

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

2021 - Anno XLII

IL (MANCATO) CONTRADDITTORIO ENDOPROCEDIMENTALE IN MATERIA DI INFORMAZIONE ANTIMAFIA

dell'Avv. Giuseppe Carratelli

Sommario:

1. Il caso oggetto dell'ordinanza del TAR Puglia.
2. La pronuncia della CGUE.
3. Il rigido orientamento del Consiglio di Stato
4. Il principio del contraddittorio

Nota a: Tar Puglia - Bari, sez. III, ordinanza 13 gennaio 2020, n. 28

1) Il caso oggetto dell'ordinanza del TAR Puglia-Bari

Il T.a.r. per la Puglia, con l'ordinanza qui annotata, ha effettuato un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE al fine di chiarire se la disciplina nazionale sull'informazione antimafia, nella parte in cui non prevede il contraddittorio endoprocedimentale in favore del soggetto interessato, sia compatibile con il principio del contraddittorio, come riconosciuto dal diritto dell'unione.

Il caso in esame riguarda un ricorso promosso da una società, a cui è stata notificata una misura interdittiva antimafia, impugnata, appunto, dinanzi al TAR¹.

In particolare, la società ricorrente ha rilevato che la Prefettura di Foggia, per adottare il provvedimento impugnato, ha dato peso a risalenti rapporti di frequentazione intrattenuti dai soci della ditta ricorrente con altri soggetti raggiunti da pregiudizi di polizia, i quali non sono, tuttavia, mai culminati in decisioni giudiziarie.

Il T.A.R. adito ha quindi rilevato, sulla base degli atti di causa, che il provvedimento impugnato è stato adottato senza alcun contraddittorio tra la P.A. e i soci della società ricorrente, quindi in assenza di una fase partecipativa del procedimento amministrativo.

Pertanto, il giudice amministrativo ha ritenuto necessario e rilevante, ai fini della decisione, rimettere alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale di interpretazione del diritto dell'Unione, atteso che l'accertata pretermissione del contraddittorio ha impedito alla società ricorrente di addurre, nell'ambito del procedimento amministrativo, elementi atti a orientare in senso favorevole la pubblica Amministrazione decidente.

2) La pronuncia della CGUE

La Corte di giustizia UE, sez. IX, con ordinanza del 28 maggio 2020 (causa C-17/20), sulla sollevata questione, si è pronunciata con una decisione in rito, dichiarando irricevibile la domanda proposta dal TAR Puglia².

¹ Il TAR Puglia non ha condiviso l'assunto della natura cautelare dell'informativa antimafia interdittiva, poiché non si tratta di misura provvisoria e strumentale, adottata in vista di un provvedimento che definisca, con caratteristiche di stabilità e inoppugnabilità, il rapporto giuridico controverso, bensì di atto conclusivo del procedimento amministrativo avente effetti definitivi, conclusivi e dissolutivi del rapporto giuridico tra l'impresa e la P.A., con riverberi assai durevoli nel tempo, se non addirittura permanenti, indelebili e inemendabili, se si considera che alla citata interdittiva antimafia segue il ritiro di un titolo pubblico o il recesso o la risoluzione contrattuale, nonché la sostanziale messa al bando dell'impresa e dell'imprenditore che, da quel momento e per sempre, non possono rientrare nel circuito economico dei rapporti con la P.A. dal quale sono stati estromessi.

² La questione così sollevata è stata dichiarata manifestamente irricevibile ai sensi dell'art. 53, par. 2, del regolamento di procedura della Corte di giustizia (pubblicato in G.U.U.E. 29 settembre 2012, n. L 265), a norma del quale *"Quando la Corte è manifestamente incompetente a conoscere di una causa o quando una domanda o un atto introduttivo è manifestamente irricevibile, la Corte, sentito l'avvocato generale, può statuire in qualsiasi momento con ordinanza motivata, senza proseguire il procedimento"*.

La CGUE ha richiamato i giudici nazionali alla scrupolosa osservanza dell'art. 53, par. 2, del regolamento di procedura in occasione della decisione sul rinvio pregiudiziale in tema di contraddittorio endoprocedimentale, nel caso di specie inerente all'emanazione dell'informazione interdittiva antimafia.

Ed infatti, la mancata dimostrazione di criteri di collegamento di detta materia con l'ordinamento UE, la connotazione del diritto di difesa procedimentale, quale principio fondamentale del diritto eurounitario, ma invocabile solo nell'ambito di quest'ultimo, nonché il perimetro applicativo dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali UE (il quale si rivolge non agli Stati membri bensì unicamente alle istituzioni, agli organi e agli organismi dell'Unione europea), rendono la questione sollevata dal giudice nazionale manifestamente irricevibile.

Con tale pronuncia la Corte di giustizia UE ha ribadito che il procedimento istituito dall'articolo 267 TFUE costituisce uno strumento di cooperazione fra la Corte ed i giudici nazionali, per mezzo del quale la prima fornisce ai secondi gli elementi di interpretazione del diritto dell'Unione che sono loro necessari per la soluzione delle controversie che sono chiamati a dirimere. E', pertanto, indispensabile che nella domanda il giudice nazionale chiarisca, in particolare, il contesto di fatto e di diritto del procedimento principale con dimostrazione del collegamento della vicenda contenziosa con il diritto UE, circostanza non avvenuta nella fattispecie in esame.

La questione sollevata dal TAR Puglia, certamente rilevante, non è stata quindi correttamente sottoposta alla CGUE, che non ha potuto esprimersi.

3) Il rigido orientamento del Consiglio di Stato

Il Consiglio di Stato³, contrariamente a quanto affermato dal TAR Puglia, ha sostenuto, in diverse pronunce, che *"L'informazione antimafia non*

³ Il Consiglio di Stato, nelle sentenze n. 820 del 31 gennaio 2020 e n. 2854 del 26 maggio 2020, ha affermato che, -ferma rimanendo ogni competenza della Corte di Giustizia UE sulla compatibilità della normativa italiana con il diritto eurounitario al cospetto di una questione che abbia rilevanza transfrontaliera-, il procedimento finalizzato all'emissione dell'informazione antimafia non sconta una totale assenza di contraddittorio, nel nostro ordinamento, ma conosce una interlocuzione solo eventuale, prevista dall'art. 93, comma 7, d.lgs. n. 159 del 2011, secondo cui il Prefetto competente al rilascio dell'informazione, ove lo ritenga utile, sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite, invita in sede di audizione personale i soggetti interessati a produrre, anche allegando elementi documentali, ogni informazione utile.

richiede la necessaria osservanza del contraddittorio procedimentale, meramente eventuale in questa materia ai sensi dell'art. 93, comma 7, d.lgs. n. 159 del 2011 né è configurabile l'applicazione dell'art. 21-octies, comma 2, l. n. 241 del 1990 non essendo l'informazione antimafia provvedimento vincolato, ma per sua stessa natura discrezionale".

E' noto, infatti, che tali provvedimenti prefettizi sono basati su valutazioni per le quali il legislatore non ha individuato puntualmente né tutte le circostanze rilevanti né, soprattutto, i criteri per la loro interpretazione, il che ha indotto la giurisprudenza a riconoscere ai Prefetti ampi poteri discrezionali⁴ sui quali sarebbe esercitabile unicamente un sindacato "debole", limitato ai casi *"di manifesta illogicità, irragionevolezza e travisamento dei fatti"*⁵.

In particolare, la III sezione, con sentenza del 31 gennaio 2020, n. 820, ha ritenuto che l'assenza di una necessaria interlocuzione procedimentale in questa materia non costituisca un *vulnus* al principio di buona amministrazione, perché, come la stessa Corte UE ha affermato, il diritto al contraddittorio procedimentale e al rispetto dei diritti della difesa non è una prerogativa assoluta, ma può soggiacere a restrizioni, a condizione che *«queste rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti»* (sentenza della Corte di

Secondo il supremo consesso della giustizia amministrativa, l'audizione del soggetto interessato e l'invito a fornire informazioni o documenti presuppongono una valutazione discrezionale dell'autorità preposta alla tutela della sicurezza pubblica in ordine all'utilità di detto contraddittorio procedimentale in seno ad un procedimento informato da speditezza, riservatezza ed urgenza, per evidenti ragioni di ordine pubblico, e finalizzato, per espressa previsione legislativa (art. 84, comma 3, del d. lgs. n. 159 del 2011), a prevenire eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o delle imprese (Cons. St., sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758; id. 5 settembre 2019, n. 6105 e, ora, Corte cost. 26 marzo 2020, n. 57).

⁴ Sull'ampiezza dei poteri del Prefetto in materia di misure interdittive antimafia, si veda O.Morcavallo, *L'informazione interdittiva antimafia*, Giuffrè, 2019

⁵ Sullo specifico punto si veda l'opinione critica di F.G. Scoca, *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, in *Giustamm.it*, 6 (2013). Sul tema cfr. recentemente G. D'Angelo, *Artt. 84-95 del D.lg. 6.9.2011, n. 159 (commento)*, cit., il quale, segnalando che *"la giurisprudenza amministrativa è ferma nel considerare la valutazione del prefetto "espressione di ampia discrezionalità" (CSt. III, n. 3208/14; in termini di ampio, ma non indeterminato, potere discrezionale v. CSt. III, n. 1109/17), anche se sembra ricondurre (non senza incertezze e ambiguità) le informazioni antimafia a valutazioni di ordine tecnico"* (p. 1151), che in tal modo *"attenuano il sindacato giurisdizionale in modo significativo, fino al punto da essere incompatibile con i principi costituzionali sulla tutela"*.

Giustizia UE, 9 novembre 2017, in C-298/16, § 35 e giurisprudenza ivi citata) e, in riferimento alla normativa italiana in materia antimafia, la stessa Corte UE, seppure ad altri fini (la compatibilità della disciplina italiana del subappalto con il diritto eurounitario), ha di recente ribadito che *«il contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisce un obiettivo legittimo che può giustificare una restrizione alle regole fondamentali e ai principi generali del TFUE che si applicano nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici»* (Corte di Giustizia UE, 26 settembre 2019, in C-63/18, § 37).

Secondo il supremo consesso della giustizia amministrativa⁶, la *discovery* anticipata, 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 di stampo mafioso 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.

Ed ancora, secondo il Consiglio di Stato, la delicatezza della ponderazione intesa a contrastare in via preventiva la minaccia insidiosa ed esiziale delle organizzazioni mafiose, richiesta all'autorità amministrativa, può comportare anche un'attenuazione, se non una eliminazione, del contraddittorio procedimentale, che del resto non è un valore assoluto, come ha pure chiarito la Corte di Giustizia UE nella sua giurisprudenza (ma v. pure Corte cost.: sent. n. 309 del 1990 e sent. n. 71 del 2015), o slegato dal doveroso contemperamento di esso con interessi di pari se non superiore rango costituzionale, né un bene in sé, o un fine supremo e ad ogni costo irrinunciabile, ma è un principio strumentale al buon

⁶ Consiglio di Stato, III sezione, sentenza n. 820 del 31 gennaio 2020

andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) e, in ultima analisi, al principio di legalità sostanziale (art. 3, comma secondo, Cost.), vero e più profondo fondamento del moderno diritto amministrativo (Cons. St., sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565).

Tale "rigido" orientamento del Consiglio di Stato, è stato oggetto di critiche da parte di autorevole dottrina⁷, anche in virtù dei delicati interessi in gioco, ovvero il contrasto alla criminalità organizzata e la libera iniziativa economica del privato.

4) Il principio del contraddittorio

Nelle numerose pronunce emesse dalla giustizia amministrativa in *subiecta materia*, si è costantemente affermato che, ai fini dell'adozione dell'interdittiva antimafia, non occorre la comunicazione di avvio del procedimento, previsto dall'art. 7 della L. n. 241 ovvero il preavviso di rigetto, previsto dall'art. 10 -bis della stessa legge, poiché i procedimenti in materia di tutela antimafia sono tipicamente connessi ad attività di indagine giudiziaria e caratterizzati da ragioni di urgenza e da finalità, destinatari e presupposti incompatibili con le ordinarie procedure partecipative.

Tale orientamento si scontra, tuttavia, col principio del contraddittorio, che, com'è noto, è di matrice comunitaria e quindi direttamente applicabile nel nostro ordinamento.

In materia di informazioni antimafia, la partecipazione dell'interessato al procedimento potrebbe risultare utile, perché consentirebbe all'amministrazione di raccogliere più elementi per valutare la sussistenza – o meno - di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa.

⁷ Si veda in senso critico F.G. Scoca, Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata, in Giustamm.it, 6, 2018, secondo il quale "non c'è alcun necessario collegamento tra la lotta alla mafia, da un lato, e la salvaguardia dell'ordine economico e della concorrenza dall'altro: può esserci e non esserci, a seconda dei fatti che volta a volta giustificano la interdittiva. (...) Il codice antimafia, distinguendo tra soggetti che si muovono in aree criminali, e che, per questo, sono passibili di misure di prevenzione, con gli effetti dell'art. 67, e imprese soltanto esposte a tentativi di infiltrazione e, come tali, soggette ad interdittiva ed agli effetti di cui all'art. 94, ha raggiunto un condivisibile punto di equilibrio tra la difesa attiva contro la mafia e la tutela dei diritti costituzionalmente garantiti dei cittadini e delle imprese. Ogni aggravamento della disciplina legislativa, come risulta in modo chiarissimo dalla giurisprudenza amministrativa, governata dal Consiglio di Stato, che ha modificato perfino l'architettura del sistema, sposta l'asse fissato dal legislatore, aumenta (forse) l'efficacia della lotta alla mafia, ma incide negativamente sulla costituzionalità della disciplina e, a mio avviso, rischia di compromettere lo sviluppo economico delle zone inquinate".

Ed invero, l'art. 6, par. 1 del Trattato sull'Unione Europea, stabilisce che *"L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati"*.-

In quanto tale, la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea è fonte di diritto primario dell'Unione Europea, al pari dei Trattati istitutivi.

Le fonti di diritto primario dell'Unione Europea, allorquando presentino i caratteri della sufficiente precisione e del carattere incondizionato possono avere efficacia diretta all'interno degli ordinamenti nazionali in modo da creare a favore dei singoli posizioni giuridiche soggettive direttamente tutelabili dinnanzi ai giudici nazionali.

L'art. 41 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000 prevede espressamente il diritto del cittadino europeo a una buona amministrazione.-

A sua volta, il diritto ad una buona amministrazione comprende in particolare *"il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio"* (sempre art. 41 Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea).

Il diritto dell'Unione riconosce, pertanto, la sussistenza di un principio del contraddittorio di carattere endoprocedimentale, da far valere al di fuori del diritto di difesa nel processo giurisdizionale e da intendere nel senso che *"ogni qualvolta l'Amministrazione si proponga di adottare nei confronti di un soggetto un atto ad esso lesivo, i destinatari di decisioni che incidono sensibilmente sui loro interessi devono essere messi in condizione di manifestare utilmente il loro punto di vista in merito agli elementi sui quali l'Amministrazione intende fondare la sua decisione (...)*.

Il principio del contraddittorio endoprocedimentale è enunciato in maniera precisa, in quanto sono chiariti con sufficienza gli elementi che ne fanno parte e in maniera incondizionata, trattandosi di principio capace di autoaffermarsi nei rapporti del privato con l'Amministrazione.

Il principio del contraddittorio, quale espressione fondamentale di civiltà giuridica europea, appartiene, oltretutto, al catalogo dei principi generali del Diritto dell'Unione in base all'art. 6, par. 3 del Trattato sull'Unione Europea, a mente del quale *"i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali"*.

Sicché risulta davvero sorprendente come, nonostante la chiarezza di tale principio, il giudice amministrativo si ostini ad escludere in radice la partecipazione dell'interessato al procedimento amministrativo da cui scaturisce l'informazione antimafia.

Conclusioni

La delicatezza degli interessi in gioco, in mancanza di un espresso provvedimento della CGUE, visto il rigido orientamento espresso dal G.A., richiede un intervento legislativo deciso, volto a ripristinare la tutela del principio del contraddittorio.

Ed infatti, in materia di informative antimafia, non è dato comprendere perché viene compresso il diritto di partecipazione dell'interessato al procedimento amministrativo, da cui, peraltro, può scaturire un provvedimento con effetti devastanti per qualsiasi attività, non sussistendo, in generale, con la mera interlocuzione procedimentale, un pregiudizio alle finalità perseguite dalla legislazione antimafia⁸, che ha l'obiettivo di prevenire il tentativo di infiltrazione da parte delle organizzazioni criminali⁹.

⁸ Con riguardo alle finalità della legislazione antimafia, si veda in senso critico F.G. Scoca, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in *Giustamm.it*, 6 (2018), p. 6, secondo il quale *"rispetto alle finalità delle interdittive si nota una evoluzione nella giurisprudenza: viene nettamente superata la ratio della legge"* poiché *«non c'è alcun necessario collegamento tra la lotta alla mafia, da un lato, e la salvaguardia dell'ordine economico e della concorrenza, dall'altro: può esserci e non esserci, a seconda dei fatti che volta a volta giustificano la interdittiva"*.

⁹ Nella sezione "Focus di giurisprudenza e pareri", del sito della giustizia amministrativa (www.giustiziaamministrativa.it), è stata annotata la sentenza n.4979/2020 del Consiglio di Stato. In tale contributo è stato evidenziato che laddove la partecipazione procedimentale non frustra l'urgenza del provvedere e le particolari esigenze di celerità del procedimento – art. 7, l. n. 241 del 1990 – per bloccare un grave, incontrollabile o imminente pericolo di infiltrazione mafiosa e, dunque, non ostacoli la *ratio* stessa dell'informazione antimafia quale strumento di massima tutela preventiva nella lotta contro la mafia, la

L'amministrazione, avvallata dalle predette pronunce, in materia di informazioni antimafia, predilige, troppo spesso, la strada del c.d. "rischio zero", in esito ad istruttoria sommaria e carente in punto di specifica situazione di rischio - tra l'altro senza alcuna interlocuzione procedimentale - violando, senza dubbio alcuno, anche il parametro della proporzionalità.

Ed infatti, analizzando gli esiti delle procedure ex art.34 bis cod. antimafia, oltre che le rare pronunce di accoglimento del G.A. in materia di informative antimafia, appare evidente che, troppo spesso, vengono attinte, dalle misure previste dal d.lgs. n. 159 del 2011, aziende che in realtà sono ben lontane da tentativi di infiltrazione mafiosa, che si vedono quindi fortemente frenate (o addirittura stoppate) dallo Stato, che dovrebbe, invece, incentivarle e farle crescere.

Pertanto, in virtù delle decisioni emesse dal giudice amministrativo, spetterà alla saggezza del legislatore, anche nell'ottica di un delicato bilanciamento tra i valori in gioco che hanno una rilevanza anche di carattere costituzionale¹⁰, valutare simili o altri percorsi normativi, che evitino un sacrificio del diritto di difesa sproporzionato, in talune ipotesi

partecipazione procedimentale, prima di adottare un provvedimento interdittivo, potrebbe e dovrebbe essere ammessa in via generale perché:

a) consentirebbe all'impresa di esercitare in sede procedimentale i propri diritti di difesa e di spiegare le ragioni alternative di determinati atti o condotte, ritenuti dalla Prefettura sintomatici di infiltrazione mafiosa, nonché di adottare, eventualmente su proposta e sotto la supervisione della stessa Prefettura, misure di *self cleaning*, che lo stesso legislatore potrebbe introdurre già in sede procedimentale con un'apposita rivisitazione delle misure straordinarie, ad esempio, dall'art. 32, comma 10, del d.l. n. 90 del 2014, conv. con mod. in l. n. 114 del 2014, da ammettersi, ove la situazione lo consenta, prima e al fine di evitare che si adotti la misura più incisiva dell'informazione antimafia;

b) consentirebbe allo stesso Prefetto di intervenire con il provvedimento interdittivo quale *extrema ratio* solo a fronte di situazioni gravi, chiare, inequivocabili, non altrimenti giustificabili e giustificate dall'impresa, secondo la logica della probabilità cruciale, di infiltrazione mafiosa, all'esito di una istruttoria più completa, approfondita, meditata, che si rifletta in un apparato motivazionale del provvedimento amministrativo, fondamento e presidio della legalità sostanziale in un ordinamento democratico, che sia il più possibile esaustivo ed argomentato;

c) consentirebbe infine al giudice amministrativo di esercitare con maggiore pienezza il proprio sindacato giurisdizionale sugli elementi già valutati dalla Prefettura in sede procedimentale, anche previo approfondimento istruttorio nel contraddittorio con l'impresa, nonché sul conseguente corredo motivazionale del provvedimento prefettizio, e di affinare così ulteriormente, nell'ottica della *full jurisdiction*, i propri poteri cognitori e istruttori in questa delicata materia, crocevia di fondamentali valori costituzionali, eurounitari e convenzionali in gioco.

¹⁰ Il riferimento è all'art.41 Cost. ed alla libera iniziativa economica privata, che spesso si vede ingiustamente frustrata da rimedi di carattere preventivo, quali le informazioni interdittive antimafia, col rischio di vanificare gli sforzi compiuti dagli imprenditori per promuovere le proprie imprese, creando pregiudizio anche a dipendenti e fornitori.

che non siano contrassegnate dall'urgenza e dalle «*particolari esigenze di celerità del procedimento*» (le quali, come noto, possono comportare l'omissione delle garanzie partecipative, secondo quanto prevede in generale l'art. 7 della l. n. 241 del 1990), rispetto alla pure irrinunciabile, fondamentale, finalità del contrasto preventivo alla mafia.