

Il contraddittorio nel procedimento di rilascio d'informazione antimafia^(*)

La disciplina dell'informazione antimafia introdotta col d.l. 6 novembre 2021 n. 152 ha innovato sia la scansione del procedimento amministrativo presupposto, sia la dimensione del potere e della discrezionalità attribuiti all'autorità pubblica¹.

Il procedimento di rilascio, per come strutturato dall'art. 92 del D.lgs. 6 settembre 2011 n. 159, si avvia tramite consultazione diretta della banca dati unica presso il Ministero dell'interno, ad opera del soggetto titolato ad acquisire l'informazione.

Ove dalla consultazione non emergano profili ostativi di alcun genere, segue il rilascio immediato dell'informazione liberatoria. Questo esito procedimentale è interamente vincolato ed assume un contenuto sostanzialmente certificatorio, anche perché il rilascio avviene meccanicamente, da parte di una banca dati.

Laddove però la banca dati registri la presenza di fatti pur solo astrattamente ostativi, la competenza procedimentale si sposta sull'autorità prefettizia, dando inizio alla fase istruttoria vera e propria, consistente nello svolgimento delle opportune verifiche con l'ausilio del gruppo investigativo interforze.

Se le verifiche consentono di superare tali fatti, l'informazione liberatoria che viene rilasciata, pur se succintamente motivata sulla mera scorta dell'insussistenza dei tentativi di infiltrazione mafiosa, costituisce un vero e proprio provvedimento discrezionale, recante una ponderazione circa l'assenza di pericoli d'infiltrazione alla luce degli elementi di fatto riscontrati.

Diversamente – ed è la grande novità introdotta dal d.l. n. 152/2021 – deve darsi tempestiva comunicazione al soggetto interessato, con l'indicazione degli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa.

In realtà, la scelta circa l'*an* ed il *quomodo* della comunicazione informativa contiene in sé margini di discrezionalità, atteso che il comma 2-*bis* la esclude in presenza di “particolari esigenze di celerità del procedimento”; lo stesso comma aggiunge, inoltre, che “non possono formare oggetto della comunicazione ... 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”.

Per adempiere al precetto, occorre quindi valutare:

- a) se ricorra un'ipotesi di motivata urgenza o di istruttoria interamente basata su elementi non disvelabili, nel qual caso la comunicazione sarebbe rispettivamente preclusa od inutile;
- b) quali siano gli elementi nel concreto disvelabili e quelli non disvelabili.

^(*) Intervento svolto al convegno su *Il nuovo volto delle interdittive antimafia alla luce del P.N.R.R.*, organizzato dalla Sezione staccata di Reggio Calabria del T.A.R. Calabria e dall'Università degli studi di Reggio Calabria, l'8 aprile 2022.

¹ Per una ricognizione dell'assetto precedente, si veda DURANTE N., *Ambiti di discrezionalità in materia di documentazione antimafia per le imprese*, in *Giurisprudenza amministrativa*, 2013, IV, 151 ss. e dottrina e giurisprudenza ivi citati.

Nell'ipotesi *sub a*), il procedimento si conclude con l'adozione di un'informativa interdittiva, la cui validità soggiace ad un onere di motivazione rafforzata: sia sull'esistenza dei tentativi di infiltrazione mafiosa, sia sulla presenza di valide ragioni impeditive del contraddittorio preventivo.

Sul primo *step* motivatorio, basta richiamare il costante orientamento del giudice amministrativo, secondo cui l'informativa interdittiva – quale misura amministrativa tipica del diritto di prevenzione preordinata ad impedire un evento che, per scelta stessa del legislatore, è solo potenziale e non attuale – deve sì fondarsi su elementi non immaginari od aleatori², ma non per questo richiede un quadro probatorio conforme all'accertamento di una responsabilità penale; e ciò in ossequio alla logica del codice antimafia di prevenire un grave pericolo e non già di punire. In materia, trova pertanto applicazione il principio del “più probabile che non” e non il più rigido criterio della prova “oltre il ragionevole dubbio”, proprio del processo penale. Il pericolo di un'infiltrazione mafiosa può quindi inferirsi da un elemento di fatto che lo renda probabile, senza che ne sia dimostrata la ragionevole certezza³.

Quanto al secondo aspetto, bisogna invece osservare che, come già detto, l'assoluta novità introdotta nel 2021 consiste nell'essersi capovolto il previgente principio generale, in forza del quale, nei procedimenti interdittivi, l'obbligo del contraddittorio partecipativo – e, quindi, a monte, della previa comunicazione delle ragioni impeditive – deve ritenersi *de jure* escluso⁴ o confinato ad ipotesi eventuali e non obbligatorie, come quella dell'art. 93, comma 7, in tema di accesso nei cantieri.

Questo capovolgimento prospettico, che fa assurgere il contraddittorio da timida eccezione a regola ordinaria, impone che l'eventuale provvedimento adottato *de plano* illustri adeguatamente le ragioni della deroga esercitata, senza l'uso di frasi stereotipate (prima fra tutte, il richiamo alla connaturata urgenza insita nella prevenzione antimafia), ma attraverso una motivazione idonea a dimostrare che l'adempimento dell'obbligo comunicativo avrebbe potuto seriamente compromettere il soddisfacimento dell'interesse pubblico cui il provvedimento è rivolto⁵.

L'altro caposaldo su cui s'incentra la discrezionalità prefettizia nella fase di prima valutazione delle risultanze istruttoria riguarda lo stabilire quali siano nel concreto gli elementi disvelabili e quelli non disvelabili attraverso la comunicazione.

Si è già scritto come la norma di nuovo conio vieti che “possono formare oggetto della comunicazione ... 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”.

² Cons. Stato, Sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758, in www.giustizia-amministrativa.it, *Decisioni e pareri*.

³ DURANTE N., *I tentativi di infiltrazione mafiosa*, in Italiaappalti.it, 9 gennaio 2017; LEVATO A., *Ratio e requisiti delle informative antimafia*, in *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici* (a cura di AMARELLI, STICCHI DAMIANI), Torino, Giappichelli, 2019, 50 ss.

⁴ Cons. Stato, Sez. III, 7 dicembre 2021, n. 8178, in www.giustizia-amministrativa.it, *Decisioni e pareri*.

⁵ Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2013, n. 91, in www.giustizia-amministrativa.it, *Decisioni e pareri*, in materia di avviso di avvio del procedimento, ai sensi dell'art. 7 della legge n. 241/1990.

Questo significa che la qualificazione dell'elemento informativo come non disvelabile non coincide con quella dell'art. 329 c.p.p.⁶, essendo ricollegabile anche al possibile pregiudizio in danno di "procedimenti amministrativi" ovvero di "altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose". Anzi, sarebbe proprio il caso di dire che il perimetro degli atti non disvelabili sia del tutto diverso dal perimetro degli atti coperti da segreto investigativo, i quali, stante la natura *erga omnes* del divieto, non sarebbero noti neppure al Prefetto; e ciò troverebbe avallo nell'uso del termine "attività processuali in corso", in luogo di "indagini preliminari in corso".

Ad ogni modo, come vale per l'urgenza di provvedere, anche in quest'ambito deve suggerirsi un prudente utilizzo del potere di oscuramento/occultamento degli atti sensibili, allo scopo di preservare il più possibile integri il senso e la *ratio* del contraddittorio, intenzionalmente configurato dal legislatore come preventivo rispetto alla conclusione del procedimento e non come meramente successivo (mediante istanza di autotutela o di aggiornamento) o giudiziario.

Lo scopo della comunicazione dei motivi ostativi al rilascio dell'informativa liberatoria risiede dunque nel consentire all'interessato la partecipazione nel procedimento. Costui, infatti, nei 20 giorni dalla comunicazione, può presentare osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti, nonché chiedere l'audizione.

E' certamente possibile presentare istanza di accesso agli atti, ma bisogna considerare che il termine per partecipare al procedimento è inferiore a quello, di 30 giorni, previsto dall'art. 25 della legge n. 241/1990 ai fini della formazione del silenzio rigetto; né sussiste un qualche meccanismo di sospensione/interruzione del termine di 20 giorni, in pendenza di una domanda di accesso.

Ciò significa che la partecipazione difensiva ben potrebbe svolgersi in carenza di una sufficiente conoscenza degli atti (noti solo nei loro estremi, ma non nel contenuto) e senza che sia stato possibile adire, anche in via di urgenza, il TAR, non essendosi ancora formato il silenzio rigetto. Anche in tal caso, si profilano tutti i risvolti immaginabili in tema di impugnabilità del provvedimento interdittivo formatosi senza la garanzia di un pieno contraddittorio a monte.

Riguardo all'audizione, il dubbio che si pone – e che sembrerebbe potersi sciogliere in senso positivo – concerne il se la stessa sia delegabile o, comunque, il se sia consentito avvalersi dell'assistenza di un legale o di un tecnico (si pensi all'ipotesi in cui il legale rappresentante dell'impresa sia un soggetto totalmente avulso dalle dinamiche in discussione).

Oltre che una partecipazione di tipo difensivo, intesa cioè ad elidere od attenuare il significato negativo delle risultanze dell'istruttoria, esiste una partecipazione di tipo proattivo,

⁶ Recita l'art. 329 c.p.p. ("*obbligo del segreto*"): "1. Gli atti di indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria, le richieste del pubblico ministero di autorizzazione al compimento di atti di indagine e gli atti del giudice che provvedono su tali richieste sono coperti dal segreto fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza e, comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari. 2. Quando è strettamente necessario per la prosecuzione delle indagini, il pubblico ministero può, in deroga a quanto previsto dall'art. 114, consentire, con decreto motivato, la pubblicazione di singoli atti o di parti di essi. In tal caso, gli atti pubblicati sono depositati presso la segreteria del pubblico ministero. 3. Anche quando gli atti non sono più coperti dal segreto a norma del comma 1, il pubblico ministero, in caso di necessità per la prosecuzione delle indagini, può disporre con decreto motivato: a) l'obbligo del segreto per singoli atti, quando l'imputato lo consente o quando la conoscenza dell'atto può ostacolare le indagini riguardanti altre persone; b) il divieto di pubblicare il contenuto di singoli atti o notizie specifiche relative a determinate operazioni".

consistente nell'approntare, eventualmente d'intesa con l'organo procedente, idonee misure di *self cleaning*, nel periodo intercorrente tra la conoscenza degli elementi ostativi e la conclusione del procedimento.

Fino ad oggi, il *self cleaning* è stato confinato a titolo di strumento difensivo utilizzabile ai soli fini dell'aggiornamento di un'interdittiva già emanata, ovverosia quale rimedio di ordine successivo. In particolare, esso può dare stura ad una rinnovata valutazione discrezionale del Prefetto, finalizzata all'eventuale revoca dell'interdittiva, che dovrà basarsi non tanto sull'effettivo scopo bonificatorio perseguito, ma sulla concreta idoneità della misura apprestata a rimuovere i tentativi di infiltrazione⁷.

Ora, la novella ha inserito nell'art. 92 un comma 2-*quater*, che recita: “nel periodo tra la ricezione della comunicazione di cui al comma 2-bis 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”.

Nei primi commenti apparsi, tale disposizione è stata salutata 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»⁸.

Si è così parlato della «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. Per fare un parallelo con la disciplina in tema di appalti di cui al vigente decreto legislativo n. 50/2016 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*»⁹.

Il tutto, in coerenza con le indicazioni del Consiglio di Stato¹⁰ che, «seppur negando l'obbligatorietà del contraddittorio, ha sollecitato il legislatore a potenziarlo “specie in tutte quelle ipotesi ove la permeabilità mafiosa appaia dubbia rispetto alle quali l'apporto procedimentale potrebbe fornire utili elementi, contraddittorio d'altronde utile al fine dell'adozione di misure di *self cleaning*”. Nella stessa interessante pronuncia si è rilevato sempre *de iure condendo* l'opportunità di una riforma in grado di relegare l'interdittiva ad

⁷ Cons. Stato, Sez. III, 19 giugno 2020, n. 3945, in www.giustizia-amministrativa.it, *Decisioni e pareri*.

⁸ VULCANO M., *Le modifiche del decreto legge n. 152/2021 al codice antimafia: il legislatore punta sulla prevenzione amministrativa e sulla compliance 231 ma non risolve i nodi del controllo giudiziario*, in *Giurisprudenza penale web*, 2021, XI, 8.

⁹ AMOVILLI P., *Brevi note in tema di riforma delle interdittive antimafia contenuta nel d.l. 6 novembre 2021, n. 152, convertito dalla l. 29 dicembre 2021, n. 233 per l'attuazione del P.N.R.R.*, in www.giustizia-amministrativa.it, *Dottrina*, 31 gennaio 2022, 2.

¹⁰ Cons. Stato, Sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979, in www.giustizia-amministrativa.it, *Decisioni e pareri*.

extrema ratio, solo a fronte di situazioni “chiare ed inequivocabili”. Ciò sempre per i giudici di Palazzo Spada consentirebbe al G.A. “di esercitare con maggior pienezza il proprio sindacato»¹¹.

Pertanto, «il contraddittorio in questione non può relegarsi a strumento di mero carattere formale nell’ambito di un fenomeno da tempo in atto di complessiva dequotazione delle garanzie procedurali¹² e degli istituti partecipativi, presentando invece valenza sostanziale, in considerazione dell’ampiezza degli apprezzamenti demandati al Prefetto e del collegamento funzionale tra contraddittorio e le previste misure di *self cleaning*»¹³.

Certamente, l’interpretazione proposta è quella più in linea con la *ratio* della novella, che consiste nel favorire il più possibile il recupero e la sopravvivenza dell’impresa sottoposta al tentativo d’infiltrazione mafiosa, ma verosimilmente non ancora infiltrata.

D’altronde, la scelta sul se consentire o meno il *self cleaning* preventivo non è priva di rilevanti conseguenze sul piano pratico, in quanto esso può condurre all’adozione, se non di un’informativa liberatoria, di una misura di prevenzione collaborativa, impedendo che si producano gli effetti di cui all’art. 94, conseguenti all’interdizione e comportanti l’estromissione dell’impresa dal mercato degli appalti e dei contributi pubblici, nonché la revoca delle aggiudicazioni ed il recesso unilaterale dai contratti in essere, ponendo la stessa in una condizione che, se protratta nel tempo, ne determina il fallimento.

A ciò si aggiunga che, proprio l’inquadramento della misura interdittiva nel settore del diritto amministrativo della prevenzione (e non della sanzione), se per un verso determina la perdita delle garanzie sostanziali legate all’accertamento della responsabilità dell’imprenditore nell’accaduto, per altro verso deve informare il sistema ad una logica di salvataggio e non di affossamento dell’impresa soggetta ai tentativi di infiltrazione (e dunque non infiltrata), in un’ottica di ragionevole bilanciamento tra interessi costituzionali parimenti protetti e specie in mancanza di condotte connotate da particolare riprovevolezza.

Tuttavia, se così è – e questo si auspica che sia –, sarebbe stato utile un maggiore sforzo esplicativo da parte del legislatore, in quanto il testo della norma è molto simile a quello dell’art. 84, comma 4, lett. f), che desume il tentativo di infiltrazione mafiosa “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”.

Inoltre, il dato letterale del comma 2-*quater* è 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 della misura di collaborazione preventiva.

Per vero, quindi, un’interpretazione troppo agganciata al dato testuale potrebbe portare a preferire la tesi opposta, secondo cui la disposizione del comma 2-*quater*, lungi dal favorire

¹¹ AMOVILLI P., op. cit., 6.

¹² MONTEDORO G. *Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione*, in www.giustamm.it, 2005.

¹³ AMOVILLI P., op. cit., 5.

l'assunzione di misure di *self cleaning* in corso del contraddittorio, colora le misure stesse di una presunzione relativa di anti giuridicità, sollecitando, per l'appunto, il Prefetto a valutarle "ai fini dell'adozione dell'informazione interdittiva antimafia".

Il procedimento di rilascio dell'informazione antimafia si conclude, nei 60 giorni dalla comunicazione (termine ordinatorio e non decadenziale), con l'adozione di:

- a) un'informativa interdittiva;
- b) un'informativa interdittiva con applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio, di cui all'art. 32, comma 10, d.l. 90/2014;
- c) una misura di prevenzione collaborativa proporzionata al caso di specie;
- d) un'informativa liberatoria.

Nei casi *sub c)* e *d)*, gli effetti di cui all'art. 94 non si verificano; nel caso *sub b)*, essi non si verificano "limitatamente alla completa esecuzione del contratto d'appalto ovvero dell'accordo contrattuale o della concessione"; nel caso *sub a)*, gli effetti di cui all'art. 94 iniziano a prodursi immediatamente ed inesorabilmente.

In tutti e quattro i casi, il provvedimento deve basarsi sui presupposti di fatto e sulle risultanze dell'istruttoria, rappresentati:

- dalle verifiche istruttorie, *ex* comma 2;
- dall'eventuale partecipazione procedimentale, *ex* comma 2-*bis*;
- dalle eventuali misure di *self cleaning* preventivo, *ex* comma 2-*quater*.

Di conseguenza, la motivazione del provvedimento dovrà dare conto di come l'insieme di questi elementi sia stato considerato, nel legittimo esercizio della sfera di discrezionalità data, al fine del ritenere:

- a) sussistenti i tentativi di infiltrazione tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi dell'impresa, di cui all'art. 84, comma 4 (ai fini della informativa interdittiva);
- b) sussistente (in aggiunta ai tentativi) l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto o dell'accordo contrattuale, ovvero la sua prosecuzione al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici (ai fini di una misura di gestione, sostegno e monitoraggio);
- c) sussistente (in aggiunta ai tentativi) una "situazione di agevolazione occasionale" (ai fini di una misura di prevenzione collaborativa);
- d) non (più) sussistenti o non (più) rilevanti i tentativi d'infiltrazione tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi dell'impresa (ai fini di un'informativa liberatoria).

Qualche parola va infine spesa sulle "situazioni di agevolazione occasionale": espressione che il legislatore utilizza allo scopo di favorire l'adozione delle così dette "misure di prevenzione collaborativa" che, in realtà, lungi dal configurarsi come poco concepibili forme di collaborazione tra Prefettura ed impresa, costituiscono un precipitato logico dei principi di gradualità e di proporzionalità, immanenti anche nel campo del diritto amministrativo della prevenzione.

Il termine è mutuato dal comma 1 dell'art. 34-*bis*, che applica la misura di prevenzione penale del controllo giudiziario delle attività economiche e delle aziende alle fattispecie in cui sussiste un "pericolo concreto di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne l'attività", ma "l'agevolazione prevista dal comma 1 dell'art. 34 risulta occasionale".

Ebbene, tali presupposti sono del tutto differenti da quelli che conducono all'irrogazione dell'interdittiva antimafia, la quale, viceversa, si fonda sull'esistenza di "eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate", che è cosa ben diversa e meno grave rispetto al "pericolo concreto di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne l'attività".

In altre parole, mentre l'interdittiva mira a prevenire l'infiltrazione, che rileva solo in uno stato eventuale e tentato, la misura di prevenzione implica una consistenza indiziaria di infiltrazione già in atto, seppure nelle più blande forme della "agevolazione occasionale".

Ed allora, è fuorviante pretendere che, per accedere alla misura collaborativa, il tentativo, oltre che "eventuale", debba essere connotato da una "agevolazione occasionale", proprio perché trattasi di elemento che introduce una valutazione sulla condotta dell'imprenditore in termini non richiesti.

Non a caso, in tema di applicabilità del controllo giudiziario alle imprese sottoposte ad interdittiva antimafia ai sensi del comma 6 dell'art. 34-*bis*¹⁴, la prognosi che, in definitiva, il tribunale della prevenzione penale deve effettuare nel decidere se concedere il controllo giudiziario nelle more del giudizio amministrativo sull'impugnativa dell'interdittiva antimafia attiene al «se il richiesto intervento giudiziale di "bonifica aziendale" risulti possibile», mentre la "occasionalità dell'infiltrazione" costituisce un indice sintomatico che si contrappone alla "cronicità dell'infiltrazione mafiosa"¹⁵.

Pertanto, ad avviso di chi scrive, sarebbe stato preferibile che, come presupposto per la misura di prevenzione collaborativa, il legislatore, più che richiamare il dato di fatto della "occasionalità dell'infiltrazione", avesse richiamato l'elemento, di tipo logico, della prognosi favorevole sulla riuscita del controllo.

Nicola Durante

Pres. Sez. TAR Salerno

¹⁴ DURANTE N., *L'interdittiva antimafia, tra tutela anticipatoria ed eterogenesi dei fini*, in *Riv. trim. appalti*, 2020, 4, 1693 ss.

¹⁵ Cass. pen., Sez. un., 26 settembre 2019, n. 46898 e Sez. II 28 gennaio 2021, n. 912, in *www.italgiureweb.it*.