non spetta alcuna comunicazione *ove ricorrano particolari esigenze di celerità del procedimento* specularmente a quanto avviene in tema di comunicazione di avvio del procedimento ex art. 7 L 241/90 [11].

Ed in più la normativa in commento prevede la preclusione della comunicazione di *elementi informativi 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.*

Dunque, dalla detta comunicazione decorre un termine, non superiore a venti giorni, entro cui il futuro destinatario può *presentare osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti*, e richiedere l’audizione personale. Il nuovo art. 92, co. 2-bis, cod. ant. prevede poi che la comunicazione *sospende, con decorrenza dalla relativa data di invio*, il termine entro il quale il prefetto deve rilasciare l’informazione antimafia e che comunque il contraddittorio debba concludersi entro sessanta giorni dalla data di ricezione della comunicazione.

Inoltre, con l’intervento legislativo in commento, sono stati inseriti due ulteriori commi all’art. 92 cod. ant. In particolare, il nuovo comma 2-ter dell’art. 92 cod. ant. prevede che il prefetto: *a) dispone l’applicazione delle misure di cui all’articolo 94-bis, dandone comunicazione, entro cinque giorni, all’interessato secondo le modalità stabilite dall’articolo 76, comma 6, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, qualora gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa siano riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale; b) adotta l’informazione antimafia interdittiva, procedendo alla comunicazione all’interessato entro il termine e con le modalità di cui alla lettera a), nel caso di sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa. Il prefetto, adottata l’informazione antimafia interdittiva ai sensi della presente lettera, verifica altresì la sussistenza dei presupposti per l’applicazione delle misure di cui all’articolo 32, comma 10, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114 e, in caso*

positivo, ne informa tempestivamente il Presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione [12].

Il successivo comma 2-quater prevede che, ai fini dell'adozione dell'informazione interdittiva antimafia, possano essere valutate talune sopravvenienze verificatesi nel periodo tra la ricezione della comunicazione e la conclusione della procedura in contraddittorio, quali *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*[13].

3. Riflessioni conclusive

Nei suddetti termini la riforma in commento non soddisfa le esigenze già avanzate da giurisprudenza e dottrina. In parte la dottrina si è già espressa sul punto ritenendo che l'«esigenza di difesa» sarebbe stata «pericolosamente posizionata in avanti, ossia nella fase in cui l'autorità abbia già raggiunto il convincimento della sussistenza dei presupposti per la applicazione delle misure, con ovvia difficoltà per il proposto di addurre nel ristretto termine di venti giorni elementi a propria difesa quando gli elementi 'a carico' siano già condensati in un giudizio prognostico a lui totalmente sfavorevole» [14].

Invero, nei lavori preparatori della riforma si fa riferimento non alla comunicazione di avvio ex L. 241/90 bensì al preavviso di rigetto di cui all'articolo 10-bis L n. 241/1990 [15].

Neppure questo istituto risulta essere idoneo a coprire il perimetro e la funzione del contraddittorio procedimentale giacché la 'comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza' trova applicazione nei procedimenti ad istanza di parte, nei quali il contraddittorio tra interessato e PA si è già verificato; circostanza assente nel procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia.

Dunque, seppur sembra fortemente ampliato il campo di applicazione dell'istituto del contraddittorio procedimentale rispetto alla normativa previgente, risulta ancora estremamente ampia la discrezionalità prefettizia, non solo nei presupposti di emissione ma anche nella scelta di attivare o meno il contraddittorio procedimentale.

Trattasi di una forma di contraddittorio dimezzata ed eventuale la cui valutazione di utilità è demandata, ancora una volta, alla discrezionalità del prefetto.

È necessario considerare non solo le ferme posizioni della dottrina, ma anche le ormai cospicue pronunce sia della Corte di Giustizia che del Consiglio di Stato orientate verso l'interpretazione più garantista di questo istituto al fine di ripensare la disciplina in commento.

Non si può che auspicare un nuovo intervento normativo, decisivo e finale; un intervento che possa incidere fattivamente e non esclusivamente attraverso generiche ed asettiche previsioni sull'istituto i cui effetti determinano ed invadono la sfera del privato, talvolta, eludendo importanti garanzie costituzionali.

[1] Cfr. l. 29 dicembre 2021, n. 233, in G.U. n. 310 del 31 dicembre 2021, suppl. ordinario n. 48.

[2] La vecchia rubrica, «Termini per il rilascio delle informazioni», è stata così sostituita dall'art. 48, co. 1, lett. a), n. 1, d.lgs. n. 152/2021.

[3] Si consenta R. Rolli, M. Maggiolini, *Informativa antimafia e contraddittorio procedimentale* (nota a Cons. St. sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979), *Giustiziainsieme*, 2020

[4] V. Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. IX, 28 maggio 2020, n. 17

[5] Così M. A. Sandulli, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova interdittiva antimafia*, relazione tenuta al convegno "Il nuovo volto delle interdittive antimafia alla luce del piano nazionale di ripresa e resilienza", Reggio Calabria, 8 Aprile 2022 ora in questa Rivista, *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informativa antimafia e l'istituto del controllo giudiziario*, 12 maggio 2022.

[6] V. Cons. Stato, Sez. III, 23 gennaio 2020 (dep. 31 gennaio 2020), n. 820

[7] Sul punto si veda Le modifiche del d.l. 152/2021 al 'codice antimafia': maggiori garanzie nel procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia e nuove misure di 'prevenzione collaborativa', in Sistema Penale.it

[8] V. Cons. Stato, Sez. III, 30 aprile 2020 (dep. 6 maggio 2020), n. 2854

[9] V. Cons. Stato, Sez. III, 30 luglio 2020 (dep. 10 agosto 2020), n. 4979

[10] Sia consentito il rinvio a R. Rolli, M. Maggiolini, *Informativa antimafia e contraddittorio procedimentale* (nota a Cons. St. sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979), *Giustiziainsieme*, 2020

[11] Sul punto si vedano le osservazioni di M. A. Sandulli, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova interdittiva antimafia*, cit. : “ Se è però certamente vero che le esigenze di immediata efficacia e di “effetto sorpresa” delle misure di prevenzione antimafia, possono giustificare delle deroghe anche sul piano del contraddittorio procedimentale, imposto -anche a livello generale- “ *ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento*”, è altrettanto evidente che la effettiva necessità e giustificabilità di tali deroghe deve essere valutata caso per caso, attraverso un necessario vaglio di proporzionalità, che tenga conto della grave incidenza che le misure interdittive antimafia esplicano su diritti fondamentali dei loro destinatari”.

[12] Art 92 comma 2-ter.

[13] Art 92 comma 2-quater.

[14] Osservatorio misure patrimoniali e di prevenzione dell’Unione delle camere penali italiane, Le modifiche legislative presentate dal Governo in materia di interdittive antimafia e controllo giudiziario

[15] Dossier 16 dicembre 2021, *Disposizioni urgenti per l’attuazione del PNRR e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose*, d.l. 152/2021 – A. C. 3354-A, p. 462.
