GIUSTIZIA INSIEME

Diritto e Processo Amministrativo

Comunicazione all'interessato ed onere di motivazione nei procedimenti per il rilascio di interdittive antimafia

Nota a TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, sent. 14 settembre 2022, n. 1518

di Silia Gardini

8 dicembre 2022

Sommario: 1. Inquadramento della vicenda giuridica – 2. La (ri)nascita dell'istruttoria procedimentale: l'art. 92, comma 2-bis del d.lgs. n. 159/2011 – 3. La decisione del T.A.R. Calabria – 4. Notazioni conclusive

1. Inquadramento della vicenda giuridica

La lotta alla criminalità organizzata di stampo mafioso ha conquistato, negli ultimi decenni, spazi sempre più ampi anche sul versante del diritto amministrativo, laddove il pericolo di inquinamento criminoso ha indotto il legislatore a predisporre un sistema di accertamento preventivo volto ad arrestare "a monte" i contatti della pubblica amministrazione con soggetti potenzialmente sottoposti ad infiltrazioni mafiose, anche indirette[i].

La sentenza annotata offre l'occasione per affrontare il tema, assolutamente centrale ed ampiamente dibattuto, relativo alla partecipazione dei privati ai procedimenti amministrativi preordinati all'emanazione di provvedimenti interdittivi antimafia. Il caso sottoposto alla cognizione del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria trae origine dall'emissione di un'informativa interdittiva a carico del titolare di uno stabilimento balneare, dalla quale erano derivati – a cascata – la revoca della concessione demaniale marittima da parte del Comune ed il "rigetto" della SCIA per l'esercizio delle attività del bar annesso allo stabilimento. Il provvedimento *de quo*, fondato sull'esistenza di diversi precedenti penali e di polizia per reati, anche di tipo mafioso, in capo ai familiari del destinatario, era stato tuttavia emanato in assenza di comunicazione di avvio del procedimento, escludendo dunque – a monte – la partecipazione dell'interessato.

Prima di esaminare più nel dettaglio la questione giuridica e la decisione assunta a riguardo dal Giudice amministrativo, appare opportuno richiamare brevemente la disciplina sostanziale sulla quale essa si è incardinata e, in particolare, soffermarsi sulla particolare natura degli interessi coinvolti nel procedimento interdittivo, da cui discende la rilevanza della stessa vicenda processuale**[ii]**.

L'informazione interdittiva antimafia è, com'è noto, un provvedimento di natura cautelare e preventiva che determina in capo al soggetto destinatario una particolare forma di incapacità giuridica nei rapporti con la pubblica amministrazione. Quel che vale a connotare spiccatamente tali provvedimenti è il fatto che essi si fondano su un giudizio di mera eventualità, che si esprime in un ampio grado di discrezionalità in merito a valutazioni fisiologicamente opinabili, poiché attinenti all'apprezzamento – avendo riguardo ad elementi sintomatici e indiziari – del rischio di ingerenza mafiosa e non all'accertamento della effettiva sussistenza del fatto**[iii]**. La valutazione è condotta, dunque, secondo un ragionamento induttivo, di tipo probabilistico, che non richiede di attingere ad un livello di certezza oltre "ogni ragionevole dubbio", tipica dell'accertamento finalizzato ad affermare la responsabilità penale, ma implica una prognosi assistita da un attendibile grado di verosimiglianza, sulla base di indizi gravi, precisi e concordanti, sì da far ritenere "più probabile che non", appunto, il pericolo di infiltrazione mafiosa**[iv]**.

In tale contesto, la declinazione del principio di legalità presenta una forma atipica, poiché l'esercizio del potere amministrativo non si esprime semplicemente attraverso la riconduzione del fatto ad una fattispecie normativa astratta, ma contempla la preventiva espressione di un'apposita valutazione – che definiamo "giudizio di eventualità" – sul potenziale sviluppo del fatto in questione, ai fini della sua attinenza alla fattispecie stessa.

L’estensione della normativa antimafia al sistema amministrativo presenta, invero, un tema di fondo che si sostanzia nella propensione legislativa a massimizzare l’interesse pubblico primario ad essa sotteso. Il difficile bilanciamento tra la “ragion pubblica” e le garanzie dei cittadini dinnanzi al potere viene, infatti, radicalmente operato in favore della prima. Così, l’istituto dell’informativa antimafia è passato dall’essere un elemento necessario soltanto nei casi in cui un operatore economico intendesse stipulare contratti con la pubblica amministrazione, ricevere da essa sovvenzioni o sfruttare economicamente beni pubblici, al diventare un fattore preclusivo all’emanazione di qualsivoglia provvedimento autorizzatorio da parte dell’amministrazione stessa a favore di soggetti ritenuti *potenzialmente*influenzati da sistemi di natura mafiosa, determinando, di fatto, l’insuscettività del soggetto (persona fisica o giuridica) che di esso è destinatario ad essere titolare di tutte quelle situazioni giuridiche soggettive che determinino rapporti giuridici con la Pubblica amministrazione**[v]**.

Emerge, allora, in tutta evidenza, la centralità e l’importanza della sottoposizione del potere prefettizio ad una attenta procedimentalizzazione, che, soprattutto attraverso l’accorta estrinsecazione della fase istruttoria, rappresenta il più importante – forse l’unico – elemento di garanzia per i cittadini, da far valere anche nella eventuale successiva sede giudiziaria.

2. La (ri)nascita dell’istruttoria procedimentale: l’art. 92, comma 2-bis del d.lgs. n. 159/2011

Il procedimento di rilascio dell’informazione antimafia è disciplinato dagli artt. 90 ss. del d.lgs. 159/2011. La vera e propria istruttoria procedimentale si apre, ai sensi dell’art. 92, laddove in sede di consultazione della Banca dati unica presso il Ministero dell’Interno si registrino profili indizianti astrattamente ostativi al rilascio dell’informazione liberatoria e si estrinseca in una serie non tipizzata di accertamenti riservati al Prefetto.

Tradizionalmente, in tali procedimenti il contraddittorio partecipativo era escluso o confinato ad ipotesi eventuali e non vincolanti**[vi]**, come quella**[vii]** prevista dall’art. 93, comma 7, a ragione della particolare connotazione del provvedimento emanato e delle (presuntivamente) intrinseche necessità di celerità e segretezza.

Com’è noto, è la stessa legge n. 241/1990 a contemplare quelli in dottrina sono stati denominati “atti necessitati”**[viii]**, ovvero provvedimenti amministrativi in cui l’urgenza di agire giustifica «modificazioni strutturali derivate»**[ix]** dell’atto ai fini della tutela dell’interesse pubblico**[x]**.

Tipico esempio è la deroga all'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento previsto in via generale dall'art. 7 nei casi in cui emergano «particolari esigenze di celerità» ed al fine di evitare il protrarsi di situazioni antigiuridiche[xi]. Tuttavia, in materia di informative antimafia, la giurisprudenza amministrativa era giunta a qualificare l'urgenza alla stregua di un ineliminabile presupposto di fatto dell'atto, tale da giustificare la totale assenza di qualsivoglia comunicazione all'interessato, suscitando in dottrina dubbi in merito alla stessa compatibilità dell'istituto con i principi, anche costituzionali, dell'azione amministrativa[xii].

A seguito dell'importante modifica al Codice antimafia introdotta dal d.l. n. 152/2021, lo scenario pare parzialmente differente. Il nuovo comma 2-*bis* dell'art. 91 prevede infatti che, laddove in sede di primo accertamento si riscontrino elementi indiziari tali da giustificare la possibile emanazione di un provvedimento interdittivo – ossia la sussistenza di cause di decadenza, sospensione o di divieto di cui all'art. 67 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 84, comma 4 – il Prefetto debba darne tempestiva comunicazione al soggetto interessato, indicando gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa. Con tale comunicazione è, poi, assegnato al privato un termine non superiore a venti giorni per presentare osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti, nonché per richiedere audizione dinnanzi all'autorità prefettizia, secondo le modalità già previste dall'art. 93.

L'istituto appare come una sorta di comunicazione "tardiva" di avvio del procedimento, sicuramente atipica, poiché di natura eventuale e collocata in una fase procedimentale già avanzata. La circolare del Ministero dell'Interno n. 77635/2021 l'ha qualificata come "preavviso di interdittiva", accostandola alla *ratio* del preavviso di rigetto di cui all'art. 10-*bis* della l. n. 241/1990, del quale non può tuttavia essere considerata una *species*, non collocandosi nell'ambito di procedimenti ad istanza di parte.

Come opportunamente rilevato[xiii], peraltro, la previsione rischia di perdere nella prassi la sua effettività, a causa dell'ampio margine di discrezionalità che ne determina l'applicazione e che si traduce in un duplice limite. Il primo è rappresentato dalla valutazione delle «particolari esigenze di celerità del procedimento»; l'altro riguarda l'esclusione 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». Di talché, ogni qual volta l'Amministrazione prefettizia ritenga sussistente una motivata urgenza di provvedere ovvero valuti gli elementi istruttori interamente (o quasi) non disvelabili, la comunicazione diverrebbe, rispettivamente, preclusa o inutile.

Malgrado tali limitazioni, non può non rilevarsi come l'evidente capovolgimento prospettico della norma operato dalla riforma del 2021, imponga ora che l'eventuale provvedimento adottato *de plano* illustri – con un'adeguata motivazione – le ragioni per cui l'adempimento dell'obbligo comunicativo avrebbe potuto compromettere il soddisfacimento dell'interesse pubblico cui il provvedimento è rivolto**[xiv]**. In sostanza, se prima l'assenza di contraddittorio era la regola, ora è la stessa assenza a dover essere giustificata, seppur con l'agevole ricorso ad ampie fattispecie di esclusione.

3. La decisione del T.A.R. Calabria

La sentenza in commento – che interviene proprio sull'adeguatezza della motivazione in merito all'esclusione delle garanzie partecipative previste dall'art. 92, comma 2-*bis* del Codice antimafia – coglie perfettamente la *ratio* di rinnovamento della riforma legislativa sopra richiamata. Dopo aver accolto la domanda di tutela cautelare monocratica ai sensi dell'art. 56 c.p.a., il Tribunale amministrativo regionale per la Calabria ha adottato la decisione con sentenza breve, *ex* art. 60 c.p.a., considerando assorbente e dirimente la vicenda in esame.

Nel caso di specie, infatti, le «particolari esigenze di celerità del procedimento» previste dalla norma erano state genericamente motivate dalla Prefettura di Catanzaro facendo riferimento alla necessità di interrompere tutti i rapporti tra la società destinataria del provvedimento e la pubblica Amministrazione, sulla scorta dei rapporti, anche familiari, intrecciati con ambienti malavitosi locali, nonché all'opportunità di revocare la concessione demaniale marittima di cui la stessa è titolare prima della fine del periodo estivo.

Il Giudice amministrativo ha considerato tale motivazione insufficiente ed in contrasto con la nuova disciplina normativa alla luce di due considerazioni.

La prima attiene agli elementi di "collegamento" mafioso rilevati dall'amministrazione, che pur potendo costituire la ragione per l'emissione del provvedimento interdittivo alla chiusura del procedimento, non sono ritenuti in grado di giustificare *ex se* le esigenze di celerità e, dunque, l'esclusione del contraddittorio. L'onere di motivazione, sotto tale punto di vista, avrebbe dovuto, diversamente, esprimersi in una "urgenza qualificata", congruamente rappresentata con riguardo alle concrete esigenze di soddisfacimento del pubblico interesse cui il provvedimento è proteso. D'altro canto, ragionando diversamente, si finirebbe per svuotare di significato la stessa novella legislativa dell'art. 92, poiché l'istruttoria – finalizzata all'acquisizione di ulteriori

rilevanti elementi conoscitivi da parte dell'Amministrazione – verrebbe assorbita a monte dai profili indiziari riscontrati in prima analisi.

La seconda argomentazione di lega alla possibile applicazione delle c.d. misure amministrative di prevenzione collaborativa, pure introdotte dalla riforma del 2021. Si tratta, com'è noto, di disposizioni volte ad evitare il pesante effetto interdittivo ed adottabili laddove in fase istruttoria emergano ipotesi di agevolazione mafiosa meramente occasionale. Tali misure consentono dunque – a fronte del carattere meramente occasionale dei tentativi di infiltrazione e coerentemente con la volontà legislativa di diversificare le azioni amministrative di prevenzione – di anticipare nella fase amministrativa le misure di *self cleaning* previste per il controllo giudiziario, aprendo la via ad una collaborazione tra imprese ed amministrazione**[xv]**.

Secondo la ricostruzione del Giudice amministrativo, l'amministrazione prefettizia avrebbe dovuto, anche in questo caso, motivare adeguatamente l'impossibilità di neutralizzare il rischio di infiltrazione attraverso l'applicazione dell'art. 94-*bis*, facendo applicazione del principio di proporzionalità amministrativa**[xvi]**.

4. Notazioni conclusive

La pronuncia annotata si inserisce in un filone giurisprudenziale che manifesta apprezzabili aperture verso le garanzie partecipative nell'ambito dei procedimenti amministrativi interdittivi **[xvii]**, seppur con i temperamenti dovuti alla particolarità degli interessi coinvolti ed alla natura del provvedimento adottato. All'amministrazione prefettizia non si chiede più soltanto di rappresentare il pericolo di infiltrazione come elemento giustificativo della "specialità" della vicenda procedimentale, ma anche di adempiere correttamente agli oneri istruttori e motivazionali, giustificando espressamente il mancato coinvolgimento del privato interessato.

La strada verso la realizzazione di un contraddittorio effettivo appare, tuttavia, lunga e la "ragion pubblica preventiva" risulta ancora assolutamente prevalente nel bilanciamento con gli interessi delle imprese. Basti pensare che il termine di venti giorni previsto dall'art. 92, comma 2-*bis* per la presentazione di osservazioni e documenti è inferiore a quello di trenta giorni previsto dalla legge generale sul procedimento per la formazione del silenzio rigetto sull'istanza di accesso agli atti. Ciò vuol dire che, in caso di tardiva (o tacitamente negata) ostensione dei documenti da parte dell'Amministrazione, la partecipazione dell'interessato potrebbe svolgersi in assenza di elementi conoscitivi anche importanti e senza la possibilità di adire il Giudice

amministrativo.

Si tratta di distorsioni che andrebbero corrette dal legislatore, soprattutto nell'ottica del necessario "recupero" dell'impresa, che dovrebbe essere connaturata a misure – quali sono quelle antimafia – di natura preventiva e non sanzionatoria**[xviii]**. In tale prospettiva, la valorizzazione del dialogo con il privato destinatario del provvedimento, anziché rappresentare un fattore di rallentamento o di pregiudizio dell'azione amministrativa, potrebbe determinarne invece un proficuo rafforzamento**[xix]**.

---

[i] Sul punto si veda, *ex multis*, AA.VV., *Diritto amministrativo e criminalità*, Atti del XVIII Convegno di Copanello, 28-29 giugno 2013, a cura di F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta, Milano, 2013, *passim*.

[ii] Per un approfondimento, si rinvia a F. Figorilli e V. Giulietti, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali e di tutela giurisdizionale*, in *Federalismi.it*, n. 14/2021; M. Mazzamuto, *Pil salvataggio delle imprese tra controllo giudiziario volontario, interdittive prefettizie e giustizia amministrativa*, in *Sistema penale*, 2020; F.G. Scoca, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e costituzionalità della lotta «anticipata» alla criminalità organizzata,* in *Giustamm*, 2018.

[iii] Cfr., *ex multis*, da ultimo Cons. St., sez. III, 21.06.2022, n. 5086, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[iv] Cfr., per tutte, Cons. St., sez. III, 30.012019, n. 758; Cons. St., sez. III, 3.05.2016, n. 1743, e la giurisprudenza successiva, tutta conforme, da considerarsi qui richiamata, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In dottrina: F. Fracchia-M. Occhiena, *Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: "più probabile che non" e "oltre", "rilevante probabilità" e "oltre ogni ragionevole dubbio". Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico*, in Il dir. dell'econ., 3/2018,

1125 ss.

[v] Cfr., Consiglio di Stato Ad. Plen., 6.04.2018, n. 3, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[vi] Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 7 dicembre 2021, n. 8178, in *www.giustizia-amministrativa.it*. La giurisprudenza non mancava, tuttavia, di auspicare «un quantomeno parziale recupero delle garanzie procedimentali [...] 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»: così, Cons. Stato, Sez. III, 30 luglio 2020, n. 4979, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[vii] L'art. 93, comma 7 del Codice antimafia, nella formulazione precedente alla riforma del 2021, riconosceva al Prefetto, ove ritenuto opportuno, la facoltà di invitare, ove lo ritenesse utile, «i soggetti interessati a produrre» documenti ed informazioni.

[viii] M.S. Giannini, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur compl. Cass. sez. civ.*, XXVII, I quadr., 1948, ora in *Scritti*, vol. II, 1939-1948, Giuffrè, Milano, 949 ss.

[ix] M.S. Giannini, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit., 952.

[x] Per un approfondimento sul tema, sia consentito il rinvio a S. Gardini, *Note sui poteri amministrativi straordinari*, in *Il Diritto dell'economia*, 2/2020.

[xi] Per un preciso inquadramento dottrinale dell'art. 7 della l. 241, si rinvia a R. Proietti, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Commento agli artt. 7-8, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M. A. Sandulli, Giuffrè, Milano, 2017, 566 ss. e, più in generale, a E. M. Marenghi, *I confini del diritto alla partecipazione*, Giuffrè, Milano, 2013, *passim*.

[xii] Cfr., F.G. Scoca, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza,* cit..

[xiii] Cfr., N. Durante, *Il contraddittorio nel procedimento di rilascio d'informazione antimafia*, intervento svolto al convegno "*Il nuovo volto delle interdittive antimafia alla luce del P.N.R.R.*", T.A.R. Calabria, Sezione staccata di Reggio Calabria, 8 aprile 2022. Sul punto, anche M. Cocconi, *Il perimetro del diritto al contraddittorio nelle informazioni interdittive antimafia*, in *Federalismi.it*, 2022.

[xiv] Cfr., N. Durante, *Il contraddittorio*, cit.

[xv] Cfr., M.A. Sandulli, ***Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informativa antimafia e l'istituto del controllo giudiziario***, in questa *Rivista*, 2022.

[xvi] La norma prevede, in particolare, che il Prefetto, quando accerti che i tentativi di infiltrazione mafiosa sono riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale, prescriva all'impresa, società o associazione interessata l'osservanza, per un periodo compreso tra sei e dodici mesi, di una o più misure tra: l'adozione e l'efficace attuazione di misure organizzative, anche ai sensi del d. lgs. 231/2001, per rimuovere e prevenire le cause di agevolazione; la comunicazione al gruppo interforze di una serie di atti (di disposizione, acquisto, pagamento effettuati, di pagamenti ricevuti, di incarichi professionali conferiti e di amministrazione e gestione fiduciaria ricevuti), di valore non inferiore a 5.000 euro (o valore superiore definito dal prefetto), entro quindici giorni dal loro compimento; la comunicazione al gruppo interforze, da parte di società di persone o capitali, dei finanziamenti in qualsiasi forma erogati da parte di soci o di terzi; la comunicazione al gruppo interforze dei contratti di associazione in partecipazione stipulati; l'utilizzo di un conto corrente dedicato, per pagamenti, riscossioni e finanziamenti elencati (cfr., art. 94-*bis*, Cod. ant.).

[xvii] Si vedano, a riguardo, i contributi di R. Rolli, L'informativa antimafia come "frontiera avanzata" (Nota a sentenza Cons. Stato, Sez. III, n. 3641 dell'8 giugno 2020); R. Rolli, M. Maggiolini, Informativa antimafia e contraddittorio procedimentale (nota a Cons. St. sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979); Id., Brevi note sul riformato contraddittorio procedimentale in tema di interdittiva antimafia (nota a T.A.R. Lecce, sez. III, 116/2022) e la giurisprudenza ivi citata, tutti in questa

Rivista, a cui si rinvia per ulteriore approfondimento.

[xviii] Cfr., N. Durante, *Il contraddittorio*, cit.

[xix] Cfr., M. Cocconi, *Il perimetro del diritto al contraddittorio*, cit.