

MARGHERITA INTERLANDI

Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli  
Federico II  
*margherita.interlandi@unina.it*

**INTERDITTIVE ANTIMAFIA E DIRITTI FONDAMENTALI  
NELLA PROSPETTIVA DELLA SEPARAZIONE DEI POTERI**

**ANTI-MAFIA INTERDICTIONS AND FUNDAMENTAL RIGHTS IN  
THE PERSPECTIVE OF THE SEPARATION OF POWERS**

SINTESI

Il saggio affronta il tema della tutela dei diritti fondamentali nell'ambito della disciplina delle interdittive antimafia, nella prospettiva della separazione dei poteri, evidenziando come l'assenza di una disciplina che delimiti, nei presupposti, l'applicazione delle misure preventive antimafia impedisce al giudice di esercitare un sindacato pieno ed effettivo. In particolare, dopo aver evidenziato i profili giuridici della disciplina preventiva antimafia che risultano disallineati sia alle garanzie costituzionali che presidiano la tutela della libertà personale, sia alle norme della CEDU, il lavoro si sofferma sulla presunta discrezionalità tecnica del potere del Prefetto, evocata dalla Corte Costituzionale (set. 57/2020) sulla base delle pronunce della giurisprudenza amministrativa, che, nel tempo, ha individuato una serie di comportamenti in presenza dei quali sarebbe legittimo presumere la sussistenza del pericolo giustificativo dell'applicazione della misura restrittiva. L'approccio seguito dalla Corte costituzionale viene sottoposto ad una revisione critica per giungere alla conclusione che il rapporto tra i poteri deve trovare legittimazione nella effettività dei diritti delle persone, la quale non può essere cedevole rispetto alla effettività del diritto pubblico senza che siano rispettate le garanzie costituzionali e della CEDU poste a presidio delle libertà fondamentali. In quest'ottica, si ritiene che il principio della *full jurisdiction*, invocata dalla dottrina per superare i limiti del sindacato giurisdizionale sul potere dell'amministrazione, potrebbe non essere sufficiente a garantire un controllo effettivo, in quanto il ricorso a tale "regola" sarebbe rimesso all'apprezza-

mento del giudice, il quale, nel caso delle interdittive, diversamente che in altri ambiti, appare, in molti casi, restio ad un controllo penetrante sulle misure prefettizie antimafia.

#### ABSTRACT

The essay addresses the theme of safeguarding fundamental rights within the framework of anti-mafia interdictions, from the perspective of the separation of powers, highlighting how the lack of a discipline that delimits, in its prerequisites, the application of anti-mafia preventive measures prevents the judge from exercising full and effective oversight. In particular, after highlighting the legal aspects of the anti-mafia preventive discipline, which are misaligned both with constitutional guarantees safeguarding personal freedom and with the norms of the European Convention on Human Rights (ECHR), the work focuses on the alleged technical discretion of the Prefect's power, evoked by the Constitutional Court based on administrative case law, which over time have identified a series of behaviors in the presence of which it would be legitimate to presume the existence of the justifying danger for the application of the restrictive measure. The approach followed by the Constitutional Court is subjected to a critical review to conclude that the relationship between powers must find legitimacy in the effectiveness of individuals' rights, which cannot be relinquished in relation to the effectiveness of public law without respecting the constitutional guarantees and those of the ECHR protecting fundamental freedoms. In this perspective, it is believed that the principle of full jurisdiction, invoked by doctrine to overcome the limits of judicial review over the administration's power, is not sufficient to ensure effective control, as the use of this "rule" would be left to the judge's discretion, who, in the case of interdictions, unlike in other areas, appears reluctant to conduct thorough scrutiny of anti-mafia prefectural measures.

PAROLE CHIAVE: misure preventive antimafia - discrezionalità tecnica - separazione dei poteri - controllo giurisdizionale - full jurisdiction - effettività dei diritti.

KEYWORDS: Anti-mafia injunctions - technical discretion - separation of powers - judicial control - full jurisdiction - effectiveness of rights.

INDICE: 1 Misure preventive antimafia e tutela dei diritti fondamentali nel perimetro della separazione dei poteri; 2. La presunta natura tecnica della discrezionalità del Prefetto: profili critici; 3. Le interdittive antimafia nel quadro delle fonti europee; 3.1. Una possibile attenuazione degli effetti distorsivi delle interdittive: la cd. agevolazione occasionale e l'obbligo di contraddittorio; 4. Effettività del diritto ed effettività dei diritti: funzione e confini del controllo giurisdizionale; 5. Conclusioni: la separazione dei poteri nel paradigma della effettività dei diritti.

## **1. Misure preventive antimafia e tutela dei diritti fondamentali nel perimetro della separazione dei poteri**

Il presente contributo<sup>1</sup> affronta il problema della tutela dei diritti fondamentali incisi dalle misure di prevenzione antimafia, nella specifica prospettiva della separazione dei poteri. Si ritiene, infatti, che la effettività dei diritti fondamentali, sia sul piano sostanziale che sul piano processuale, dipenda dalle modalità con cui si relazionano i poteri dell'amministrazione e quello dei giudici.

Sappiamo bene che il processo di giuridificazione della discrezionalità amministrativa ha indotto la scienza giuridica ad elaborare limiti e contenimenti all'esercizio arbitrario del potere, individuando nella legge e nelle garanzie procedurali il presidio fondamentale delle libertà individuali, *in primis* di quelle economiche.

Ciò ha portato, a sua volta, a circoscrivere il principio della separazione dei poteri negli angusti spazi del merito, con la conseguenza che solo dinanzi ad «*interessi amministrativamente protetti*», al giudice amministrativo sarebbe precluso di ingerire nelle scelte dell'amministrazione «*mentre in relazione alle valutazioni che non attengono all'assetto degli interessi, soprattutto di natura tecnica, il principio di separazione non sarebbe ormai più di ostacolo ad un sindacato penetrante e di tipo "intrinseco"*»<sup>2</sup>.

Sulla base di queste prime considerazioni, si ritiene che la disciplina delle misure amministrative preventive di contrasto alla mafia appare sin d'ora disal-

---

1 Il presente contributo è frutto della rielaborazione della relazione svolta al seminario del 26 maggio 2023 al Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania-Napoli intitolato "Giudice amministrativo e diritti fondamentali".

2 Tar Lazio, sez. III, 28 maggio 2021, n. 6327. In argomento si veda anche A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2023, 1, 393 ss.

lineata al disegno costituzionale, laddove, come vedremo di qui a poco, il provvedimento amministrativo affittivo viene adottato sulla base di un giudizio prognostico e indiziario, ancorato al parametro del “più probabile che non”<sup>3</sup>, in ordine al rischio o al pericolo di permeabilità della criminalità organizzata nelle attività di impresa che entrano in contatto con la P.A.

Ci si riferisce, in particolare, all'istituto dell'informativa antimafia, prevista dall'art. 91, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, che obbliga le amministrazioni ad acquisire la documentazione antimafia prima di stipulare contratti con operatori economici privati<sup>4</sup>.

L'informativa in questione è rilasciata dal Prefetto, il quale in caso di decadenza, sospensione o divieto o di tentativo di infiltrazione mafiosa deve disporre le verifiche occorrenti e rilasciare, nel caso, l'interdittiva ai sensi dell'art. 92, co. 2, d.lgs. n. 159/2011.

Tale misura si fonda su presupposti meramente indiziari e prognostici, attraverso cui il Prefetto accerta, in base al parametro del “più probabile che non”, la permeabilità della criminalità organizzata nelle attività di impresa che entrano in contatto con la pubblica amministrazione<sup>5</sup>.

---

3 Sul punto, *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 3 aprile 2019, n. 2211, ove si afferma che «Tale pericolo deve essere valutato secondo un ragionamento induttivo, di tipo probabilistico, che non richiede di attingere un livello di certezza oltre ogni 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, sulla base di indizi gravi, precisi e concordanti, sì da far ritenere “più probabile che non”, appunto, il pericolo di infiltrazione mafiosa».

4 Sulle interdittive antimafia v. M. MAZZAMUTO, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in *Giustamm.it*, 2016, 3, 8 ss.; G. COCA, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta “anticipata” alla criminalità organizzata*, in *Giustamm.it*, 2018, 6, 3 ss.; P. TONNARA, *Informative antimafia e discrezionalità del Prefetto*, in *Urb. app.*, 2017, 2, 223 ss.; P. TRONCONE, *Origine ed evoluzione delle misure preventive antimafia*, in G. AMARELLI - S.S. DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2019, 1 ss.; A. MEZZOTERO, *Le informative prefettizie antimafia: natura, tipologie ed effetti interruttivi*, in *Giurisprudenza di merito*, 2009, 4, 1073 ss.; G. D'ANGELO, *Il tentativo d'infiltrazione mafiosa ai fini dell'adozione dell'informazione interdittiva, tra garanzie procedurali, tassatività sostanziale e sindacato giurisdizionale*, in *Foro it.*, 2021, 10, III, 517 ss.; F. FIGORILLI, W. GIULIETTI, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela giurisdizionale*, in *Federalismi.it*, 2021, 14, 56 ss..

5 In particolare, in base all'art. 84, comma 4, le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa che danno luogo all'adozione dell'informazione antimafia interdittiva di cui al comma 3 sono desunte: a) dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluni dei delitti di cui agli articoli 353, 353-

Già l'utilizzo di tale parametro valutativo, che si distingue da quello dell'oltre "ogni ragionevole dubbio" richiesto nel giudizio penale, colloca la misura, per usare le parole di autorevoli dottrina, proprio nel "ragionevole dubbio", dal momento che la valutazione, oltre a risultare pienamente opinabile e soggettiva, non richiede una soglia di accertamento rigorosa e precisa<sup>6</sup>.

Ed è poi proprio il carattere altamente soggettivo della valutazione in sede amministrativa che può determinare esiti che possono non essere confermati in sede di giurisdizione penale e, ulteriormente, la difficoltà proprio di accertamento e di sindacabilità in sede di giustizia amministrativa.

---

bis, 603-bis, 629, 640-bis, 644, 648-bis, 648-ter del codice penale, dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale e di cui all'articolo 12-quinquies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, nonché dei delitti di cui agli articoli 2, 3 e 8 del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74; (*lettera così modificata dall'art.3, comma 10, del decreto-legge n. 19 del 2024*); b) dalla proposta o dal provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione; c) salvo che ricorra l'esimente di cui all'articolo 4 della legge 24 novembre 1981, n. 689, dall'omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di cui agli articoli 317 e 629 del codice penale, aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, da parte dei soggetti indicati nella lettera b) dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, (*ora art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016*) anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste; d) dagli accertamenti disposti dal prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'interno ai sensi del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, ovvero di quelli di cui all'articolo 93 del presente decreto; e) dagli accertamenti da effettuarsi in altra provincia a cura dei prefetti competenti su richiesta del prefetto procedente ai sensi della lettera d); f) dalle sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, effettuate da chiunque conviva stabilmente con i soggetti destinatari dei provvedimenti di cui alle lettere a) e b), con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti coinvolti nonché le qualità professionali dei subentranti, denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia. Inoltre, il comma 4-bis dispone che: la circostanza di cui al comma 4, lettera c), deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente alla prefettura della provincia in cui i soggetti richiedenti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, hanno sede ovvero in cui hanno residenza o sede le persone fisiche, le imprese, le associazioni, le società o i consorzi interessati ai contratti e subcontratti di cui all'articolo 91, comma 1, lettere a) e c) o che siano destinatari degli atti di concessione o erogazione di cui alla lettera b) dello stesso comma 1.

6 Cfr. F.G. SCOCA, *Interdittive e la razionalità, la ragionevolezza*, op. cit.

Già da queste prime considerazioni emerge allora una distorsione nel rapporto tra legge – potere- e giudice rispetto alla tutela delle libertà fondamentali.

Nella letteratura tradizionale, infatti, tale rapporto si è attestato progressivamente sul profilo delle garanzie del privato rispetto l'esercizio del potere, sì che il perimetro della discrezionalità si è gradualmente definito in relazione al ragionevole equilibrio tra queste garanzie e l'effettività dell'interesse pubblico perseguito. In altri termini la discrezionalità dell'amministrazione è stata progressivamente ancorata alla ponderazione degli interessi in gioco<sup>7</sup>.

Nel caso delle interdittive antimafia, invece, si verifica un'anomalia rispetto a tale rapporto, dal momento che il legislatore conferisce all'autorità amministrativa, e dunque al Prefetto, un potere vincolato all'adozione della misura preventiva, fondato su un giudizio prognostico. Un giudizio, quindi, basato sull'accertamento dei fatti che, come si è detto, è difficilmente sindacabile dal giudice amministrativo. In altri termini, la legge vincola l'amministrazione all'adozione di provvedimenti che sono particolarmente restrittivi della libertà di impresa del cittadino, senza avere definito le garanzie per la tutela e la difesa di tale libertà.

Nel sistema tradizionale, la legge dovrebbe conferire il potere e, altresì, individuare i limiti al suo esercizio. A questi limiti si aggiungono, poi, quelli posti attraverso il procedimento a tutela e a garanzia della posizione del privato e di quegli interessi secondari che concorrono alla realizzazione della discrezionalità amministrativa.

Nel caso delle interdittive<sup>8</sup> questa possibilità di ponderare gli interessi rispetto al caso concreto non c'è, in quanto, a fronte del giudizio sul rischio di permeabilità mafiosa, le autorità sono sempre vincolate nell'adozione di un provvedimento, che risulta essere più afflittivo che preventivo.

---

<sup>7</sup> M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1993.

<sup>8</sup> Si ritiene che le riflessioni possano estendersi anche ad un altro settore sensibile, quale quello dell'immigrazione. Sul tema sia consentito rinviare a M. INTERLANDI, *Fenomeni immigratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, Torino, Giappichelli, 2018.

In queste ipotesi, le amministrazioni, quindi, non hanno la possibilità di calibrare e modulare il provvedimento affittivo rispetto alle caratteristiche del caso concreto.

Ciò vuol dire che anche laddove il grado di permeabilità mafiosa accertata sia lieve o non del tutto certo, l'amministrazione sarà obbligata ad adottare la misura interdittiva. I provvedimenti così disposti, di fatto, impediranno lo svolgimento *tout court* di una attività di impresa. In questa ipotesi, inoltre, l'operatore economico colpito dalla interdittiva non si vede solo precluso l'accesso ai contratti pubblici ma si potrebbe, altresì, trovare impossibilitato ad avviare qualsiasi attività economica. Il che verosimilmente lo esporrà al dissesto o al fallimento.

In questo schema, quindi, la legge vincola l'amministrazione al raggiungimento di un obiettivo di interesse pubblico, evitare l'infiltrazione mafiosa, sulla base di un giudizio soggettivo difficilmente sindacabile.

## **2. La presunta natura tecnica della discrezionalità del Prefetto: profili critici**

L'afflittività di questo sistema si coglie, ad avviso di chi scrive, ancor di più se si analizza l'orientamento del Consiglio di Stato, espresso nella sentenza n.1743 del 2016 con cui si è cercato di individuare le fattispecie "caso", ovvero situazioni indiziarie in cui si ritiene quasi certo il verificarsi dell'ingerenza della criminalità nella attività di impresa, tale da giustificare l'applicazione della misura interdittiva<sup>9</sup>.

Nella pronuncia in esame, infatti, la misura interdittiva può essere applicata anche ai «*soggetti semplicemente conniventi con la mafia, per quanto non concorrenti, nemmeno esterni, con siffatta forma di criminalità, e persino imprenditori soggiogati dalla sua forza intimidatoria e vittime di estorsioni*». La sanzione viene, quindi, ritenuta legittima anche se inflitta a soggetti che non sono, di fatto, collusi con la criminalità organizzata.

---

<sup>9</sup> Cons. Stato, sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

Con la conseguenza che il limite alla libertà di iniziativa economica, costituzionalmente garantita dall'art 41 Cost., sarà disposto anche nei confronti di chi sia semplicemente vittima di un sistema criminale.

E tale orientamento è sostenuto, peraltro, nella completa consapevolezza dei giudici che molto spesso le imprese e gli imprenditori sono costretti a soccombere a tale sistema criminale *«per omertà o, non ultimo, per il timore della sopravvivenza propria e della propria impresa»*.

Sotto altro profilo, la sentenza appena richiamata solleva qualche perplessità laddove essa si spinge ad elencare le situazioni “tipo”, da cui il rischio di infiltrazioni sarebbe pressoché certo con risultati non sempre e non del tutto apprezzabili.

Tale elencazione si articola in tre sottogruppi: il primo collega la misura a provvedimenti giudiziari precedenti; il secondo collega la misura ad elementi indiziari che si riferiscono alla gestione della attività di impresa; il terzo collega la misura alla natura dei rapporti tra chi, all'interno dell'impresa, è estraneo e chi, invero, partecipa all'organizzazione criminale<sup>10</sup>.

Proprio con riferimento a tale ultima ipotesi appare assolutamente ingiustificata, sotto il profilo della proporzionalità della misura, la possibilità di disporre l'interdittiva sulla base *«di rapporti, frequentazioni, conoscenza, colleganza, amicizia di titolari, soci, amministratori, dipendenti dell'impresa con soggetti raggiunti da provvedimenti di carattere penale o da misure di prevenzione antimafia»*<sup>11</sup>.

Ciò vorrebbe dire che un'impresa potrebbe essere colta da interdittiva antimafia già solo per la presenza di un dipendente che meramente conosce una persona a cui è stata disposta una misura di prevenzione.

In questo caso, l'imprenditore, che con ogni probabilità non è a conoscenza del rapporto tra il suo dipendente e la persona destinataria di misura di prevenzione, si vedrebbe corrispondere una interdittiva antimafia. Con la con-

---

10 J. P. DE JORIO, *Le interdittive antimafia ed il difficile bilanciamento con i diritti fondamentali*, Jovene, Napoli, 2019.

11 Cons. Stato, sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

seguenza che l'imprenditore, pur non essendo coinvolto nel rapporto "incriminato", finisce per subire una grave ed ingiusta limitazione della sua libertà, sulla base di un legame che, da un lato non lo riguarda e, dall'altro lato, potrebbe non aver nessun impatto sulla attività che svolge.

Senza contare che, tale limitazione finirebbe per ripercuotersi anche sui dipendenti dell'impresa, estranei ad ogni tipo di condotta fraudolenta.

Sulla base di queste considerazioni, in ordine alle ipotesi individuate dalla giurisprudenza, in cui si ritiene legittima l'applicazione della misura interdittiva, il quadro risulta oltremodo critico, non solo perché si sacrifica la libertà di iniziativa economica, espressa dall'art 41 Cost., ma, più in generale, si sacrifica il diritto al lavoro, riconosciuto dall'art. 4 Cost., di ogni dipendente dell'impresa interdetta.

Queste considerazioni evidenziano che la prevenzione, inizialmente fondata sulla pericolosità sociale dell'individuo, finisce, come evidenzia parte della dottrina con *«l'essere giustificata esclusivamente dallo scopo (prevenire l'infiltrazione mafiosa) anche se la misura colpisce chi non è pericoloso, ma semmai, è vittima di chi è pericoloso»*<sup>12</sup>.

Sul piano sistematico, la fattispecie in esame si inserisce nell'ambito di quei provvedimenti amministrativi, che operando nel settore della tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza, sono discrezionali nell'accertamento dei presupposti e vincolati nell'applicazione della misura che da esso discende.

La questione può essere, forse, meglio compresa se si mette a raffronto tale disciplina con quella prevista per le misure preventive penali per le quali, come sappiamo, a partire dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 23/1964<sup>13</sup>, il giudizio di pericolosità sociale, quale presupposto delle stesse, è stato saldamente ancorato a parametri molto stringenti, tra cui quello della attualità, spingendo la Corte Costituzionale a ritenere che proprio la particolare

---

12 Cfr. G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Effettività del diritto amministrativo tra politiche pubbliche, regole e decisioni amministrative*, in *Diritto amministrativo effettivo*, Bologna, il Mulino, 2022.

13 Corte Cost., 23 marzo 1964, n. 23.

afflittività delle misure legittimasse il giudice a rivalutare d'ufficio l'attualità del pericolo, riconoscendogli poteri istruttori assolutamente penetranti<sup>14</sup>.

Ciò ha favorito il compimento di quello che possiamo definire il “processo di costituzionalizzazione” delle misure preventive penali, fondato sul ragionevole bilanciamento tra interesse pubblico primario e libertà personali.

Inoltre, a differenza delle misure preventive amministrative, quelle penali di carattere patrimoniale incontrano un limite nella garanzia del soggetto a non essere privato dei mezzi di sostentamento, sì che in presenza di tale rischio, il giudice può escludere la decadenza o la sospensione delle autorizzazioni o licenze connesse allo svolgimento di attività economiche<sup>15</sup>. Tale disparità è stata riconosciuta anche dalla Corte Costituzionale<sup>16</sup> che pur confermando la legittimità della disciplina, ha dato un monito al legislatore a superare la difformità di trattamento.

Il processo di costituzionalizzazione delle misure restrittive personali in ambito amministrativo non ha trovato, come in ambito penale, adeguato compimento e difficilmente questo potrà verificarsi senza un efficace intervento normativo, e ciò a causa della presunta natura tecnica della discrezionalità della decisione prefettizia, evocata dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 57/2020<sup>17</sup>. In questa pronuncia, infatti, la Consulta ha consacrato la legittimità della disciplina delle interdittive antimafia facendo leva su due argomenti prin-

---

14 Cfr. Corte cost., 2 dicembre 2013, n. 291, nonché, Cfr. Corte cost., 24 novembre 1994, n. 419, in cui, in particolare, si osserva che «...la legittimità costituzionale delle misure di prevenzione – in quanto limitative, a diversi gradi, della libertà personale – è necessariamente subordinata, innanzitutto, all'osservanza del principio di legalità, individuato nell'art. 13, secondo comma, della Costituzione, nonché nell'art. 25, terzo comma, della medesima Carta nel quale, pur se riferito espressamente alle “misure di sicurezza”, è stata solitamente rinvenuta la conferma di tale principio anche per la categoria delle misure di prevenzione, data l'identità del fine (prevenzione dei reati) perseguito da entrambe (ritenute due species di un unico genus), aventi a presupposto la pericolosità sociale dell'individuo». Cfr., anche, Corte cost., 16 dicembre 1980, n. 177.

15 Art. 67, co. 5, d.lgs. n. 159/2011.

16 Corte Cost., 19 luglio 2022, n. 180, ove si afferma chiaramente che «deve trovare soddisfazione in tempi rapidi la necessità di accordare tutela alle esigenze di sostentamento dei soggetti che subiscono, insieme alle loro famiglie, a causa delle inibizioni all'attività economica, gli effetti dell'informazione interdittiva».

17 Cfr.: Corte Cost., 26 marzo 2020, n. 57.

cipali: la presunta natura tecnica della discrezionalità del Prefetto e la, altrettanto presunta, provvisorietà della misura<sup>18</sup>.

Sul profilo della discrezionalità tecnica, essa viene di fatto ancorata alla tassonomia giurisprudenziale delle situazioni indiziarie, che, integrando il dato normativo, trasformerebbe la discrezionalità “amministrativa” in discrezionalità “tecnica”.

L'argomentazione si presta a più di un'obiezione. La prima riguarda la nozione di discrezionalità tecnica, ancorata a situazioni indiziarie (peraltro anche esse da valutare e soppesare), che nulla hanno a che vedere con le tradizionali nozioni tecnologiche o scientifiche suscettibili di margini di opinabilità, che costituiscono invece l'essenza della c.d. discrezionalità “tecnica”<sup>19</sup>. La seconda obiezione è che «*il giudice penale è notoriamente “giudice del fatto” anche e soprattutto perché possiede degli strumenti istruttori che quel fatto gli consentono di conoscere; strumenti che, come tra poco illustreremo meglio, mancano tanto al Prefetto quanto al giudice amministrativo*»<sup>20</sup>.

Altrettanto debole risulta il tema della presunta provvisorietà della misura, se si considera che la giurisprudenza amministrativa, anche in seguito all'intervento della Corte Costituzionale, ha continuato a predicarne una sorta di ultrattività, fino a prova contraria, gravante sull'impresa colpita dalla misura<sup>21</sup>.

### **3. Le interdittive antimafia nel quadro delle fonti europee**

Sotto altro profilo, la disciplina delle interdittive antimafia risulta disallineata anche rispetto alle fonti sovranazionali.

---

18 In senso critico v. A. CARIOLA, *Che contenuto ha la libertà personale? Interdittive antimafia, sindacato sull'esercizio del potere amministrativo e problemi di giurisdizione*, in *Diritti fondamentali.it*, 2021, 1, 277 ss.

19 Sul punto, cfr.: D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995.

20 A. LONGO, *La Corte costituzionale e le informative antimafia. Minime riflessioni a partire dalla sentenza n. 57 del 2020*, in *Nomos*, 2020, 2, 9 ss.

21 M. NOCCELLI, *Le informazioni antimafia tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, in *www.giustizia-amministrativa* 2020.

La Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, infatti, com'è noto, subordina la legittimità delle limitazioni alle libertà individuali da parte dei poteri pubblici al bilanciamento, in termini di proporzionalità, tra l'utilità di pubblico interesse che si intende perseguire e il pregiudizio subito dalla persona<sup>22</sup>.

Ebbene il disallineamento delle misure preventive da tale quadro giuridico risiede nel fatto che all'amministrazione è preclusa la possibilità di svolgere questo bilanciamento: il Prefetto, infatti, se ritiene sussistente il rischio di infiltrazione mafiosa adotta la misura.

Il problema era stato affrontato dalla Corte Europea, sezione Grande Camera, che nella sentenza "De Tommaso" del 2017 aveva a posto in discussione la legge italiana n. 1423/1956 (oggi confluita nel d.lgs. 159/2011), relativa all'applicabilità delle misure di prevenzione a soggetti ritenuti pericolosi (in senso "generico"), la quale non garantiva la prevedibilità della misura. In altri termini, secondo il giudizio espresso dalla Grande Camera, la non tassatività di tale normativa avrebbe consentito all'autorità pubblica competente di agire con una eccessiva discrezionalità, precludendo, quindi, adeguate garanzie contro possibili abusi. Nello specifico, la Corte ha sottolineato il principio per cui una norma può ritenersi prevedibile solo se indica le condizioni, che legittimano l'esercizio dei pubblici poteri, tutelando il destinatario della misura restrittiva da possibili arbitri. Vale, infine, la pena ricordare che la Corte EDU ha, in più occasioni, ribadito, anche al di fuori del sistema delle misure preventive, che una misura incidente sulla libertà personale<sup>23</sup> deve essere formulata in modo circostanziato anche al fine di rispettare il principio di legalità.

Detto in altri termini, la norma per essere prevedibile deve essere connotata da necessaria chiarezza, e ciò anche nell'ottica di garantire il fondamentale

---

<sup>22</sup> In tema, sia consentito rinviare a M. INTERLANDI, *Il caso De Tommaso c. Italia e i possibili riflessi sull'applicazione dei provvedimenti limitativi della libertà di soggiorno degli extracomunitari*, in *Giustamm.it*, 2018, 4, 13 ss.; A. CORRADO, M. INTERLANDI, *Prevenzione amministrativa e interdittive antimafia. Profili di diritto amministrativo*, in L. DELLA RAGIONE, A. MARANDOLA, A. ZAMPAGLIONE (a cura di), *Misure di prevenzione interdittive antimafia e procedimento*, Milano, Giuffrè, 2022.

<sup>23</sup> C. EDU, Ciobanu c. Romania e Italia, 9 luglio 2013.

valore della certezza del diritto. Senza trascurare, inoltre, l'ulteriore rilievo, secondo cui il requisito della determinatezza della misura assume rilievo specifico sotto il profilo della effettività della tutela, laddove la garanzia del controllo giurisdizionale rischierebbe di essere meno penetrante, in mancanza di parametri puntuali e circostanziati, che ne delimitino il potere<sup>24</sup>.

Su questo disallineamento la Corte Costituzionale nella sentenza n. 57/2020 non ha fornito alcun chiarimento<sup>25</sup>, sebbene la stessa Corte sia stata, in altre occasioni, protagonista di pronunce molto significative in tema di misure amministrative preventive, afflittive della libertà personale. Infatti, nelle sentenze nn. 172/2012 e 202/2013, pronunciate con riferimento ai provvedimenti espulsivi degli immigrati, fondati o su ingiusti automatismi normativi o su una eccessiva discrezionalità amministrativa nella individuazione del pericolo o della minaccia dell'ordine pubblico<sup>26</sup> la Consulta aveva espressamente affermato «*che la tecnica principale di tutela dei diritti fondamentali della persona è quella della ponderazione in concreto degli interessi in gioco*», individuando nei confronti dell'autorità pubblica l'obbligo di valutare “caso per caso” la situazione soggettiva della persona straniera.

La disciplina sul soggiorno degli stranieri extracomunitari presenta molte analogie con quella in esame. Infatti, in entrambi i casi lo Stato persegue un interesse pubblico di primaria importanza che attiene all'ordine pubblico e alla sicurezza; in entrambi i casi è preclusa all'autorità pubblica di bilanciare caso per caso tale interesse con le libertà individuali specificamente tutelate anche in ambito europeo dalla CEDU; in entrambi i casi la disciplina sostanziale è costruita

---

24 Al riguardo giova rilevare, ad esempio, che la Cassazione, S.U., si è già allineata alle indicazioni espresse dalla Corte EDU, ritenendo non applicabili le sanzioni penali conseguenti all'inottemperanza alle prescrizioni delle misure preventive, le quali, difettando del requisito della determinatezza, non potrebbero integrare la fattispecie penale oggetto della sanzione; cfr. C. Cass., S.U., sent. n. 40076/2017.

25 Al riguardo, sia consentito rinviare a M. INTERLANDI, *Il caso De Tommaso c. Italia*, cit.

26 M. SAVINO, *La libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, Giuffrè, 2012; G. CORSO, *Ordine pubblico*, Bologna, il Mulino, 1979; G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà. Premesse per uno studio sui rapporti fra sicurezza pubblica e democrazia amministrativa*, Napoli, ESI, 2010.

in modo tale da neutralizzare, di fatto, l'effettività della tutela giurisdizionale<sup>27</sup>. Infine, in entrambi i casi emerge una palese distorsione dello Stato costituzionale di diritto, laddove si fa ricadere sui singoli individui la responsabilità di situazioni di pericolo per l'ordine pubblico e la sicurezza che sono, invece, causati da comportamenti altrui, anche quando questi soggetti non solo non sono pericolosi ma semmai sono le vittime principali di chi è pericoloso<sup>28</sup>.

### 3.1. Una possibile attenuazione degli effetti distorsivi delle interdittive: la cd. agevolazione occasionale e l'obbligo di contraddittorio

Le criticità sin qui evidenziate hanno indotto il legislatore ad intervenire per mitigare gli effetti distorsivi di questa disciplina. Ci si riferisce al d.l. 6 novembre 2021, n. 152 che ha introdotto l'ipotesi di agevolazione occasionale, in presenza della quale l'imprenditore è tenuto a rispettare una serie di prescrizioni, di tipo collaborativo, volte ad evitare che l'occasionalità della agevolazione diventi un pericolo di infiltrazione<sup>29</sup>.

L'intento è quello di accompagnare l'impresa in quel processo di c.d. "self cleaning" senza che, però, venga compromessa o messa a rischio la libertà di iniziativa economica.

Il decreto in esame ha, infatti, disposto, da un lato, l'introduzione nel procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia, del contraddittorio con

---

27 Sul punto, sia consentito rinviare a M. INTERLANDI, *Fenomeni immigratori*, cit., p. 4; S. D'ANTONIO, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato italiano*, in *Dir. proc. Amm.*, 2017, 2, 534 ss.

28 Un'impresa, come già anticipato, rischia di essere colta da interdittiva antimafia già solo per la presenza di un dipendente che conosce una persona a cui è stata disposta una misura di prevenzione. In questo caso, l'imprenditore, che con ogni probabilità potrebbe non essere nella condizione di sapere della "conoscenza" tra il suo dipendente e la persona destinataria di misura di prevenzione, si vedrebbe corrispondere una interdittiva antimafia e, in ragione di questa, subirebbe una grave limitazione di una libertà costituzionalmente garantita, sulla base di un legame che, da un lato non lo riguarda e, dall'altro lato, potrebbe non aver nessun impatto sulla attività che svolge. Senza contare che tale limitazione avrebbe esiti pregiudizievoli anche nei confronti di chi lavora nell'impresa e che, al pari dell'imprenditore ma anche del dipendente "conoscente" del "criminale", sarebbe del tutto estraneo ad ogni tipo di condotta fraudolenta. Come evidenziato da A. BARBANO, *L'inganno. Antimafia. Usi e soprusi dei professionisti del bene*, Venezia, Marsilio, 2022, «L'interdittiva per la legge è una misura amministrativa a protezione delle aziende. Per una famiglia innocente è una bomba atomica, che esplose distruggendo con le sue radiazioni tutte le relazioni economiche, civili e affettive».

29 Ci si riferisce, in particolare, al nuovo art. 94- bis del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159.

l'impresa e, dall'altro, per quanto qui di interesse, ha introdotto un nuovo articolo, il 94- bis, rubricato “*Misure amministrative di prevenzione collaborativa applicabili in caso di agevolazione occasionale*”<sup>30</sup>.

La nuova misura introdotta dalla novella, oltre a mitigare il sistema di prevenzione amministrativo, basato principalmente sulle interdittive, sembra allinearsi con le misure di prevenzione disposte in sede di giudizio penale e che, come detto sopra, risultano essere meno afflittive, nonostante siano disposte dal giudice dei “fatti” e secondo il parametro dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

---

30 La norma prevede che «1. Il prefetto, quando accerta che i tentativi di infiltrazione mafiosa sono riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale, prescrive all'impresa, società o associazione interessata, con provvedimento motivato, l'osservanza, per un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore a dodici mesi, di una o più delle seguenti misure: a) adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli articoli 6,7, e 24-ter del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, atte a rimuovere e prevenire le cause di agevolazione occasionale; b) comunicare al gruppo interforze istituito presso la prefettura competente per il luogo di sede legale o di residenza, entro quindici giorni dal loro compimento, gli atti di disposizione, di acquisto o di pagamento effettuati, gli atti di pagamento ricevuti, gli incarichi professionali conferiti, di amministrazione o di gestione fiduciaria ricevuti, di valore non inferiore a 5.000 euro o di valore superiore stabilito dal prefetto, sentito il predetto gruppo interforze, in relazione al reddito della persona o al patrimonio e al volume di affari dell'impresa; c) per le società di capitali o di persone, comunicare al gruppo interforze i finanziamenti in qualsiasi forma, eventualmente erogati da parte dei soci o di terzi; d) comunicare al gruppo interforze i contratti di associazione in partecipazione stipulati; e) utilizzare un conto corrente dedicato, anche in via non esclusiva, per gli atti di pagamento e riscossione di cui alla lettera b), nonché per i finanziamenti di cui alla lettera c), osservando, per i pagamenti previsti dall'articolo 3, comma 2, della legge 13 agosto 2010, n. 136, le modalità indicate nella stessa norma. 2. Il prefetto, in aggiunta alle misure di cui al comma 1, può nominare, anche d'ufficio, uno o più esperti, in numero comunque non superiore a tre, individuati nell'albo di cui all'articolo 35, comma 2- bis, con il compito di svolgere funzioni di supporto finalizzate all'attuazione delle misure di prevenzione collaborativa. Agli esperti di cui al primo periodo spetta un compenso, determinato con il decreto di nomina, non superiore al 50 per cento di quello liquidabile sulla base dei criteri stabiliti dal decreto di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 4 febbraio 2010, n. 14. Gli oneri relativi al pagamento di tale compenso sono a carico dell'impresa, società o associazione. 3. Le misure di cui al presente articolo cessano di essere applicate se il tribunale dispone il controllo giudiziario di cui all'articolo 34-bis, comma 2, lettera b). Del periodo di loro esecuzione può tenersi conto ai fini della determinazione della durata del controllo giudiziario. 4. Alla scadenza del termine di durata delle misure di cui al presente articolo, il prefetto, ove accerti, sulla base delle analisi formulate dal gruppo interforze, il venir meno dell'agevolazione occasionale e l'assenza di altri tentativi di infiltrazione mafiosa, rilascia un'informazione antimafia liberatoria ed effettua le conseguenti iscrizioni nella banca dati nazionale unica della documentazione antimafia. 5. Le misure di cui al presente articolo sono annotate in un'apposita sezione della banca dati di cui all'articolo 96, a cui è precluso l'accesso ai soggetti privati sottoscrittori di accordi conclusi ai sensi dell'articolo 83-bis, e sono comunicate dal prefetto alla cancelleria del tribunale competente per l'applicazione delle misure di prevenzione».

In questo modo si è introdotto nel sistema preventivo delle interdittive il principio della collaborazione<sup>31</sup>, spostando l'asse della misura dal terreno afflittivo della punizione a quello del supporto all'impresa che pur essendo estranea all'organizzazione potrebbe suo malgrado essere vittima del fenomeno, per uscire dalla spirale del giudizio di pericolosità, salvando così la libertà economica e personale sua e dei suoi dipendenti.

Difatti, la vigilanza collaborativa al pari dell'amministrazione e del controllo giudiziario, nei casi non meglio definiti di "agevolazione occasionale", consente all'impresa di continuare a svolgere la propria attività nel rispetto di alcune prescrizioni e correttivi, sottesi al ripristino di una legalità imprenditoriale la cui violazione si ritiene essere appena embrionale.

Una volta scaduto il termine di durata della misura *de qua* (da sei a dodici mesi), il Prefetto, laddove accerti il venir meno dell'agevolazione occasionale e l'assenza di altri tentativi di infiltrazione mafiosa, sulla base delle analisi formulate dal gruppo interforze, rilascia un'informazione antimafia liberatoria ed effettua l'iscrizione nella banca dati nazionale unica della documentazione antimafia.

In questo modo si accompagna l'impresa in quel processo di "self cleaning" senza che, però, venga compromessa o messa a rischio la libertà di iniziativa economica.

La misura, sicuramente apprezzabile nei termini in cui consente il continuo della attività di impresa, presenta, è doveroso dirlo, almeno due criticità.

La prima si riferisce sempre all'ampia discrezionalità del Prefetto di dare concretizzazione a concetti quanto mai generici<sup>32</sup> come quello "dell'agevolazio-

---

31 M. VULCANO, *Le modifiche del decreto-legge n. 152/2021 al codice antimafia: il legislatore punta sulla prevenzione amministrativa e sulla compliance 231 ma non risolve i nodi del controllo giudiziario*, in *GiurisprudenzaPenale.com*, 2021, 11.

32 In quanto tali rientranti nella categoria dei concetti giuridici indeterminati, sul tema, *ex multis*, v. F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm. proc.*, 1983, 4, 371 ss.; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, Cedam, 1984; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995; F.G. COCCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 4, 1045 ss.; N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, Ce-

ne occasionale”, presupposto necessario affinché la misura possa essere disposta.

In altri termini, il *discrimen* tra vigilanza collaborativa e interdittiva antimafia risiede proprio nella occasionalità o, al contrario, nella stabilità del rapporto tra impresa e criminalità organizzata: nel primo caso troverebbe applicazione la vigilanza collaborativa, nel secondo l'interdittiva.

La valutazione della occasionalità, o al contrario della stabilità, è sempre rimessa alla pura discrezionalità del Prefetto. Una valutazione che sarebbe priva di parametri di riferimento e che, quindi, potrebbe essere interpretata diversamente a seconda della severità, o al contrario della flessibilità, con cui tanto la occasionalità quanto la stabilità verrebbero interpretate dall'autorità competente.

In secondo luogo, poi, se è vero che la vigilanza collaborativa richiama, per certi versi, la misura del controllo giudiziario, è altrettanto vero che tra le due misure di prevenzione sembra mancare un adeguato coordinamento.

In relazione al mancato coordinamento tra le misure adottate in sede amministrativa e penale è infatti intervenuta anche l'Adunanza Plenaria<sup>33</sup>, che ha riconosciuto la piena autonomia e indipendenza delle procedure relative al controllo giudiziario “volontario” e al giudizio amministrativo avente ad oggetto l'impugnazione dell'informazione antimafia interdittiva<sup>34</sup>.

dam, 2000; F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 4, 791 ss.; G. FIDONE, *I “gravi illeciti professionali” come motivo di esclusione dalle gare pubbliche: l'“affidabilità” e l'“integrità” dell'impresa quali concetti giuridici indeterminati*, in *Dir. amm.*, 2022, 3, 779 ss.; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa: indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, Giuffrè, 1993; S. SPAVENTA, *La giustizia nell'amministrazione e altri scritti*, Napoli, 2006; S. VENEZIANO, *Il controllo giurisdizionale su concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità tecnica in Italia*, [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it), 2005.

33 Cons. Stato, Ad. plen., 13 febbraio 2023, n. 6; Cons. Stato, Ad plen., 13 febbraio 2023, n. 7; Cons. Stato, Ad plen., 13 febbraio 2023, n. 8.

34 In tema, v. C. CAPPABIANCA, *Gli effetti sul giudizio amministrativo del controllo giudiziario delle aziende ex art. 34-bis, comma 6, d.lg. n. 159/2011: dopo l'Adunanza plenaria n. 7/2023*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, 4, 743 s.s. Peraltro, sul punto si segnala la pronuncia del T.A.R. Reggio Calabria, 25 gennaio 2024, n. 68, che, sulla base dell'autonomia funzionale riconosciuta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato - in particolare con la sentenza del 13 febbraio 2023, n. 7 - tra la misura amministrativa dell'interdittiva antimafia e quella giurisdizionale del controllo giudiziario, ha affermato il principio secondo cui è illegittimo il silenzio opposto dalla prefettura alla richiesta di riesame della misura amministrativa.

In quella sede i giudici hanno stabilito che «*la pendenza del controllo giudiziario a domanda ex art. 34- bis, comma 6, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, non è causa di sospensione né del giudizio di impugnazione contro l'informazione antimafia interdittiva, né delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese previste dall'art. 32, comma 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*».

Emerge, perciò come dimostra la pronuncia in esame, l'esigenza di un coordinamento tra le due misure, che richiede un intervento correttivo da parte del legislatore.

Del resto, tali misure non solo perseguono la stessa *ratio*, ovvero quella del recupero dell'impresa, ma si applicano entrambe attraverso la collaborazione tra impresa e autorità.

Per tali ragioni ci si chiede se sia effettivamente necessario, anche se richiesta dall'impresa, convertire, o sostituire, la vigilanza collaborativa nella misura del controllo giudiziario; oppure, se, quando il tribunale dispone il controllo giudiziario, sia davvero necessario disporre, *medio tempore*, la vigilanza collaborativa, posto che siamo di fronte ad una "agevolazione occasionale" e che, dunque, non dovrebbe, di fatto, pregiudicare l'interesse pubblico primario all'ordine pubblico.

L'altra novità riguarda, invece, il contraddittorio<sup>35</sup>, laddove l'art. 48 d.l. n. 152/2021, riformulando l'art. 92, co. 2-*bis*, del d.lgs. n. 159/2011, ha previsto la possibilità per l'imprenditore interessato dall'informativa di presentare entro venti giorni osservazioni difensive e chiedere eventualmente un'audizione personale.

---

<sup>35</sup> La cui assenza in materia di informazione antimafia era da tempo discussa, soprattutto in dottrina. Al riguardo, sia consentito rinviare a A. CORRADO, M. INTERLANDI, *Prevenzione amministrativa e interdittiva antimafia. Profili di diritto amministrativo*, op. cit., ; nonché a R. ROLLI, M. MAGGIOLINI, *Informativa antimafia e contraddittorio procedimentale (nota a Cons. St. sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979)*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 2020.

Peccato, però, che la stessa norma preveda che la comunicazione del Prefetto non può contenere elementi informativi il cui disvelamento possa pregiudicare attività processuali, e ciò costituisce un limite significativo al diritto di difesa dell'imprenditore chiamato al contraddittorio<sup>36</sup>.

#### **4. Effettività del diritto ed effettività dei diritti: funzione e confini del controllo giurisdizionale**

A questo punto della riflessione ci si domanda se la disciplina del diritto amministrativo, relativamente a determinati settori, tenda a configurare un'amministrazione del nemico, a cui fa riferimento una recente dottrina<sup>37</sup>, oppure, peggio ancora, un'amministrazione nemica<sup>38</sup>.

L'argomento è certamente molto suggestivo in quanto consente di cogliere efficacemente l'essenza delle criticità che sono state sin qui evidenziate, e forse di andare oltre, nel senso di prendere atto del pericolo di trovarsi dinanzi ad una amministrazione che disvela la crisi dello Stato di diritto, sempre più incapace di offrire risposte adeguate alle istanze sociali e securitarie che la comunità esprime come bisogno irrinunciabile per la promozione del benessere individuale e collettivo. Un'amministrazione, quindi, che persegue l'interesse pubblico attraverso lo strumento di misure restrittive preventive che, tuttavia, non sempre risultano efficaci. Ed inoltre, come si è detto, tali misure vengono spesso applicate per prevenire presunti pericoli e minacce ad interessi pubblici particolarmente rilevanti, originati dal comportamento di soggetti diversi da quelli destinatari dei provvedimenti in questione, risultando questi ultimi vittime del pericolo che l'amministrazione è tenuta a contrastare.

È evidente, allora, la necessità di riallineare il regime delle interdittive antimafia sia alle garanzie costituzionali sia alle garanzie sovranazionali.

---

36 M. A. SANDULLI, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova interdittiva antimafia*, in [www.giustizjainsieme.it](http://www.giustizjainsieme.it), 2023.

37 M.C. CAVALLARO, *Gestione dei migranti, emergenza sanitaria, e sicurezza pubblica: verso un diritto amministrativo del nemico?*, in *PA Persona e amministrazione*, 2022, 1, 286 ss.

38 G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Effettività del diritto amministrativo tra politiche pubbliche, regole e decisioni amministrative*, cit., p. 6.

Inoltre, l'esigenza di restituire razionalità al sistema, si pone anche con riferimento alla sua attitudine a raggiungere l'obiettivo di tutela dell'ordine pubblico, attualmente messa in discussione da misure che, essendo vaghe ed ambigue, finiscono per dar vita ad una legislazione simbolica e priva di reale effettività<sup>39</sup>.

Ragionando in questi termini, e focalizzando la riflessione sul sindacato giurisdizionale, non può che riconsiderarsi il ruolo del giudice secondo una prospettiva che coniughi effettività della tutela e certezza del diritto.

Escludendo l'ipotesi che possano esistere spazi sottratti al controllo del giudice è necessario, perciò, individuare un principio normativo che indirizzi in modo chiaro e cogente la funzione giurisdizionale alla effettività della tutela, intesa nella più ampia accezione di garantire attraverso il processo, un ragionevole equilibrio tra interesse pubblico e libertà fondamentali.

In questo ambito, l'elaborazione della scienza giuridica sulla *full jurisdiction*<sup>40</sup>, secondo cui al giudice spetterebbe un sindacato pieno ed effettivo potrebbe non essere sufficiente a garantire l'effettività della tutela, se prima non si chiarisce una volta e per tutte qual è la rilevanza che oggi deve avere il principio di separazione nella logica della effettività dei diritti e delle tutele.

Infatti, se può ritenersi acquisito che il paradigma dell'effettività e della pienezza della tutela giurisdizionale si è ormai imposto su qualsiasi prospettiva tesa a valorizzare, in nome della separazione dei poteri, una riserva amministrativa nei confronti del giudice, è altrettanto vero che la definizione della rilevanza di tale paradigma, in assenza di un parametro normativo, rimane affidata alla

---

39 G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Effettività del diritto cit.*

40 Sull'evoluzione del dibattito dottrinale sulla *full jurisdiction*, si vedano, per tutti: F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2, 546 ss.; ID., *Giurisdizione di merito e full jurisdiction: una riflessione alla luce del pensiero di Antonio Amorth*, in *Dir. amm.*, 2021, 1, 29 ss.; M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1602 ss.; ID., *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte Europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 3, 685 ss.; L.R. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della costituzione*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2018, 2, 237 ss.

discrezionalità dello stesso giudice<sup>41</sup>, il quale, come emerge dal confronto tra le due discipline prima richiamate, continua ad essere unico arbitro del perimetro delle decisioni tecnico-scientifiche<sup>42</sup>. E ciò, ad esempio, è proprio quanto si sta verificando nella materia delle misure di prevenzione antimafia, dove i criteri interpretativi del giudice sono stati elevati a parametri normativi della fattispecie legale. Tant'è vero che proprio l'ascrivibilità del potere del Prefetto alla categoria della 'discrezionalità tecnica' da parte dei giudici ha rappresentato l'invocazione più frequente per «*giustificare la scelta del giudice amministrativo di non addentrarsi in un'analitica ricostruzione dei fatti, anche di rilievo penale, posti alla base del provvedimento, potendo limitarsi a verificarne la legittimità sotto il profilo della sufficienza della motivazione, della logicità, della coerenza e dell'attendibilità del giudizio espresso dall'autorità prefettizia*»<sup>43</sup>.

In altri termini, il giudice diventerebbe il nuovo depositario della norma nella sua applicazione del caso concreto, ponendo un problema di certezza del diritto e di tutela di chi si affida alle regole dell'ordinamento nelle scelte e nello sviluppo delle proprie attività private, come nel caso delle attività imprenditoriali<sup>44</sup>.

Tale sistema, inoltre, va rivisto anche in relazione alle fonti sovranazionali, secondo cui l'applicazione delle misure restrittive preventive della libertà personale, anche di natura economica, è legittima solo se fondata su parametri

---

41 Come si evince facilmente dalle divergenti posizioni assunte dalla giurisprudenza amministrativa, nel cui ambito si contraddistingue l'orientamento del Consiglio di Giustizia amministrativa per la regione siciliana per la tendenza ad operare un controllo più pregante sulla legittimità del potere prefettizio e, dunque, ad essere maggiormente incline ad esercitare un sindacato pieno ed effettivo nei termini della c.d. *full jurisdiction*. Cfr.: Cons. Giustizia amm., sez. I, 6 marzo 2018, n. 125; 23 luglio 2020, n. 664; 26 ottobre 2020, n. 986; 30 novembre 2020, n. 1120. Sul tema, v. anche A. CARIOLA, *Che contenuto ha la libertà personale? Interdittive antimafia, sindacato sull'esercizio del potere amministrativo e problemi di giurisdizione*, op. cit.; M. NOCCELLI, *Le informazioni antimafia tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, op. cit.

42 Sul punto, cfr.: Cons. Stato, sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 88; nonché, in dottrina v. A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, cit., p. 2.

43 D. CAPOTORTO, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni amministrative*, op. cit., 586-587.

44 In argomenti, v. in particolare, F. SAITTA, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023.

normativi certi, oggettivi e, perciò, prevedibili<sup>45</sup>, tenendo conto, altresì, che, comunque, ogni limitazione delle libertà fondamentali della persona è legittima solo se proporzionale alla finalità di pubblico interesse perseguita e conforme ai canoni del giusto processo (art. 6 CEDU)<sup>46</sup>. Proporzionalità che implica, nella sua applicazione concreta, un bilanciamento degli interessi in gioco, che, come si è visto, non è contemplato dalla disciplina in esame, dal momento che la ratio della stessa opera a garanzia non dei diritti del cittadino ma della effettività dello scopo perseguito, conferendo all'autorità amministrativa una ampia discrezionalità sulla verifica dei presupposti, prettamente prognostici e aleatori, in merito alla presunta permeabilità mafiosa nell'impresa<sup>47</sup>.

In questa prospettiva, nell'auspicio di intervento normativo che possa davvero riallineare la disciplina dell'informativa antimafia al principio della certezza del diritto, e stante il limite che tutt'oggi il giudice amministrativo incontra nell'accertamento dei fatti, si potrebbe, forse, far leva su una maggiore valorizzazione del principio di proporzionalità<sup>48</sup>, quale canone di legittimità del po-

---

45 Cfr. C. EDU, Grande Camera, De Tommaso, 23 febbraio 2017 cit., che ha affermato che la misura preventiva personale è subordinata al principio di legalità e di proporzione, a cui espressamente si riferisce l'art. 2, c. 3, prot. n. 4 CEDU, laddove dispone che «l'esercizio di tali diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono previste dalla legge e che costituiscono, in una società democratica, misure necessarie alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al mantenimento dell'ordine pubblico, alla prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

46 Per un approfondimento sugli effetti dell'influenza delle fonti sovranazionali sul diritto amministrativo, cfr. F. MANGANARO, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 2, 428 ss.; E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte Europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 3, 685 ss.; F. GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2014, 2, 337 ss.; M. ALLENA, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 2, 569 ss.

47 Sul tema generale della discrezionalità amministrativa come potere di scelta dell'autorità pubblica, a fronte di una previsione normativa che lascia aperte diverse soluzioni, si rinvia per maggiori approfondimenti al saggio di L. Perfetti, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 3, 309 ss., in cui l'A. propone di ricercare l'integrazione del significato delle clausole generali nell'ordine giuridico della società, fondato sulla prospettiva della sovranità popolare, piuttosto che nell'ambito dell'ordine economico.

48 Sul principio di proporzionalità la bibliografia è molto estesa e, pertanto, ai fini delle considerazioni sin qui svolte ci si limita a rinviare a M. CARTABIA, *Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in A. GIORGIS, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, 2016, Torino, Einaudi 463 ss.; M.

tere amministrativo, secondo una lettura sistematica dell'art. 1 della l. 7 agosto 1990, n. 241, coerente con il principio di effettività, sancito dall'art. 1 del codice del processo amministrativo, e con i principi del giusto processo e della pienezza della tutela dei diritti fondamentali della persona, sanciti dagli articoli 6 e 13 della CEDU.

Tale principio, infatti, potrebbe operare, come sostiene autorevole dottrina, sia come tecnica interpretativa che concretizza il contenuto delle norme ogni qualvolta il potere è legittimato dalla esistenza di un presupposto non sufficientemente determinato<sup>49</sup>; sia come dovere da parte del giudice di accertare quale presupposto legale della fattispecie normativa l'effettivo bilanciamento degli interessi in gioco, anche laddove non sia espressamente previsto dalla norma, accogliendo la tesi che attribuisce alla proporzionalità il valore costitutivo della fattispecie legale, contribuendo ad integrarla e definirla in modo più stringente e perciò vincolante, per l'amministrazione prima e per il giudice poi.

In altri termini, nel caso delle informative antimafia, l'ipotesi che la legittimità del potere prefettizio possa essere sindacata sotto il profilo della proporzionalità, si potrebbe configurare come applicazione sostanziale del principio di legalità. Ciò porterebbe a ritenere che il Prefetto nel motivare il giudizio di pericolosità dell'operatore economico sarebbe tenuto, altresì, a dare conto della proporzionalità della misura adottata rispetto all'interesse pubblico perseguito, facendo specifico riferimento al caso concreto. In questa prospettiva, anche alla luce della *ratio* perseguita dalle misure preventive collaborative, di cui all'art. 94 -bis d.lgs. n. 159/2011, introdotte da d.l. n. 152/2021, è possibile ricondurre al

---

D'ALBERTI, *Peripezie della proporzionalità*, in *I principi nell'esperienza giuridica*, Atti del Convegno della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza, Roma, 14-15 novembre 2014, in *Riv. it. Sc. giur.*, 2014, Napoli, 281 ss.; A. M. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008; F. TRIMARCHI BANFI, *Il principio di proporzionalità e la base conoscitiva delle leggi*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 1, 3 ss.; D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998.

49 S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, Giappichelli, 2011.

principio di proporzionalità l'obbligo della Prefettura di valutare, prima dell'emissione del provvedimento definitivo, i presupposti per la concessione di una misura alternativa, quale ad esempio la misura di prevenzione collaborativa<sup>50</sup>. La valorizzazione legislativa di misure che rispondono ad una logica di bonifica e reinserimento dell'impresa nell'economia legale, a discapito delle interdittive antimafia, più che altro dirette ad una estromissione dal mercato delle imprese, non può che indurre il Prefetto a considerare l'adozione di quest'ultime una *extrema ratio*. Così ragionando, dunque, l'autorità amministrativa sarebbe tenuta a giustificare la sua decisione di non ricorrere a misure di “*self cleaning*”, dimostrandone l'inefficacia nel caso concreto a raggiungere l'obiettivo di tutelare l'ordine pubblico economico.

L'assenza di una valutazione così puntuale consentirebbe, perciò, al giudice di annullare la misura per violazione del principio di proporzionalità, senza invadere la sfera di discrezionalità amministrativa ma sindacandone la legittimità ove l'amministrazione non abbia dato conto nella motivazione della proporzionalità della misura applicata rispetto al rischio che si è inteso prevenire<sup>51</sup>.

---

50 Sul punto cfr. Tar Calabria, sez. staccata di Reggio Calabria, 5 luglio 2023, n. 598 che ha ritenuto che «il Prefetto, così come accade per il giudice della prevenzione, dovrà servirsi del materiale probatorio reso disponibile dall'impresa istante per decidere se essa, grazie all'applicazione della misura, possa attrezzarsi in modo adeguato al fine di scongiurare in futuro quegli «eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa diretti a condizionare l'impresa» che – subiti in passato secondo le indagini prefettizie – hanno fatto scattare l'interdizione amministrativa». Cfr. Cons. Giustizia amm. per la Regione Siciliana, 16 agosto 2023, n. 532.

51 In questo senso merita specifica attenzione la pronuncia del Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105, che, in applicazione del principio di proporzionalità ha espressamente evocato l'effettività della tutela giurisdizionale, affermando che «Il giudice amministrativo è chiamato a valutare la gravità del quadro indiziario, posto a base della valutazione prefettizia in ordine al pericolo di infiltrazione mafiosa ed alla sua persistente attualità, e il suo sindacato sull'esercizio del potere prefettizio, “con un pieno accesso ai fatti rivelatori del pericolo, consente non solo di sindacare l'esistenza o meno di questi fatti, che devono essere gravi, precisi e concordanti, ma di apprezzare la ragionevolezza e la proporzionalità della prognosi inferenziale che l'autorità amministrativa trae da quei fatti secondo un criterio che, necessariamente, è probabilistico per la natura preventiva, e non sanzionatoria, della misura in esame».