

7 AGOSTO 2024

Profili dogmatici della discrezionalità
prefettizia nella prevenzione e
contrasto all'infiltrazione mafiosa.
Dubbie interferenze fra giurisdizione
amministrativa ed ordinaria nel
rapporto tra il controllo giudiziario “su
richiesta” e l'interdittiva antimafia

di Antonio Chiarella

Dottorando di ricerca in Diritti e istituzioni
Università degli Studi di Torino



Profili dogmatici della discrezionalità prefettizia nella prevenzione e contrasto all'infiltrazione mafiosa. Dubbie interferenze fra giurisdizione amministrativa ed ordinaria nel rapporto tra il controllo giudiziario "su richiesta" e l'interdittiva antimafia*

di Antonio Chiarella

Dottorando di ricerca in Diritti e istituzioni
Università degli Studi di Torino

Abstract [It]: Il lavoro propone l'analisi di istituti a vario modo facenti parte della disciplina della prevenzione e del contrasto delle infiltrazioni mafiose negli appalti pubblici, soprattutto con riferimento ad alcuni aspetti problematici emersi in sede applicativa. In particolare, ampia importanza è stata riservata al ruolo della discrezionalità, riconosciuta dal legislatore all'Autorità prefettizia, nell'ambito delle misure dell'interdittiva antimafia e della neo-misura della prevenzione collaborativa. La discrezionalità, quale momento di sintesi del potere pubblico esercitato dal Prefetto, rappresenta il cardine del rapporto sia con l'eventuale successivo giudizio in sede processuale, di competenza del giudice amministrativo, sia con la possibile valutazione riservata al giudice della prevenzione, in ordine alla sussistenza dei requisiti per l'ammissibilità dell'operatore economico alla misura di "bonifica" aziendale, rappresentata dal controllo giudiziario delle aziende di cui all'art. 34 bis co.7. Infatti, se è vero che le interdittive antimafia ed il controllo giudiziario non condividono i medesimi presupposti, è pur vero che, considerata la conformazione legislativa del rapporto fra le due misure, appare potenzialmente configurabile una possibile "interferenza" in fase applicativa. Ben potrebbe accadere, invece, che il giudice penale – che accede ad una diversa regola probatoria, compendiata dalla formula "oltre ogni ragionevole dubbio" – si determini nel senso della insussistenza dei "tentativi" di infiltrazione mafiosa che, in sede amministrativa, avevano determinato l'Autorità amministrativa nel senso di interdire l'impresa, rivenendo, piuttosto, una agevolazione occasionale. Orbene, se sul piano formale, quindi, come pure messo in evidenza dalla letteratura in commento, non sia dato rinvenire un possibile contrasto tra misure, su un piano strettamente operativo, al contrario, non è scontato riferire l'assenza di esiti interferenti tra le due parentesi valutative. Il lavoro termina con alcune conclusioni propositive.

Title: Dogmatic profiles of prefectorial discretion in the prevention and fight against mafia infiltration. Doubtful interferences between administrative and ordinary jurisdiction in the relationship between judicial control 'on request' and the anti-mafia interdiction order

Abstract [En]: The paper proposes the analysis of institutions variously forming part of the discipline of preventing and combating mafia infiltration in public procurement, especially with reference to certain problematic aspects that have emerged in its application. In particular, ample importance was given to the role of discretion, recognized by the legislator to the prefectural authority, in the context of the measures of the anti-mafia interdiction and the neo-measure of collaborative prevention. The discretion, as the moment of synthesis of the public power exercised by the Prefect, represents the cornerstone of the relationship both with the possible subsequent judgment at trial, which is the responsibility of the administrative judge, as well as with the possible assessment reserved for the prevention judge, regarding the existence of the requirements for the eligibility of the economic

* Articolo sottoposto a referaggio.

operator for the measure of corporate "reclamation", represented by the judicial control of the companies referred to in Art. 34 bis co.7. In fact, while it is true that anti-mafia interdictions and judicial control do not share the same prerequisites, it is also true that, given the legislative conformation of the relationship between the two measures, a possible "interference" in the application phase appears potentially configurable. It could well happen, indeed, that the criminal judge - who accedes to a different evidentiary rule, summarized by the formula "beyond reasonable doubt" - determines in the sense of the non-existence of the "attempts" of mafia infiltration that, at the administrative level, had determined the Administrative Authority administrative authority in the sense of disqualifying the company, finding, rather, an occasional facilitation. Well, if on the formal level, therefore, as also highlighted by the literature in comment, a possible contrast between measures cannot be found, on a strictly operational level, on the contrary, it is not obvious to report the absence of interfering outcomes between the two evaluation brackets. The paper ends with some propositional conclusions.

Parole chiave: diritto amministrativo; antimafia; prefetto; discrezionalità; PNRR

Keywords: administrative law; anti-mafia; prefect; discretion; PNRR

Sommario: 1. Introduzione breve. 2. Recenti evoluzioni legislative: approcci collaborativi e percorsi "risananti". Il ruolo essenziale del Prefetto quale "rappresentante dello Stato al servizio dei cittadini". 3. Il rapporto giuridico di diritto pubblico. La discrezionalità amministrativa fra antichi assiomi e nuovi orizzonti della dogmatica amministrativa. Considerazioni trasversali. 4. La discrezionalità prefettizia e le interdittive antimafia. La centralità dell'elemento motivazionale. 5. Il ruolo del giudice penale nel prisma dei rapporti interistituzionali. 6. Interferenze nella discrezionalità prefettizia: la parallela valutazione del giudice penale. 7.1. Il primo profilo problematico: la "necessaria sospensione" del processo amministrativo nelle more del controllo giudiziario ex art. 34 bis, co. 6, d. lgs. 159/2011 e la difforme posizione dell'Adunanza Plenaria. 7.2. Il secondo profilo problematico: il "ponte" costruito dal Legislatore tra la previa impugnazione del provvedimento interdittivo e l'ammissione dell'azienda al controllo giudiziario ex art. 34 bis, co. 6, d. lgs. 150/2011. 8. Conclusioni.

1. Introduzione breve

I profili dogmatici attinenti al tema della discrezionalità¹ prefettizia hanno, sin da subito, attirato l'attenzione della migliore dottrina, nel tentativo di identificare i problematici confini che segnano e caratterizzano l'attività di valutazione del *fumus*, pregiudiziale logica rispetto all'irrogazione della misura dell'interdittiva antimafia o della nuova misura della prevenzione collaborativa. Il tema è stato esplorato *funditus* dalla dottrina amministrativa, nonché contornato da una serie di importanti pronunce della giurisprudenza amministrativa.

Invero, in questa sede il tema della discrezionalità rileva come problematico tassello che pare essere interessato dal rapporto, fortemente problematico – già esistente prima della riforma del 2021² - tra

¹ Sul tema della discrezionalità si rinvia, senza alcuna pretesa di esaustività, alle seguenti opere: L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Cedam, Padova, 1986; E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1910, 4, *I limiti al sindacato di legittimità*, Milano; O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, I. Pierro, Napoli, 1912; R. MICCIO, *Il pubblico interesse nell'atto amministrativo. Spunti costruttivi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1922; A. ANGIULLI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Cacucci Editore, Bari, 1988; M. ASPRONE, M. MARASCA, A. RUSCITO, *La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2009; G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici, relazione al seminario Prevenzione della corruzione nella riforma della PA e nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, disponibile su www.italiadecide.it, 9 novembre 2015; A. LEVATO, *Potestà discrezionale del Prefetto e regime di impugnazione delle interdittive antimafia. Criticità e prospettive di risoluzione.*, Scuola Nazionale dell'Amministrazione e Ministero dell'Interno, V Corso di formazione per l'accesso alla qualifica iniziale della carriera prefettizia, 2017; M. NOCELLI, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza nella legislazione antimafia*, disponibile su giustizia-amministrativa.it, 2018, pp. 1-28.

² Il Legislatore è intervenuto in materia con il D.L. n. 152/2021.

L'Autorità prefettizia, in sede di irrogazione del provvedimento antimafia interdittivo, e quella giurisdizionale penale, nella specie il Tribunale di Prevenzione, in sede di ammissione dell'impresa alla misura del controllo giudiziario delle aziende.

Peraltro, il rapporto tra giurisdizioni è tema antico³. Da sempre, infatti, sino ai nostri giorni, il rapporto in questione, soprattutto tra giurisdizione civile ed amministrativa, ha ravvivato il dibattito giurisprudenziale, soprattutto a seguito delle forti ondate di privatizzazione che hanno rideterminato la natura di taluni rapporti giuridici, prima prettamente di natura pubblicistica⁴. In questo contesto, invero, il tema è reso ancor più affascinante dalla evidente discrasia - venutasi a creare dopo l'intervento legislativo ad opera del d.l. n. 152/2021 - afferente ai rapporti tra la neonata misura di prevenzione collaborativa⁵ e la richiesta di ammissione alla misura del controllo giudiziario⁶, prevista dall'art. 34 *bis* che, come noto, si inserisce nell'ambito della c.d. "vigilanza prescrittiva"⁷. Incidentalmente può essere rilevato come il Legislatore sia giunto all'importante riforma del 2021⁸ dopo lunghi anni di sollecitazioni da parte della dottrina e dei timori già espressi in numerose pronunce giurisprudenziali⁹. La giurisprudenza più recente ha affrontato i profili problematici che in questa sede si tenterà di mettere in rilievo anche se, come si

³ Si vedano gli importanti profili che vengono in rilievo con riferimento alla disapplicazione, da parte del giudice penale, del provvedimento amministrativo. Sul fronte civilistico, invece, l'attenzione corre subito alle recenti prese di posizioni dei due massimi organi di nomofilachia con riguardo al tema dell'annullamento del provvedimento favorevole e la tutela dell'affidamento.

⁴ Si veda C.E. GALLO, S. FOÀ, M. ANDREIS, R. MORZENTI PELLEGRINI, G. CREPALDI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2023.

⁵ La misura della c.d. "prevenzione collaborativa" si risolve in una serie di misure di organizzazione aziendale che hanno l'obiettivo precipuo di neutralizzare la portata inquinante della c.d. "agevolazione occasionale". Tale misura ha portato ad un nuovo ed originale ruolo del c.d. Gruppo Interforze che "diventa interlocutore diretto dell'impresa ammessa alla prevenzione collaborativa, la quale dovrà comunicare al gruppo interforze [...] l'adempimento delle innanzi citate misure disposte dal Prefetto" (F. GATTO, *Le nuove frontiere della Legislazione Antimafia alla luce del d.l. 6 novembre 2021, n. 152*, disponibile su giustizia-amministrativa.it, 2021, p. 11).

⁶ Lo strumento del controllo giudiziario delle aziende, previsto dall'art. 34 *bis*, prevede la possibilità per il Tribunale di Prevenzione di imporre la comunicazione obbligatoria di una serie di iniziative imprenditorie, quali atti di disposizione, acquisto, pagamento, il cui importo sia superiore ai sette mila euro o alla soglia stabilita dal Tribunale. Si prevede, poi, la nomina di un giudice delegato o un amministratore giudiziario che, almeno bimestralmente, riferisca sugli esiti del controllo giudiziario.

Sulla misura del controllo giudiziario ex art. 34 *bis* si veda: A. BERNASCONI, *L'amministrazione e il controllo giudiziari delle aziende nella normativa antimafia: rapporti e intersezioni con il D.L. 8 giugno N. 231*, in *Arch. nuov. Proc. pen.*, 2019, pp. 119-121; D. BRANCIA, *Il controllo giudiziario delle aziende, introdotto dal nuovo art. 34-bis del T.U. antimafia*, in *Riv. Pen.*, 7-8, 2018, pp. 647-657; D. BRANCIA, *Il diniego della concessione del controllo giudiziario delle attività economiche e delle aziende è ricorribile per Cassazione, nel rispetto del principio di tassatività che presiede al regime delle impugnazioni anche in materia di misure di prevenzione*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2019, 12, p. 22; G. BRESCIA, S. CAVALIERE, G. MOTTURA, *Amministrazione e controllo giudiziario*, Giuffrè, Milano, 2021; A.G. DIANA *Il controllo giudiziario delle aziende*, Pacini Giuridica, Pisa, 2019;

⁷ La giurisprudenza accenna al concetto di "vigilanza prescritta"; ex multis Cass. pen., sez. I, 11 marzo 2021, n. 17817 e Cass. pen., sez. I, 22 aprile 2021, n. 31831.

⁸ M.R. MAGLIULO, *Il P.N.R.R.: l'importanza del contraddittorio preventivo per agevolare la prevenzione antimafia*, in *Dir. pen. proc.*, 11, 2022, 1441-1453.

⁹ Il riferimento va soprattutto all'importante ordinanza del TAR Puglia, Bari, (Ord., 10 gennaio 2020, n. 28) che aveva rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea numerosi dubbi interpretativi emergenti dalla normativa italiana, ritenendo che numerose disposizioni stridessero con alcuni riferimenti normativi di matrice comunitaria.

dimostrerà, permangono ulteriori profili di incertezza, certo non auspicabili in una materia che, dopo tempo, ha finalmente subito un'ondata di rivitalizzazione. Peraltro, alla luce della recente attenzione riservata al principio di proporzionalità¹⁰ e alle sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente afflittive, è evidente che una disciplina processuale equivoca potrebbe determinare un *vulnus* ai principi di prevedibilità e legalità. Le misure di prevenzione antimafia, soprattutto con riferimento alle c.d. informazioni interdittive, hanno recentemente subito un processo di modifica legislativa che ha messo al centro, come da più voci auspicato in dottrina, il c.d. contraddittorio endoprocedimentale¹¹. Si è tentato di aprire il procedimento amministrativo, che culmina con l'adozione del provvedimento interdittivo, precedentemente informato a logiche di "segretezza"¹², alla partecipazione del privato interessato. Il contraddittorio, invero, sembra rivestire un importante ruolo anche sul piano strettamente processuale, nel tentativo di limitare il ricorso, quasi automatico, al giudice amministrativo. Hanno prevalso, infatti, anche logiche legate alla tutela della concorrenza¹³, potendo, oggi, l'operatore economico accedere a

¹⁰ Sul principio di proporzionalità si veda: M.C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1999; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998.

Sul rapporto tra proporzionalità e ragionevolezza nel diritto amministrativo, e come tale relazione incida sul vizio costituito dalla figura dell'eccesso di potere, si veda V. LOPILATO, *op. cit.*

¹¹ Sul tema del contraddittorio si veda A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, Giappichelli, 2016; M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, Giuffrè Editore, 1991; S. COGNETTI, "Quantità" e "Qualità" della partecipazione. *Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Giuffrè Editore, Milano, 2000;

¹² La partecipazione del privato al procedimento amministrativo è elemento consustanziale ad una concezione democratica e trasparente dell'attività amministrativa.

Com'è stato autorevolmente sostenuto, infatti, il contraddittorio nasce all'interno del processo ma conosce progressivamente una sua estensione anche al di fuori dei contesti giurisdizionali; si è affermato che tale istituto, espressione di un principio giuridico generale, è strettamente connesso al principio di imparzialità (F. BENVENUTI, voce *Contraddittorio*, in *Enc. Dir.*, IX, pp. 738-748).

Si è scritto che il carattere generale del contraddittorio, non legato solamente alle logiche processuali, "non coincide, di per sé, con il processo, pur essendo un modo di manifestazione del processo; esso è infatti, prima di tutto, una condizione extraprocedurale del processo medesimo" (F. BENVENUTI, *op. cit.*, p. 739).

Come noto, la partecipazione del privato assume peculiari connotazioni nel contesto dei procedimenti amministrativi di rilevanza urbanistica. Sul punto si rinvia alla autorevole trattazione manualistica offerta da V. LOPILATO, *op. cit.*

In relazione alla partecipazione del privato nell'ambito del procedimento tributario si vedano, senza pretesa di esaustività, i recenti contributi di: F. FARRI, *La codificata obbligatorietà del contraddittorio endoprocedimentale al cospetto della legge generale sul procedimento amministrativo: prime riflessioni di carattere sistematico*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1, 2021, pp. 68 – 80; A. RUSSO, F. SANTAGATA, *Il contraddittorio endoprocedimentale: è possibile limitare la sua applicazione?*,

disponibile su *dirittifondamentali.it*, 1, 2022, pp. 48 – 70; V. AZZONI, *Negata una volta ancora l'estensione del contraddittorio endoprocedimentale fra erario e contribuente alle verifiche a tavolino. ma il regime scricchiola*, in *Bollettino tributario d'informazioni*, 9, 2023, pp. 712 – 715.

¹³ Sul tema dell'incapacità dell'operatore economico colpito da interdittiva antimafia si veda: C. CONDATORE, *Interdittiva antimafia e incapacità giuridica speciale: un difficile equilibrio*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 3, pp. 917-925; C. CONTESSA, *La mancata revoca dell'affidamento ad impresa colpita da informativa successiva (commento al T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 5 novembre 2014, n. 5692)*, in *Urb app.*, 2015, 2, pp. 204-212.

Sul tema della concorrenza e del principio dell'accesso al mercato si veda: S. CARLUCCI, S. FOÀ, *Tutela della concorrenza, servizio pubblico e scelta politica dell'ente locale (Corte cost., sentenza n. 103 del 2020 sul servizio di trasporto a fune a fini sportivi)*, in *Osservatorio costituzionale*, 6, 2020, pp. 326-352; A.M. SANDULLI, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, disponibile su *giustiziasinsieme.it*, 21 dicembre 2022; AA. VV., *La nuova disciplina dei contratti pubblici. Commento al*

misure di “risanamento aziendale” quale quella offerta dalla c.d. “prevenzione collaborativa”. Questa evoluzione è bene espressa nelle “antiche” riflessioni benvenutiane sul concetto generale di “contraddittorio”; infatti, l’apertura del procedimento *de quo* alle istanze conoscitive e difensive si connette a quel carattere “imparziale” che, storicamente maturato all’interno dei contesti processuali, ha progressivamente conosciuto una sua estensione anche all’interno delle pareti procedurali. Il “culmine” di tale processo si è avuto, come noto, con la legge generale sul procedimento amministrativo. D’altro canto, anche il sistema penale ha offerto un rimedio utile per l’avvio di un virtuoso percorso di risanamento della legalità aziendale, attraverso lo strumento del controllo giudiziale delle aziende e dell’amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e delle aziende. Il sistema messo a fuoco dalla recente legislazione antimafia, quindi, restituisce i penetranti rapporti e gli sbiaditi confini, fonti di possibili dissidi, tra la giurisdizione amministrativa e quella ordinaria¹⁴. Un primo profilo problematico attiene, invero, al meccanismo di raccordo contemplato dall’art. 34 *bis*, co. 6, nella parte in cui prevede che nelle more della decisione del ricorso proposto avverso il provvedimento interdittivo, il privato possa chiedere al Tribunale della prevenzione di essere ammesso alla misura di cui all’art. 34 *bis*. In secondo luogo, ha destato perplessità, sia in dottrina che in giurisprudenza, l’effetto sospensivo automatico dell’interdittiva antimafia a seguito dell’ammissione alla misura del controllo giudiziario. Terza ed ultima angolatura di dubbio portata attiene, come pure evidenziato dalla migliore dottrina, all’eventuale effetto che “abbia sul controllo la sentenza amministrativa – di accoglimento o di rigetto – dell’impugnazione dell’interdittiva”¹⁵. Pur nel contesto di assoluta autonomia tra le due misure, come affermato dalla recente giurisprudenza, è da sottolineare un ulteriore punto di peculiare rilievo; il giudizio sulla ammissibilità o non ammissibilità dell’operatore economico alla misura del controllo giudiziario è compiuto dal Tribunale di Prevenzione sulla scorta degli elementi (anche preventivi, non necessariamente successivi) che, evidentemente, in sede prefettizia hanno determinato l’irrogazione dell’interdittiva antimafia, valutati secondo una diversa regola di giudizio. È questo il profilo che desta maggior interesse scientifico proprio nel generale contesto della discrezionalità amministrativa. Non può ritenersi che in

d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, Giappichelli, Torino, 2023; B. G. MATTARELLA, *La delega (in bianco) per la riforma dei contratti pubblici*, in *Gior. dir. amm.*, 5, 2022, pp. 589-592;

Sul nuovo ruolo della concorrenza nel codice dei contratti pubblici: V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2023; AA.VV., *Nuovo codice dei contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2023.

“L’evidenza pubblica non è più un procedimento volto a garantire essenzialmente gli interessi pubblici – finanziari ed amministrativi – delle amministrazioni procedenti, ma è una procedura finalizzata a tutelare anche e soprattutto la libertà di circolazione dei beni e dei servizi nel mercato interno e la libera concorrenza in ambito europeo” (D. DIMATTEO, M. PROTTO, *Nuovo codice dei contratti pubblici*, *op. cit.*, p. 6).

Sul grave illecito professionale si veda: S. FOÀ, M.R. CALDERARO, *I “gravi illeciti professionali” dell’operatore economico come elenco esemplificativo*, in *Giur. It.*, 7, 2018, pp. 1681-1687.

¹⁴ Si avrà modo di esaminare approfonditamente questo tema nel prosieguo della disamina.

¹⁵ M. A. SANDULLI, *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell’informativa antimafia e l’istituto del controllo giudiziario*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2022.

una sede talune circostanze facciano propendere per l'irrogazione dell'interdittiva antimafia e, in altra sede, determina l'Autorità procedente nel senso di negare l'ammissibilità al controllo giudiziario per mancanza di sufficienti elementi che lascino intravedere una condizione di occasionale asservimento agli interessi mafiosi. Si tratta, invero, di questioni che hanno dignità scientifica in quanto consustanziali alla generale portata e coerenza del sistema giuridico.

2. Recenti evoluzioni legislative: approcci collaborativi e percorsi “risananti”. Il ruolo essenziale del Prefetto quale “rappresentante dello Stato al servizio dei cittadini”

Dopo molti anni dalle plurime ed autorevoli sollecitazioni della dottrina e di parte della giurisprudenza, il Legislatore italiano ha inteso porre mano alla normativa antimafia di prevenzione amministrativa¹⁶.

L'importanza dell'armamentario di prevenzione antimafia amministrativa è evidente con riferimento, soprattutto, alle finalità di tutela dell'ordine pubblico economico¹⁷, del buon andamento della pubblica amministrazione e dell'imparzialità, nonché della tutela della concorrenza¹⁸.

Lo ha fatto attraverso un compendio di disposizioni, contenute nel d.lgs. n. 152 del 2021, che ha introdotto importanti modifiche nel segno di un maggiore garantismo delle istanze individuali nel procedimento di prevenzione antimafia delegato all'Autorità prefettizia. Invero, il decreto interviene su due delicati fronti: il primo, quello delle garanzie partecipative, prevedendo un allargamento delle stesse in ottica maggiormente garantista, ed il secondo, di innovazione rispetto ai concetti di “prevenzione” e “tentativi di infiltrazione mafiosa”, graduando la risposta interdittiva dell'Autorità pubblica preposta alla prevenzione. La normativa *ante tempus* scontava, infatti, un'impronta fortemente autoritativa, meno incentrata all'ascolto e al contraddittorio con il soggetto attinto dal provvedimento interdittivo.

¹⁶ La considerazione del prefetto quale “rappresentante dello Stato al servizio dei cittadini” è da ricondurre a C. MOSCA, *Il Prefetto rappresentante dello Stato al servizio dei cittadini*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2010.

¹⁷ Sulla nozione di “ordine pubblico economico” si veda G.B. FERRI, voce *Ordine pubblico*, in *Enc. Dir.*, 1980.

In diritto privato, sul ruolo dell'autonomia negoziale nel rapporto con i suoi limiti positivi e negativi si vedano i recenti scritti di G. ALPA, voce *Autonomia contrattuale*, in *Enc. Dir., Contratto*, 2021, pp. 47 ss.; M. BARCELLONA, voce *Ordine pubblico*, in *Enc. Dir., Contratto*, 2021, pp. 753 ss.; F. PIRAINO, voce *Meritevolezza degli interessi*, in *Enc. Dir., Contratto*, 2021, pp. 667 ss.

Tradizionalmente si distingue tra un ordine pubblico economico di “*direzione*” e di “*protezione*”.

Si è scritto che “*Interventi di 'direzione' (se vogliamo usare questa terminologia) s'intrecciano a quelli di 'protezione', spesso entrambi determinati da esigenze contingenti e transitorie. Da essi non è possibile desumere, almeno nel nostro sistema (e in quelli in cui sono riconosciute ed attuate la libertà di iniziativa economica, l'autonomia e la proprietà privata), un disegno univoco che permetta di intravedere un quadro organico su cui costruire nozioni e concetti unitari?*” (così G.B. FERRI, *op. cit.*).

¹⁸ Sul punto si veda l'importante ricostruzione contenuta in M.T. SEMPREVIVA (a cura di), *Ordinamento e Attività Istituzionali del Ministero dell'Interno*, Dike, Roma, 2023, pp. 199 ss.; V. SALAMONE, *La documentazione antimafia nella normativa e nella giurisprudenza*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019.

Si è osservato, invero, come l'interdittiva comporti che “*il Prefetto escluda che un imprenditore – pur dotato di adeguati mezzi economici e di una adeguata organizzazione – meriti la fiducia delle Istituzioni (vale a dire che risulti “affidabile”) e possa essere titolare di rapporti contrattuali con le pubbliche amministrazioni o degli altri titoli abilitativi, individuati dalla legge?*” (V. SALAMONE, *op. cit.*, p. 17).

Soprattutto, erano le esigenze di “segretezza” e di “riservatezza” a prevalere nel precedente sistema, tutto incentrato sul tentativo di impedire che l’impresa, soggetta ai tentativi di infiltrazione mafiosa, potesse continuare a intrattenere rapporti economici di natura pubblicistica. Il modello venutosi ad evidenziare nel 2021 mette in risalto un tentativo di bilanciare la piena tutela del mercato concorrenziale, attraverso l’attenuazione di ogni forma di automatismo¹⁹ nell’emanazione di provvedimenti interdittivi, e istanze di risanamento del tessuto aziendale compromesso²⁰. Oltre, infatti, all’introduzione del c.d. “contraddittorio endoprocedimentale”, è da rilevare l’introduzione della c.d. “prevenzione collaborativa”²¹, concessa in presenza di una nuova categoria “indiziaria” denominata “agevolazione occasionale”. L’innovatività di questo quadro infiltrativo lascia presupporre un’impronta marcatamente informata al canone della “proporzionalità”, oggi protagonista di una nuova vivificazione in tutti i capi del diritto, soprattutto quello penale²². Questo approccio al sistema di prevenzione è stato qualificato quale forma di “prevenzione

¹⁹ L’automatismo sussiste con riferimento al rilascio della c.d. comunicazione antimafia di cui agli artt. 84 ss. cod. antimafia.

Le forme di automatismo, soprattutto nell’ambito della disciplina sugli appalti pubblici, sono state progressivamente oggetto di dequotazione.

La questione più importante, come noto, ha riguardato (e continua a riguardare) il principio di tassatività delle cause di esclusione e il c.d. grave illecito professionale.

Il Codice del 2006 non prevedeva il principio di tassatività delle clausole di esclusione, introdotto soltanto a partire dall’intervento legislativo del 2011, ad opera del d.l. 13 maggio 2011, n. 70.

Come è stato scritto in dottrina, infatti, la ragione alla base di questa previsione è stata propriamente quella di “*favorire la massima partecipazione alla gare attraverso il divieto di aggravio del procedimento per la previsione di ulteriori ragioni di esclusione introdotte autonomamente dalle stazioni appaltanti*”.

Sul punto devono segnalarsi due importanti interventi della giurisprudenza amministrativa rispettivamente quelle pronunciate dall’Adunanza Plenaria 25 aprile 2018, n. 4 e 25 febbraio n. 9.

Proprio l’Adunanza Plenaria n. 9/2014, infatti, aveva individuato due modalità di previsione delle cause di esclusione, quelle che contemplano, per l’appunto, l’esclusione espressa e quella risultante dalla formulazione della disposizione. Peraltro, il tema delle cause di esclusione rinvia alle problematiche, a lungo dibattute in dottrina e giurisprudenza, relative alle modalità di impugnazione, questioni strettamente connesse al principio di effettività della tutela.

Sul regime giuridico delle clausole del bando che violi il principio di tassatività delle cause di esclusione si veda l’intervento dell’Adunanza Plenaria 16 ottobre 2020, n. 22.

Sulla nuova disciplina si veda AA. VV., *Nuovo codice dei contratti pubblici, op. cit.*, pp. 595-668.

²⁰ Tendenza, quella alla rimozione di ogni forma di automatismo, da rinvenirsi anche nell’ambito della nuova disciplina contrattualistica relativa alla verifica delle anomalie delle offerte.

²¹ Si consenta il rinvio a A. CHIARELLA, *Prevenzione e contrasto dell’infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici: status quaestionis e prospettive di analisi tra profili amministrativi e penali alla luce della riforma ad opera del d.l. n. 152/2021*, Aracne, Roma, 2024.

²² Sul principio di proporzionalità nel diritto penale, senza alcuna pretesa di esaustività, si veda: E. ADDANTE, *Il principio di proporzionalità sanzionatoria in materia penale, op. cit.*; G. TABASCO, *Principio di proporzionalità e misure cautelari*, Cedam, Padova, 2017; G. RÜGGIERO, *La proporzionalità nel diritto penale: natura e attuazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018; N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale: scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2020; F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena: profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, Torino 2021; F.P. LASALVIA, *La prevenzione ragionevole: le misure di prevenzione personali tra legalità e proporzionalità*, Dike Giuridica, Roma, 2022.

Sul principio di proporzionalità nel diritto amministrativo, senza alcuna pretesa di esaustività, si veda: A. SANDULLI, *La proporzionalità dell’azione amministrativa*, Cedam, Padova, 1998; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1998; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità: profili ricostruttivi tra attività e processo*, Giappichelli, Torino, 2012; A. SAU, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi: il caso del governo del territorio*, Franco Angeli, Milano, 2013 ; G. MOSCHETTI, *Il principio di proporzionalità come giusta misura del potere*

mite”²³, proprio nel tentativo di riequilibrare correttamente le esigenze di tutela dell’attività di impresa, di chiara rilevanza costituzionale, e di rendere particolarmente efficiente il sistema di prevenzione mafiosa. È pur vero, come osservato da attenta dottrina, che le recenti riforme, che pure rispondono ad un tentativo di rendere “estremo” il ricorso ad un provvedimento tipicamente inibitorio, hanno indubbi effetti sul piano prettamente processuale; infatti, ove mai per avventura, la Prefettura, nonostante l’inesistenza dei presupposti per l’irrogazione del provvedimento interdittivo, dovesse comunque determinarsi nel senso della sua irrogazione, non si fatterà ad immaginare una censura del provvedimento per vizio di legittimità²⁴. È evidente, pertanto, come gli orizzonti sostanziali e processuali, *in subiecta materia*, siano profondamente intrisi.

Se già il Legislatore del 2017 aveva sentito l’esigenza di creare un “doppio binario” che potesse garantire una valida strategia di risanamento aziendale, attraverso l’introduzione della misura del controllo giudiziario delle aziende (previsto dall’art. 34 *bis* d. lgs. n. 159/2011), la novella del 2021 ha confermato questo *trend*, prevedendo delle novità di rilievo sostanziale. A seguito delle riforme, anche antecedenti al 2021, infatti, si prospettano due tipologie di controllo giudiziario: quello adottabile d’ufficio e quello c.d. “volontario”. Sul punto la giurisprudenza ha valorizzato il riferimento alla c.d. “vigilanza prescrittiva”²⁵. Forme di *compliance* amministrativa – se così possono essere a-tecnicamente denominate - sono rinvenibili anche nelle misure di straordinaria e temporanea gestione delle imprese, di cui all’art. 32 del d.l. n. 90/2014.

Ma c’è un punto che merita di essere rilevato già in apertura al presente lavoro ed attiene al ruolo, di assoluta centralità, che, anche dalle riforme del 2021, viene riconosciuto all’Autorità prefettizia²⁶. L’assoluta eccezionalità della figura prefettizia nel nostro ordinamento rende la stessa protagonista in plurimi ambiti istituzionali. Al netto di eventuali insuccessi legislativi, legati, spesso, alla scarsa coerenza del dato normativo, è il Prefetto che riesce nell’opera, spesso complicatissima, di operare un importante lavoro di saggia costruzione interistituzionale.

Unità nella pluralità: ecco l’eccezionale straordinarietà che la figura del Prefetto incarna nella cornice istituzionale nazionale. L’importanza dell’istituzione prefettizia, la sua profonda innervazione nel tessuto sociale (pur a fronte di sporadici ma ricorrenti tentativi di “de-attualizzazione”, ad opera di certi

nell’evoluzione del diritto tributario : premesse generali, Cedam, Padova, 2017; S. DE NITTO, *La proporzionalità nel diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2023.

²³ Così M. VULCANO, *La prevenzione mite: amministrazione giudiziaria e controllo giudiziario ex artt. 34 e 34 bis del Codice Antimafia*, in *Rivista di studi e ricerche sulla criminalità organizzata*, 3, 2021.

²⁴ M. ZITO, A. PUGLIESE, *L’ultimo volto dell’interdittiva antimafia*, in *Arch. giur. Filippo Serafini*, 3, 2022, p. 992.

²⁵ Cass. pen., sez. I, 11 marzo 2021, n. 17817; sez. I, 22 aprile 2021, n. 31831.

²⁶ Sul ruolo del Prefetto è doveroso il rinvio a: C. MOSCA, *La sicurezza. Valori, modelli e prassi istituzionali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021; *Id.*, *Il Prefetto e l’unità nazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016; *Id.*, *Il Prefetto rappresentante dello Stato al servizio dei cittadini*, *op. cit.*; *Id.*, *La sicurezza come diritto di libertà. Teoria generale delle politiche della sicurezza*, Cedam, Padova, 2012.

sentimenti politici), è stata al centro delle recenti riforme che si sono avvicinate, per esempio, nel settore antimafia, in cui, come noto, è dato registrare un protagonismo, quasi assoluto, del Prefetto. Le attribuzioni in materia antimafia, succedutesi nel tempo, confermano l'assoluta centralità dell'istituzione prefettizia; inoltre, come messo in luce da insigne dottrina, l'esigenza è stata proprio quella di una vera e propria centralizzazione in capo alla Amministrazione dell'Interno, nella persona del Prefetto, in forza dei mezzi e delle esperienze necessarie. Si è detto, infatti, che “un singolo provvedimento ad hoc [...] rischierebbe, infatti, anche di porsi in contrasto con provvedimenti di altre Amministrazioni che intrattengono rapporti con il medesimo imprenditore”²⁷.

Analizzare aspetti peculiari dell'Amministrazione dell'Interno, farlo attraverso una ricerca scientifica, non è cosa “semplice” se solo si tengono in considerazione le svariate e plurime competenze riconosciute legislativamente all'istituzione in oggetto. Vien naturale, trattando dell'amministrazione prefettizia, approcciarsi al fenomeno con un certo grado di “operativismo”, dettato probabilmente dai numerosi riscontri empirici che ne confermano, in via diretta, il tasso di pragmaticità. Nello stesso tempo, però, appare doveroso nutrire il carattere fortemente “operativo”, strettamente decisionale, con un grado di teoresi che analizzi *funditus* gli interstizi più strettamente giuridici, latamente riconducibili a questioni e dinamiche di ordine dogmatico afferenti alla più risalente teoria del diritto amministrativo. Colpisce che l'istituzione prefettizia sia descritta, dai più importanti riferimenti bibliografici sul tema, come una figura istituzionale “con una grande vitalità”, una struttura di governo che ha attraversato le varie scansioni storiche con una certa dinamicità²⁸. Come chiarito, il Prefetto rappresenta “il punto di congiunzione tra politica e amministrazione”²⁹, al tal punto che è dato evidenziare un vero e proprio “rapporto fiduciario”, prova ne sia che il Prefetto viene nominato con d.p.r., su proposta del Ministro dell'interno, successivamente alla deliberazione del Consiglio dei ministri. La sopravvivenza dell'istituzione prefettizia, anche a fronte di sporadici ma evidenti tentativi di deistituzionalizzazione, fu data, secondo la ricostruzione di uno dei migliori interpreti dello spirito prefettizio, dall'abilità e dall'intelligenza che connotò l'attività dei medesimi, mossi sempre da una “passione civile, rispetto alle grandi questioni che affollavano l'agente della vita delle municipalità e degli altri enti locali”³⁰. L'attività al contempo tutoria e

²⁷ Così V. SALAMONE, *op. cit.*, p. 29.

²⁸ Sull'evoluzione dell'istituzione prefettizia si veda, tra l'altro, L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 185 e ss.

L'A. mette in luce come le politiche di riorganizzazione dell'amministrazione periferica dello Stato, attraverso le riforme degli anni Novanta, siano state ispirate dal principio di sussidiarietà, unitamente alla “ridefinizione del sistema degli enti territoriali in termini di enti a competenza generale, cui devolvere funzioni proprie dell'amministrazione centrale periferica”.

Si veda poi l'importanza dei lavori della Assemblea costituente, soprattutto con riferimento ai timori, diffusi tra i partecipanti, circa la creazione di un c.d. “*superPrefetto*” tanto da suscitare la proposta di chiamarlo “*rappresentante dello Stato*”. Sul tema si veda S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, Il Mulino, 1983, p. 159 e ss.

²⁹ C. MEOLI, *voce Prefetto*, in *Dig. op. pubb.*, p. 393.

³⁰ C. MOSCA, in S. SEPE (a cura di), *I prefetti in età repubblicana*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 11.

ispettiva, svolta dal Prefetto sulle realtà locali, ha contribuito a riempire i contorni della medesima istituzione atualizzando un evidente, permanente ed indispensabile lavoro volto a quello che efficacemente è stato definito come un'attività curativa volta alla riconciliazione delle fratture e al tentativo di tessere una “rete di coesione sociale tra i cittadini e governo centrale”³¹. Potere pubblico - amministrazione periferica, un binomio problematico, dai contorni incerti, che richiama alla mente gli enormi sforzi di giungere ad una unità del Paese, non solo istituzionale ma anche e soprattutto “spirituale”. In mezzo la figura del Prefetto cui vengono ricondotti i meriti di aver reso concretamente possibile “l'avverarsi di un ambizioso disegno politico a cui nessuno avrebbe potuto credere prima”³². Nella sua azione terza ed imparziale, fortemente ancorata ai canoni del dialogo, del coordinamento e del raccordo, il Prefetto ha saputo “con l'unica bussola comportamentale della Costituzione nei suoi valori e nei suoi principi che esaltano la portata e il significato di uno Stato di diritto”³³ – secondo una raffinata ricostruzione del Prefetto Carlo Mosca³⁴ – guadagnarsi un posto di primo rilievo nell'organizzazione amministrativa dello Stato. Il Prefetto, poi, incarna quel problematico rapporto tra politica e amministrazione – sempre al centro del dibattito dottrinale, nel senso che, come rilevato già dalla dottrina di un tempo, nell'istituzione prefettizia italiana, amministrazione e politica “sono, sin dall'inizio, istituzionalmente connesse”³⁵. Tale coesistenza, presupposta sul piano istituzionale, appare essere giustificata alla luce del processo storico che pure ha portato un perfezionamento *in itinere* della figura *de qua*, sempre pronta ad evolversi in adesione alle esigenze della Repubblica. Interessante appare la riflessione dottrinale di chi ha approfondito il carattere “rappresentativo” dell'amministrazione prefettizia, al punto da rilevare come, sotto il profilo soggettivo, questo si sovrapponga, in termini privatistici, “ad un assetto amministrativo nel quale ogni rappresentanza è esclusa e preclusa”³⁶. Si può ritenere, invero, che l'attività prefettizia di prevenzione antimafia si fondi su quella che potremmo qualificare quale “prevenzione informativa”³⁷.

Nella c.d. società dell'informazione il “dato”, dal latino “*datum*”, cioè, “fatto”, inteso come “elemento che consente di avere conoscenza più o meno esatta di fatti, situazioni, modi di essere” assume una posizione cruciale soprattutto se, alla sua densa portata concettuale, si unisce la complessità del termine “informazione”. Come rilevano le più diffuse voci sulla c.d. “società dell'informazione”, infatti, l'elevato

³¹ C. MOSCA, *op. cit.*, p.11.

³² C. MOSCA, *Il Prefetto e l'unità nazionale*, *op. cit.*, 20.

³³ C. MOSCA, *ult. op. cit.*, p. 36.

³⁴ Sul punto si vedano, in relazione alla figura di Carlo Mosca, le recentissime opere di M. VALENTINI, G. MELIS (a cura di), *Pro bono communi. Scritti in ordine di Carlo Mosca*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024; V. ANTONELLI, B. G. MATTARELLA, *Carlo Mosca Uomo della Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024.

³⁵ Così A. PORRO, *Il Prefetto e l'amministrazione periferica in Italia*, Milano, Giuffrè, 1972, p. 187.

³⁶ A. PORRO, *op. cit.*, p. 187.

³⁷ Si consenta il rinvio a A. CHIARELLA, *Prevenzione e contrasto dell'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici: status quaestionis e prospettive di analisi tra profili amministrativi e penali alla luce della riforma ad opera del d.l. n. 152/2021*, *op. cit.*

tasso di dinamicità del presente ha attribuito un ruolo preponderante alle informazioni, vettori di dati che uniti costituiscono informazioni.

Messe da parte elucubrazioni filosofiche che in questa sede hanno solo lo scopo di contestualizzare meglio le questioni che ruotano attorno al tema *de qua*, si può facilmente rilevare l'importanza che l'informazione, nella sua entità più singolare, assume nel più generale contesto dell'attività di prevenzione antimafia, soprattutto con riferimento ai "beni" tutelati da detta attività di prevenzione³⁸. È questa la ragione che spinge a discutere di "prevenzione informativa" proprio avuto riguardo all'attività prefettizia nel quadro complessivo della prevenzione antimafia. È opportuno, a tal riguardo, richiamare, tra l'altro, l'importante attività informativa svolta dalle forze dell'ordine che coadiuvano il lavoro del Gruppo Interforze che, in quanto organo composto dalle specialità investigative più eccellenti territorialmente, contribuisce allo svolgimento dei compiti di raccoglimento e razionalizzazione delle informazioni. Può ragionevolmente affermarsi che le misure inibitorie, più rilevanti nel quadro dell'armamentario antimafia, si fondano proprio sui dati raccolti dagli "operatori di campo". Con l'espressione "prevenzione informativa", dunque, si vuole indicare il globale assetto della prevenzione antimafia amministrativa che è complessivamente fondato sul "dato informativo". Il dato, infatti, costituisce il fondamento della stessa informativa antimafia che presuppone un essenziale collegamento fattuale con i dati raccolti in sede investigativa³⁹.

3. Il rapporto giuridico di diritto pubblico. La discrezionalità amministrativa fra antichi assiomi e nuovi orizzonti della dogmatica amministrativa. Considerazioni trasversali

Il tema della discrezionalità è fondante della scienza del diritto amministrativo ed è per questo motivo che, in questa sede, assume rilevanza dirimente un seppur minimo inquadramento delle coordinate dogmatiche necessarie per porre le basi delle argomentazioni che seguiranno. I rilievi problematici che sorgono attorno alla discrezionalità amministrativa si inseriscono nel più generale quadro dell'attività amministrativa che, come noto, risponde a quella ripartizione storica tripartizione tra attività di amministrazione attiva, attività consultiva e attività di controllo⁴⁰. L'attività discrezionale⁴¹ coinvolge dalle fondamenta due rapporti di rilievo peculiare, l'uno di natura sostanziale, l'altro di natura strettamente

³⁸ Sul punto si veda nel prosieguo il riferimento all'ordine pubblico economico.

³⁹ Si consenta il rinvio a A. CHIARELLA, *Prevenzione e contrasto dell'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici: status quaestionis e prospettive di analisi tra profili amministrativi e penali alla luce della riforma ad opera del d.l. n. 152/2021*, *op. cit.*

⁴⁰ Sul punto si veda A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene Editore, Napoli, 1989, p. 589 ss.

Peculiare la ripartizione delle attività formulata da P. VIRGA; in particolare si veda P. VIRGA, *Diritto amministrativo, I principi*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 5-6.

⁴¹ Secondo l'insegnamento tradizionale, infatti, alla pubblica amministrazione, in determinati settori, sarebbe demandata una facoltà di scelta circa "l'an, il quid, il quando, il quomodo dell'attività concreta (discrezionalità amministrativa) ed è ad essa lasciato un apprezzamento circa la opportunità, la convenienza, l'adeguatezza dell'azione amministrativa (merito amministrativo)" (così P. VIRGA, *op. cit.*, p. 4).

processuale. Non può, infatti, essere revocato in dubbio l'intreccio che caratterizza il rapporto giuridico di diritto pubblico che scandisce e colora la relazione tra potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive⁴². È su queste basi che prende vita il rapporto giuridico di diritto pubblico che vede contrapposte, quali situazioni giuridiche soggettive, il potere pubblico della pubblica amministrazione e l'interesse legittimo del privato⁴³. La storia del diritto amministrativo, dunque, è la storia delle profonde riflessioni sulla discrezionalità amministrativa, di quel vorticoso rapporto tra posizioni giuridiche soggettive e scelte discrezionali. Le ricostruzioni dogmatiche sulla discrezionalità amministrativa sono state molteplici; l'opinione maggioritaria è giunta a ritenere che la discrezionalità si caratterizzi come sintesi tra "giudizio e volontà". In particolare, è stato osservato, come l'elemento caratterizzante la discrezionalità è da rinvenirsi nel momento "in cui si individuano e si raffrontano i vari interessi concorrenti"⁴⁴. Infatti "la fissazione comparativa del loro valore rappresenta la soluzione di questa operazione, spesso faticosa e piena di delicatezza, anche per la responsabilità morale e materiale che si addossa il titolare del potere discrezionale"⁴⁵. Peculiare è il rapporto, indagato dalla migliore dottrina, tra attività amministrativa discrezionale e pubblico interesse⁴⁶. Come già rilevato anticamente dalla dottrina, in uno Stato di diritto, non si può parlare di discrezionalità amministrativa senza rinviare ai meccanismi di controllo della medesima, demandati, come noto, all'Autorità giurisdizionale amministrativa. Il fine "libero" che caratterizza l'attività amministrativa pone il problema dell'eventuale conflitto di interessi insorgente da un atto amministrativo. Il problema, come osservato, è di ordine processuale⁴⁷ e rinvia all'antico dibattito insorto attorno al tema del sindacato - più o meno intrinseco, debole o forte, attuato

⁴² Sul punto si veda il contributo di S. FOÀ, *Pubblica amministrazione e situazioni giuridiche soggettive: nuove tecniche di accertamento giudiziale nell'ordinamento complesso*, in *Il diritto dell'economia*, 2013, 2, pp. 339- 355.

⁴³ Sul punto si rinvia a V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 249 ss.

Sul rapporto giuridico in generale si veda l'opera di M. ALLARA, *Il rapporto giuridico di diritto pubblico e cause*, Giappichelli, Torino, 1939.

Nello specifico, sul tema del rapporto giuridico di diritto pubblico, si veda l'opera di M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1939.

Sulle problematiche sollevate dalla categoria degli interessi diffusi e collettivi si consenta il rinvio a A. CHIARELLA, "Isomorfismo" o superindividualità degli interessi e protezione del consumatore: riflessioni su taluni aspetti di rilevanza dogmatica circa la legittimazione ad agire, ex art. 21-bis, l. n. 287/1990, dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, in *Federalismi.it*, 2024, pp. 54-105.

⁴⁴ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1939, p. 75.

⁴⁵ M.S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 75.

⁴⁶ In particolare, si veda il peculiare rapporto tra attività discrezionale e pubblico interesse. Con la locuzione pubblico interesse, tenuto conto delle diverse ricostruzioni dottrinali offerte nel tempo, si è osservato che trattasi di "quell'interesse, titolare del quale è un agente giuridico pubblico, e che riflette il soddisfacimento di un bisogno qualificato come pubblico da una norma, in quanto assunto nella categoria di quei bisogni, che pur non potendosi dire pubblici, socialmente o anche giuridicamente, non sono tuttavia come tali attribuiti alla cura specifica di un agente giuridico determinato" (così M.S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 47).

Pertanto, il riferimento al pubblico interesse individua, secondo l'A., il "fine dell'attività", anzi, "poiché la nozione di attività è per sé stessa un'astrazione, cui noi giuristi procediamo per esigenze dogmatiche, anche il relativo fine è qualcosa che si dà solo in astratto".

⁴⁷ M.S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 167 ss.

con la figura dell'eccesso di potere⁴⁸ - sulla discrezionalità amministrativa. Si osserva, oggi, un progressivo ma costante processo di destrutturazione del rapporto tra discrezionalità e controlli giurisdizionali della medesima. Si è constatato come ciò sia dovuto alla “penetrazione di norme costituzionali nel diritto amministrativo, nonché dalla partecipazione dell’ordinamento italiano ad un più vasto ordinamento sovranazionale”. Tale processo si è apprezzato soprattutto con riferimento a quella che viene tradizionalmente qualificata quale “discrezionalità tecnica”⁴⁹⁻⁵⁰. Il rapporto tra la discrezionalità c.d. “pura” e la discrezionalità “tecnica” è al centro della riflessione dottrinale, tanto da aver richiesto un vero e proprio studio della storia delle dottrine sul punto⁵¹. Ci si deve domandare, invero, se le due forme di discrezionalità rappresentino l’una il risvolto dell’altra, secondo una prima concezione che potremmo definire “unitaria”, ovvero se, diversamente, le due modalità di espressione del carattere discrezionale della scelta amministrativa debbano apprezzarsi per la loro intrinseca diversità ontologica. Secondo una prima autorevole ricostruzione, invero, la nozione di discrezionalità dovrebbe essere apprezzata per la sua unicità⁵²; le due figure, infatti, si salderebbero in una unica discrezionalità amministrativa, respingendo

⁴⁸ Non essendo questa la sede opportuno per dilungarsi sul tema dell'eccesso di potere, senza pretesa di esaustività, si rinvia alle seguenti opere: A. CODACCI-PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, Roma, 1892; L. RAGNISCO, *L'eccesso di potere*, Società Editrice Laziale, Roma, 1906; V.E. TIRANTI, *L'eccesso di potere: saggio di diritto amministrativo*; O. RANELLETTI, *Legittimità e merito: eccesso di potere e violazione di legge, negli atti amministrativi speciali*, Città di Castello, 1928; R. RESTA, *La natura giuridica dell'eccesso di potere come vizio degli atti amministrativi*, 1932; R. COGNETTI DE MARTINIS, *L'eccesso di potere quale vizio della causa dell'atto amministrativo*, Cedam, Padova, 1934; G. TREVES, *Vizio della motivazione ed eccesso di potere*, Cedam, Padova, 1935; P. BODDA, *Un nuovo caso di eccesso di potere?*, Cedam, Padova, 1936; C. MORTATI, *Sull'eccesso di potere legislativo*, in *Giur. it.*, 1949; F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1950; A. AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1976; A. CIOFFI, *Eccesso di potere e violazione di legge nell'abuso d'ufficio: profili di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2001.

⁴⁹ Sul tema della discrezionalità tecnica si vedano le opere di A. AZZENA, *Spunti per una riflessione su: regole tecniche e merito amministrativo*, in *Studi in ricordo di E. Capaccioli*, Milano, 1988, 599; BACCARINI, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *DPrA*, 2001, pp. 80 ss.; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967; F. CINTOLI, “Discrezionalità tecnica (Diritto amministrativo)”, in *Enc. Dir.*, II, 2, Milano, 2008, p. 487; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, Milano, 1939; *Id.*, *Discrezionalità amministrativa e pluralismo*, *Quaderni del pluralismo*, 1984, p. 109; GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007; LEDDA, *Potere tecnico e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, II, Giuffrè, Milano, 1987, p. 250; E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *GI*, 1910, IV, 20.

Secondo autorevole dottrina, la discrezionalità tecnica “non implica valutazione e ponderazione di interessi, né possibilità di scelta (in ordine all'agire) alla stregua di esse”. Nei casi di discrezionalità tecnica, infatti, all'Amministrazione è rimessa “semplicemente una valutazione (dei fatti posti dalla legge a presupposto dell'operare) alla stregua di conoscenze (e perciò di regole) tecniche, quali quelle della medicina, dell'estetica, dell'economia, dell'agraria, ecc. [...]”. (così A.M. SANDULLI, *op. cit.*, p. 594 ss.).

⁵⁰ L'espressione “discrezionalità tecnica”, come rilevato, “indica il margine di apprezzamento che caratterizza alcune scelte della pubblica amministrazione contenenti giudizi complessi ed adottate sulla base dei canoni specialistici del settore di riferimento”.

Si è argomentato come l'opinione assolutamente maggioritaria tenda a distinguere la discrezionalità amministrativa dalla discrezionalità tecnica e a considerare queste come “categorie diverse e disomogenee di guida da escludere limiti al sindacato giurisdizionale sui giudizi che non involgono la diretta considerazione dell'interesse pubblico e che sono compiuti sulla base di procedimento e regole tecnico-specialistici” (così P. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica*, in *Dig. op. pubbl.*, p. 164 ss.).

⁵¹ F. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Cedam, Padova, 1989.

⁵² Si tratta della nota teoria riconducibile ad O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912. Secondo detta teoria, infatti, vi sarebbero casi in cui sarebbe dato apprezzare la mancanza di “ogni norma di diritto” e casi nei quali, al contrario, la decisione pubblica dipenderebbe, comunque, dal concorso di “elementi o condizioni di cui l'esistenza si può accertare mediante un apprezzamento subiettivo di esigenze di interessi collettivi” (così F. BENVENUTI, *op. cit.*, p. 50).

ogni tentativo di divisione⁵³. Secondo una diversa ricostruzione dogmatica⁵⁴, al contrario, sarebbe doveroso, per l'interprete, scindere le due figure di discrezionalità. Alla discrezionalità c.d. "pura", sempre insindacabile, si contrapporrebbe la discrezionalità "tecnica". Nel caso delle scelte tecniche, infatti, la decisione pubblica sarebbe, invero, dettata da "fatti complessi". Come rilevato, l'ulteriore passaggio problematico consisterebbe nella esatta individuazione dei suddetti "fatti complessi" che caratterizzerebbero la discrezionalità tecnica. Si potrebbe ritenere, come proposto dalla dottrina in commento, che tali fatti coincidano con le ipotesi nelle quali la complessità della decisione sarebbe dettata dalla presenza di "criteri tecnico-amministrativi". La decisione, in definitiva, sarebbe condizionata e "vincolata" dalla presenza di "norme giuridiche che farebbero dipendere comunque certe conseguenze giuridiche da fatti complessi". Si tratterebbe, quindi, di una "attività di natura intellettuale, teoricamente insindacabile, non volitiva"⁵⁵. Come messo sinteticamente in evidenza dalla dottrina, infatti, la distinzione tra le due forme di discrezionalità si attesterebbe sulla diversa considerazione della natura della scelta discrezionale; assumerebbe, pertanto, rilievo "la contrapposizione tra chi considera la scelta discrezionale espressione di attività giuridico-intellettuale e chi come vera e propria manifestazione di volontà *latu sensu* politica"⁵⁶. È stato messo in luce come la discrezionalità tecnica "è più prossima alla discrezionalità del giudice che alla discrezionalità amministrativa, essendo svincolata dalla considerazione degli interessi dei singoli soggetti coinvolti nella vicenda"⁵⁷. Peraltro, la stessa categoria della "discrezionalità tecnica" ha subito non poche critiche dalla dottrina più tradizionale. Si è osservata la contraddittorietà di una associazione linguistica tra i concetti di "discrezionalità" e "tecnica" della valutazione; infatti, "il potere discrezionale postula una scelta libera nel fine e mal si attaglia all'applicazione di principi e criteri che danno al contrario risultati sempre uguali, scientificamente vincolati e dunque giuridicamente non discrezionali"⁵⁸.

Le considerazioni che ne discendono, suscettibili di generalizzazioni, attengono agli effettivi confini tra merito, discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica. Sin dalle prime aperture del Consiglio di Stato, tendenti ad evitare quella sovrapposizione tra opportunità e merito, si è iniziato a discorrere di opportunità della scelta di merito ed opinabilità della scelta discrezionale⁵⁹. In questo senso, come rilevato dalla giurisprudenza, "al giudice amministrativo sarebbe precluso di ingerirsi nelle scelte

⁵³ La teoria è esposta chiaramente da F. BENVENUTI, *op. cit.*, p. 49.

⁵⁴ Si tratta dell'opzione dogmatica proposta dal CAMMEO. Per una ricostruzione del pensiero si veda F. BENVENUTI, *op. cit.*

⁵⁵ F. BENVENUTI, *op. cit.*, p. 33.

⁵⁶ P. LAZZARA, *op. cit.*, p. 164.

⁵⁷ A.M. SANDULLI, *op. cit.*, p. 594.

⁵⁸ R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2018.

⁵⁹ Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601.

dell'amministrazione⁶⁰”, pertanto, si osserva come, in realtà, il quadro “si presenta molto più problematico e oscuro [...], in relazione all’esatta individuazione del perimetro del merito insindacabile, anche con riguardo al controverso rapporto tra dimensione politica e dimensione tecnica delle scelte discrezionali”⁶¹. In relazione agli ambiti nei quali si necessita di una valutazione tecnica ciò giustifica il riconoscimento di una “valutazione riservata e, quindi, non censurabile all’interno del margine di opinabilità, con il divieto per il giudice di porre in essere un giudizio intrinseco [...] e forte [...]”⁶². Da ultimo, il Consiglio di Stato ha chiarito come sia consentito un sindacato intrinseco, indiretto ed effettivo “senza possibilità di sostituzione della valutazione giudiziale a quella amministrativa se non nei casi in cui questa sia contraria al principio di ragionevolezza tecnica”⁶³. È interessante, peraltro, dare uno sguardo alla più recente giurisprudenza e alla considerazione da essa espressa in relazione alla discrezionalità tecnica. Come anticipato, infatti, il problema più strettamente connesso alla intrinseca portata del rapporto tra discrezionalità e controlimiti è di ordine processuale. Recentemente, infatti, il Consiglio di Stato⁶⁴ ha chiarito come il giudice amministrativo non possa anteporre la sua “idea tecnica” ad un giudizio, non né erroneo né illogico, dell’organo amministrativo a cui la legge abbia attribuito la tutela di un interesse pubblico. La discrezionalità della scelta pubblica è sindacabile nei soli limiti rappresentati dalle ipotesi di illogicità della soluzione, ovvero, del travisamento dei suoi presupposti. Tale sostituzione, invero, costituirebbe una ipotesi di “sconfinamento vietato della giurisdizione di legittimità nella sfera riservata alla P.A.”, ciò anche quando “l’eccesso in questione sia compiuto da una pronuncia il cui contenuto dispositivo si mantenga nell’area dell’annullamento dell’atto”⁶⁵. Soltanto la pubblica amministrazione, in base al principio di separazione dei poteri, è in grado di apprezzare l’interesse pubblico affidato alla sua cura. Infatti, il sindacato sulle valutazioni discrezionali della pubblica amministrazione deve essere condotto, rigorosamente, “sul piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto acquisiti” e “non può avvalersi di criteri che portano ad evidenziare la mera non condivisibilità della valutazione stessa”⁶⁶. Talvolta, con riferimento alla ritenuta presenza di una attività a carattere discrezionale, è dato apprezzare l’accostamento dell’aggettivo “amplissima”. Oltre a sollevare seri dubbi sulla effettiva portata significativa, il termine pone problemi di coerenza sistematica rispetto alle considerazioni già effettuate in questa sede. Come si avrà modo di analizzare oltre, il termine compare spesso in arresti giurisprudenziali che hanno ad oggetto le valutazioni di competenza prefettizia, nonché,

⁶⁰ TAR Lazio, Roma, sez. III, 28 maggio 2021, n. 6327.

⁶¹ A. MOLTERINI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 1, 2023, p. 424.

⁶² A. MOLTERINI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, *op. cit.*, p. 394.

⁶³ V. LOPILATO, *op. cit.*, p. 558.

⁶⁴ Cons. Stato, sez. V, 7 novembre 2023, n. 9585.

⁶⁵ Cons. Stato, sez. IV, 31 agosto 2023, n. 8098.

⁶⁶ Cons. Stato, n. 8098/2023.

da ultimo, anche quelle che hanno riguardato, a scopo esemplificativo, il giudizio di idoneità all'avanzamento per anzianità del militare. In questo senso, infatti, la Sezione II del Consiglio di Stato ha chiarito che tale giudizio “è caratterizzato da una amplissima discrezionalità tecnica” tanto da non richiedere una “motivazione particolarmente analitica ed approfondita, risolvendosi in una valutazione tipicamente discrezionale”⁶⁷. Ancora, con riferimento al giudizio di valutazione di impatto ambientale⁶⁸ è stato affermato che l'amministrazione esercita una “amplissima discrezionalità” che, non consistendo in un “mero giudizio tecnico”, come tale suscettibile di sindacato e verifica (“sulla base di oggettivi criteri di misurazione), presenta “profili particolarmente intensi di discrezionalità amministrativa ed istituzionale in relazione all'apprezzamento degli interessi pubblici e privati coinvolti”⁶⁹. Assume peculiare rilevanza come limite che giustifica un controllo giurisdizionale della valutazione amministrativa discrezionale, il canone offerto dal principio di ragionevolezza⁷⁰. A conferma di ciò, infatti, con riferimento al giudizio di idoneità all'avanzamento in carriera per anzianità del militare (come detto caratterizzato da una “amplissima discrezionalità”), il vizio di eccesso di potere risulta configurabile, a detta della giurisprudenza, nell'ipotesi in cui il possesso di titoli, del tutto eccezionali, sia tale da far ritenere inadeguata la valutazione effettuata dall'amministrazione⁷¹. È piuttosto evidente, in tal senso, la coerenza

⁶⁷ Cons. Stato, sez. II, 21 aprile 2023, n. 4042.

⁶⁸ La valutazione di impatto ambientale si inserisce nei procedimenti amministrativi di rilevanza paesaggistica. La V.I.A. costituisce, come affermato dalla più recente giurisprudenza, un provvedimento con cui viene esercitata una funzione di indirizzo politico-amministrativo, soprattutto con riferimento all'uso del territorio. Ciò consente di affermare che “*le scelte effettuate dall'Amministrazione si sottraggono al sindacato del giudice amministrativo ogniqualvolta le medesime non risultino manifestamente illogiche o incongrue; soprattutto, non è consentito chiedere al giudice di sostituirsi alle valutazioni riservate alle Amministrazioni giungendo ad esiti diversi fondati, ad esempio, su una c.t.u. o una verifica sollecitata dalla parte ovvero sulle perizie tecniche di parte o con il richiamo a studi predisposti da propri esperti*” (Cons. Stato, sez. IV, 30 agosto 2023, n. 8043).

Pertanto, la giurisprudenza ha avuto modo di specificare che le valutazioni sottese alla V.I.A. non costituiscono un mero “*giudizio tecnico*”, come tale verificabile sulla base di criteri oggettivi ma, evidentemente, “*presenta al contempo profili particolarmente intensi di discrezionalità amministrativa ed istituzionale in relazione all'apprezzamento degli interessi pubblici e privati coinvolti*” (così Cons. Stato, sez. IV, 14 marzo 2022).

⁶⁹ Cons. Stato, sez. IV, 14 marzo 2022, n. 1761.

⁷⁰ Il principio di ragionevolezza, centrale nella giurisprudenza costituzionale, rappresenta un postulato logico del criterio equitativo. Una questione problematica, di ordine interpretativo, si è posta con riferimento a detto principio nel rapporto con l'ulteriore principio di proporzionalità. Una prima ricostruzione dogmatica, infatti, intende i due principi come articolati in una relazione di piena autonomia. Una seconda ricostruzione, invece, ritiene che i due principi operino essenzialmente su piani differenti. Questi filoni interpretativi possono apprezzarsi soprattutto con riferimento all'esercizio dei poteri di autotutela decisoria della Pubblica Amministrazione.

Si veda, a scopo esemplificativo, una pronuncia del T.A.R. Napoli, sez. V, 12 ottobre 2023, n. 5588 che ha precisato come il principio di proporzionalità “*assume nel procedimento amministrativo un ruolo fondamentale e innovativo poiché offre una maggiore tutelabilità degli interessi del privato; in forza di tale principio, il mezzo utilizzato dall'Amministrazione Pubblica deve al contempo essere idoneo ed efficace allo scopo perseguito. Tale principio è già presente nel nostro ordinamento come una delle manifestazioni del principio di ragionevolezza nel quale confluiscono i principi di uguaglianza, di imparzialità e di buon andamento. In tale prospettiva, il principio di proporzionalità, richiamando una valutazione che incide sulla misura dell'esercizio del potere, impone alla P.A. di valutare attentamente le esigenze dei soggetti titolari di interessi coinvolti nell'azione amministrativa, al fine di trovare la soluzione che comporti il minor sacrificio per gli interessi stessi*”.

⁷¹ Così T.A.R. Lazio (Roma), sez. I, 20 aprile 2022, n. 4764.

e la rilevanza sistematica dei canoni di proporzionalità⁷² e ragionevolezza. Il tema è strettamente connesso all'evoluzione dogmatica della figura dell'eccesso di potere, vizio tipico della discrezionalità amministrativa. L'esame c.d. "a tre gradini", caratterizzante la proporzionalità, è consustanziale alla scienza giuridica, avendo permeato tutte le strutture della realtà giuridica. Tale principio, come noto, secondo la più recente giurisprudenza, impone una doverosa e adeguata ponderazione tra contrapposte esigenze, "al fine di trovare la soluzione che comporti il minor sacrificio possibile". Invero, oggetto di recente conferma, è stata la natura flessibile e modificabile del canone in questione⁷³. Come noto, uno dei più importanti arresti giurisprudenziali sul principio in questione, ne ha chiarito la sua rispondenza dogmatica ai canoni di "equità" e "giustizia" che, come noto, devono caratterizzare la decisione del caso concreto. Idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto devono poi coordinarsi con le implicazioni dettate dal già menzionato principio di ragionevolezza. Tale principio, come noto, a parere della più autorevole dottrina, non ha sostituito (né può immaginarsi tale sostituzione), il principio di proporzionalità. La ragionevolezza, infatti, implica che la Pubblica amministrazione debba "rispettare una direttiva di razionalità operativa al fine di evitare decisioni contraddittorie od irrazionali"⁷⁴. Pertanto, come messo in rilievo recentemente dalla giurisprudenza, i canoni di logicità e dell'aderenza ai dati di fatto del caso concreto impongono che la pubblica amministrazione non possa "applicare meccanicamente le norme, ma deve necessariamente eseguirle in coerenza con i parametri di logicità, proporzionalità ed adeguatezza"⁷⁵.

4. La discrezionalità prefettizia e le interdittive antimafia. La centralità dell'elemento motivazionale

Le considerazioni sin qui effettuate è dato apprezzarle con riferimento alla materia di cui ci si occupa nel presente lavoro. Illustrare al meglio l'atteggiarsi dell'elemento discrezionale in relazione al procedimento che culmina con l'emanazione del provvedimento interdittivo aiuterà a meglio calibrare l'analisi del rapporto tra giudice penale e Autorità amministrativa⁷⁶.

⁷² Sul principio di proporzionalità si veda N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2020; E. ADDANTE, *Il principio di proporzionalità sanzionatoria in materia penale*, Pisa University Press, Pisa, 2020; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale ed analisi sistematica*, Giappichelli, Torino, 2011; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1998.

⁷³ Cons. Stato, sez. V, 23 settembre 2022, n. 8220.

⁷⁴ Cons. Stato, n. 8220/2022.

⁷⁵ Cons. Stato, sez. IV, 26 febbraio 2015, n. 965.

⁷⁶ Risulta particolarmente interessante il recente arresto giurisprudenziale del CGARS pronunciato con riferimento ai profili di responsabilità a seguito dell'annullamento del provvedimento interdittivo (CGARS, sez. giurisd. 28 marzo 2024, n. 233).

In particolare si è specificato che "La p.a., in materia di interdittiva antimafia, gode di un'ampia discrezionalità, e ciò comporta il riconoscimento del beneficio dell'errore scusabile, con conseguente esclusione della colpa e, quindi, della responsabilità dell'amministrazione,

Per consolidata giurisprudenza è noto come l’informativa antimafia implichi un apprezzamento discrezionale da parte dell’Autorità prefettizia in ordine alla valutazione del c.d. “pericolo di infiltrazione mafiosa”⁷⁷. Il pericolo in questione, peraltro, necessita di una ponderazione che proceda secondo un metodo induttivo, di tipo probabilistico, che “non richiede di attingere ad un livello di certezza ogni oltre ragionevole dubbio, tipico dell’accertamento finalizzato ad affermare la responsabilità penale, e quindi fondato su prove, ma implica una prognosi assistita da un attendibile grado di verosimiglianza”. È stato chiarito come tale accertamento qualifichi una fattispecie di pericolo, tipica del diritto di prevenzione. In recenti sentenze del Consiglio di Stato sono stati ulteriormente approfonditi passaggi prima non chiaramente messi in evidenza. Infatti, il pericolo di infiltrazione mafiosa, desunto da indici tipizzati dall’articolo 84, co. 4 cod. antimafia, ovvero riscontrati nel concreto con gli accertamenti investigativi, costituisce fondamento ma anche limite del potere prefettizio⁷⁸. La portata dell’elemento discrezionale, come fatto notare dai giudici di Palazzo Spada, infatti, in aderenza alle precisazioni già svolte dalla Corte europea, non deve essere inteso nel senso tradizionale, quale “ponderazione comparativa di un interesse pubblico primario rispetto ad altri interessi”, ma in quel moderno e specifico “equilibrato apprezzamento

nelle ipotesi in cui le acquisizioni informative, trasmesse al prefetto dagli organi di polizia, risultano astrattamente idonee a formulare un giudizio plausibile sul tentativo di infiltrazione mafiosa, in quanto oggettivamente significative di intrecci e collegamenti tra l’organizzazione criminale e l’amministrazione dell’impresa, ancorché vengano giudicate, in concreto, insufficienti a giustificare e a legittimare la misura dell’interdittiva (DeJure online)

⁷⁷ Il concetto di “pericolo” è trasversale a tutta la scienza del diritto. Occorre, però, tracciare i confini concettuali rispetto alla differente nozione di “rischio”. Le questioni sollevate, peraltro, rimandano al recente dibattito dottrinale, apertosi nel diritto penale, in ordine alla configurazione dei c.d. illeciti di rischio (differenti rispetto ai c.d. reati di pericolo).

In diritto civile, come noto, emerge l’importante opera di G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Cedam, Padova, 1934, pp. 49 ss.

Si è scritto che la nozione di rischio è consustanziale a diverse tipologie contrattuali proprio in quanto “ogni «tipo contrattuale» reca in sé criteri specifici di ripartizione che obbediscono a ragioni di giustizia distributiva, sì che il problema più grave da sciogliere riguarda sì i contratti tipici, nei quali i criteri di ripartizione obbediscono comunque ad una logica (giusta o ingiusta che sia), già preconstituita ma soprattutto i contratti atipici, per i quali l’assorbimento nel tipo mediante i procedimenti d’interpretazione e qualificazione presuppongono una ripartizione dei rischi che può risultare in via meccanica troppo semplicistica”.

Si rinvia, inoltre, alla peculiare ipotesi del danno da prodotto difettoso (normativa introdotta con la direttiva n. 374/1985/CEE ed attuata in Italia con il D.P.R. n. 224/1988, successivamente confluito nel d. lgs. n. 206/2005 e successive modifiche).

Nel diritto penale, invece, la nozione di rischio è strettamente connessa alla tutela di determinati beni giuridici protetti dalla fattispecie incriminatrice. Si è detto, infatti, che l’elevata offensività di determinate attività, soprattutto d’impresa, rispecchia la crescita di determinate fenomenologie di danno e di pericolo. Si pensi, inoltre, a tutta la riflessione in tema di causalità, compendiata nell’autorevole voce scritta da M. DONINI, voce *Imputazione oggettiva dell’evento* (diritto penale), in *Enc. Dir.*, Annali III, 2010.

Sul punto è doveroso riportare quanto osservato da insigne dottrina: “In un contesto di crescenti istanze di sicurezza collettiva e di sostanziale paralisi operativa del cosiddetto diritto penale d’evento, nella prassi si è assistito ad una vera e propria “riscoperta” applicativa dei delitti di comune pericolo, volta a porre rimedio alle molteplici e multiformi lacune di tutela palesate dal sistema penale nel fronteggiare la natura massiva e latente dei pericoli sottesi alla cosiddetta società del rischio (117). Il tentativo di assicurare la “copertura” penale di fenomenologie di danno e di pericolo ad ampio spettro passa attraverso la “flessibilizzazione” dei canoni di garanzia, la riconversione teleologica delle figure delittuose in esame in senso plurioffensivo (aspecificità del raggio di prevenzione): il superamento e il disconoscimento dei requisiti modali e strutturali del pericolo comune e della sua espressione materiale (disastro) sono funzionali a istanze di semplificazione probatoria e di gestione “processuale” dell’elevato rischio di prescrizione del reato” (così A. GARGANI, voce *Incolunità pubblica (delitti contro la)*, in *Enc. Dir.*, Annali VIII, 2015).

⁷⁸ Cons. Stato, sez. III, 31 gennaio 2024, n. 952.

del rischio infiltrativo in chiave di prevenzione secondo corretti canoni di inferenza logica”⁷⁹. In questo senso, pertanto, assume peculiare rilevanza la motivazione del provvedimento interdittivo e il riferimento, nella stessa, agli elementi emergenti dagli atti istruttori. Sono note, infatti, le molteplici funzioni ricondotte dalla dottrina più autorevole alla motivazione del provvedimento amministrativo. Sono altrettanto peculiari, poi, le questioni di ordine sistematico ed interpretativo che si pongono con riferimento alla possibilità di motivare *per relationem*. Il tema, fortemente trasversale, rinvia alle autorevoli considerazioni formulate dalla dottrina civilistica in relazione alla determinabilità dell’oggetto del contratto *per relationem*⁸⁰. Il tema della motivazione del provvedimento *per relationem* è cruciale nella dogmatica amministrativa. Proprio con riferimento alla motivazione dell’interdittiva antimafia, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha chiarito che il sindacato per eccesso di potere sui vizi della motivazione del provvedimento amministrativo, anche se tale onere è assolto mediante rinvio “*per relationem*”⁸¹ agli atti istruttori”, “scongiora il rischio che la valutazione del Prefetto divenga, appunto, pena del sospetto”⁸². Assume, pertanto, come si avrà modo di notare oltre, un ruolo cruciale l’apparato motivazionale del provvedimento antimafia interdittivo.

Se già con riferimento al precedente assetto legislativo il tema della discrezionalità prefettizia aveva suscitato l’attenzione della più autorevole dottrina e giurisprudenza, oggi, a seguito della riforma del 2021, gli importanti interstizi dogmatici, che attengono alla fondamentale *quaestio iuris* della discrezionalità, sembrano suscitare maggiore interesse scientifico, anche e soprattutto alla luce di recenti prese di posizioni della giurisprudenza amministrativa sul punto. Le attenzioni più critiche erano, invero, già state rivolte al sistema della c.d. interdittiva “atipica” – che trovava il suo fondamento nel combinato disposto

⁷⁹ Cons. Stato, n. 952/2024.

⁸⁰ Sul punto si rinvia a F. CRISCUOLO, voce *Arbitraggio e perizia contrattuale*, in *Enc. Dir.*, agg. IV, 2000.

⁸¹ Il rinvio “*per relationem*” con funzione motivazionale è fortemente diffuso, soprattutto in materia tributaria e nei bandi di gara. Proprio la giurisprudenza, infatti, ha messo in luce come l’obbligo motivazionale degli atti tributari possa essere adempiuto mediante il riferimento “*a elementi di fatto risultanti da altri atti o documenti, a condizione, però, che questi ultimi siano allegati all’atto notificato ovvero che lo stesso ne riproduca il contenuto essenziale, per tale dovendosi intendere l’insieme di quelle parti dell’atto o del documento che risultino necessari e sufficienti per sostenere il contenuto del provvedimento adottato*” (Corte Giustizia Trib. II grado Brescia, (Lombardia) sez. XXV, 24/11/2023, n. 3498).

Nella materia dei bandi di gara, invece, il Consiglio di Stato ha precisato come, costituendo il bando di gara un atto amministrativo generale, lo stesso non può ritenersi sottratto all’obbligo motivazionale di cui all’art. 3 della l. n. 241/1990. Invero, “*i bandi di gara contengono sempre e comunque una motivazione, anche se espressa per relationem; il bando trova, infatti, la sua prima motivazione nella determina a contrarre, così richiamando le scelte discrezionali effettuate a monte dall’Amministrazione, che giustificano l’avvio della procedura di gara*” (Cons. Stato, sez. III, 13 novembre 2023, n. 9688).

Ancora, è interessante quanto stabilito dalla giurisprudenza amministrativa di primo grado nella parte in cui ha affermato che “*L’art. 3 della l. 241/1990, nella parte in cui afferma, in materia di motivazione per relationem, che essa è legittima a condizione che siano indicati e resi disponibili gli atti cui si fa rinvio, va inteso nel senso che all’interessato deve essere garantita la possibilità di prenderne visione, di richiederne e ottenerne copia in base alla normativa sul diritto di accesso ai documenti amministrativi e di chiederne la produzione in giudizio, con la conseguenza che non sussiste per la pubblica amministrazione l’obbligo di notificare all’interessato tutti gli atti richiamati nel provvedimento, ma soltanto di indicarne gli estremi e di metterli a disposizione su richiesta dell’interessato*” (T.A.R. Sicilia, sez. III, 20 settembre 2023, n. 2771).

⁸² Cons. Stato, sez. III, 17 ottobre 2023, n. 9016.

degli articoli 10, co.9 del D.p.r. n. 252/1998⁸³ e dell'art- 1-*septies* del d.l. n. 629/1982⁸⁴ – e che si caratterizzava per una forma di discrezionalità che si potrebbe qualificare come “delegata”, nel senso che si prevedeva uno spostamento del baricentro della discrezionalità dall’Autorità prefettizia alle stazioni appaltanti. La centralità del dibattito dogmatico intorno alle varie articolazioni della discrezionalità amministrativa è centrale in materia di interdittive antimafia. I dati informativi raccolti dalle forze di polizia sono sottoposti alla valutazione discrezionale dell’Autorità prefettizia. Il *fumus* indiziario, nel più generale contesto del giudizio di permeabilità mafiosa, è valutato dal Prefetto secondo i canoni della logicità e della ragionevolezza. L’importante mole di dati empirici, rilevati in anni di studio e analisi dei fenomeni mafiosi, restituisce certamente all’Autorità un quadro quanto più chiaro e lucido, utile alla formulazione di un attendibile giudizio di permeabilità mafiosa. L’opera inarrestabile della giurisprudenza ha, invero, colmato le rigide previsioni legislative che pure enucleano una serie di elementi “spia” del tentativo di infiltrazione mafiosa⁸⁵. È evidente che un importante ruolo è svolto dalle risultanze investigative emerse in sede penale: non è un caso, infatti, che gran parte dei provvedimenti interdittivi reggono le proprie basi motivazionali su elementi emergenti dalle richieste di applicazione di misure cautelari, personali e reali. Le finalità sostanzialmente diverse tra procedimento amministrativo e processo penale hanno da sempre orientato la giurisprudenza amministrativa nel ritenere che “è estranea al sistema delle informative antimafia, non trattandosi di provvedimenti nemmeno latamente sanzionatori, qualsiasi logica di certezza probatoria raggiunta al di là di ogni ragionevole dubbio [...] poiché simile logica vanificherebbe la finalità anticipatoria dell’informativa, che è quella di prevenire un grave pericolo e non già quella di punire, nemmeno in modo indiretto, una condotta penalmente rilevante”⁸⁶. Al Prefetto è stata riconosciuta la piena discrezionalità nella valutazione degli stralci delle risultanze investigative penali, da condursi con ragionevolezza e cautela. Ciò però conosce dei limiti che ben sono stati sintetizzati dalla giurisprudenza amministrativa. L’operazione di valutazione degli stralci delle risultanze investigative penali in modo difforme rispetto alla magistratura penale è qualificata dai giudici siciliani quale “operazione delicata”, anche e soprattutto alla luce del “*ne bis in idem*”⁸⁷ per come interpretato dalla Corte

⁸³D.p.r. 3 giugno 1998, n. 252, Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti relativi al rilascio delle comunicazioni e delle informazioni antimafia.

⁸⁴ Decreto-legge convertito con modificazioni dalla L. 12 ottobre 1982, n. 726 (in G.U. 12/10/1982, n.281).

⁸⁵ Art. 84, co. 4, d.lgs. n. 159/2011.

⁸⁶ Cons. Stato, n. 1743/2016.

⁸⁷ Il principio del *ne bis in idem* viene tradizionalmente declinato nella duplice dimensione sostanziale e processuale.

Il *ne bis in idem* processuale pone il divieto di apertura di un secondo giudizio per un fatto rispetto al quale sia già intervenuta una sentenza definitiva. Il fondamento normativo di questo principio si rinviene nell’art. 649 c.p.p.

Il *ne bis in idem* sostanziale, invece, non trova una precisa collocazione normativa e consiste nel divieto di riconduzione del medesimo illecito ad una pluralità di fattispecie incriminatrici. Sul punto si rinvia agli arresti giurisprudenziali più importanti che hanno segnato l’evoluzione di detto principio (in particolare si fa riferimento al caso Grande Stevens c. Italia, alla sentenza pronunciata dalla Corte EDU (grande Camera), sent. 15 novembre 2016, A e B c. Novergia, ric. N.

europea dei diritti dell'Uomo e soprattutto in forza dell'esigenza di coerenza interna dell'ordinamento giuridico, che non può considerare talune condotte penalmente irrilevanti e al contempo rilevanti in un procedimento amministrativo che sfocia in un provvedimento che per i suoi effetti dirompenti ben può definirsi come parapenale⁸⁸. È pur vero, occorre ricordare, che il criterio consolidato che informa la valutazione discrezionale non è già quello più garantistico dell'oltre ogni ragionevole dubbio, tipico del processo penale, ma quello del "più probabile che non", "alla luce di una regola di giudizio, cioè, che ben può essere integrata da dati di comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali, qual è, anzitutto, anche quello mafioso⁸⁹". Ciò spiega, a parere dei giudici, la possibilità che alla base del provvedimento interdittivo si riscontrino fatti, quindi dati empirici, che pure non assumono una rilevanza penalistica ma che, perfino, possono essere stati oggetto del giudizio penale, con esito di proscioglimento o di assoluzione. Un fatto mantiene una sua ontologica idoneità indiziaria, tale da poter essere un "valido elemento di dimostrazione dell'esistenza di un pericolo di collegamento tra imprese e criminalità organizzata e di contiguità mafiosa"⁹⁰ pur non configurandosi quale fattispecie criminosa.

Pertanto, come confermato recentissimamente dalla giurisprudenza, ciò che distingue la tipologia di accertamento, in sede penalistica ed in sede amministrativa, non è già il diverso procedimento logico ma "la (minore) forza dimostrativa dell'inferenza logica"⁹¹.

In secondo luogo, è dato rilevare una crescente attenzione della giurisprudenza amministrativa per quelle che sono state definite "teorie del contagio"⁹². La condivisione di finalità illecite tra imprese che abbiano convenuto la medesimezza degli obiettivi criminosi, desumibile, a scopo esemplificativo, dalla "dalla stabilità, dalla persistenza e dalla intensità dei vincoli associativi o delle relazioni commerciali", può, allora, giustificare la presunzione di un'esistenza di un sodalizio criminoso tra i due operatori economici. Non trovano spazio, occorre comunque ribadire, episodiche, inconsistenti o remote relazioni d'impresa, dovendosi escludere "l'automatico trasferimento delle controindicazioni antimafia dalla prima alla seconda società"⁹³. La giurisprudenza, sul punto, è pervenuta a configurare la costituzione di un "nuovo e stabile soggetto giuridico tra le due imprese" che consentirebbe, in definitiva, di "estendere le controindicazioni antimafia anche alle imprese partecipate o di quella già verificata come 'mafiosa'⁹⁴. È il forte grado di cointeressenze economiche a giustificare un siffatto "contagio mafioso"⁹⁵. Ma è proprio

24130/11 e 29758/11, nonché alla sentenza Nodet della Corte EDU – C. eur. Dir. uomo, Sez. V, 6 giugno 2019, Nodet c. Francia).

⁸⁸ Cfr. CGARS, 3 agosto 2021, n. 544 e, da ultimo, Corte Cost., 31 maggio 2016, n. 200.

⁸⁹ Cons. Stato, n. 1743/2016.

⁹⁰ In questi termini T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 24 luglio 2018, n. 4938.

⁹¹ Cons. Stato, n. 952/2024.

⁹² Si veda nel prosieguo.

⁹³ Cons. Stato, sez. III, 22 giugno 2016, n. 2774. Si veda anche Cons. stato, sez. III, 26 maggio 2016, n. 2232.

⁹⁴ Così Cons. Stato, n. 2274/2016.

⁹⁵ Cons. Stato, sez. III, 21 gennaio 2019, n. 520.

l'importante ruolo demandato all'Autorità prefettizia che vede, con il suo approccio ricostruttivo, garantire la reale portata e significatività dei rapporti commerciali. Sul punto è stato chiarito che “un malgoverno di siffatto sillogismo importerebbe, per converso, una pernicioso dilatazione dell'area di sospetta permeabilità mafiosa all'intero perimetro delle relazioni commerciali con il rischio di gettare inopinatamente l'ombra del sospetto mafioso anche su imprese che, per mera accidentalità o per correttezza di rapporti di fornitura o cessione di beni o servizi, si ritrovano a negoziare – sia pur marginalmente – con imprese contro-indicate”⁹⁶. Quanto finora esposto rende chiara la tensione, pure innegabile, tra il tentativo di rendere la materia *de qua* quanto più conforme ai canoni tipici della materia penalistica, quanto alle garanzie procedurali e processuali, e la forte tentazione di dilatare taluni margini dell'attività valutativa, dettati da esigenze di natura prevalentemente investigativa e preventiva. Si è giunti, come pure si è avuto modo di chiarire in precedenza, a qualificare detta materia quale “penale”.

Delle due l'una: *Tertium non datur*.

O si conviene che la materia, in quanto sostanzialmente afflittiva, deve essere attratta nell'orbita delle garanzie tipicamente processualpenalistiche, oppure, si ammette l'esistenza di un *vulnus*, piuttosto chiaro ed evidente, ai principi tipici della materia penale. È sintomatico di questo profondo intreccio l'importante tasso di equivocità che pure reca il criterio di valutazione delle “circostanze indizianti”⁹⁷. Non vi è dubbio, come sostenuto da parte della dottrina, che le interdittive antimafia, come la maggior parte del sistema di prevenzione antimafia amministrativo, si pongano a cavallo tra il diritto penale ed il diritto amministrativo⁹⁸⁻⁹⁹. Eppure, è peculiare rilevare come, da un lato si ritiene necessario richiamare, con

“Uno degli indici del tentativo di infiltrazione mafiosa nell'attività d'impresa - di per sé sufficiente a giustificare l'emanazione di una interdittiva antimafia - è identificabile nella instaurazione di rapporti commerciali o associativi tra un'impresa e una società già ritenuta esposta al rischio di influenza criminale, in ragione della valenza sintomatica attribuibile a cointeressenze economiche particolarmente pregnanti; queste, infatti, giustificano il convincimento, seppur in termini prognostici e probabilistici, che l'impresa controindicata trasmetta alla seconda il suo corredo di controindicazioni antimafia, potendosi presumere che la prima scelga come partner un soggetto già colluso o, comunque, permeabile agli interessi criminali a cui essa resta assoggettata (o che, addirittura, interpreta e persegue); soltanto là dove l'esame dei contatti tra le società riveli il carattere del tutto episodico, inconsistente o remoto delle relazioni d'impresa, deve escludersi l'automatico trasferimento delle controindicazioni antimafia”.

⁹⁶ Così T.A.R. Piemonte, Torino, sez. I, 17 luglio 2020, n. 478.

⁹⁷ Sul punto si veda l'interessante contributo di 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 *Dir. econ.*, 2018, 3.

⁹⁸ L'assunto è stato messo in evidenza in dottrina; si è sottolineato come “tali provvedimenti possiedono anche una profonda affinità sostanziale con il diritto penale: in primo luogo per l'ambito nel quale si estrinsecano, vale a dire la lotta alla criminalità organizzata; in secondo luogo per la loro affinità strutturale con le misure di prevenzione, con le quali condividono la ratio essenziale, vale a dire l'anticipazione della tutela in una fase ante delictum (ma sarebbe maggiormente calzante dire sine delicto, visto che, in questa fase, la commissione di un reato è puramente eventuale)”. Così A. LONGO, *La “massima anticipazione di tutela”. Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, in *Federalismi.it*, 2019, p.1.

⁹⁹ Sul punto si vedano le autorevoli riflessioni di V. SALAMONE, *La documentazione antimafia nella normativa e nella giurisprudenza*, *op. cit.*

L'A. specifica come, rispetto alle interdittive antimafia, sia dato rilevare “l'estraneità delle misure amministrative (siano esse comunicazioni ed informazioni) a logiche repressive, di stampo penale, ‘panpenale’, di cui esse non sono appendice in un rapporto di ancillarità

riferimento alla materia *de qua*, il concetto di “para-penale”, come se si volesse alludere ad una illegittimità dell’attuale sistema di prevenzione amministrativa (così come declinato nelle sue garanzie procedurali) e, per altro verso, si continui a sostenere, come pure la giurisprudenza più volte ha ribadito, che il giudice amministrativo non possa, evidentemente, accedere ad un criterio che aspiri ad una soglia di prova più garantista di quella offerta dal “più probabile che non”. È evidente che il canone di prova dell’“oltre ogni ragionevole dubbio”, in quanto regola processuale che necessita di certezza, non deve e non può lasciar adito ad alcun “ragionevole dubbio” circa l’esistenza di una diversa soluzione¹⁰⁰. Come sottolineato in dottrina, infatti, l’onere motivazionale che assiste l’emissione del provvedimento interdittivo deve “fondarsi su una rappresentazione complessiva degli elementi di permeabilità criminale che possano influire anche indirettamente sull’attività di impresa”¹⁰¹. Anche il Consiglio di Stato, nel noto arresto giurisprudenziale del 2016, ha ribadito come l’impianto motivazionale del provvedimento interdittivo debba fondarsi su una complessiva rappresentazione degli elementi di permeabilità criminale “che possano influire anche indirettamente sull’attività dell’impresa”¹⁰². A tal fine, infatti, si ritiene necessario il richiamo ai canoni di organicità e coerenza che devono caratterizzare nella globalità il provvedimento interdittivo, potendo, solo in tal caso, giungere, in via presuntiva, ad una “conclusione ragionevole che tale rischio sussista, valutatane e contestualizzatene le circostanze di tempo, di luogo e di persona”¹⁰³. I fatti che assumono rilevanza ai fini dell’irrogazione del provvedimento interdittivo, infatti, non sono relegati, come precisato ancora dalla giurisprudenza amministrativa, ad un qualche profilo di rilevanza antiggiuridica dell’atteggiamento del singolo ma, al contrario, assumono una loro portata individualizzante se collocati in un contesto oggettivo, storico, sintomatico, rilevatore, perciò, di un effettivo condizionamento mafioso. La regola causale del “più probabile che non”, come ribadito dalla

*rispetto alle vicende e agli esiti del giudizio penale, e il loro autonomo fondarsi, quanto alle informazioni antimafia, sull’apprrezzamento discrezionale, da parte dell’autorità prefettizia, di un complessivo quadro indiziario che, alla stregua della logica del ‘più probabile che non’, lasci ritenere concreto, e attuale, il pericolo di infiltrazione mafiosa nell’attività imprenditoriale, apprezzamento discrezionale soggetto ad un attento sindacato del giudice amministrativo” (V. SALAMONE, *op. cit.*, p. 185).*

¹⁰⁰ Cfr. F. CAPRIOLI, *L’accertamento della responsabilità penale “oltre ogni ragionevole dubbio”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1, p. 54: “non basta ritenere l’ipotesi affermativa della responsabilità penale più probabile dell’ipotesi antagonista: occorre che le prove acquisite innalzino il verdetto di colpevolezza a quote elevatissime di probabilità assoluta, confinanti — anche se, per quanto detto, mai coincidenti — con la certezza”. L’autore, nel citato contributo, ha limpidamente riportato le due prospettive interpretative che si originerebbero a partire da un diverso modo di concepire il calcolo della probabilità: quello quantitativo, di origine “pascaliana” e quello, al contrario, logico, di origine “baconiana”. La prima prospettiva, che comporta l’estensione all’accertamento dei fatti dei risultati ottenuti con la c.d. “teoria di Bayes”, ha come conseguenza che “in un simile contesto, il livello di ragionevolezza del dubbio che preclude l’emanazione della sentenza di condanna può essere fatto coincidere con una qualche percentuale di probabile infondatezza dell’accusa”; la seconda, invece, parte dal presupposto che la probabilità di un’ipotesi “consista in una relazione logica tra l’ipotesi e le prove che la supportano. La stima probabilistica non andrebbe commisurata al grado di convincimento razionale del soggetto che valuta le prove, bensì al grado di conferma che le prove forniscono — oggettivamente all’ipotesi?”.

¹⁰¹ M. NOCELLI, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza sulla legislazione antimafia*, disponibile su giustizia-amministrativa.it, 2018.

¹⁰² Cons. Stato, n. 1743/2016.

¹⁰³ Cons. Stato, n. 1743/2016.

giurisprudenza, integra un giudizio di tipo “empirico-induttivo” che, risentendo della estraneità a qualsiasi logica causale di rilievo penalistica, fondata sul principio dell’ “oltre ogni ragionevole dubbio”, ben può fondarsi sull’ “osservazione dei fenomeni sociali”, essendo, la finalità del provvedimento interdittivo, diretta a “prevenire un grave pericolo e non già quello di punire, neppure in modo diretto, una condotta penalmente rilevante”¹⁰⁴. Il giudizio prognostico, definito quale “latamente discrezionale”, può quindi fondarsi su elementi che devono essere considerati unitariamente, e non atomisticamente, “cosicché ciascuno di essi acquisti valenza nella sua connessione con gli altri”¹⁰⁵. È proprio la natura “cautelare” del provvedimento interdittivo che giustifica, a parere dei giudici, un'attenuazione del rigore dimostrativo. La giurisprudenza amministrativa, come ben si evince da uno studio attento delle pronunce succedutesi in materia, “ha adottato definizioni processuali che richiamano, come specificato precedentemente, formule largheggianti che poggiano la loro struttura logica sui canoni di “ragionevolezza”, “attendibilità” e “non trascurabilità”¹⁰⁶. Lo schema eziologico, quindi, è scandito da inferenze causali, attraverso le quali “l'Amministrazione dell'Interno giunge cioè a prospettare per abduzione un'ipotesi di rischio di infiltrazione mafiosa e per corroborazione cerca riscontri e infine la confronta con le alternative ipotesi esplicative”¹⁰⁷.

5. Il ruolo del giudice penale nel prisma dei rapporti interistituzionali

Il nuovo modello “prospettivo-cooperativo” che ha animato le recenti riforme ha posto in evidenza il tema del rapporto tra l'Autorità amministrativa e quella penale, nella figura del Tribunale di Prevenzione. Il rinnovato rapporto, venutosi ad instaurare tra le due Autorità, è caratterizzato, invero, da profili problematici derivanti da una legislazione muta sul punto. Tale rapporto ha messo in luce l'importante tasso di interferenza che la discrezionalità prefettizia sembra subire dalla valutazione che il Tribunale di Prevenzione è deputato a compiere sulla richiesta di ammissione alla misura del controllo giudiziario ex art. 34 *bis*.

Alla luce di quanto sin qui detto, pertanto, non è trascurabile domandarsi se, in ragione delle recenti riforme legislative, lo schema di accertamento causale muti in relazione alla neo-misura della c.d. “prevenzione collaborativa”.

¹⁰⁴ Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2018, n. 2343.

¹⁰⁵ Cons. Stato, n. 2343/2018.

“Il presupposto rilevante ai fini della emissione dell'interdittiva prefettizia è il “rischio di infiltrazione” (che precede il “tentativo di infiltrazione”); e che detto rischio può essere desunto da una valutazione complessiva del quadro indiziario (secondo un criterio di concordanza degli indizi), nel quale i singoli dati, in sé non pienamente significativi, possono acquisire una apprezzabile valenza sintomatica” (Cons. Stato, n. 2243/2018).

¹⁰⁶ I suddetti canoni di “ragionevolezza”, “attendibilità” e di “non trascurabilità” svolgono l'importante funzione di individualizzare la valutazione prefettizia al fine di renderla maggiormente aderente al dato fattuale.

¹⁰⁷ 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, op. cit., p. 1147.*

La questione dei rapporti tra le due Autorità non è nuova, anzi, essa affonda le proprie radici nel dibattito dottrinale tradizionale. A proposito di ciò, la dottrina ha parlato di “supplenza giudiziaria del giudice penale”¹⁰⁸, in parte ricollegabile alla profonda crisi istituzionale che affligge taluni settori della società. È peculiare il ruolo della discrezionalità amministrativa nell’ambito dell’accertamento riservato al giudice penale. Si è osservato, invero, come la concezione del nucleo di discrezionalità di titolarità della pubblica amministrazione, da parte del giudice ordinario, sia del tutto “generica e indefinita”, non essendo dato rinvenire un chiaro limite alle valutazioni riservate all’Autorità giudiziaria ordinaria, “concependo la valutazione discrezionale come un territorio nel quale l’amministrazione si determina liberamente”¹⁰⁹.

Prima di analizzare il profondo *vulnus* alla coerenza sistematica, venutosi a creare dopo le recenti riforme legislative, occorre esaminare i possibili “fronti” di interferenza tra giudice penale e valutazioni discrezionali della pubblica amministrazione, dovendo dare conto delle sentenze che recentemente si sono occupate di questi profili problematici. Invero, come si avrà modo di esaminare nel prosieguo, l’intervento legislativo che ha determinato questo problematico coordinamento tra i due sistemi di prevenzione è esemplificativo di profonde ed antiche questioni dogmatiche che affondano le proprie radici proprio nei rapporti tra Autorità giudiziaria penale e Autorità amministrativa.

Il tema dei rapporti tra giurisdizione ordinaria e attività amministrativa è un tema antico della dogmatica amministrativa. In questa sede, poi, non si può non menzionare quella che appare una delle più acute riflessioni in tema di sindacato condotto dal giudice penale sul provvedimento amministrativo. Si tratta della disamina offerta dal Cannada Bartoli, in un saggio del 1950¹¹⁰. Le questioni che fanno da sfondo si innervano nel sistema della separazione dei poteri, principio fondante delle società democratiche. Questo profondo e problematico rapporto, come rilevato recentemente dalla dottrina¹¹¹, si può apprezzare sotto diversi punti di vista. Un primo aspetto da rilevare è dato dalla disapplicazione del provvedimento amministrativo; una seconda tecnica di sindacato sull’azione dell’amministrazione sarebbe costituita dalla c.d. “concezione sostanziale della tutela penale del territorio” che, come è stato rilevato, “ha condotto il giudice penale a introdurre nel nostro ordinamento una figura di reato di origine giurisprudenziale”, nonché la rielaborazione problematica e progressiva del reato di abuso d’ufficio, “ampliandone la portata sanzionatoria”¹¹². Come pure rilevato dalla dottrina, infatti, il punto di attrito più importante tra giudice

¹⁰⁸ S. PERONGINI, *Il sindacato del giudice penale sulle valutazioni discrezionali dell’amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2, 2023, p. 230.

¹⁰⁹ S. PERONGINI, *op. cit.*, p. 24.

¹¹⁰ E. C. BARTOLI, *L’inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1950.

¹¹¹ La ricostruzione è offerta da S. PERONGINI, *op. cit.*, p. 232.

¹¹² S. PERONGINI, *op. cit.*, p. 232.

La fattispecie di abuso d’ufficio è sempre stata al centro del dibattito penalistico.

Sulle recenti modifiche legislative e sui problemi di ordine interpretativo e sistematico si rinvia, senza pretesa di esaustività, ai seguenti contributi: M. PELLISSERO, *L’instabilità dell’abuso d’ufficio e la lotta di Sumo*, in *Dir. pen. proc.*, 5, 2023, p. 613-619; M. GAMBARDELLA, *Le condizioni per la rilevanza della violazione di norme regolamentari ai fini*

penale e pubblica amministrazione è quello relativo al sindacato sulla discrezionalità amministrativa. È bene rimarcare, però, l'assunto secondo cui la comparazione degli interessi, alla base di una scelta amministrativa, è il risultato di una valutazione riservata solo e soltanto all'Autorità amministrativa. A conferma di ciò si badi alle recenti statuizioni degli organi di nomofilachia sul ruolo del commissario *ad acta* e, più generale, sul giudizio di ottemperanza. A differenza del processo civile, infatti, dove il problema dell'interferenza si pone nel senso dell'ammissibilità di un potere di disapplicazione dell'atto amministrativo previo accertamento della sua non conformità alla legge, nel processo penale "l'oggetto del decidere è accertare o meno la sussistenza di un reato"¹¹³. Pertanto, com'è stato ancora magistralmente messo in luce, il giudice penale può e deve controllare la legittimità di detto provvedimento, "ma beninteso solo in quanto siffatta legittimità sia rilevante ai fini della repressione delle condotte tipiche descritte dalle fattispecie incriminatrici"¹¹⁴. In tal senso, quindi, è proprio la fattispecie legale, prevista dalla fattispecie incriminatrice, "a determinare la necessità o meno di una indagine del giudice sulla legittimità dell'atto emesso dalla pubblica amministrazione"¹¹⁵. D'altro canto, i suddetti problemi di interferenze sono amplificati da quella che è stata definita "amministrativizzazione"¹¹⁶ del diritto penale, come avvenuto, anche recentemente, nel settore ambientale, edilizio ed urbanistico. La maggiore ampiezza dei poteri riconosciuti al giudice penale pone in argomento il problema della configurazione dei limiti posti al potere di "interpretazione", attribuito al giudice penale, dell'atto amministrativo; tale attività interpretativa, invero, avrebbe come funzione primaria quella di garantire e salvaguardare la norma penale e con essa il bene giuridico indirettamente tutelato. Considerate le plurime modalità di articolazione del rapporto tra fattispecie criminosa e attività amministrazione, il potere del giudice penale sembra configurarsi in termini di "elasticità", ampliandosi o restringendosi a seconda dei casi. Lo ha rilevato quella dottrina, seguita poi dalla manualistica più diffusa, secondo cui l'attività amministrativa può costituire ora il "mezzo per la realizzazione della condotta delittuosa", ora il presupposto "positivo o negativo" del reato, ovvero, "limitandosi a rappresentare un mero punto di riferimento, idoneo alla qualificazione di determinati elementi delle ipotesi normative" o, infine, quale elemento ad efficacia "esimente del reato"¹¹⁷. Peraltro, è utile sottolineare anche in questa sede, come rimanga fermo il limite, già ribadito in precedenza, secondo cui il giudice penale non possa mai sostituirsi alla pubblica

dell'integrazione del reato di cui all'art. 323 c.p., in *Cass. pen.*, 2, 2021, pp. 3917-3918; V. MORMANDO, *Interpretazione dottrinale ed interpretazione giurisprudenziale dell'abuso d'ufficio: le due culture*, in *Amministrativ@mente*, 3, 2023, pp. 1380-1387.

¹¹³ R. VILLATA, *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi e giudice penale*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 96.

¹¹⁴ VILLATA, *op. cit.*, p. 99.

¹¹⁵ VILLATA, *op. cit.*, p. 101.

¹¹⁶ Così C. FRANCHINI, *Il controllo del giudice penale sulla pubblica amministrazione. Introduzione al tema*, Cedam, Padova, 1998, p. 35.

¹¹⁷ Così C. FRANCHINI, *op. cit.*, 84-85.

amministrazione, limitandosi lo stesso a giudicare¹¹⁸. Alla luce di quanto sin qui detto, dunque, le “fatiche” ricostruttive operate dalla dottrina rispetto al più generale tema del rapporto tra provvedimento amministrativo e giudice penale hanno riguardato due importanti aspetti. Un primo e rilevante profilo coincide con il classico tema della “disapplicazione” dell’atto amministrativo a seguito della sua rilevata illegittimità, dunque, della sua “non conformità ad una norma di legge”. Tale disamina presuppone, pertanto, l’assenza di dubbi circa la riconduzione al campo di applicazione degli articoli 4 e 5 della legge 20 marzo 1965 n. 2248 All. E anche della giurisdizione penale¹¹⁹. L’ulteriore profilo di collegamento sussisterebbe nell’ipotesi in cui il giudice penale deve verificare se l’atto amministrativo sia o meno affetto da vizi. Invero, ciò avverrebbe, come messo in evidenza, “indipendentemente dalla sua disapplicazione, ma semplicemente perché ciò è necessario per accertare se sia realizzato un particolare elemento della fattispecie penalmente rilevante”¹²⁰. Come rilevato dalla manualistica più rilevante¹²¹, quanto al rapporto di interferenza tra provvedimenti e reato è bene, a fini sistematici, distinguere provvedimenti a rilevanza esterna e provvedimenti a rilevanza interna. Non essendo questa la sede opportuna per compiere un’approfondita disamina delle questioni più problematiche, valga evidenziare come, tradizionalmente, si ritengono “a rilevanza esterna” quei provvedimenti che operano direttamente dall’esterno della fattispecie criminosa, “nel senso che incidono *ab externo* sulla fattispecie”¹²². Ciò avverrebbe nell’ipotesi di atti amministrativi generali a contenuto normativo e di alcuni provvedimenti amministrativi in senso stretto. Non si dubita della possibilità di operare con lo strumento della disapplicazione rispetto alle due tipologie di atti. Diversi, invece, sono quei provvedimenti che, come noto, operano dall’interno della fattispecie criminosa; come autorevolmente messo in rilievo, in questa ipotesi, “il provvedimento assolve *ab origine* ad una sua funzione giuridica extra-penale, anche se riceve dall’interno della fattispecie criminosa un momento di ulteriore rilevanza di carattere penale”¹²³⁻¹²⁴.

Diversa e maggiormente complessa è l’ammissibilità del potere di disapplicazione dell’atto amministrativo da parte del giudice penale. Sul punto appare magistrale l’ipotesi ricostruttiva operata da una parte della dottrina¹²⁵. Si è proposto di distinguere il binomio “provvedimenti restrittivi- provvedimenti *in bonam*

¹¹⁸ Tale affermazione è messa in evidenza soprattutto da R. VENDITTI, *Questioni sulla sindacabilità degli atti amministrativi da parte del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 1136.

¹¹⁹ Sul punto, come messo in evidenza da acuta dottrina, vi è chi ne ha sostenuto la relativa non applicabilità. In altri termini i principi espressi dagli articoli 4 e 5 LAC non si applicherebbero al giudice penale.

¹²⁰ G. CONTENUTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione. Il problema del sindacato giudiziale sugli atti amministrativi in materia penale*, Laterza, Bari-Roma, 1979, p. 18.

¹²¹ R. GIOVAGNOLI, *Studi di diritto penale. Parte generale*, 2008, p. 197.

¹²² F. CARINGELLA, F. DELLA VALLE, M. DE PALMA, *Manuale di diritto penale*, Dike Giuridica, Roma, 2021, p. 62.

¹²³ F. CARINGELLA, D. DELLA VALLE, M. DE PALMA, *op. cit.*, p. 63.

¹²⁴ Ciò avverrebbe nelle ipotesi in cui l’atto agisca quale presupposto della condotta, come oggetto materiale, come scriminante e come circostanza del reato.

¹²⁵ V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, p. 1919, 1920.

partem” dal binomio “provvedimenti ampliativi – disapplicazione *in malam partem*”. Quanto al primo binomio, invero, il campo di applicazione è quello tipicamente coincidente con le c.d. “norme penali in bianco”. Un primo orientamento ha ritenuto che il giudice penale possa disapplicare, in base alla previsione dell’art. 5 LAC, il provvedimento amministrativo, con effetti *in bonam partem* per il privato. Una seconda ipotesi ricostruttiva, al contrario, ha ritenuto che in questa ipotesi il giudice penale non possa ricorrere allo strumento della disapplicazione, “dovendo il giudice accertare se il fatto concreto ha integrato la fattispecie incriminatrice”¹²⁶. Spostandosi sul fronte del rapporto tra provvedimenti ampliativi ed effetti *in malam partem*, il campo di elezione, si è fatto notare, è quello dei reati edilizi. Infatti, secondo un primo orientamento, risalente agli anni Ottanta, non sarebbe consentito al giudice penale di disapplicare l’atto amministrativo ampliativo con effetti negativi per la sfera giuridica del privato; ciò, infatti, condurrebbe ad affermare che “la disapplicazione di cui agli artt. 4 e 5 della legge abolitrice del contenzioso sarebbe consentita soltanto in presenza di atti amministrativi restrittivi che incidono su diritti soggettivi”¹²⁷. L’impossibilità di operare una tale forma di disapplicazione deriverebbe dai principi di legalità, sotto il profilo della determinatezza e della tassatività, nonché sotto il profilo della riserva di legge¹²⁸. Inoltre, come messo in evidenza, tale forma di disapplicazione violerebbe, altresì, il divieto della retroattività della legge penale. Un secondo orientamento, invece, sostiene che il giudice può sindacare la legittimità del provvedimento senza ricorrere all’istituto della disapplicazione, ciò perché, come si è scritto, si ritiene che la stessa norma, nel fare riferimento al permesso di costruire, a richiedere che esso non sia illegittimo”¹²⁹.

6. Interferenze nella discrezionalità prefettizia: la parallela valutazione del giudice penale

Giungendo ora al *punctum dolens* della questione occorre rivolgere, seppure brevemente, l’attenzione su quanto ha formato oggetto di introduzione al presente lavoro. Infatti, la problematica di ordine sostanziale e processuale qui proposta in esame è il frutto di un difettoso coordinamento legislativo, o, per dirla meglio, di un difficoltoso meccanismo di relazione tra la misura dell’interdittiva antimafia e quella del controllo giudiziario, come tale da riscontrarsi nella stratificazione normativa.

Sul punto valga la seguente precisazione. Gli angoli prospettici che si avrà modo di analizzare rappresentano, ovvero, posso rappresentare, a vario titolo, profili di interferenza nella pregressa valutazione effettuata dall’Autorità amministrativa prefettizia.

¹²⁶ V. LOPILATO, *op. cit.*, p. 1920.

¹²⁷ V. LOPILATO, *op. cit.*, p. 1921.

¹²⁸ F. CARINGELLA, D. DELLA VALLE, M. DE PALMA, *op. cit.*, p. 71.

¹²⁹ V. LOPILATO, *op. cit.*, p. 1921.

I punti problematici di intersezione sono essenzialmente duplici. Un aspetto che si cercherà di approfondire attiene alla questione, tornata recentemente all'attenzione della giurisprudenza, relativa alla necessaria sospensione del processo dinanzi al giudice amministrativo nella pendenza del controllo giudiziario a richiesta di parte; in secondo luogo, appare di dubbia logicità un ulteriore profilo relativo al rapporto tra prevenzione collaborativa e controllo giudiziario. Infatti, dal punto di vista effettuale, sin dal 2017 (tendenza confermata nel 2021) il Legislatore ha inteso strutturare un “ponte” – così definito da una parte dei commentatori¹³⁰ - tra la misura del controllo giudiziario e l'interdittiva antimafia. Le imprese attinte dal provvedimento interdittivo possono, ad oggi, domandare il controllo giudiziario, essere ammessi, con l'effetto di sospensione degli effetti interdittivi promananti dall'interdittiva antimafia. Tale effetto – è bene specificarlo - consegue alla previa impugnazione del provvedimento inibitorio dinanzi al giudice amministrativo.

7.1. Il primo profilo problematico: la “necessaria sospensione” del processo amministrativo nelle more del controllo giudiziario ex art. 34 *bis*, co. 6, d. lgs. 159/2011 e la difforme posizione dell'Adunanza Plenaria

Il problema, già riscontrato nella vigenza della precedente disciplina, è maggiormente acuito dopo gli interventi legislativi del 2021. È, infatti, mutata la stessa *ratio* di prevenzione avuto riguardo alla misura del controllo giudiziario c.d. “a domanda”. Se è vero com'è stato autorevolmente osservato che, nel solco della nuova disciplina, la prevenzione collaborativa ed il controllo giudiziario “a domanda” condividono i medesimi presupposti e i medesimi effetti, allora le ragioni di questo “ponte” non paiono rinvenirsi. Anzi, ancor più acutamente è stato messo in evidenza come la misura della c.d. prevenzione collaborativa costituisca “una sorta di controllo giudiziario senza giudice né amministratore, in cui sono disposti, come è per il controllo giudiziario, obblighi di tracciamento e comunicazione dei pagamenti”¹³¹.

È bene rimarcare alcuni punti di evidente peculiarità. Il ricorso, da parte del Legislatore, a clausole generali nel tentativo di meglio sistematizzare il sistema di prevenzione antimafia potrebbe dar adito a dubbi interpretativi di notevole rilevanza. Come già evidenziato, infatti, la prevenzione collaborativa presuppone una condizione di occasionalità dell'agevolazione mafiosa. Anche nel caso del controllo giudiziario, previsto dall'art. 34 *bis* del Codice antimafia, il Legislatore ha inteso subordinare l'ammissibilità a tali misure previa verifica del carattere occasionale del condizionamento mafioso. Escluso tale carattere ed accertato un più compromettente grado di permeabilità mafiosa, il Prefetto può determinarsi nel senso dell'irrogazione del provvedimento interdittivo.

¹³⁰ G. VELTRI, *La prevenzione antimafia collaborativa: un primo commento* disponibile su giustizia-amministrativa.it, 2022 (relazione tenuta a Palazzo Spada il 1° aprile 2022 e presso la sede del T.A.R. Reggio Calabria l'8 aprile 2022).

¹³¹ VELTRI, *op. cit.*, p.5.

L'Adunanza Plenaria, con la pronuncia n. 7 del 2023, si è posta in “linea di collisione” con quanto precedentemente statuito dalla Corte di cassazione¹³².

La questione, come già anticipato, ha riguardato la necessità di operare la sospensione necessaria, *ex art.* 79, c.1, c.p.a.¹³³ e 295 c.p.c.¹³⁴, del processo dinanzi al giudice amministrativo, a seguito dell'impugnazione del provvedimento interdittivo, nella pendenza del controllo giudiziario a domanda *ex art.* 34 *bis*, c.6, d.lgs. 159/2011. Secondo i giudici della Corte di cassazione, infatti, il vincolo della previa impugnazione dell'interdittiva antimafia, dinanzi al giudice amministrativo, costituirebbe una “condizione di procedibilità”. In questo senso, quindi, la valorizzazione delle istanze di bonifica del tessuto aziendale risulterebbe preminente rispetto alla recessiva valutazione di legittimità operata dal giudice amministrativo¹³⁵. Dunque, la questione sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite ha riguardato l'art. 34 *bis*, co. 6, d.lgs. 159/2011 che, per ciò che qui è di interesse, prevede che “le imprese destinatarie di informazione antimafia interdittiva ai sensi dell'articolo 84, co. 4, che abbiano proposto l'impugnazione del relativo provvedimento del Prefetto, possono richiedere al tribunale competente per le misure di prevenzione l'applicazione del controllo giudiziario di cui alla lettera b) del co. 2 del presente articolo”. L'ordinanza di rimessione ha domandato all'Adunanza Plenaria di prendere posizione in ordine alla necessità di operare “la sospensione necessaria, ai sensi dell'art. 79, co. 1, c.p.a. e dell'art. 295 c.p.c., del giudizio amministrativo, avente ad oggetto l'impugnazione dell'informazione antimafia stessa”. Inoltre, si è ancora domandato se l'ammissione alla misura del controllo giudiziario determini anche la sospensione necessaria del giudizio di impugnazione delle “misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione”, previste dall'art. 32, co. 10, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, “per «il completamento dell'esecuzione» dei contratti stipulati con la pubblica amministrazione dall'impresa destinataria un'informazione antimafia interdittiva”.

È bene già precisare che l'Adunanza Plenaria ha respinto l'opzione interpretativa formulata dal collegio nell'ordinanza di rimessione.

¹³² Cass. pen., Sez. Un., 19 novembre 2019, n. 46898.

¹³³ L'art. 79, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo), stabilisce che “1. *La sospensione del processo è disciplinata dal Codice di procedura civile, dalle altre leggi e dal diritto dell'Unione europea.*

L'interruzione del processo è disciplinata dalle disposizioni del Codice di procedura civile. L'interruzione del processo è immediatamente dichiarata dal presidente con decreto; il decreto è comunicato alle parti costituite a cura della segreteria.

3. Le ordinanze di sospensione emesse ai sensi dell'articolo 295 del Codice di procedura civile sono appellabili. L'appello è deciso in camera di consiglio”.

¹³⁴ L'art. 295 c.p.c. stabilisce che “*Il giudice dispone che il processo sia sospeso in ogni caso in cui egli stesso o altro giudice deve risolvere una controversia, dalla cui definizione dipende la decisione della causa”.*

¹³⁵ È stato chiarito che “*vincolo genetico della procedura di controllo giudiziario, consistente [...] nella pendenza del ricorso contro l'interdittiva antimafia, assumerebbe quindi le caratteristiche di una condizione di procedibilità della procedura, che in tanto può essere definitiva in quanto non sia definitivamente accertata la legittimità dell'atto prefettizio, e dunque il ricorso contro di essa sia respinto” (Così Cass. SS.UU. n. 46898/2019).*

Come noto, al verificarsi dei c.d. “incidenti del processo” si può aprire la strada a rimedi processuali quale, per ciò che qui è di interesse, quello offerto dalla c.d. sospensione del processo¹³⁶. Invero, si è tradizionalmente distinto tra incidenti che non sospendono il giudizio – come il ricorso incidentale, le domande cautelari, la domanda di ricusazione del giudice – e incidenti che sospendono il giudizio e che, pertanto, determinano un “arresto temporaneo” del processo. La sospensione, inoltre, può essere necessaria o facoltativa. La sospensione necessaria è consustanziale al rapporto di connessione per pregiudizialità-dipendenza tra le due cause. Per tal motivo, si è scritto, che la sospensione è necessaria quando ciò sia prescritto da una legge civile, amministrativa o penale, ovvero, sia tale in quanto “indispensabile antecedente logico-giuridico dal quale dipenda la decisione della causa pregiudicata ed il cui accertamento sia richiesto con efficacia di giudicato”¹³⁷⁻¹³⁸. Tale atteggiarsi della sospensione necessaria determina l’emergere, come fatto notare in dottrina, di un peculiare carattere che sembra distinguere il processo amministrativo, all’interno del quale, quindi, il giudice è chiamato ad esaminare sia “questioni principali”, sia “questioni incidentali” che, come osservato, non sono oggetto della decisione principale in quanto costituiscono un “passaggio obbligato, condizione necessaria, ma non sufficiente della definizione del merito”¹³⁹⁻¹⁴⁰. La dottrina ha poi ulteriormente differenziato le ipotesi di sospensione c.d. “propria” dalla c.d. sospensione “impropria”. Si ha sospensione “propria” allorché “penda dinanzi al giudice civile o amministrativo altra causa la cui decisione risulti essere pregiudiziale rispetto alla causa incardinata dinanzi al giudice amministrativo”¹⁴¹; si ha, al contrario, sospensione c.d. “impropria” nelle ipotesi in cui sia dato rinvenire una “fase affidata alla cognizione di altro giudice”¹⁴²⁻¹⁴³.

È bene partire dalle ragioni che hanno giustificato la presa di posizione del collegio rimettente. Infatti, è differente la considerazione del giudizio amministrativo avverso la legittimità del provvedimento

¹³⁶ Cfr. S. MENCHINI, voce *Sospensione*, I) *Sospensione del processo civile*, in *Enc. Dir.*, vol. XLIII, Milano, 1990, p. 2.

Sul tema si vedano ancora i contributi di E. A. APICELLA, *Sospensione ed interruzione del processo*, in A. QUARANTA, V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*. Commentario al D. lgs. 104/2010, Giuffrè, Milano, 2010; S. MORO, *L’andamento anormale del processo: sospensione, incidente di falso, interruzione, estinzione*, in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012.

¹³⁷ M. NOCELLI, *Incidenti processuali*, in G. P. CIRILLO, *Trattato di diritto amministrativo. Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Cedam, Padova, 2015, p. 606.

¹³⁸ Fuori da questi casi la sospensione, a parere della giurisprudenza maggioritaria, si qualifica come “facoltativa”.

¹³⁹ M. NOCELLI, *op. cit.*, p. 607.

¹⁴⁰ In tal senso assume prezioso valore quella ripartizione che la più autorevole dottrina ha compiuto tra “questioni pregiudiziali” e “cause pregiudiziali” (C.E. GALLO, voce *Questioni pregiudiziali*. III) *Diritto processuale amministrativo*, *cit.*).

¹⁴¹ S. TARULLO, *Sospensione ed interruzione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, p. 468.

¹⁴² S. TARULLO, *op. cit.*, p. 468.

¹⁴³ Sulla possibilità di applicare l’art. 295 c.p.c. al processo amministrativo si veda M. BRANCA, voce *Sospensione del processo*. III, *Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXXIV, Roma, 1989.

Si rinvia, inoltre, all’ordinanza con la quale il Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. IV, 26 ottobre 1976, n. 975) rimise all’Adunanza Plenaria la questione avente ad oggetto la portata applicativa dell’art. 295 c.p.c. nel processo amministrativo.

interdittivo. Occorre comprendere, dunque, se allo stesso intenda ricondursi una mera visione “retrospettiva”, quale giudizio, come detto, volto a vagliare la legittimità del provvedimento inibitorio, ovvero se, al contrario, si intenda aprire tale momento valutativo ad un esame di più ampio respiro, anche in linea con le medesime ragioni e presupposti che operano avuto riguardo alla misura del controllo giudiziario ex art. 34 *bis* co. 6, cosicché da approdare ad una valutazione prognostica e dinamica. In definitiva, dunque, è la considerazione stessa dei due momenti valutativi che è al centro del dibattito.

Concezione unitaria, tesa a valorizzare un vero e proprio “dialogo tra i vari attori”, ovvero, concezione dualistica, tendente a valorizzare i diversi profili di differenzialità?

È stato messo in evidenza come il giudice amministrativo, dinanzi alla proposizione dell’istanza di ammissione al controllo giudiziario, “non possa e non debba restare indifferente”, anzi, lo stesso dovrà valorizzare la stessa natura del processo amministrativo, quale processo “sul rapporto”.

Proprio in questo contesto viene in rilievo il tema dell’interferenza nella valutazione prefettizia da parte del giudice penale. Come già evidenziato, infatti, sebbene tale potenziale contrasto non emerga formalmente, nella sostanza, considerata la formulazione legislativa, ben potrebbero evidenziarsi forme di interferenza problematica. La circolarità impressa al rapporto tra le due Autorità è tale per cui il compito del Tribunale della Prevenzione, nel “verificare” il presupposto dell’occasionalità dell’agevolazione mafiosa, ha lo scopo non già di “sindacare i presupposti dell’informativa”, quanto quello di “formulare un giudizio prognostico sulla recuperabilità dell’impresa”¹⁴⁴, diversamente incorrendo nel rischio di sconfinare nel merito della valutazione effettuata dall’Autorità prefettizia. La conseguenza logica di tale precipitato interpretativo è che il giudice amministrativo debba attendere la nuova valutazione, stante l’impossibilità per il giudice “di pronunciarsi su un potere non ancora esercitato (art. 34, co. 2, c.p.a.) e, cioè, la nuova valutazione del pericolo infiltrativo, da parte del Prefetto, in sede di aggiornamento ai sensi dell’art. 91, co. 5, del d. lgs. n. 159 del 2011, dopo l’esaurimento del controllo giudiziario”¹⁴⁵. È stretto, peraltro, il rapporto tra la ricostruzione offerta dall’ordinanza di rimessione e quanto aveva già formato oggetto di statuizione da parte della giurisprudenza di legittimità¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Cons. Stato, sez. III, 6 giugno 2022, n. 4578 (Punto 17.7 in diritto).

¹⁴⁵ Cons. Stato, n. 4578/2022.

¹⁴⁶ L’ordinanza di rimessione sembra riprendere gli esiti interpretativi offerti dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione con la sentenza n. 46898 del 2019 la quale, nel riconoscere la possibilità di appello del diniego di ammissione al controllo giudiziario pronunciato dal Tribunale di Prevenzione ha statuito che tale istituto “*rappresenta una risposta alternativa da parte del legislatore: perché alternativa è la finalità di queste, volte non alla rescissione del rapporto col proprietario ma al recupero della realtà aziendale alla libera concorrenza, a seguito di un percorso emendativo*”; *contraddistinta dal presupposto dell’«occasionalità della agevolazione dei soggetti pericolosi»*, e *dalla valutazione prognostica incentrata «sulle concrete possibilità che la singola realtà aziendale ha o meno di compiere fruttuosamente il cammino verso il riallineamento con il contesto economico sano»*.

Orbene, tenuto conto delle forti differenziazioni funzionali, già emerse nella prima parte del presente lavoro, tra le misure qui oggetto di analisi, occorre, però, mettere in luce gli esiti interpretativi, di dubbia ragionevolezza, cui conduce un tale inquadramento normativo.

Non appare di questo avviso l'Adunanza Plenaria che, nella sentenza n. 7 del 2023, ha ritenuto di aderire ad un ulteriore esito interpretativo.

L'Adunanza Plenaria ha ritenuto che una serie di indici letterali, sistematici e teleologici impediscano di ritenere necessaria la previa sospensione del processo amministrativo nelle more del controllo giudiziario. I giudici di Palazzo Spada osservano come l'accoglimento della tesi contraria, favorevole alla sospensione necessaria del processo, condurrebbe, illogicamente, “a snaturare la funzione tipica del processo, da ‘strumento di tutela’ delle situazioni giuridiche soggettive ed attuazione della legge, a mero ‘strumento per l’attivazione di ulteriori mezzi di tutela”¹⁴⁷.

Come ulteriormente messo in evidenza verrebbe snaturata la stessa funzione della sospensione del processo.

Infatti, il presupposto indefettibile per disporre la sospensione del processo è rappresentato dal rapporto di pregiudizialità-dipendenza, come è dato rilevare dalla lettura dell'articolo 295 c.p.c. Si è fatto notare, invero, come l'ammissibilità di una tale forma di sospensione risulterebbe del tutto “sproporzionata” rispetto al fine tipico dell'istituto, palesando un evidente contrasto con il principio di ragionevole durata del processo. D'altro canto, se la funzione tipica della sospensione del processo è quella di evitare un contrasto tra giudicati si comprende come, al contrario, in una ipotesi di tal fatta, la sospensione assolverebbe al diverso fine di evitare una “decisione di carattere eventualmente sfavorevole sull'impugnazione contro l'interdittiva, che si suppone – in assenza di un presupposto normativo - possa vanificare obiettivi di risanamento dell'impresa infiltrata dal fenomeno mafioso”¹⁴⁸. Peraltro, l'analogia di presupposti tra le neonate misure di prevenzione collaborativa e il controllo giudiziario, a parere dell'Adunanza Plenaria, lascerebbero presupporre la prevalenza attribuita al Legislatore alla misura del controllo giudiziario *ex art. 34 bis d. lgs. 159/2011*.

Successivamente all'intervento dell'Alto Consesso nel 2023, il Ministero dell'Interno è intervenuto con una circolare che, a tutta evidenza, ha effettuato un integrale rinvio alle motivazioni del medesimo provvedimento giurisdizionale, sostenendo, pertanto, l'autonomia tra la misura del controllo giudiziario

¹⁴⁷ Cons. Stato, Ad. Plen., 13 febbraio 2023, n. 7

¹⁴⁸ Cons. Stato, Ad. Plen., n. 7/2023.

Prosegue la Corte affermando che “*La sospensione viene dunque argomenta secundum eventum litis, posto che una decisione di accoglimento del ricorso contro l'interdittiva avrebbe in sé l'effetto di riportare l'impresa alla piena e libera concorrenza, sulla base dell'accertamento che essa non è stata mai interessata da fenomeni di inquinamento mafioso. Nella descritta prospettiva la sospensione del processo finisce dunque per essere intesa come rimedio rispetto a potenziali decisioni sfavorevoli. Non sussistono, dunque, i presupposti previsti dell'art. 295 del cod. proc. civ., più volte richiamato*”.

e l'interdittiva antimafia; quest'ultima – si legge – si base su accertamenti di tipo statico, rivolti al passato, mentre, il controllo giudiziario “persegue pure finalità di carattere dinamico di risanamento dell'impresa interessata dal fenomeno mafioso”¹⁴⁹. La misura del controllo giudiziario, in definitiva, “oltre al presupposto dell'occasionalità dell'agevolazione, richiede una prognosi favorevole del Tribunale della prevenzione penale sul superamento della situazione che ha dato luogo all'interdittiva”¹⁵⁰.

La considerazione degna di menzione è quella per cui i tentativi di coordinamento del nuovo sistema di prevenzione antimafia subiscono un brusco irrigidimento a seguito degli eterogenei esiti interpretativi cui Corte di cassazione e Consiglio di Stato sono giunti. Ciò che si intende mettere in evidenza, al di là degli importanti difetti di coordinamento legislativo, è quel confine del tutto labile, caratterizzato da “strana mobilità”, tra le conclusioni dell'Autorità amministrativa e l'analisi condotta *ex post* dal giudice della prevenzione. Se è vero che il tentativo – da ritenersi, forse, fallito – di unitarietà del sistema impone una considerazione “alacre” della vicenda – quasi come una sorta di filo dinamico tra sede amministrativa e sede penale – allo stesso modo non è dato smentire che lo stesso Tribunale della Prevenzione non possa esorbitare i limiti della propria cognizione, giungendo a porsi in contrasto con le statuizioni dell'organo amministrativo. Non appaiono neppure risolutive le proposte ricostruttive di quella dottrina che ha avanzato una lettura diversificata dei rapporti tra le due Autorità¹⁵¹; invero, si è detto che “spetterebbe all'organo amministrativo la valutazione circa il presupposto infiltrativo criminale della azienda” e al giudice penale “la verifica circa l'occasionalità del rapporto e la consequenziale prognosi in merito alla potenziale efficacia del controllo”. Orbene, una tale soluzione, sebbene degna di apprezzamento astrattamente, non pare, in concreto, risolvere i contrasti interpretativi già palesati dalla giurisprudenza, anche di legittimità. Piuttosto, ai fini di una maggiore concretizzazione del principio di effettività della tutela, occorrerebbe un intervento legislativo volto a cristallizzare meglio i profili di interazione tra le due Autorità, soprattutto avuto riguardo al secondo e più problematico ambito di interferenza che si avrà modo di illustrare oltre. Peraltro, gli stessi problemi di coordinamento nascono e acquisiscono rilevanza

¹⁴⁹ Ministero dell'Interno, Circolare del 6 marzo 2023 (oggetto: Sentenza n. 7/2023, resa dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale e pubblicata il 13 febbraio 2023).

¹⁵⁰ Ministero dell'Interno, Circolare del 6 marzo 2023 (oggetto: Sentenza n. 7/2023, resa dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale e pubblicata il 13 febbraio 2023).

¹⁵¹ M. ROMANO, *Il controllo giudiziario: tra esigenze di tutela dell'ordine pubblico e diritto d'impresa*, in *Dir. pen. proc.*, 9, 2023, p. 1225.

È stato chiarito che “Una tale interpretazione della legge consentirebbe di mantenere, oltre che una stretta connessione, anche una indispensabile consequenzialità tra i due provvedimenti, quello amministrativo e quello giurisdizionale, evitando, altresì, una duplicazione di itinera valutativi ed il connesso rischio che essi, pur essendo parte di un medesimo procedimento, raggiungano conclusioni tra loro in contrasto, attraverso una diversa analisi dei medesimi presupposti fattuali”.

“[...] Inoltre, in questi termini, neanche risulta vulnerata la genesi dei due procedimenti, quello amministrativo e quello di prevenzione, la cui indipendenza, una volta superato il momento iniziale di applicazione della misura volontaria, resta illesa, nella piena autonomia ed indipendenza dei relativi giudici competenti. Profilo, questo, più volte sottolineato dallo stesso Consiglio di Stato secondo cui, in corso di Controllo giudiziario, il giudizio di impugnazione dell'interdittiva non patisce alcuna sospensione, così come il suo esito non influisce sulle sorti del giudizio di prevenzione, il cui sindacato resta di esclusiva competenza del tribunale ordinario”.

con riferimento al pieno potere valutativo affidato al giudice penale. Questa precisazione è più volte stata ribadita in sede di legittimità. Da ultimo, infatti, con una sentenza del luglio 2023, la Corte di cassazione ha affermato che in presenza di una richiesta di ammissione al controllo giudiziario, ex art. 34 *bis*, co. 6, d. lgs. n. 159/2011, il Tribunale della prevenzione deve procedere ad un'autonoma valutazione dei requisiti di cui al 34 *bis*, co. 1. È proprio tale autonoma valutazione che, evidentemente, può costituire una fonte di problematica interferenza rispetto alla diversa valutazione compiuta in sede amministrativa. Com'è stato attentamente messo in risalto, tale orientamento si pone in controtendenza rispetto ad altri arresti giurisprudenziali della Corte di legittimità¹⁵² nei quali è stato ribadito come il giudice penale debba limitarsi a svolgere una “prognosi di bonificabilità dell'ente, essendo l'infiltrazione già attestata dall'Autorità amministrativa che ha emesso il provvedimento interdittivo”¹⁵³. Per quanto detto, invero, alcuna parte della dottrina ha osservato come, dal punto di vista sistematico, sarebbe più corretto sostenere ed attribuire al Tribunale di Prevenzione ampia possibilità di manovra in ordine ad una valutazione del tutto indipendente rispetto a quanto ha formato oggetto di decisione in sede amministrativa¹⁵⁴.

Ma c'è di più.

La laconicità della nuova formulazione legislativa è tale da condurre a seguiti del tutto paradossali. Infatti, se è vero che gli esiti interpretativi spingono verso una maggiore autonomia del giudice ordinario nella valutazione dei presupposti di applicabilità della misura del controllo giudiziario, è altrettanto vero, però, che tali soluzioni non esauriscono i profili di indubbia illogicità. Si pensi all'ipotesi in cui il giudice ordinario, chiamato a verificare i presupposti di cui all'art. 34 *bis*, co. 6, d. lgs. 159/2011, si determini nel senso della totale assenza dei presupposti che hanno condotto all'emissione del provvedimento interdittivo. All'azienda, invero, impossibilitata ad accedere al controllo giudiziario su richiesta, non rimarrebbe che proseguire il ricorso amministrativo avverso il medesimo provvedimento inibitorio¹⁵⁵.

Ciò va a conferma, pertanto, di una visione autonoma ed indipendente dei due ambiti di prevenzione – quello penale e quello amministrativo - da parte del Legislatore della riforma. Tale concezione, com'è dato rilevare nella prassi applicativa, lede alla coerenza intrinseca del sistema di prevenzione.

¹⁵² Tra i quali si veda Cass. pen., Sez. VI, 2 agosto 2021 (ud. 7 luglio 2021), n. 30168; Cass. pen., Sez. II, 5 marzo 2021 (ud. 28 gennaio 2021), n. 9122.

¹⁵³ E. BIRRITTERI, *Accertamento dell'infiltrazione criminale nell'ente e controllo giudiziario 'volontario'*, in *Giur. It.*, 7, 2023, p. 1647.

¹⁵⁴ E. BIRRITTERI, *op. cit.*, p. 1654.

¹⁵⁵ È quanto osservato ancora da E. BIRRITTERI, *op. cit.*

7.2. Il secondo profilo problematico: il “ponte” costruito dal Legislatore tra la previa impugnazione del provvedimento interdittivo e l’ammissione dell’azienda al controllo giudiziario ex art. 34 *bis*, co. 6, d. lgs. 150/2011

Occorre, anche in questo caso, partire dal dato normativo. La riforma del 2021 che ha introdotto la misura della c.d. “prevenzione collaborativa” - la quale, come anticipato, condivide con il controllo giudiziario, ex art. 34 *bis* d. lgs. n. 159/2011, i medesimi presupposti applicativi - non ha, però, eliminato quello che, autorevolmente¹⁵⁶, è stato qualificato quale “ponte” tra le due misure¹⁵⁷: trattasi, in definitiva, della necessaria previa impugnazione del provvedimento interdittivo, necessaria per accedere al controllo giudiziario. La questione è stata attenzionata dalla dottrina la quale ha ribadito non solo la rispondenza di tale previsione ad una comprensibile logica di collegamento istituzionale ma, allo stesso tempo, non ha mancato nel ribadirne i contorni fortemente problematici¹⁵⁸.

Risulta utile, in questa sede, chiarire i risvolti pratici della questione.

L'imprenditore, titolare dell'azienda attinta dal provvedimento interdittivo, impugna il provvedimento amministrativo *de quo* dinanzi al giudice amministrativo. Successivamente, infatti, in base al dato normativo, l'imprenditore ha la facoltà di avanzare al Tribunale della Prevenzione domanda di ammissione al controllo giudiziario delle aziende, previsto dall'art. 34 *bis*, co. 6, d. lgs. n. 150/2011¹⁵⁹. Il Tribunale, sentiti il procuratore distrettuale, il Prefetto che ha adottato l'interdittiva antimafia e gli altri soggetti interessati, può accogliere la richiesta ove ricorrano i presupposti della misura *de qua*. Orbene, come detto, i presupposti di detto controllo giudiziario sono costituiti dal carattere del tutto “occasionale” dell'agevolazione mafiosa sempre che, come affermato dalla norma, sussistano “circostanze di fatto da cui si possa desumere il pericolo concreto di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne l'attività”¹⁶⁰.

A contrario, l'Autorità prefettizia, ai sensi dell'art. 91 d. lgs. n. 150/2011, ai fini dell'emissione del provvedimento interdittivo, deve accertare il tentativo di infiltrazione mafiosa, salvo determinarsi per la concessione della nuova misura della c.d. prevenzione collaborativa¹⁶¹.

¹⁵⁶ G. VELTRI, *op. cit.*

¹⁵⁷ Tra l'interdittiva antimafia ed il controllo giudiziario ex art. 34 *bis*.

¹⁵⁸ Si veda R. MANGANI, *Il controllo giudiziario e l'informativa antimafia tra esigenze di ordine pubblico e tutela dell'attività imprenditoriale*, in *Riv. trim. app.*, 1, 2023, pp. 107-149.

¹⁵⁹ Come messo in evidenza da una parte della dottrina, infatti, il problema di coordinamento tra le misure si pone, in special modo, con riferimento al controllo giudiziario ad istanza di parte.

Si è osservato come “*mentre nel controllo giudiziario a iniziativa pubblica la valutazione in merito alla sussistenza dell'infiltrazione mafiosa nell'organizzazione aziendale resta di esclusiva competenza del giudice penale, nel caso del controllo giudiziario a istanza di parte questa valutazione deve necessariamente fare i conti con la precedente valutazione operata dal Prefetto in sede di emanazione dell'informativa antimafia, sempre in relazione all'esistenza e al grado di incisività delle infiltrazioni mafiose*” (così R. MANGANI, *op. cit.*, p. 126).

¹⁶⁰ Art. 34 *bis*, co. 1, d. lgs. 159/2011.

¹⁶¹ Cui si rimanda *infra*.

Ebbene, come può evidenziarsi dalla mera analisi del dato normativo, il profilo problematico, proposto in analisi in questa sede, risiede principalmente nella valutazione che il giudice penale è chiamato ad effettuare dei presupposti di applicazione della misura del controllo giudiziario.

Ora, il rapporto tra le due Autorità, sul piano strettamente astratto, è sufficientemente chiaro; si è chiaramente messo in luce¹⁶², infatti, che il diverso criterio utilizzato dai due soggetti istituzionali coinvolti, alla luce del quale vengono motivati i relativi provvedimenti (l'uno amministrativo, l'altro giurisdizionale), potrebbe, evidentemente, condurre ad esiti divergenti in ordine alla valutazione degli elementi che facciano presupporre un condizionamento di tipo mafioso.

Sul punto la riflessione dottrinale e giurisprudenziale è laconica. Eppure, proprio questo profilo problematico, è tale da dar vita a numerosi profili di interferenza

Il paradosso è di natura ermeneutica e sarebbe suscettibile di essere sintetizzato in questi termini: gli stessi elementi di fatto che hanno giustificato, in sede amministrativa, l'irrogazione di una misura di prevenzione antimafia amministrativa, quale l'interdittiva antimafia, sarebbero tali da poter essere oggetto di una nuova e diversa valutazione in sede penale, tanto da indurre l'Autorità giudiziaria a rigettare, per l'assenza dei presupposti (*in melius*), la domanda di ammissione al controllo giudiziario contemplato dal co. 6 dell'art. 34 *bis*, d. lgs. n. 159/2011.

Allo stesso modo, però, emerge come prerogativa del giudice penale sia quella di effettuare una valutazione scevra da ogni tipo di condizionamento qualitativo derivante dalla sede amministrativa. Le due misure, pertanto, pur agendo su piani strettamente indipendenti quanto ai "criteri probatori", alle modalità investigative, e ai correlativi profili più marcatamente procedimentali e processuali, si trovano, comunque, ad interagire¹⁶³.

Eppure, la dottrina ha rilevato che nel caso di controllo a domanda "il "fatto" presupposto della misura di prevenzione penale è l'informativa, la valutazione della cui legittimità è rimessa al giudice amministrativo, sicché il giudice penale non può entrare nel merito della sussistenza del rischio infiltrativo e negare la misura sul presupposto che esso non sussista, ma deve unicamente verificare la ricorrenza delle condizioni per l'ammissione al controllo"¹⁶⁴.

¹⁶² Si veda nel prosieguo R. ROLLI, M. MAGGIOLINI, *op. cit.*

¹⁶³ Si è osservato che "In questo modo l'impresa che, a seguito di un processo virtuoso compiuto in piena collaborazione con gli organi della procedura nominati dal tribunale penale, abbia completato il prescritto percorso emendativo e sanato le sue situazioni critiche, si troverebbe tuttavia al punto di partenza?" (così R. MANGANI, *op. cit.*, p. 128).

¹⁶⁴ M.A. SANDULLI, *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informativa antimafia e l'istituto del controllo giudiziario*, disponibile su giustiziainsieme.it, 2022.

Data questa evoluzione nel sistema, avvenuta con la novella del 2021¹⁶⁵, l'esistenza del "ponte" potrebbe non essere più logica o necessaria¹⁶⁶. In particolare, la previsione di questo "passaggio necessario" mette in discussione l'assunto, finora del tutto chiaro, per cui il controllo giudiziario necessiterebbe della previa impugnazione del provvedimento interdittivo, anziché, come patologicamente sembra configurarsi, come momento per valutare la legittimità stessa dell'informativa.

Com'è stato sostenuto, infatti, "al G.O. viene indirettamente chiesto un sindacato incidentale sulla legittimità dell'informativa, seppur ai fini dell'applicazione di una misura di prevenzione"¹⁶⁷.

Vi è chi, dalla giurisprudenza amministrativa pronunciata sul tema, ha rilevato una sorta di "principio di indifferenza"¹⁶⁸ circa il rapporto tra le due misure; certo è, però, che possibili sono gli effetti paradossali discendenti dal "cattivo" coordinamento delle misure. La dottrina, infatti, a più voci auspica un intervento nomofilattico dell'Adunanza Plenaria, ovvero, un intervento legislativo che possa restituire coerenza interna al rapporto tra i due ambiti della prevenzione antimafia¹⁶⁹.

Ancora, altra dottrina ha parlato di un vero e proprio conflitto "latente"¹⁷⁰ in relazione alla valutazione dei presupposti per l'applicazione del controllo giudiziario e della informativa antimafia¹⁷¹. Peraltro, l'assoluta rilevanza dei principi di coerenza e di non contraddittorietà, tipici connotati del giudicato¹⁷², è stata messa in evidenza da quella dottrina che ha osservato come il nodo problematico, qui oggetto di

¹⁶⁵ Considerato l'intervento delle novelle legislative nel 2017 e nel 2021, il Legislatore avrebbe potuto eliminare le possibili fonti di interferenza sistematica.

¹⁶⁶ Condivide lo stesso assunto anche M. MAZZAMUTO, *Il salvataggio delle imprese tra controllo giudiziario volontario, interdittive prefettizie e giustizia amministrativa*, disponibile su *Sistema Penale*, 2020.

¹⁶⁷ G. VELTRI, *op. cit.*, p. 7.

¹⁶⁸ M. ZITO, A. PUGLIESE, *L'ultimo volto dell'interdittiva antimafia: una nuova forma di "compliance" amministrativa*, in *Arch. giur. Filippo Serafini*, 4, 2022, pp. 967-999.

¹⁶⁹ La criticità è messa in rilievo soprattutto da M.A. SANDULLI, *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informativa antimafia e l'istituto del controllo giudiziario*, *op. cit.*

L'A. osserva come "La Cassazione penale, si è trovata così di fronte al caso di un operatore che, dopo avere infruttuosamente adito il giudice amministrativo per l'annullamento dell'interdittiva, si era visto respingere la domanda di controllo giudiziario dal giudice della prevenzione penale sul presupposto che non vi fosse alcun rischio infiltrativo. Sicché, paradossalmente, proprio il fatto che era stato ritenuto indenne dal giudice penale, lo costringeva a subire gli effetti dell'interdizione nei rapporti con l'amministrazione. In linea con la richiamata posizione delle Sezioni Unite, la Corte ha risolto la questione affermando che, quando il controllo è a domanda e non c'è quindi, come nel controllo giudiziario ordinario, una sfera di valutazione riservata al giudice penale, il "fatto" presupposto della misura di prevenzione penale è l'informativa, la valutazione della cui legittimità è rimessa al giudice amministrativo, sicché il giudice penale non può entrare nel merito della sussistenza del rischio infiltrativo e negare la misura sul presupposto che esso non sussista, ma deve unicamente verificare la ricorrenza delle condizioni per l'ammissione al controllo".

¹⁷⁰ R. MANGANI, *Il controllo giudiziario e l'informativa antimafia tra esigenze di ordine pubblico e tutela dell'attività imprenditoriale*, in *Riv. trim. app.*, 2023, 1, p. 117.

¹⁷¹ Si è messo in evidenza come "Ciò che si intende dire è che le infiltrazioni mafiose potrebbero essere giudicate produttive di determinati effetti per l'impresa sotto il profilo dell'informativa antimafia ma non sotto quello del controllo giudiziario. Cosicché una stessa impresa potrebbe essere giudicata "più o meno mafiosa" – con conseguenze molto diverse in relazione ai provvedimenti adottabili – a seconda del giudice (amministrativo o penale) che è chiamato a pronunciarsi. A ciò va aggiunto l'ulteriore rischio che la richiesta di ammissione al controllo giudiziario sia utilizzata dall'impresa in maniera strumentale, cioè al solo fine di contestare l'informativa antimafia anche attraverso l'attività valutativa del giudice penale" (così R. MANGANI, *op. cit.*, p. 117).

¹⁷² Sul rapporto tra giudicato penale ed amministrativo si veda F. FRANCIOSI, *Una giusta revocazione "oscurata" dalla privacy. A proposito dei rapporti tra giudicato penale e amministrativo* (nota a CGARS 1 10 2020 n. 866), disponibile su *giustizainsieme.it*, 2020.

analisi, deve essere vagliato alla luce dei diversi parametri di valutazione del rischio di infiltrazione applicati dalle diverse Autorità¹⁷³. La sostanziale differenza degli elementi considerati nelle due diverse sedi, infatti, renderebbe il sindacato di legittimità sul provvedimento prefettizio, operato “alla luce delle risultanze della successiva delibazione di ammissibilità al controllo giudiziario”, contorto e viziato¹⁷⁴. Peraltro, con riferimento al piano giurisdizionale (quindi al rapporto tra giudice amministrativo e giudice penale), affermati i principi di coerenza e non contraddittorietà degli accertamenti, si è osservato come le conseguenze che derivano da questa assunzione sono tali per cui “l’abbandono del principio di unicità e l’affermazione di un principio di autonomia non possono giungere fino al punto di consentire che giudici diversi possano ricostruire “verità” diverse solo perché appartenenti ad ordini diversi o per via del fatto che il rapporto non può essere regolato attraverso l’efficacia del giudicato propriamente inteso”¹⁷⁵.

Eliminare il "ponte" potrebbe semplificare il sistema e rendere più chiaro il ruolo dell’informativa e del controllo giudiziario, ma potrebbe anche sollevare altre questioni riguardanti il ruolo e la competenza delle Autorità amministrative e giudiziarie nella prevenzione e nel contrasto alla criminalità organizzata. Potrebbe essere utile esaminare attentamente le implicazioni e le conseguenze di una tale modifica prima di decidere se sia la soluzione migliore.

8. Conclusioni

Le questioni affrontate inducono ad una riflessione conclusiva che tenga in considerazione gli importanti risvolti di natura dogmatica che è dato osservare. Si è lungamente approfondito il rapporto tra le misure dell’interdittiva antimafia e quella del controllo giudiziario delle aziende *ex art. 34 bis* co. 7 cod. antimafia. Valga evidenziare, in queste note conclusive, quanto essenziale sia - in una materia così profondamente intricata di valori costituzionali da preservare – restituire organicità e circolarità ai meccanismi legislativi che ne regolano l’applicazione. L’importante contenzioso, sia sotto il profilo quantitativo che qualitativo, conferma l’indiscussa rilevanza degli strumenti di prevenzione antimafia di competenza dell’Autorità prefettizia. Inoltre, il basso numero di pronunce di annullamento delle interdittive antimafia conferma il saggio ricorso allo strumento *de quo*, soprattutto alla luce del nuovo compendio normativo che, come noto, contempla, per le situazioni di “agevolazioni occasionale”, l’ulteriore strumento della c.d. prevenzione collaborativa. La centralità del sistema offerto dalla “documentazione antimafia” è messa

¹⁷³ R. ROLLI, M. MAGGIOLINI, *Interdittiva antimafia e giudicato penale* (nota a Consiglio di Stato sez. III, 4 febbraio 2021, n. 1049), disponibile su giustiziasieme.it, 2021.

¹⁷⁴ R. ROLLI, M. MAGGIOLINI, *op. cit.*

Si è osservato come “Le due autorità (amministrative e giudiziarie) motivano le proprie decisioni avendo parametri di giudizio differenti. Difatti, seppur per il giudice della prevenzione penale i fatti non sono tali da poter ammettere la società al controllo preventivo, gli evi elementi risultano sufficienti per l’emissione del provvedimento interdittivo in base al criterio del “più probabile che non”.

¹⁷⁵ Così F. FRANCARIO, *op. cit.*



chiaramente in luce dalla relazione semestrale della Direzione Investigativa Antimafia. Come noto, infatti, la DIA svolge un ruolo essenziale nel coordinamento del lavoro presso le prefetture per il tramite del Gruppo Interforze (gruppo che, soprattutto dopo la riforma del 2021, ha visto rafforzare il proprio ruolo nel procedimento antimafia.). Si è scritto, infatti, riprendo quanto già sostenuto dalla Commissione parlamentare antimafia che, se è vero che la Pubblica amministrazione rimanga “protagonista” del mercato degli appalti pubblici, è pur vero che le “mafie moderne sono assimilabili a veri e propri *trust* societari capaci di “mettere a disposizione dell’economia (...) il proprio capitale di relazione con i poteri, la riserva di violazione e non ultimo il capitale di ricchezze illecitamente accumulate”. In questo generale contesto di pervasività del fenomeno mafioso, infatti, la “questione prevenzione” è resa più rilevante dagli investimenti offerti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR). Il ruolo della documentazione antimafia, in questo quadro, è straordinariamente rilevante, ciò in quanto “i controlli antimafia continueranno a rappresentare la fase più delicata del sistema istituzionale posto a protezione del tessuto economico-sociale”. A tal proposito si può augurare un intervento legislativo che, in coerenza con quanto ha formato oggetto di riflessione in questa sede, possa restituire un quadro quanto più organico, soprattutto nel rapporto tra l’interdittiva antimafia ed il controllo giudiziario. Come già sostenuto, infatti, sarebbe auspicabile l’eliminazione di quello che, autorevole dottrina, ha qualificato come “ponte” e che, come noto, richiede la previa impugnazione del provvedimento interdittivo per poter accedere al controllo giudiziario su domanda di cui all’art. 34 *bis* co. 7 cod. antimafia.