



16 OTTOBRE 2019

La «massima anticipazione di tutela».
Interdittive antimafia e sofferenze
costituzionali

di Andrea Longo

Professore associato di Diritto costituzionale
Sapienza – Università di Roma



La «massima anticipazione di tutela». Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*

di **Andrea Longo**

Professore associato di Diritto costituzionale
Sapienza – Università di Roma

Sommario: 1. Crocevia del diritto – 2. La documentazione antimafia – 2.1 Tipologie – 3. Un potente elemento di legittimazione (e i suoi limiti): la lotta alla criminalità organizzata – 4. Il carattere (sostanzialmente) preventivo – 5. Il problema della *matière pénale*: un accenno al canone dell'«afflittività» – 6. Un cono d'ombra nel sistema delle garanzie costituzionali – 7. I limiti cognitivi dell'attività prefettizia e del successivo controllo giurisdizionale – 8. Dubbi (*de iure condito*) e ipotesi (*de iure condendo*)

1. Crocevia del diritto

La natura composita, e per certi versi ambigua, delle informative antimafia è cosa sempre più nota negli studi giuridici; non è un caso che si sia a questo proposito già utilizzato il termine "crocevia"¹. Qui voglio intendere questa espressione in un duplice senso.

Una prima accezione attiene alla loro natura a cavaliere tra il diritto penale e quello amministrativo: si tratta, infatti, di *provvedimenti formalmente amministrativi* (soggettivamente ed oggettivamente), emessi al termine di una istruttoria procedimentale (e non già processuale), idonei ad incidere in modo significativo su diritti costituzionalmente garantiti e volti a contrastare, in via preventiva, il fenomeno mafioso. Tuttavia 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). Appare significativo evidenziare, al riguardo, che il *corpus* normativo nel quale le informative sono attualmente disciplinate – e del quale si dirà più avanti – è proprio il c.d. *Codice antimafia, sedes materiae* nella quale si trovano ugualmente disciplinate le misure di prevenzione.

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Ad esempio, pur in una accezione ancora ulteriore rispetto a quelle intese nel testo, l'espressione "crocevia" viene utilizzata da A. LEVATO, *Potestà discrezionale del Prefetto e regime di impugnazione delle interdittive antimafia. Criticità e prospettive di risoluzione*, in *Culturaprofessionale.interno.gov.it*, 2017, 4, quando afferma che l'informativa si trova al centro di un «crocevia di interessi di rilievo costituzionale e sovranazionale che essa mira a tutelare».

Traslando tale natura ibrida delle informative sul piano dei valori costituzionali, otteniamo la seconda accezione del termine "crocevia" che è poi il vero tema di questo lavoro: le informative antimafia si pongono, infatti, come *punto di intersezione di alcuni elementi che, già singolarmente considerati, risultano grandemente problematici all'interno del nostro ordinamento* e che rientrano nel complesso del sistema normativo relativo alle forme di *anticipazione della tutela sanzionatoria*.

Per meglio illustrare la complessità di tali *tensioni costituzionali*, vorremmo distinguere la trattazione secondo un duplice piano: uno *generale* e uno *speciale*. Il primo fa riferimento ai problemi di costituzionalità inerenti alle *misure di prevenzione*, il secondo ad alcune peculiarità con le quali questi stessi elementi vengono declinati in relazione alla *normativa antimafia*.

Come detto, la regolamentazione che tocca, singolarmente, ciascuno di questi aspetti, sconta da sempre un certo grado di incongruenza con la generalità dei valori costituzionali, soprattutto in relazione alla tutela delle garanzie fondamentali. Possiamo perciò facilmente immaginare che la disciplina delle informative antimafia, contemplando entrambi questi aspetti, sottoponga, *a fortiori*, il sistema costituzionale ad una evidente tensione.

Questi profili, tuttavia, nonostante possiedano, almeno ad avviso di chi scrive, i caratteri dell'evidenza, non sono stati sufficientemente tenuti presenti né in sede legislativa né giurisprudenziale; infatti, *pur avendo finalità e modalità tipiche delle misure preventive*, le informative interdittive antimafia non sono formalmente nemmeno incluse nell'ambito di tali misure, ricadendo nell'ambiguo *genus* normativo della c.d. *documentazione antimafia*, ossia quell'insieme di provvedimenti amministrativi atti a rendere edotta la pubblica amministrazione dell'esistenza, a carico di soggetti che vogliono porsi in relazione con essa, di eventuali situazioni problematiche (sostanzialmente determinate dai c.d. «indici di mafiosità») che divengono ostative a tale relazione².

Tesi di questo lavoro è che tali misure – *stante l'elevato tasso di lesività sostanziale che cagionano al proprio destinatario e il basso indice di garanzia processuale che gli riconoscono* – determinino un intenso *vulnus* ai valori costituzionali con i quali esse si trovano a collidere; *vulnus* ancor meno giustificato se osservato in relazione al sistema delle misure di prevenzione di cui esse replicano sostanzialmente gli scopi, pur difettando delle (già scarse) garanzie giudiziarie che le contraddistinguono.

Prima di approfondire tali problemi sembra opportuno ricostruire – in termini necessariamente sintetici – il quadro normativo vigente in materia.

² Cfr. A. LEVATO, *op. cit.*, 2; in tal senso già U. CIMMINO, *La nuova certificazione e le altre cautele antimafia*, Palermo, 1995.

2. La documentazione antimafia

Non potendo ripercorrere l'ampio movimento legislativo che ha condotto, in oltre quarant'anni, all'introduzione di strumenti ostativi e repressivi delle mafie, preme evidenziare come la documentazione antimafia segua la c.d. *evoluzione economico-contrattuale del fenomeno mafioso*, con il procedere della coscienza giuridica verso la consapevolezza che oggi, accanto alle strategie di contrasto tipicamente repressive o preventive, siano divenuti sempre più necessari strumenti capaci di aggredire gli aspetti economici ed imprenditoriali del fenomeno associativo³.

Ci si riferisce, com'è noto, ai più moderni itinerari di consolidamento del potere criminale che passano per l'impresa mafiosa, costruita mediante l'uso distorto di strumenti negoziali e capace di introdurre sul mercato una nutrita serie di vantaggi competitivi, sconosciuti all'impresa "legale"⁴.

È, dunque, per molti versi, comprensibile la ragione per cui la natura trasversale del fenomeno mafioso investa anche la rigida separazione delle categorie giuridiche, avendo in tal modo comportato, per conseguenza e reazione, la continua evoluzione delle cosiddette informazioni antimafia, trasformate dalle riforme del legislatore (e dalle interpretazioni della giurisprudenza) in uno strumento che anticipa al massimo l'agire preventivo dello Stato⁵, condividendo con le misure di prevenzione la logica «spiccatamente cautelare»⁶ e, addirittura, tendendo a realizzare un'anticipazione ancora priora della tutela. Tale istituto è stato introdotto nel nostro ordinamento dalla legge delega n. 47/1994 che ha previsto l'acquisizione – tramite le Prefetture – di specifiche informazioni al fine di evidenziare tentativi di infiltrazione mafiosa negli organismi societari delle imprese a contatto con le amministrazioni pubbliche. La legge delega è stata attuata con il D. Lgs. 8 giugno 1994, n. 490, le cui disposizioni sono state poi parzialmente riformate da un regolamento in delegificazione, il D.P.R. 3 giugno 1998, n. 257. La disciplina previgente è stata poi abrogata dal D. Lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (Codice delle leggi antimafia⁷) nel

³ Icastico sul punto G. FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Indice pen.*, 1991, 30-31, secondo il quale «il tema della criminalità organizzata presenta risvolti che vanno ben al di là della triplice prospettiva criminologica, penale e di polizia. In quanto fenomeno sotto diversi aspetti intrecciato – almeno nel nostro paese – col sistema politico e con l'economia legale, la lotta contro di esso ha implicazioni di natura politica, sociale, economica e culturale che mettono duramente alla prova, appunto, la portata e i limiti del controllo penale strettamente inteso».

⁴ Per queste considerazioni, si veda P. ARLACCHI, *La mafia imprenditrice. Dalla Calabria al centro dell'inferno*, Milano, 2010, 17, il quale descrive, anche nel prosieguo del testo, questo processo di trasformazione delle mafie storiche in piattaforme finanziarie ed imprenditoriali.

⁵ Sul punto A. BONGARZONE, *L'informativa antimafia nelle dinamiche negoziali tra privati e pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2018, 11.

⁶ Ancora A. BONGARZONE, *op. cit.*, 10.

⁷ Modificato dal D.Lgs. 15 novembre 2012, n. 218 («Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, recante codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2, della legge 13 agosto 2010, n. 136»), poi dal D. Lgs. n. 153 del 13 ottobre 2014, poi dalla Legge n. 161 del 17 ottobre 2017 («Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura

quale – come già accennato – è confluito, accanto alle misure di prevenzione in senso stretto, anche l'istituto di cui qui ci stiamo occupando.

2.1. Tipologie

Posto che *le informative possono essere liberatorie o interdittive*, a seconda che si ravvisino o meno elementi di infiltrazione mafiosa nell'impresa, ricordo che sotto il vigore della precedente normativa si potevano distinguere *tre forme di informative interdittive*. La *prima tipologia* riguardava le *interdittive ricognitive* di cause di divieto la cui evidenza cagionava automaticamente la decadenza del rapporto con la pubblica amministrazione (o impediva il suo costituirsi)⁸. Una *seconda tipologia* riguardava quelle interdittive che non operavano automaticamente (come nel primo caso) ma costituivano *manifestazione di potere discrezionale* da parte del Prefetto, ove egli avesse desunto dai propri accertamenti la presenza di un'infiltrazione mafiosa nell'impresa⁹. La *terza tipologia* riguardava le c.d. *informative atipiche*, nelle quali il Prefetto, pur ravvisando l'assenza di cause ostative, segnalava all'Amministrazione interessata la presenza di elementi di criticità; tali elementi sarebbero poi divenuti oggetto di valutazione discrezionale da parte della stessa Amministrazione¹⁰. Questa ultima tipologia era, in sostanza, rappresentativa di *atti non vincolanti* per la P.A. alla quale era lasciata l'ulteriore valutazione circa l'opportunità o meno di instaurare o proseguire il rapporto con la parte privata¹¹.

Il *Codice delle leggi antimafia*, innovando la precedente disciplina, ha sostanzialmente abrogato *le interdittive atipiche*, attribuendo alle informative interdittive un carattere sempre vincolante. L'art. 84, primo comma, precisa che la documentazione antimafia (che le pp. aa. debbono acquisire prima di stipulare, approvare

penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate», dal D.Lgs. 18 maggio 2018, n. 54 («*Disposizioni per disciplinare il regime delle incompatibilità degli amministratori giudiziari, dei loro coadiutori, dei curatori fallimentari e degli altri organi delle procedure concorsuali, in attuazione dell'articolo 33, commi 2 e 3, della legge 17 ottobre 2017, n. 161*»), dal D.L. 25 luglio 2018, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla Legge 21 settembre 2018, n. 108 e dal D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito con modificazioni dalla L. 1 dicembre 2018, n. 132 («*Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata. Delega al Governo in materia di riordino dei ruoli e delle carriere del personale delle Forze di polizia e delle Forze armate*»).

⁸ Ai sensi dell'art. 4, comma 4, D. Lgs. n. 490/1994, poi integrato dalle lettere a) e b) dell'art. 10, comma 7, D.P.R. n. 252/1998, che identificavano gli atti da cui dovevano desumersi i tentativi di infiltrazione mafiosa.

⁹ A seguito degli accertamenti indicati dalla lettera c) dell'art. 10, comma 7, D.P.R. 252/1998.

¹⁰ Questa tipologia veniva desunta dal combinato disposto dell'art. 10, comma 9, del D.P.R. 3 giugno 1998, n. 252, e dell'art. 1-*septies* del D.L. 6 settembre 1982, n. 629, convertito dalla L. 12 ottobre 1982, n. 726.

¹¹ CGA, sez. giur., 7 marzo 2011, n. 188.

o autorizzare i contratti¹²) è costituita dalla *comunicazione antimafia* e dall'*informazione antimafia*, atti che dovrebbero tra loro distinguersi sia per i presupposti sia per l'ambito di applicazione¹³.

La prima consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, sospensione o divieto di cui all'art. 67 (riguardanti i destinatari di una delle misure di prevenzione previste dal Libro I, Titolo I, capo II del Codice) e ha come scopo di *inibire l'attività economica nei rapporti tra privati*, ponendosi come condizione necessaria «per l'esercizio di qualsivoglia attività soggetta ad autorizzazione, concessione, abilitazione, iscrizione ad albi, o anche alla segnalazione certificata di inizio attività (c.d. s.c.i.a) e alla disciplina del silenzio assenso (art. 89, comma 2, lett. a) e lett. b) del d. lgs. n. 159 del 2011)»¹⁴. L'informazione antimafia consiste, oltre a quanto già previsto per la comunicazione in relazione ai requisiti *ex art. 67*, nell'attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate (salvo quanto previsto dall'art. 91, comma 6); a seconda dell'esito di tale valutazione, l'informazione sarà, allora, *liberatoria o interdittiva*.

Con *l'informazione interdittiva*, ulteriormente disciplinata dagli artt. 90 ss. del Codice, il Prefetto, in forza di un pregresso accertamento di pericolosità, formula un giudizio, anch'esso di tipo preventivo-prognostico, circa l'entità del pericolo che, nell'impresa, vi sia infiltrazione mafiosa: una volta riscontrato questo *fumus*, *egli procede ad interdire l'impresa dall'inizio o dalla prosecuzione di qualsivoglia rapporto con le Pubbliche amministrazioni*

¹² Si pensi alle fattispecie di cui al comma 4, lettere a), b), c) ed f) dell'art. 84 Codice antimafia, in cui il Prefetto può evincere la sussistenza di un tentativo di infiltrazione mafiosa in un'impresa sulla scorta di dati oggettivi che ne vincolano la discrezionalità e garantiscono la prevedibilità degli eventuali provvedimenti adottati.

¹³ Va segnalato, tuttavia, che tale tassonomia normativa comincia a perdere di rilevanza pratica. Basti por mente all'art. 89-*bis* del Codice antimafia, in forza del quale «quando in esito alle verifiche di cui all'articolo 88, comma 2, venga accertata la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, il Prefetto adotta comunque un'informazione interdittiva antimafia e ne dà comunicazione ai soggetti richiedenti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, senza emettere la comunicazione antimafia». Allora ai sensi del comma 2, «l'informazione antimafia adottata ai sensi del comma 1 tiene luogo della comunicazione antimafia richiesta». La giurisprudenza amministrativa, seguendo l'indirizzo della legislazione, ha assottigliato il confine tra le due fattispecie: sotto la previgente disciplina sussisteva, infatti, una «rigida bipartizione tra comunicazioni antimafia, applicabili alle autorizzazioni, e informazioni antimafia, applicabili ad appalti, concessioni, contributi ed elargizioni»; attualmente, però «questo tradizionale riparto dei rispettivi ambiti di applicazione, tipico della legislazione anteriore al nuovo codice delle leggi antimafia (d. lgs. n. 159 del 2011), si è rivelato inadeguato ed è entrato in crisi a fronte della sempre più frequente constatazione empirica che la mafia tende ad infiltrarsi, capillarmente, in tutte le attività economiche, anche quelle soggette a regime autorizzatorio (o a s.c.i.a.), e che un'efficace risposta da parte dello Stato alla pervasività di tale fenomeno criminale rimane lacunosa, e finanche illusoria, nello stesso settore dei contratti pubblici, delle concessioni e delle sovvenzioni, se la prevenzione del fenomeno mafioso non si estende al controllo e all'eventuale interdizione di ambiti economici nei quali, più frequentemente, la mafia si fa, direttamente o indirettamente, imprenditrice ed espleta la propria attività economica»; così Cons. Stato, Sez. III, n. 565/2017; il supremo collegio amministrativo ha ribadito tale posizione nella decisione n. 1109/2017, orientamento che è anche alla base della recente decisione della Corte costituzionale n. 4 del 2018.

¹⁴ M. NOCELLI, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza sulla legislazione antimafia*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2018, 1.

o dall'ottenimento di sussidi, benefici economici o sovvenzioni. Come detto, si tratta di una valutazione di tipo prognostico (e altamente presuntivo) di pericolosità, basata sulla probabilità che l'impresa in questione predisponga mezzi e risorse a favore di soggetti appartenenti alla criminalità organizzata.

Una valutazione il cui esito è *un provvedimento restrittivo dall'elevata capacità afflittiva*; vera e propria *capitis deminutio*. Secondo quanto affermato dal Consiglio di Stato, nella sua più autorevole composizione, infatti, essa determina una forma di incapacità giuridica (ancorché parziale e temporanea), ossia «la insuscettività del soggetto (persona fisica o giuridica) che di esso è destinatario ad essere titolare di quelle situazioni giuridiche soggettive (diritti soggettivi, interessi legittimi) che determinino (sul proprio c.d. lato esterno) rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione»¹⁵.

Da sottolineare, inoltre, il *variabile tasso di discrezionalità attribuita dalla legge al Prefetto* in tale valutazione¹⁶: discrezionalità che può essere *molto bassa*, nei casi in cui gli elementi ostativi siano sufficientemente definiti¹⁷, oppure *decisamente alta*, ad esempio quando la sua valutazione poggia su una sorta di attività istruttoria fondata sui poteri di accesso (propri o del Gruppo interforze¹⁸).

La *ratio* di tale disciplina viene individuata, dalla giurisprudenza amministrativa, nella «massima anticipazione di tutela preventiva intesa come risposta dello Stato verso il crimine organizzato al fine di difendere le istituzioni e, conseguentemente, la collettività da organizzazioni criminali come la mafia che si caratterizzano per il peculiare “mimetismo” che consente loro di agire per lo più, non militarmente contro le istituzioni democratiche, ma sforzandosi di condizionarne l'operato, piegandolo ai propri interessi ed aumentando così per tale tramite la propria capacità eversiva e di controllo criminale del territorio»¹⁹.

¹⁵ Così Cons. di Stato, A.P., 6 aprile 2018, n. 3

¹⁶ Cfr. M. NOCELLI, *I più recenti orientamenti cit.*, 2 dove si afferma che a differenza delle comunicazioni, che sono atti sostanzialmente vincolati, le informazioni interdittive si distinguono per il loro «contenuto discrezionale, poiché ben possono prescindere dagli esiti delle indagini preliminari o dello stesso giudizio penale, che comunque la Prefettura ha il dovere di esaminare in presenza dei cc.dd. delitti spia (art. 84, comma 4, del d. lgs. n. 159 del 2011), non vincolanti per l'apprezzamento che, a fini preventivi, la Prefettura è chiamata a compiere in ordine al rischio di condizionamento mafioso». Lo stesso Autore richiama sul punto la giurisprudenza del Consiglio di Stato (sez. III, 2 marzo 2017, n. 892) che sottolinea *l'autonomia del giudizio prefettizio* rispetto all'emissione di eventuali provvedimenti penali.

¹⁷ *Exempli gratia* l'attestazione circa la presenza o meno delle cause di decadenza di cui all'art. 67 del Codice.

¹⁸ Si pensi alle restanti lettere d) ed e) del medesimo art. 84, comma 4, del Codice antimafia, da cui si può desumere la sussistenza del “tentativo di infiltrazione mafiosa” non sulla base di parametri definiti ed oggettivi, bensì sulla base di presupposti decisamente vaghi: «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)».

¹⁹ TAR. Catania, sez. IV, 22.05.2009 n. 941.

L'informazione prescinde pertanto, in omaggio a tale finalità, da qualsiasi accertamento, in sede penale, di uno o più reati connessi all'associazione di tipo mafioso e non richiede la prova dei fatti di reato o dell'effettiva infiltrazione dell'impresa, essendo sufficiente il tentativo di infiltrazione (*rectius* la presunzione di un simile tentativo); lo stesso Consiglio di Stato precisa che per ottenere l'anticipazione della «soglia di difesa sociale» perseguita da tale istituto, questo, naturalmente, debba prescindere dal «livello di rilevanza probatoria tipica del diritto penale»²⁰.

Bisogna poi segnalare un ulteriore intervento del legislatore il quale, con la L. 13 agosto 2010, n. 136, ha istituito la Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia: le imprese attinte da informazioni interdittive, una volta in essa inserite, subiscono l'interruzione di tutti i rapporti, anche già in essere, con la pubblica amministrazione (art. 2, comma 1, lett. c); interruzione che abbraccia «ogni ipotesi in cui l'attività economica sia sottoposta ad attività provvedimentale, che essa sia di tipo concessorio o autorizzatorio o, addirittura, soggetta a s.c.i.a.»²¹. La Banca dati è oggi disciplinata dal medesimo Codice antimafia (artt. 96 ss.).

Alla fine di questa così sommaria disamina, appare evidente quanto la disciplina complessiva dell'interdittiva antimafia determini una pervasiva compressione di libertà costituzionalmente garantite (*in primis*, quella dell'iniziativa economica), di fatto causando non solo l'interruzione dei rapporti negoziali con la P.A., ma anche precludendo una molteplicità di attività private a contenuto economico, per le quali la legge preveda un intervento autorizzatorio o concessorio da parte del soggetto pubblico.

3. Un potente elemento di legittimazione (e i suoi limiti): la lotta alla criminalità organizzata

In relazione al tema di cui qui ci occupiamo, preme dire che il problema dell'*anticipazione della tutela* è, in certo modo, *connaturato ai reati di criminalità organizzata* e al loro carattere associativo. La fattispecie di cui all'art. 416-bis c.p. (come del resto quella di cui all'art. 416 c.p.), prescindendo dall'effettivo svolgersi dei c.d. reati-fine, fa arretrare temporalmente il momento consumativo secondo la più ampia logica dei c.d. reati di pericolo²² dei quali condivide gli elementi di «sofferenza costituzionale», primo tra tutti la *frizione con*

²⁰ Consiglio di Stato, Sez. III, sent. n. 2058/2013; il passaggio della decisione da cui sono tratte le citazioni del testo così recita per esteso: «la norma introduttiva dell'informativa prefettizia esprime, quindi, la ratio di anticipare la soglia di difesa sociale ai fini di una tutela avanzata nel campo del contrasto della criminalità organizzata, in guisa da prescindere dal livello di rilevanza probatoria tipica del diritto penale, per cercare di cogliere l'affidabilità dell'impresa affidataria dei lavori complessivamente intesa, con la conseguenza che le cautele antimafia non obbediscono a finalità di accertamento di responsabilità, bensì di massima anticipazione dell'azione di prevenzione, rispetto alla quale sono per legge rilevanti fatti e vicende anche solo sintomatici ed indiziari, al di là dell'individuazione di responsabilità penali»; punto questo già espresso nella sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 2867 del 2006.

²¹ Cons. Stato, Sez. III, n. 565/2017 e n. 1109/2017.

²² La dottrina penalistica prevalente qualifica i reati associativi come reati di *pericolo concreto*, evidenziandone il carattere fortemente preventivo rispetto ai reati-fine (G. FIANDACA, E. MUSCO, *Parte speciale*, I, 476) o di *pericolo*

il principio di materialità o di offensività dei reati²³; frizione che viene contenuta solo tenendo presente la ricostruzione, maggioritaria in dottrina e giurisprudenza, che considera tali fattispecie come *reati di pericolo concreto* la cui idoneità alla lesione del bene giuridico va effettivamente accertata dal giudice²⁴. Come spiegherò meglio più avanti, *tale elemento di concretezza (che ridonda in quello di attualità) del pericolo va tenuto presente per intendere i dilemmi posti dalle interdittive antimafia*.

Ai problemi appena esposti vanno aggiunti quelli derivanti dall'estrema afflittività del profilo sanzionatorio connesso ai reati di criminalità organizzata. La normativa antimafia, nel suo complesso, comporta, infatti, un peculiare tasso di compressione dei diritti individuali, tanto da produrre *un sottosistema normativo il quale possiede non solo i caratteri della specialità ma addirittura della eccezionalità rispetto alla logica e all'assiologia costituzionale*²⁵. Basti por mente al regime del cosiddetto *carcere duro* (ex art. 41-bis O.P.²⁶) e alla

presunto, sottolineando la minaccia all'ordine pubblico (A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Trattato di diritto penale* 1, III, 1066, 1080); non mancano, tuttavia, voci dissonanti: ad esempio chi parla di una sorta di fattispecie ibrida che comporta un danno per l'ordine pubblico e un pericolo per i beni lesi dai reati-fine (G. A. DE FRANCESCO, *Societas sceleris*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, 111).

²³ Il fondamento legislativo del principio di offensività viene solitamente ricollegato agli artt. 49 e 115 del Codice penale. Che in Costituzione manchi, invece, un fondamento esplicito di tale principio è fatto notorio; tuttavia è altrettanto notorio lo sforzo fatto in dottrina e in giurisprudenza di agganciare l'offensività a una lettura (anche congiunta) degli artt. 13, 25, commi 2 e 3, e 27, comma 3, Cost. La Corte costituzionale ha progressivamente valorizzato tale principio, sposando una visione sostanzialista della fattispecie penale e affermando come necessaria la lesione di un bene della vita affinché si possa ravvisare un reato. Ad esempio, nella sent. n. 62/1986, i giudici di Palazzo della Consulta affermano che per quanto possa «discutersi sulla costituzionalità o meno del principio di offensività», tuttavia «che lo stesso principio debba reggere ogni altra interpretazione di norme penali è ormai unanimemente accettato», e «l'art. 49, secondo comma, non può non giovare all'interprete al fine di determinare in concreto la soglia del penalmente rilevante». La Corte sul punto si è spesso avvalsa del parametro della ragionevolezza declinato o come bilanciamento di interessi contrapposti (e.g. sent. n. 126/1985), o come adeguatezza del mezzo allo scopo (e.g. sent. n. 269/1996) o infine come giudizio sulla intrinseca meritevolezza del bene tutelato dalla norma (e.g. sent. n. 519/1995). Su questi temi la Corte è recentemente tornata con la decisione n. 236/2016, in relazione all'art. 567 c.p.

²⁴ Sul punto si richiama il cristallino passaggio della decisione n. 46308/2012 con cui la Corte di Cassazione, Sez. VI penale, si è pronunciata in tema di terrorismo internazionale ex art. 270-bis c.p.: «Il reato di cui all'art. 270 bis c.p. è un reato di pericolo, per la cui configurazione *occorre*, tuttavia, *l'esistenza di una struttura organizzativa*, anche elementare, *che presenti un grado di effettività tale da rendere almeno possibile l'attuazione del progetto criminoso e tale da giustificare la valutazione di pericolosità*», corsivi miei.

²⁵ Sulla distinzione tra specialità ed eccezionalità, si rinvia al classico lavoro di F. MODUGNO, *Norme singolari, speciali, eccezionali*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978, 506 ss.

²⁶ Tale regime, introdotto dal D.l. 8 giugno 1992, n. 306 (convertito con modificazioni in legge 7 agosto 1992, n. 356) nella sua originaria formulazione prevedeva la possibilità per il Ministro della Giustizia, anche su richiesta del Ministro dell'Interno, di sospendere, in tutto o in parte e per gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica, le regole di trattamento e gli istituti dell'ordinamento penitenziario nei confronti dei detenuti per delitti previsti dall'art. 4-bis, comma 1. Inoltre, nel 2009 il Legislatore è intervenuto ampliando l'area di operatività dell'art. 41-bis e inasprendo il rigore del regime detentivo. Il tutto si è coordinato con le modifiche all'art. 4-bis introdotte dalla legge n. 279 del 2002 e dal d.l. del 2009, i quali hanno sostanzialmente modificato quel collegamento tra 41-bis e reati di criminalità organizzata, prevedendo la sua applicazione anche per reati di violenza sessuale. La sofferenza che tale sottosistema infligge alla logica costituzionale è stata evidenziata negli interventi con i quali la Corte costituzionale ha, a più riprese, cercato di ridimensionare il tasso di afflittività della norma di cui sopra, dichiarando l'incostituzionalità della disposizione nella parte in cui impediva la concessione dei benefici penitenziari (penso alle

progressiva opera di riscrittura che, della sua formulazione originaria, è stata posta in essere dalle numerose decisioni della Corte costituzionale tra il 1993 e il 2002²⁷; orientamento poi recepito nella novella legislativa del 2002 n. 279, ulteriormente modificata dalla l. l. 15.7.2009, n. 94. Interventi questi che però non sono mai bastati a fugare, in dottrina²⁸, i dubbi di legittimità costituzionale che gravano su questo complesso normativo e sui numerosi *vulnera* che esso impone ad una pletora di diritti costituzionali²⁹.

Il nucleo di senso della disciplina in esame (e al tempo stesso il limite della loro ragionevolezza costituzionale) va ritrovata proprio nel carattere *istituzionale* (per dirla à la Santi Romano³⁰) e nella visione che vuole il perseguimento penale delle associazioni criminali come un *conflitto tra ordinamenti*, una vera e propria «guerra» tra Stati³¹. Pensiamo solo al già citato profilo sanzionatorio: *il caso di chi si macchia di reati mafiosi (camorristi, 'ndranghetisti) non può essere inteso come una normale vicenda criminale, poiché di essa non possiede i classici stilemi. La repressione penale nei casi comuni esaurisce la vicenda criminale, l'esecuzione della pena è il momento finale di un processo che comprende – nell'iter ordinario – indagini, udienza preliminare,*

sentenze n. 239 del 2014 e n. 76 del 2017). La Corte, in relazione all'art. 41-*bis*, ha avuto modo di affermare che «la corretta lettura della norma (in base ai principi costituzionali) non può che limitare il potere attribuito al Ministro alla sola sospensione di quelle medesime regole ed istituti che già nell'Ordinamento penitenziario appartengono alla competenza di ciascuna amministrazione penitenziaria e che si riferiscono al regime di detenzione in senso stretto». Il Ministro della Giustizia non ha quindi il potere di incidere sulle misure alternative alla detenzione, sull'assegnazione al lavoro esterno o sui permessi e le licenze, in quanto provvedimenti da adottare nel rispetto della riserva di legge e di giurisdizione. Nella sentenza n. 351 del 1996 ha aggiunto che il sindacato giurisdizionale «debba estendersi non solo alla sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento, ma anche al rispetto dei limiti posti dalla legge e dalla Costituzione in ordine al contenuto di questo».

²⁷ Per una ricostruzione di tale giurisprudenza si rinvia a A. DELLA BELLA, *Il 'carcere duro' tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2016, 115.

²⁸ Sul punto si vedano le belle riflessioni di A. PUGIOTTO, *Quattro interrogativi (e alcune considerazioni) sulla compatibilità costituzionale del 41 bis*, in F. CORLEONE-A. PUGIOTTO (a cura di), *Volti e maschere della pena*, Napoli, 2013.

²⁹ In tal senso sia sufficiente ricordare la varietà di oggetti che nel tempo hanno rivestito la forma di questioni di costituzionalità: dalla libertà personale a quella di comunicazione, dal diritto alla salute a quello di difesa.

³⁰ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze Edizioni Sansoni, 1977 (ed. or. 1918), 43-44: «Ogni forza che sia effettivamente sociale e venga quindi organizzata si trasforma per ciò stesso in diritto ... Una società rivoluzionaria o una associazione a delinquere non costituiranno diritto per lo Stato che vogliono abbattere o di cui violano le leggi, così come una setta scismatica è dichiarata antiggiuridica dalla Chiesa, ma ciò non esclude che, in questi casi, non si abbiano delle istituzioni, delle organizzazioni, degli ordinamenti che, isolatamente presi e intrinsecamente considerati, siano giuridici». Spero non sia fuori luogo aggiungere un episodio personale: durante una conversazione a due, un autorevole studioso di diritto ebbe modo di criticare l'eccessiva neutralità assiologica della teoria romaniana, affermando letteralmente: «Non è importante sapere che la mafia sia un ordinamento, è importante tenere presente la necessità di combattere la mafia». Sul punto mi permetto sommamente di dissentire; se come dice Aristotele, «conoscere un fenomeno vuol dire conoscerne la causa», e per Aristotele la causa di un fenomeno è anche il suo scopo (causa finale), allora non potremmo intendere rettamente l'asprezza della normativa antimafia (ma anche quale sia la via migliore per imporre a tale asprezza dei limiti) senza tener presente che la *ratio* giustificativa di tali norme risiede *nell'assunzione della criminalità organizzata esattamente secondo la ricostruzione di Santi Romano*.

³¹ L'espressione è di V. PATALANO, *L'associazione per delinquere*, Napoli, 1971, 176 s.; questa posizione viene ripresa da C. FIORE, *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano, 1980, 1095.

dibattimento, sentenza e, appunto, esecuzione. Questo perché, nei casi comuni, la relazione si pone tra Stato e individuo; *diversamente tutta la normativa che abbia ad oggetto il crimine organizzato, disciplina il conflitto tra due istituzioni e in questo senso va letta*. Le pesanti limitazioni cui va incontro il detenuto sottoposto a 41-bis non trovano la loro giustificazione in una maggiore severità repressiva, non sono motivate, unicamente, da profili soggettivi di particolare esecrabilità ma vogliono colpire i rapporti del singolo con un'istituzione (i *collegamenti* con l'associazione); rapporti che perdurano al di là della vicenda individuale, al di là del momento dell'esecuzione che non pone fine, in questi casi e solo in questi, ad un fenomeno criminale che trascende l'individuo.

Tuttavia, per intendere rettamente il problema e ricondurlo nell'alveo dei valori costituzionali, dobbiamo tenerne presente un particolare profilo (tipicamente romaniano e antiformalistico), vale a dire *la necessaria concretezza (e l'attualità di tale concretezza)* dell'organizzazione criminale³²; dato che non può essere assunto in astratto ma deve sussistere ed essere *vagliato in termini fattuali*.

L'elemento dell'organizzazione (e, dunque, *la stabilità di tale organizzazione*) rappresenta la *ratio* dell'intero complesso normativo, ma proprio per questo costituisce anche *la base per individuare i limiti che possano*

³² S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico cit.*, 19 sottolinea con estrema chiarezza come il fenomeno giuridico-istituzionale si caratterizzi per il suo profilo *oggettivo ossia essenzialmente non individuale*: «Il processo di obiettivizzazione, che dà luogo al fenomeno giuridico, non si inizia con l'emanazione di una regola, ma in un momento anteriore: le norme non ne sono che una manifestazione, una delle varie manifestazioni, un mezzo con cui si fa valere il potere di quell'*io* sociale di cui si parla ... L'obiettività delle norme non è che un riflesso, molto più debole e talvolta assolutamente pallido, dell'obiettività di tale ente, e non si saprebbe neppure definire senza riguardo a quest'ultima», poiché «Il carattere dell'obiettività è quello che si ricollega all'impersonalità del potere che elabora e fissa la regola, al fatto che questo potere è qualcosa che trascende e s'innalza sugli individui, che è esso medesimo diritto» (20).

³² Ancora secondo Santi Romano, è il *tasso di concreta complessità* che distingue un ordinamento da un semplice rapporto giuridico, la creazione di una vera e propria *superstruttura sociale*; cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico cit.*, 66 s.: «L'istituzione non si risolve mai in un singolo rapporto o in più rapporti giuridici determinati. Il rapporto giuridico attiene alla concezione soggettiva del diritto ... L'istituzione è invece diritto obiettivo, ed è diritto obiettivo perché è un ente, un corpo sociale, che ha nel mondo giuridico, un'esistenza effettiva, concreta, obbiettiva. Essa implica rapporti, ma non si risolve in questi, anzi è a questi preordinata, nel senso che consiste in quella organizzazione o struttura che è necessaria perché i rapporti medesimi, se e quando si svolgono nella sua orbita, possano essere qualificati come giuridici ... Da ciò il corollario che non basta, perché sorga un'istituzione, l'esistenza di persone collegate fra loro da semplici rapporti, ma occorre che fra esse si stabilisca un legame più stretto e più organico: è necessario che si formi una *superstruttura sociale* da cui, non solo i loro rapporti singoli, ma prima la loro stessa posizione generica, dipendano o siano dominati», corsivi miei. Che l'ordinamento per esser tale debba avere i caratteri della stabilità è sottolineato, in particolare, da C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, 1991, 13, secondo il quale vi è una «correlazione necessaria che è da porre fra organizzazione e norma, nonché sul carattere che l'istituzione riveste di ordine stabile, cui è intrinseca la presunzione di durata nel tempo e che, pertanto, non può ridursi a mero fatto, a pura esistenza», nonché da V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, 1970, 4, per il quale «affinché si abbia un "ordinamento" sociale, si richiede una certa stabilità, oggettivamente rilevabile, del gruppo e della sua organizzazione, per quanto elementare questa possa essere, quale si costituisce con il consolidarsi dello scopo o degli scopi perseguiti, fattisi relativamente permanenti: ne segue che gli "ordinamenti" hanno una loro *dimensione temporale durevole*, in ciò distinguendosi da un ordine sociale momentaneo, che si esaurisca in una volta sola».

mantenere questa disciplina in armonia con il sistema costituzionale. Si può dire, a questo proposito, che *il profilo istituzionale si saldi con quello della concretezza e, per tramite di questo, con il principio di offensività*, essendo necessaria *l'attualità dei vincoli organizzativi e l'effettività della loro capacità lesiva* affinché una simile e afflittiva disciplina possa trovare asilo nel nostro sistema costituzionale. Non è un caso che l'accertamento della permanenza, dell'attualità dei legami organizzativi siano stati spesso il *Leitmotiv* di alcune decisioni della Corte costituzionale in questa materia, divenendo quasi *l'elemento di legittimazione della disciplina*³³. Mi pare probante, rispetto a questa ipotesi, la constatazione che tale elemento di concretezza fattuale percorra con diverse declinazioni l'elaborazione della dottrina maggioritaria (che abbiamo visto intendere queste fattispecie come reato di pericolo concreto), la giurisprudenza costituzionale e quella di legittimità. Poniamo mente, ad esempio, al più generale problema dei c.d. *automatismi legislativi*³⁴, declinato in relazione alla custodia cautelare in carcere: secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale (in particolare la sentenza n. 265 del 2010) l'appartenenza ad associazioni di tipo mafioso - ossia un'adesione *permanente ad un sodalizio criminoso*, di norma fortemente radicato nel territorio, nonché caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali e dotato di particolare forza intimidatrice - comporta, secondo una *regola di esperienza sufficientemente condivisa*, che solo la custodia in carcere sia adeguata a soddisfare le esigenze cautelari, mentre le altre misure minori non sono sufficienti a spezzare quel rapporto di colleganza tra l'indagato e l'associazione. Lo stesso non può dirsi con riferimento ai delitti commessi avvalendosi delle

³³ È il caso ad esempio dell'art. 4-bis dell'Ordinamento penitenziario, sulla mancata concessione dei benefici a condannati (per reati di mafia nella prima formulazione) che rifiutino di collaborare con la giustizia; norma la cui *ratio* originale era stata individuata nel «peculiare significato che assume la collaborazione con la giustizia al fine di accertare la rottura dei collegamenti con le organizzazioni criminali di provenienza»; in tal senso Corte cost. sent. n. 273 del 2001; ma, in tal senso, già la sent. [n. 357 del 1994](#), nonché le successive nn. [68](#) e [504](#) del 1995 e [n. 445 del 1997](#). Tuttavia, bisogna notare che tale norma ha subito una profonda evoluzione, espandendo i propri confini oltre quelli della criminalità organizzata e, come ricorda la stessa Corte «le numerose modifiche intervenute negli anni, rispetto al nucleo della disciplina originaria, hanno variamente ampliato il catalogo dei reati ricompresi nella disposizione, in virtù di scelte di politica criminale tra loro disomogenee, accomunate da finalità di prevenzione generale e da una volontà di inasprimento del trattamento penitenziario, in risposta ai diversi fenomeni criminali di volta in volta emergenti. L'art. 4-bis ordin. penit. si è, così, trasformato in "un complesso, eterogeneo e stratificato elenco di reati" (sentenze n. 32 del 2016 e n. 239 del 2014)», così Corte cost. sent. n. 188 del 2019; è dunque, ovvio, che il canone dell'attualità dei legami organizzativi non possa pienamente sovrapporsi all'ambito di applicazione della disposizione in oggetto, che concerne fattispecie tanto diverse.

³⁴ In tema di automatismi legislativi cfr. il lavoro di L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in [gruppodipisa.it](#); G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 210, e A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, 194 ss.; G. LEO, *Illegittimo l'automatismo nell'applicazione della sanzione accessoria della perdita della potestà del genitore per il delitto di alterazione di stato*, in [www.penalecontemporaneo.it](#), 2012; F. MODUGNO, *Inammissibilità della quaestio legitimatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2009, 2411 ss.; A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: giocando con le regole a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost.*, 6/2012, 4914 ss.; cfr. inoltre Corte cost. n. 88 del 2019, nella quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'articolo 222 del Codice della strada, la quale prevede l'automatica revoca della patente di guida in tutti i casi di condanna per omicidio e lesioni stradali.

condizioni previste dall'art. 416-*bis* c.p. o al fine di agevolare l'attività delle associazioni mafiose (sentenza n. 57 del 2013) ed al delitto di concorso esterno nell'associazione mafiosa (sentenza n. 48 del 2015³⁵). In entrambi i casi la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere è stata dichiarata costituzionalmente illegittima proprio perché, rispetto a tali delitti, la presunzione assoluta non risponde a dati di esperienza generalizzati, essendo agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa. È, quindi, *solo il sussistere e l'effettivo permanere del collegamento con l'istituzione che ammette la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere.*

L'importanza di tale *profilo concretamente fattuale ridonda*, dal punto di vista processuale, anche *sul piano probatorio*; penso qui alla giurisprudenza di legittimità la quale, oramai in termini maggioritari, afferma come *la prova dell'attuale appartenenza al sodalizio criminoso sconti una sorta di onere aggravato*, dovendo estendersi tale condizione all'accertamento degli elementi soggettivi e oggettivi del reato³⁶. Requisito questo oramai esteso anche al giudizio sulla c.d. *pericolosità qualificata*, già fondamento delle misure di prevenzione per reati di tipo mafioso; materia in cui le Sezioni unite, ribaltando un consolidato orientamento, hanno recentemente avuto modo di affermare che, ai fini dell'applicazione di tali misure, è sempre «necessario accertare *l'attualità della pericolosità del proposto*»³⁷.

³⁵ In quel caso la Corte costituzionale censurò per irragionevolezza la presunzione di adeguatezza della misura più gravosa, quando essa fosse applicata in relazione al delitto di concorso esterno in associazione mafiosa, malgrado mancasse, nel caso richiamato, *una connessione strutturale* con il gruppo che potesse consentire di presumere *la stabilità del vincolo*; unico concetto al quale solo può essere ancorata, sul piano empirico e sociologico, una presunzione di pericolosità tale da giustificare l'adeguatezza della misura più severa.

³⁶ La giurisprudenza di legittimità ha precisato che con riferimento alla valutazione dell'elemento soggettivo caratterizzante la norma incriminatrice in esame, il dolo è dato dalla coscienza e volontà di partecipare attivamente alla realizzazione del programma delinquenziale in modo stabile e permanente (Sez. VI, 23 gennaio 1997, n. 5970, riv. 208306) e che il vincolo associativo può poggiare anche sul rapporto che accomuna, in maniera durevole, il fornitore di droga e gli spacciatori che la ricevono per immetterla nel consumo minuto, sempre che vi sia la consapevolezza di operare nell'ambito di un'unica associazione e di contribuire con i ripetuti apporti alla realizzazione del fine comune di trarre profitto dal commercio di droga (Sez. I, 10 giugno 1996, n. 7759, rv. 205531; Sez. I, 21 ottobre 1999, n. 14578, rv. 216124; Sez. I, 23 dicembre 1999, n. 14578, rv. 216124; Sez. V, 11 agosto 1999, n. 10076, rv. 213978; Sez. V, 17 settembre 2001, n. 33717, rv. 219921). Quanto all'elemento oggettivo conformemente ai più significativi e durevoli approdi della giurisprudenza (Cass. pen., Sez. I, 7 luglio 2011, n. 30463) deve, invero, ritenersi che «da figura dell'associazione finalizzata a traffici di sostanze stupefacenti (D.P.R. 09 ottobre 1990, n. 309, art. 74) è identificabile (solo con *n.d.r.*) un accordo destinato a costituire una struttura permanente in cui i singoli associati divengono - ciascuno nell'ambito dei compiti assunti o affidati - parti di un tutto finalizzato a commettere una serie indeterminata di delitti». Ed ancora: «Per la configurazione del reato associativo non è necessaria la presenza di una complessa ed articolata organizzazione dotata di notevoli disponibilità economiche, ma è sufficiente l'esistenza di strutture, sia pure rudimentali deducibili dalla predisposizione di mezzi, anche semplici ed elementari, per il perseguimento del fine comune, in modo da concretare un supporto stabile e duraturo alle singole deliberazioni criminose, col contributo dei singoli associati (Sez. 1[^], 22 dicembre 1997, n. 5083, rv. 204963; Sez. 6[^], 12 maggio 1995, n. 9320, n. 742, rv. 202037; Sez. 1[^], 31 maggio 1995, n. 742, rv. 202193; Sez. 6[^], 9 gennaio 1995, n. 2772, rv. 201353)».

³⁷ Cass., Sez. un., 4 gennaio 2018 (cc. 30 novembre 2018), n. 111, Gattuso; decisione che al punto 13 del *Considerato in diritto* ha stabilito il seguente principio: «Nel procedimento applicativo delle misure di prevenzione personali agli

Tornerò su quanto detto in questo paragrafo nel prosieguo della trattazione. Voglio, tuttavia, anticipare che, a mio avviso, *le interdittive antimafia, a causa della loro natura ibrida (nella quale l'afflittività di una sanzione sostanzialmente penalistica è rivestita dalle forme giuridiche di un atto amministrativo), si dimostrano estremamente carenti nella possibilità di cognizione fattuale di questo profilo di concretezza* (che abbiamo visto essere in certo modo centrale nell'equilibrio del sistema delle garanzie costituzionali), disconoscendo così un'importante porzione della *ratio* giustificativa che presidia l'intero complesso della normativa antimafia.

4. Il carattere (sostanzialmente) preventivo

L'altro punto di sofferenza costituzionale riguarda il carattere preventivo delle informative antimafia. Per intendere rettamente tale profilo è necessario riflettere sui problemi delle misure di prevenzione di cui le informazioni antimafia replicano la struttura (pur essendo connotate da un impianto garantistico persino più deficitario).

Questo genere di istituti rappresenta, in realtà, una vera e propria galassia, non priva di interna eterogeneità, potendo distinguersi vari sottotipi in relazione all'autorità emanante (misure questorili e giudiziali), al bene colpito (misure personali o reali), alla categoria soggettiva indirizzataria (e.g. criminalità comune, terrorismo, associazioni mafiose).

Similmente varia (e, per certi versi, travagliata) è pure la loro storia³⁸: nate probabilmente tra il XVI e il XVII secolo come forma sanzionatoria³⁹, si affermarono in epoca sabauda, per sopravvivere nel periodo unitario e prosperare in quello fascista, fino a giungere all'epoca repubblicana dove cominciò il loro confronto (spesso conflittuale) con il sistema costituzionale. Da sempre atti volti a tutelare lo spirito del

indiziati di "appartenere" ad una associazione di tipo mafioso, è necessario accertare il requisito della "attualità" della pericolosità del proposto».

³⁸ Sulla storia di tali misure, si veda la ricostruzione di C. FORTE, in A. CAIRO, C. FORTE, *Codice delle misure di prevenzione*, Roma, 2018, 7 ss.; tra i contributi più recenti su tale profilo, si veda L. CAPRIELLO, *La repressione della pericolosità sociale: le misure di prevenzione tra le esigenze di tutela dell'ordine sociale ed il difficile inquadramento nell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Giurisprudenza penale web*, 2017, 6; O. STRADAIOLI, *Le misure di prevenzione*, in P. PITTARO (a cura di), *Scuola Positiva e sistema penale: quale eredità?*, Trieste, EUT Edizioni Università di Trieste, 2012, pp. 119 ss.; obbligatorio inoltre il rinvio al classico G. FIANDACA, *Misure di prevenzione (Profili sostanziali)*, in *Dig. Disc. Pen.*, 1994, Vol. VIII, 109 ss.

³⁹ C. FORTE, *op. cit.*, 8, riconduce l'origine delle misure di prevenzione alla «esistenza negli ordinamenti penali pre-unitari di alcuni strumenti che, utilizzati precedentemente con finalità repressiva, si prestavano tuttavia ad essere impiegati con successo anche in chiave preventiva: si tratta delle cosiddette *pene straordinarie*, applicate a partire dalla prima metà del secolo diciassettesimo, allorché gli indizi di commissione di gravi reati non fossero stati confermati dalla confessione sotto tortura; l'accusato, quindi, non veniva prosciolto del tutto, ma alla sanzione più grave (*ordinaria*, appunto, e quasi sempre coincidente con la pena di morte) se ne sostituiva un'altra meno afflittiva, che teneva luogo di quella prevista per il caso in cui fosse raggiunta la piena prova di reità». Inoltre, in un passaggio successivo, l'A. richiama come altro precedente «i provvedimenti di espulsione nei confronti di vagabondi, oziosi, zingari etc. dei secoli XVI-XVII», i quali sono in sostanziale continuità con i provvedimenti di Pubblica Sicurezza di fine Ottocento.

sistema dominante, si indirizzavano a colpire quelle categorie di soggetti che con tale spirito erano giudicate incompatibili: così nell'Ottocento divennero la linea di difesa dello Stato borghese e monoclasse, orientandosi contro strati della società naturalmente marginalizzati (gli oziosi, i vagabondi, i soggetti sospettati di aver commesso un reato⁴⁰), mentre in epoca fascista, subendo una netta permutazione procedurale (venendo attratte dall'ambito giurisdizionale a quello amministrativo⁴¹), divennero, anche e soprattutto, strumento destinato a colpire il dissenso politico⁴². Tali misure furono oggetto di critiche fin dall'epoca statutaria, poiché la loro natura preventiva e indeterminata si poneva in contrasto con gli assunti dottrinali della Scuola liberale, quali la tassatività, la legalità e la certezza della pena⁴³; assunti questi che confluirono nel Codice penale Zanardelli, dal quale, non casualmente, vennero espunte per assumere la loro conformazione «moderna»⁴⁴ e divenire parte di un autonomo diritto di polizia⁴⁵.

Questa autonomia rispetto al sistema penale e alle sue logiche permane ancora oggi: sul punto attenta dottrina ha parlato di un «terzo binario» che affianca i due ordinari delle pene e delle misure di sicurezza; binario che si muove «ad alta velocità»⁴⁶ e alla cui speditezza repressiva non fa da contraltare un adeguato sistema di garanzie, tanto che la dottrina (penalistica e costituzionalistica) più liberale rimane fortemente

⁴⁰ In tal senso (oltre a colpire *camorristi e manutengoli dei briganti*) disponeva l'art. 5 della Legge Pica del 1862 in tema di domicilio coatto. In un verso simile si mosse la legge 24 giugno del 1871 contro il *malandrinnaggio*. Sul punto vedi ancora C. FORTE, *op. cit.* 9.

⁴¹ In tal senso si pensi a come l'ammonizione fu sottratta «alla competenza del presidente del tribunale e devoluta a una commissione provinciale (formata da Prefetto, Questore, Procuratore del Re, Comandante dei Carabinieri e Ufficiale superiore della milizia)»; cfr. C. FORTE, *op. cit.*, 11.

⁴² Ciò avvenne con l'approvazione del t.u. del 1926 e con il successivo t.u.l.p.s. del 1931, attraverso l'estensione delle categorie soggette ad ammonizione, l'introduzione del confino di polizia e lo smantellamento delle garanzie procedurali precedentemente previste; cfr. C. FORTE, *op. cit.*, 12. Va tenuto presente, tuttavia, che l'utilizzo dello strumento preventivo per finalità politiche è di molto anteriore al Fascismo: basti ricordare che, già negli anni tra il 1862 e il 1894, la misura del domicilio coatto venne sempre più spesso estesa oltre «la repressione del brigantaggio alle solite categorie di persone socialmente pericolose (oziosi, vagabondi etc...) e agli oppositori politici, soprattutto socialisti e anarchici»; così C. FORTE, *op. cit.*, 11.

⁴³ Cfr. C. FORTE, *op. cit.*, 10, il quale tiene a sottolineare che il classico lavoro di Francesco Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, lungi dal legittimare *tout court* le misure di prevenzione (in forza della distinzione tra *magistero penale e magistero del buon governo*), rifiuta l'idea di *pene del sospetto* «applicate sulla base di meri indizi di colpevolezza», ribadendo la «pretesa di una rigorosa tipizzazione e tassatività delle citate trasgressioni di polizia, come corollario del più ampio principio di legalità». L'A. ricorda poi (11) come, pur tra molteplici contraddizioni, anche la Scuola Positiva fosse molto critica nei confronti delle misure di prevenzione, chiaramente non in ragione del conflitto con gli istituti del diritto penale liberale, ma in quanto considerati strumenti inutili a debellare quel disagio sociale che era la reale causa del crimine.

⁴⁴ F. BASILE, *Brevi considerazioni introduttive sulle misure di prevenzione*, in *Giur. It.*, 2015, n. 6, 1521.

⁴⁵ Con la legge di pubblica sicurezza n. 6144 del 30 giugno 1889, «che segnò la scomparsa dal codice Zanardelli dei reati meramente indiziari che colpivano le persone sospette in quanto indicate, dalla pubblica voce, come autori di crimini e delitti (in particolare, di estorsioni, grassazioni, furti e truffe), nonché di quei fatti puramente sintomatici perseguiti ... dalla previgente legislazione piemontese»; così C. FORTE, *op. cit.*, 9.

⁴⁶ Cfr. F. BASILE, *Brevi considerazioni introduttive sulle misure di prevenzione*, in *Giur. It.*, 2015, n. 6, 1521 ss., il quale pone in relazione l'espansione del sistema preventivo con la crisi del sistema della pena.

critica rispetto allo spirito e alla forma di questo complesso istituzionale⁴⁷. E tuttavia tale sistema, persino nel periodo repubblicano – dalla sua «ripulitura» con la legge 1423 del 1956⁴⁸ alla sua sistematizzazione con il *Codice antimafia* del 2011 (e relative modifiche) – ha vissuto una progressiva espansione sia in termini soggettivi⁴⁹ sia in termini oggettivi⁵⁰, affermandosi negli ultimi anni come strumento percepito politicamente in termini di vera e propria irrinunciabilità⁵¹, soprattutto per la lotta alla c.d. «criminalità da profitto»⁵².

L'avvento della Costituzione repubblicana ha reso la questione ancor più problematica⁵³ e numerose, da sempre, sono state le voci in dottrina circa l'effettiva inconciliabilità della giustizia preventiva con i valori

⁴⁷ Icastiche in tal senso le parole di M. CERESA-GASTALDO, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4: «se il fondamento del diritto punitivo è l'accertamento del fatto (perché si giudica di fatti, non di uomini, come ci hanno insegnato Carrara, Romagnosi, Pellegrino Rossi, Carmignani, Rosmini), il consentire la compressione delle libertà dell'individuo non a fronte di condotte contrarie alla legge, ma in presenza di indicatori (per lo più presunti) di pericolosità sociale del destinatario della misura, è la negazione stessa dei fondamenti dello Stato liberale; è la prevalenza dell'autorità pubblica sulle libertà individuali indipendentemente da qualsiasi pretesa restaurativa».

⁴⁸ L'espressione è di F. BASILE, *op. cit.*, 1521; questo primo provvedimento cominciò a tener conto dei problemi posti dal sistema preventivo con la neonata Carta fondamentale, secondo le indicazioni poste dalla Corte costituzionale con le decisioni nn. 2 e 11 del 1956, rispettivamente concernenti «il foglio di via obbligatorio» e «l'ammonizione».

⁴⁹ Si pensi alla l. 31 maggio del 1965, n. 575, che estese le misure di prevenzione agli «indiziati di appartenere ad associazioni mafiose», ancor prima che il nostro codice penale conoscesse la fattispecie di associazione mafiosa ex art. 416-*bis* c.p.; oppure alla l. 22 maggio 1975, n. 152 che, invece, estese la disciplina della prevenzione ai soggetti considerati socialmente pericolosi, ossia i c.d. «sovversivi».

⁵⁰ Ad esempio con la l. 13 settembre 1982, n. 646 (c.d. Rognoni-La Torre), con la quale venne introdotto il reato di associazione mafiosa e conseguentemente le *misure preventive patrimoniali* finalizzate al recupero di capitali illeciti, nella forma provvisoria del sequestro preventivo o in quella definitiva della confisca preventiva.

⁵¹ Sottolinea questo aspetto, ancora ponendolo in relazione con la crisi del diritto penale punitivo, M. CERESA-GASTALDO, *op. cit.*, 2, dove leggiamo: «È ormai un postulato, come tale indiscutibile, l'assunto dell'importanza strategica rivestita dalle misure di prevenzione sul fronte della lotta alla criminalità. Soprattutto negli ultimi anni si è saldamente affermata l'idea dell'imprescindibilità di questo “moderno” strumento di contrasto, più celere, certo ed efficace di quello repressivo che da molti anni soffre una profonda crisi di effettività».

⁵² Si veda, per tutti, l'analisi di F. MENDITTO, *Presente e futuro delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali): da misure di polizia a prevenzione della criminalità da profitto*, in *Diritto penale contemporaneo*. L'A. motiva il crescente utilizzo delle misure preventive patrimoniali (in particolare della confisca) come strumento più idoneo a combattere questo genere di criminalità: «L'ampliamento delle forme di confisca trova origine nella sempre più diffusa consapevolezza per cui il *crimine da profitto* si contiene, oltre che con l'ordinaria azione repressiva penale, con misure patrimoniali dirette a sottrarre ai responsabili i profitti illeciti che solo la ragione per cui hanno commesso o possono commettere reati; misure che talvolta richiedono un commesso reato (confische, misure di sicurezza o sanzionatorie, in particolare, per equivalente) ovvero che da questo prescindono (confisca di prevenzione). Le misure di prevenzione patrimoniali, come si vedrà oltre, sono utili nella prevenzione delle diverse forme di criminalità da profitto in cui un ruolo *egemone* è notoriamente rappresentato da tre settori, indicati da più parti come una delle principali cause, non solo d'illegalità, ma anche di mancata crescita del Paese: criminalità mafiosa, economica, da corruzione» (pag. 3).

⁵³ Come ha ricordato la stessa Corte costituzionale al punto 9 del *Considerato in diritto* della recente decisione n. 24 del 2019: «Le misure di prevenzione personali accompagnano la storia dell'ordinamento italiano sin dalla sua nascita. Cionondimeno, il loro preciso statuto costituzionale, rimasto incerto nei primi anni successivi all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, non cessa ancor oggi di ingenerare controversie».

costituzionali; ciò anche in ragione di una sorta di *peccato originale* dei nostri costituenti i quali nulla disposero in merito alle misure di prevenzione, con una scelta ambigua che celava il disprezzo per un genere di provvedimenti così abusato dal precedente regime, ma che non giunse fino al punto di espungerlo esplicitamente dal nostro ordinamento⁵⁴. Paolo Barile stigmatizzò tale silenzio definendolo foriero di un vero e proprio «vuoto istituzionale»⁵⁵ e, con grande forza, Leopoldo Elia criticò gli stessi presupposti teorici di un giudizio che «squalifica socialmente una persona, senza prima poter squalificare un fatto»⁵⁶.

Nonostante le accese critiche della dottrina, la Corte costituzionale ha portato avanti, fin dai primi anni di attività, un atteggiamento mediano, da un lato colpendo alcune porzioni di tale disciplina⁵⁷, dall'altro affermando che essa nel suo complesso potesse trovare asilo nel nostro ordinamento costituzionale. Già in una delle primissime decisioni sul punto (la n. 11 del 1956), il giudice delle leggi evidenziò chiaramente la necessità «di assicurare il contemperamento tra le due fondamentali esigenze, di non frapporre ostacoli all'esercizio di attività di prevenzione dei reati e di garantire il rispetto degli inviolabili diritti della

⁵⁴ Associa questo silenzio al rifiuto dei padri costituenti rispetto all'ipoteca fascista nell'utilizzo delle misure di prevenzione G. FIANDACA, *Misure di prevenzione (fondamenti costituzionali)*, in *Dig. Pub.*, IX, 1995, 566.

⁵⁵ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 137.

⁵⁶ L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, 21 ss.; il chiaro Autore sosteneva che la gamma delle misure afflittive nel nostro ordinamento fossero esaurite dai due modelli, previsti in Costituzione, della pena e della misura di sicurezza; pertanto le misure di prevenzione non potevano trovare asilo nel sistema costituzionale. In tal senso l'art. 13 Cost. doveva essere letto come strumentale rispetto agli artt. 25, 30 e 32 Cost. «nel senso che gli atti previsti a proposito di restrizioni della libertà personale si pongono come preparatori rispetto alle pronunzie che infliggono pene o misure di sicurezza ovvero prescrivono o autorizzano un trattamento di carattere rieducativo o sanitario» (23). Su tale posizione, connessa (in senso critico) al più generale problema del «vuoto di fini» dell'art. 13 Cost. (in merito al quale si rinvia a A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967), la dottrina costituzionalistica ha avuto modo di dividersi: tra gli altri, concordi con la posizione di Elia, P. BARILE, *op. cit.*, 115 e A. CERRI, *Libertà. II) Libertà personale – dir. cost.*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XIX, Roma, 1990, 7; *contra* A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1992, 190 ss.; il problema dell'art. 13 Cost. in relazione alle misure di prevenzione è stato recentemente ripercorso, con ben altro grado di approfondimento rispetto a quello che è qui possibile, da G. P. DOLSO, *Le misure di prevenzione tra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Archivio penale*, n. 3, 2017, diffusamente; sul difficile equilibrio tra la salvaguardia dell'ordine sociale e la collocazione delle misure di prevenzione nel complessivo contesto costituzionale nazionale ed europeo, L. CAPRIELLO, *La repressione della pericolosità sociale: le misure di prevenzione tra le esigenze di tutela dell'ordine sociale ed il difficile inquadramento nell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Giurisprudenza Penale* n. 6, 2017, diffusamente; sulla compatibilità delle misure di prevenzione personali con la CEDU affermata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, F. MENDITTO, *Misure di prevenzione, personali e patrimoniali, e compatibilità con la Cedu, con particolare riferimento all'ampliamento dei destinatari delle misure e all'introduzione del principio di applicazione disgiunta*, in *Questione giustizia*, 2014, p. 41 ss.; sulla salvaguardia del principio di legalità di fronte a una tecnica legislativa relativa alle misure di prevenzione non sempre impeccabile attraverso il ruolo svolto dalla giurisprudenza di legittimità, v. M. PICCHI, *Principio di legalità e misure di prevenzione nella ricostruzione dialogica fra Corte EDU, Corte costituzionale e Corte di Cassazione. Gli sforzi "tassativizzanti" della giurisprudenza di legittimità possono sopperire alla cattiva qualità della legge*, in *Osservatorio sulle fonti*, n.1/2019, diffusamente.

⁵⁷ Con la [decisione n. 2 del 1956](#) fu dichiarata l'illegittimità della disciplina allora vigente in tema di esecuzione coattiva dell'ordine di rimpatrio disposto dal questore, mentre con la successiva [sentenza n. 11 del 1956](#) venne dichiarata illegittima la disciplina dell'ammonizione.

personalità umana»⁵⁸, tuttavia affermando che tale esigenza potesse essere assolta «attraverso il riconoscimento dei tradizionali diritti di *habeas corpus* nell'ambito del principio di stretta legalità» e cominciando così il percorso di «giurisdizionalizzazione» di tali misure⁵⁹; termine questo che non va inteso solo come attrazione nella sfera dell'Autorità giudiziaria della potestà di emanare simili provvedimenti, ma anche come acquisizione della necessità di rispettare, in tale procedimento, principi costituzionali quali la legalità, il diritto di difesa, il giusto processo⁶⁰.

Pensiamo a uno dei punti maggiormente dolenti dell'intera normativa, vale a dire l'estrema indeterminatezza degli elementi posti alla base dell'attività preventiva, tanto intensa da far affermare che esse permangano quali «misure di sospetto». Qui c'è stato un lungo lavoro della Corte volto ad affermare, all'interno delle misure preventive, il valore del principio di legalità, tassatività e determinatezza della fattispecie; percorso che, pur con non poche ambiguità, si è mosso dalla decisione n. 23 del 1964 – dove si è affermato che nella previsione delle misure di prevenzione il legislatore deve comunque stabilirne l'irrogazione a seguito di «comportamenti obiettivamente identificabili»⁶¹ – per poi trovare il suo «punto

⁵⁸ Principio ribadito esplicitamente poco dopo nella decisione n. 27 del 1959, dove si afferma che le misure di prevenzione «trovano il loro fondamento nelle finalità generali della intera legge. Non è dubbio che questa apporti limitazioni notevoli a taluni diritti riconosciuti dalla Costituzione; ma tali limitazioni sono informate al principio di prevenzione e di sicurezza sociale, per il quale l'ordinato e pacifico svolgimento dei rapporti fra i cittadini deve essere garantito, oltre che dal sistema di norme repressive dei fatti illeciti, anche da un parallelo sistema di adeguate misure preventive contro il pericolo del loro verificarsi nell'avvenire. È questa una esigenza e regola fondamentale di ogni ordinamento, accolta e riconosciuta dalla nostra Costituzione».

⁵⁹ Processo già cominciato in realtà con la precedente sentenza n. 2 del 1956 nella quale vennero fissati «principi ancora attuali: la necessaria giurisdizionalizzazione di misure limitative della libertà personale, l'utilizzabilità di fatti (e non sospetti), l'obbligo di motivazione, il divieto di discriminazione politica e di limitazione della manifestazione del pensiero, il rispetto del diritto di difesa»; così F. MENDITTO, *Presene e futuro cit.*, 6. L'espressione «giurisdizionalizzazione» è, come noto, di G. VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, III, Milano, 1972, 1591 ss.

⁶⁰ La stessa Corte ha espresso la necessaria osmosi di molti di questi principi la cui esistenza diviene normalmente reciprocamente necessaria. Sul punto basti por mente a quanto affermato nella decisione n. 177 del 1980, al punto 4 del *Considerato in diritto*: «In coerenza con le precedenti decisioni di questa Corte, va ribadito che la legittimità costituzionale delle misure di prevenzione in quanto limitative, a diversi gradi di intensità, della libertà personale è necessariamente subordinata all'osservanza del principio di legalità e alla esistenza della garanzia giurisdizionale (*sent. n. 11 del 1956*). Si tratta di due requisiti ugualmente essenziali ed intimamente connessi, perché la mancanza dell'uno vanifica l'altro, rendendolo meramente illusorio», corsivi miei.

⁶¹ L'espressione si trova in un brano del punto 3 del *Considerato di diritto*: «Dalle indicate finalità delle misure di prevenzione deriva che l'adozione di esse può essere collegata, nelle previsioni legislative, non al verificarsi di fatti singolarmente determinati, ma a un complesso di comportamenti che costituiscano una "condotta", assunta dal legislatore come indice di pericolosità sociale. Discende, pertanto, dalla natura di dette misure che, nella descrizione delle fattispecie, il legislatore debba normalmente procedere con criteri diversi da quelli con cui procede nella determinazione degli elementi costitutivi di una figura criminosa, e possa far riferimento anche a elementi presuntivi, corrispondenti però sempre a comportamenti obiettivamente identificabili. Il che *non vuol dire minor rigore, ma diverso rigore* nella previsione e nella adozione delle misure di prevenzione, rispetto alla previsione dei reati e alla irrogazione delle pene», corsivi miei. Mi pare qui sia più che evidente l'ambiguità accennata nel testo: trovo infatti, e in questo non sono solo, davvero difficile comprendere in quali termini concreti il rigore possa essere *diverso* senza essere *minore*. Sul punto si veda la critica di P. NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc.*

più alto»⁶² nella decisione n. 177 del 1980, con la quale si è stabilito che il principio di legalità in materia di prevenzione impone che, ancorché fondata su un giudizio prognostico, la loro applicazione deve trovare le basi in *fattispecie di pericolosità previste e descritte dalla legge*⁶³.

Un'altra dorsale sulla quale si è mossa la giurisprudenza costituzionale è stata quella della valorizzazione dei diritti di difesa e dei principi del giusto processo. Dalla decisione n. 76 del 1970 – in cui si dichiarò l'illegittimità dell'art. 4 della l. 1423/56 nella parte in cui non prevedeva la presenza obbligatoria del difensore – alla n. 306/97 – in cui si affermò esplicitamente l'applicazione dei principi del giusto processo ai meccanismi di prevenzione⁶⁴ – fino alla più recente sentenza n. 93/2010 concernente la possibilità di svolgere il processo di prevenzione in pubblica udienza.

Si potrebbe dire che fin dai suoi primi anni di attività la Corte abbia messo in atto un'opera di *costituzionalizzazione tramite giurisdizionalizzazione*, vale a dire che la progressiva introiezione nel sistema della prevenzione di garanzie tipiche della giustizia penale sia stato il *mezzo* con il quale i giudici di Palazzo della Consulta perseguirono la *costituzionalizzazione* delle misure di prevenzione, attraverso un complicato processo dialogico di acquisizioni che ha, nel tempo, coinvolto il legislatore, la Corte di Cassazione e la Corte EDU⁶⁵.

Dir., vol. XXVI, Milano, 1976, 633: «I fatti da accertare sono “sintomi” di un pericolo e, come tali, essendo riferibili al caso concreto, difficilmente possono essere indicati, se non genericamente, in una fonte legislativa».

⁶² L'espressione è di F. BASILE, *Tassatività delle norme ricognitive della pericolosità nelle misure di prevenzione: Strasburgo chiama, Roma risponde*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 luglio 2018, 2.

⁶³ Principio questo enunciato nel punto 4 del *Considerato in diritto*.

⁶⁴ Dove al punto 2.1 si afferma: «nell'ambito del principio del giusto processo di cui questa Corte, in numerose occasioni, ha definito i profili sulla base delle disposizioni costituzionali che attengono alla disciplina della giurisdizione, posto centrale occupa l'imparzialità-neutralità del giudice, in carenza della quale tutte le altre regole e garanzie processuali perderebbero di concreto significato. Tale principio in tutti i suoi aspetti, tra cui per l'appunto l'imparzialità del giudice, indubitabilmente vale anche in relazione al procedimento giurisdizionale di applicazione delle misure di prevenzione personali che incidono su diritti di libertà costituzionalmente garantiti per mezzo di una "riserva di giurisdizione". In questi casi, la garanzia rappresentata da tale riserva non può essere menomata attraverso l'affievolimento dei caratteri che la giurisdizione qualificano come tale».

⁶⁵ Basti pensare alla già citata sentenza n. 93/2010, nella quale la Corte costituzionale ha fondato la propria argomentazione sul richiamo ad alcune decisioni della Corte EDU: *la sentenza 13 novembre 2007, nella causa Bocellari e Rizza contro Italia*; la sentenza 8 luglio 2008, nella causa *Pierre ed altri contro Italia*; la *sentenza 5 gennaio 2010, nella causa Bongiorno contro Italia*. Sulla tecnica argomentativa utilizzata dalla Consulta in questa occasione, secondo una prospettiva parzialmente critica, cfr. A. GUAZZAROTTI, *Bilanciamenti e fraintendimenti*, in *forumcostituzionale.it*. Tuttavia, l'attenzione della Corte EDU alle misure di prevenzione nel nostro Paese è ben più remota, e risale almeno alla decisione [6 novembre 1980, Guzzardi contro Italia](#), che stabilì (al paragrafo 102) che l'applicazione della misura della sorveglianza speciale con ordine di soggiorno all'isola dell'Asinara disposta nei confronti di un indiziato di appartenenza a un'associazione mafiosa ai sensi della legge n. 575 del 1965, a causa della situazione di sostanziale isolamento cui versava la persona, si era risolta in una limitazione della libertà personale (ai sensi dell'art. 5 CEDU) e non semplicemente della libertà di circolazione tutelata dall'art. 2 Prot. n. 4 CEDU (peraltro all'epoca non ancora ratificato dall'Italia). Privazione illegittima, stante l'assenza di alcuna delle eccezioni previste dal primo comma dello stesso art. 5 CEDU.

La Corte di Strasburgo, pur ammettendo, in forza delle peculiarità italiane, la tendenziale legittimità convenzionale delle misure di prevenzione, ha avuto modo di esprimersi in materia. Tra le varie decisioni spicca la recente sentenza Grande Camera, 23 febbraio 2017, *De Tommaso contro Italia*, con la quale è stata censurata, *per grave difetto di determinatezza*, la normativa concernente alcune prescrizioni imponibili ai soggetti sottoposti a sorveglianza speciale⁶⁶ e quella relativa alla fattispecie di pericolosità generica⁶⁷. Soprattutto questa seconda censura è, ad avviso della dottrina, «potenzialmente capace di scuotere alle fondamenta l'intero sistema italiano delle misure di prevenzione: se cadono le fattispecie di pericolosità generica, cadranno, a cascata, tutte le misure di prevenzione – personali, ma anche patrimoniali – applicate (anche in passato) sul presupposto dell'accertamento di siffatta pericolosità»⁶⁸.

Anche sulla scorta di tali suggestioni, la giurisprudenza di legittimità ha proposto una lettura sempre più costituzionalmente e convenzionalmente orientata delle misure di prevenzione, valorizzando quanto più possibile il momento cognitivo quale fondamento di quello prognostico di pericolosità⁶⁹; momento fondato sull'«oggettiva valutazione dei fatti»⁷⁰ la quale, a sua volta, ha subito una sorta di «tipizzazione» sotto il profilo sostanziale e processuale⁷¹.

Questo patrimonio giurisprudenziale che volge verso la necessaria valorizzazione, anche in sede di misure di prevenzione, del *principio di determinatezza della fattispecie*, è stato recentemente accolto dalla stessa Corte

⁶⁶ Disciplina già prevista dall'art. 5 della legge del 1956 e ora dall'art. 8 del d.lgs. del 2011.

⁶⁷ Fattispecie in precedenza regolata dall'art. 1 della legge del 1956 e ora dall'art. 1 del d.lgs. del 2011.

⁶⁸ F. BASILE, *Tassatività*, cit., 6; in tal senso anche F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 3/2017.

⁶⁹ Cass. Pen., Sez. I, 11 febbraio 2014 (dep. 5 giugno 2014), n. 23641, Mondini.

⁷⁰ Non dunque su «valutazioni meramente soggettive»; così Cass. Pen., Sez. II, 4 giugno 2015 (dep. 22 giugno 2015), n. 26235, Friolo.

⁷¹ F. BASILE, *Tassatività*, cit., 8 ss., cui si rinvia per una attenta analisi della recente giurisprudenza in materia.

costituzionale in occasione di alcune decisioni: la n. 24⁷², la n. 25⁷³ e la n. 195⁷⁴ del 2019 che si pongono, in definitiva, come il punto attuale di un lungo percorso (si spera non concluso) indirizzato verso l'attento bilanciamento delle esigenze di pubblica sicurezza (che sono alla base del sistema della prevenzione) con i principi dello Stato di diritto che mai da tale tutela possono (*rectius* devono) essere completamente schiacciati⁷⁵.

Tutto il processo fin qui descritto, che ha portato alla progressiva *giurisdizionalizzazione* (*formale ma soprattutto sostanziale*) delle misure di prevenzione, rimane completamente estraneo alle interdittive

⁷² Questa decisione declina il parametro della definizione in un duplice senso, in relazione alla diversa gamma interpretativa che le due discipline oggetto del giudizio consentono. Sotto un primo profilo – ribadendo la necessità costituzionale e convenzionale di una sufficiente determinatezza dei presupposti di pericolosità generica posti alla base del sequestro e della confisca preventiva – la Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità «di tutte le disposizioni» impugnate, nella parte in cui «consentono di applicare le misure di prevenzione della sorveglianza speciale, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, del sequestro e della confisca, ai soggetti indicati nell'art. 1, numero 1), della legge n. 1423 del 1956, poi confluito nell'art. 1, lettera a), del d.lgs. n. 159 del 2011 («coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi»)». Sotto un secondo profilo, il giudice delle leggi ha, invece, respinto la medesima questione in relazione alla fattispecie di cui all'art. 1, numero 2), della legge n. 1423 del 1956, poi confluita nell'art. 1, lettera b), del d.lgs. n. 159 del 2011, ritenendo che la lettura «tipizzante» portata avanti dalla Cassazione assicuri ad essa «in via interpretativa contorni sufficientemente precisi ... sì da consentire ai consociati di prevedere ragionevolmente in anticipo in quali "casi" – oltre che in quali "modi" – essi potranno essere sottoposti alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale, nonché alle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca».

⁷³ In tale sentenza il giudice delle leggi ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 75, comma 2, del d.lgs. n. 159 del 2011, nella parte in cui punisce come delitto l'inosservanza delle prescrizioni di “vivere onestamente” e di “rispettare le leggi” da parte del soggetto sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno», proprio perché alla luce della recente sentenza *De Tommaso contro Italia* e del seguito che ad essa era stato dato dalla giurisprudenza di legittimità (soprattutto con la recente decisione delle Sezioni unite, 27 aprile-5 settembre 2017, n. 40076), tali parametri risultavano, oramai, inaccettabilmente indeterminati. Inoltre, in via consequenziale, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità del primo comma del medesimo articolo.

⁷⁴ In tale decisione la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 28, comma 1, del d.l. n. 113 del 2018, che aveva inserito il comma *7-bis* nell'art. 143 del T.U.E.L., rilevando che, mentre per l'attivazione del potere di scioglimento del Consiglio comunale o provinciale occorre che gli elementi in ordine a collegamenti diretti o indiretti con la criminalità organizzata di tipo mafioso raggiungano un livello di coerenza e significatività tali da poterli qualificare come «concreti, univoci e rilevanti» (art. 143, comma 1, del T.U.E.L.), invece, quanto alle «condotte illecite gravi e reiterate», di cui al comma *7-bis* censurato avanti alla Corte, è sufficiente che risultino mere «situazioni sintomatiche», sicché il presupposto positivo del potere sostitutivo prefettizio «è disegnato dalla disposizione censurata in termini vaghi, ampiamente discrezionali e certamente assai meno definiti di quelli del potere governativo di scioglimento dei Consigli comunali e provinciali, pur essendo il primo agganciato a quest'ultimo come occasionale appendice procedimentale».

⁷⁵ Sul punto mi viene in mente, ancora, la recente decisione della Corte costituzionale n. 26 del 2019, la quale, giustamente ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 198, della legge 24 dicembre 2012, n. 228, disposizione che, «consentendo alle sole categorie di creditori ivi indicate il soddisfacimento del proprio credito sui beni del proprio debitore sottoposti a confisca di prevenzione», discriminava «i restanti creditori in buona fede, sacrificando irragionevolmente il loro diritto di credito rispetto all'interesse statale ad assicurare l'effettività della misura di prevenzione». Qui la Corte richiamando la sua precedente giurisprudenza (n. 317/2009 e n. 95/2015), evidenzia la necessità di un bilanciamento che non annichilisca mai del tutto il diritto recessivo: la «disciplina censurata non può essere [...] giustificata in una prospettiva di bilanciamento con l'interesse sotteso alle misure di prevenzione patrimoniali, ricollegabile ad esigenze di ordine e sicurezza pubblica anch'esse costituzionalmente rilevanti. Nella specie, in effetti, non di bilanciamento si tratta, “ma di un sacrificio puro e semplice” dell'interesse contrapposto».

antimafia, che pertanto «ereditano» tutti i dubbi di costituzionalità che potevano attribuirsi alle misure di prevenzione decenni or sono.

5. Il problema della *matière pénale*: un accenno al canone dell'«afflittività»

In questo contesto sorge poi un ulteriore dubbio, vale a dire che l'istituto dell'informativa antimafia, stante l'elevato tasso di lesività, alla luce dei parametri elaborati dalla Corte di Strasburgo, possa trascendere la sua natura formalmente amministrativa e rientrare nella materia penale, nel senso “sostanziale”, con tutte le conseguenze che ne derivano, specie in termini di determinatezza della fattispecie e di ammissibilità del cumulo con altre misure.

Secondo l'ordinamento giuridico interno, infatti, sono a dirsi pene soltanto quelle che il legislatore ha definito tali, con un'operazione di riparto formale che destina alla garanzia accusatoria piena solo alcune sanzioni, sulla base delle coordinate fornite dagli artt. 17 e 39 c.p. In quest'ottica, il concetto formale di 'pena' ha consentito il proliferare di strumenti para-sanzionatori (e para-penali), satellitari rispetto al diritto sanzionatorio ordinario e in parte sganciati dalle garanzie costituzionali che esso deve rispettare, poiché funzionali a scopi diversi dalla punizione del reo: tra questi, appunto, le misure di prevenzione, affidate al diverso fine di “prevenire” la commissione futura di reati e, pertanto, sottratte alle rigide guarentigie, sostanziali e processuali, previste dalla Costituzione e dalla Convenzione europea; nonché, in particolare, l'istituto dell'informativa antimafia, misura formalmente amministrativa ma pure riconducibile in quell'orbita para-sanzionatoria di cui si serve la repressione pubblica del fenomeno mafioso⁷⁶.

A rendere, tuttavia, sfumata la linea di confine tra sanzione e prevenzione è intervenuta la Corte europea, che ha consolidato una nozione autonoma di *matière pénale*, ai sensi degli artt. 6 (diritto a un equo processo) e 7 CEDU (principio di legalità convenzionale), ritenendo non determinante l'etichetta conferita di volta in volta dagli Stati membri e adoperando criteri diversi, quali la natura dell'illecito e della sanzione, oltre al grado di severità (afflittività) di quest'ultima⁷⁷: si tratta di un portato della c.d. teoria autonomista della

⁷⁶ È noto che il legislatore ha inaugurato una stagione di ampliamento delle misure *lato sensu* afflittive, con previsioni che introducono un'intera categoria di sanzioni che colpiscono il patrimonio e si collocano al di fuori del processo penale, grazie a qualificazioni di sorta, di volta in volta amministrative o preventive, strutturate dalla normativa o per essere cumulate alle sanzioni del processo o, in alcuni casi, per essere inflitte a prescindere dall'accertamento di merito circa la sussistenza di un fatto di reato: efficacemente, sul tema, BORGOGNO, *L'ablazione dei beni “marchiati di infamia”. Prime osservazioni su alcuni recenti interventi giurisprudenziali in tema di “confisca allargata” e “confisca senza condanna”*, in *Arch. pen.*, 2015, 1.

⁷⁷ Corte EDU, 8 giugno 1976, Engel e a. c. Paesi Bassi, § 82; EAD., Gr. Cam., 10 febbraio 2009, Zolotukhin c. Russia, §52; da ultimo, EAD., Gr. Cam., 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, con nota di M. BONTEMPELLI, *Verso un adattamento della disciplina italiana delle sanzioni tributarie al diritto europeo?* in *Rassegna trib.*, 2017, 562; TRUCCO, *Ne bis in idem: la Corte di Strasburgo scende a più miti e ulteriori consigli*, in *Quad. Cost.*, 2017, 173. Sui criteri identificativi

materia penale⁷⁸, secondo la quale occorre ritagliare un'esegesi autonoma del concetto, ai fini della Convenzione, che consenta di assimilare alla materia penale tutte quelle reazioni sanzionatorie, variamente denominate, dotate di un contenuto intrinsecamente punitivo. Da questa prospettiva, dunque, intendo lo strumento informativo in parola, dalla incerta collocazione sistematica, a metà tra la forma della misura amministrativa, che conserva per origine normativa, e la concreta finalità sanzionatoria, che di fatto persegue.

In tal senso, facendo applicazione dell'orientamento giurisprudenziale europeo, risalente alla nota decisione *Engel e altri c. Paesi Bassi*⁷⁹, ci si avvede di come, al di là del *nomen iuris* conferito dal legislatore, l'istituto in parola soddisfi i requisiti della natura dell'infrazione e del grado e della severità della sanzione, per essere ricondotto nei termini giurisprudenziali del «territorio della penalità»⁸⁰.

Per quanto concerne la natura sostanziale della sanzione, essa *può essere considerata afflittiva e non meramente riparatoria o satisfattiva*, atteso che l'esistenza di elementi di collegamento con la compagine mafiosa, anche sotto forma di sospetto, determina l'interruzione generale e assoluta di qualunque rapporto con la P.A.: una sanzione di particolare severità, capace non solo di recidere i rapporti contrattuali, anche per il futuro, con il soggetto pubblico, ma persino di precludere qualsiasi attività negoziale e privata che necessiti, in qualche sua fase di esercizio, di un intervento autorizzativo da parte della pubblica amministrazione.

Occorre tuttavia evidenziare che, lungo questa direttrice, non si rinvencono conforti palesi e inequivoci da parte della giurisprudenza di Strasburgo, e ciò per almeno due ordini di ragioni.

In primo luogo, in contesti di lotta alla mafia, la Corte EDU, considerando la magnitudine e la pericolosità del fenomeno pone in essere una chiara attività di *self-restraint*, riconoscendo che lo scopo perseguito giustifica, sia pure astrattamente, interpretazioni e deroghe a tutela della peculiare materia⁸¹.

della "materia penale", si veda anche Corte EDU, 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, che ha riconosciuto natura sostanzialmente punitiva a una forma di confisca allargata.

⁷⁸ C. E. PALIERO, "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione "classica" a una svolta radicale, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, 908. Sulle recenti evoluzioni del concetto di 'materia penale' nella giurisprudenza europea, V. MANES, *La confisca "punitiva" tra Corte Costituzionale e CEDU: sipario sulla "truffa delle etichette"*, in *Cass. pen.*, 2011, 2, 534 ss.

⁷⁹ Corte EDU, Grande Camera, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*.

⁸⁰ È un'espressione di R. ORLANDI, *Il sistema di prevenzione tra esigenze di politica criminale e principi fondamentali*, in AA. VV., *La giustizia penale preventiva*, Milano, 2016, 6.

⁸¹ La Corte ha, infatti, affermato esplicitamente che «il fenomeno della criminalità organizzata ha raggiunto, in Italia, dimensioni davvero preoccupanti.

I guadagni smisurati che le associazioni di stampo mafioso ricavano dalle loro attività illecite danno loro un potere la cui esistenza mette in discussione la supremazia del diritto nello Stato. Quindi, i mezzi adottati per combattere questo potere economico, ed in particolare la confisca controversa, possono risultare indispensabili per poter efficacemente combattere tali associazioni (vedi Arcuri ed altri tre c. Italia, succitata)»; Corte EDU, § 45, *Buongiorno e altri c. Italia*. Sul punto è stato giustamente osservato che «l'ingerenza degli Stati è ritenuta dalla Corte proporzionata al legittimo scopo perseguito, consistente in una politica di prevenzione della criminalità per la cui attuazione il legislatore deve avere un ampio margine di manovra sia sull'esistenza di un problema di interesse

In secondo luogo, la Corte di Strasburgo ha ripetutamente escluso che la disciplina delle misure di prevenzione patrimoniali possa essere considerata lesiva dei principi fondamentali della materia penale, ritenendo le stesse non riconducibili alla nozione di *matière pénale*, presupposto indefettibile per l'attivazione delle garanzie contenute agli artt. 6 e 7 CEDU⁸². Questa posizione si inserisce invero in un più ampio contesto giurisprudenziale, in cui la Corte europea ha evitato di censurare le incompatibilità convenzionali della legge nazionale che, sempre più frequentemente, prevede ipotesi di confisca senza condanna o, come nel nostro caso, ablazioni di rapporti patrimoniali in difetto di un accertamento puntuale e sostanziale circa la fondatezza del fatto illecito prospettato, al fine di combattere con maggiore efficacia l'accumulo patrimoniale e l'attività d'impresa legata a gravi fenomeni criminali⁸³.

E pur tuttavia la Corte europea non ritiene che i procedimenti di prevenzione che colpiscono il patrimonio si pongano in conflitto con la Convenzione nella misura in cui siano volte «a prevenire un uso illegittimo e pericoloso per la società di beni di cui non sia stata dimostrata la provenienza legittima. Essa ritiene, quindi, che l'ingerenza che ne risulta persegua uno scopo che corrisponde all'interesse generale»⁸⁴, e ciò con riferimento particolare ai soggetti a pericolosità qualificata o, comunque, indiziati di appartenere a sodalizi criminali stabili e organizzati, effettuando, in questi termini, un giudizio di proporzionalità: il giudice europeo conferisce particolare importanza alle valutazioni di politica criminale che sottostanno alla prevenzione patrimoniale, nella quale oggi rientra a buon titolo anche l'informativa antimafia, disegnando l'estensione del diritto fondamentale in funzione dello scopo della limitazione ad esso imposta dal legislatore della prevenzione⁸⁵.

In altre parole, di fronte al peso consistente che ha assunto il fenomeno mafioso in genere, la Corte parametrata la tutela del singolo interamente alla legittimità dello scopo perseguito dallo Stato in chiave

pubblico, che richiede una normativa, sia sulla scelta delle modalità applicative di quest'ultima», così F. MENDITTO, *Misure di prevenzione, personali e patrimoniali*, cit. 15.

⁸² Corte EDU, 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*; Ead., 26 marzo 1982, *Adolf c. Austria*. Si vedano anche le decisioni della Corte EDU, 22 febbraio 1994, *Raimondo c. Italia*; Ead., 15 giugno 1999, *Prisco c. Italia*. Si veda, inoltre, Corte EDU, 22 febbraio 1994, *Raimondo c. Italia*; Id., 15 giugno 1999, *Prisco c. Italia*.

⁸³ I giudici europei, ad esempio, pronunciandosi su di un'ablazione del patrimonio consentita dalla legge in assenza di un'accusa in sede penale, hanno ritenuto che si trattasse di una confisca non costituente «pena», dunque rientrante nelle forme di regolamentazione della proprietà secondo le cadenze dell'art. 1, Prot. Agg. n. 1 alla CEDU e avente natura preventiva o compensatoria (*«is not of a punitive but of a preventive and/or compensatory nature»*), conformemente alla propria giurisprudenza in materia di confisca di prevenzione. Cfr. Corte EDU, 12 maggio 2015, *Gogitidze c. Georgia*, sulle cui ricadute di legittimità si vedano le considerazioni di A. M. MAUGERI, *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte EDU sul civil forfeiture*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 952 ss.

⁸⁴ Corte EDU, 17 maggio 2011, *Capitani e Campanella c. Italia*; nel prosieguo del passaggio la Corte richiama la sua precedente giurisprudenza sul punto: *Arcuri e altri tre c. Italia*, *Riela e altri c. Italia*, *Raimondo c. Italia*.

⁸⁵ Per gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali, si veda Corte EDU, 4 settembre 2001, *Riela e altri c. Italia*; Ead., 5 luglio 2001, *Arcuri e altri c. Italia*.

preventiva di ulteriori reati, estromettendo le misure preventive reali dal novero delle sanzioni penali e riconoscendo una generale validità a questa strategia di politica criminale, pur se sganciata dall'accertamento sostanziale del profilo di responsabilità⁸⁶.

Tuttavia mi chiedo, certamente andando oltre lo stato della giurisprudenza europea, se non sia il caso di riflettere sulla necessità di superare gli antichi riparti formali – quello tra misure amministrative e misure penali, come quello tra queste ultime e misure di prevenzione – assumendo la necessità di attribuire le garanzie costituzionali, cui sopra abbiamo fatto cenno, unicamente in ragione della effettiva lesività di una misura, indipendentemente dal *nomen iuris* che ad essa viene attribuito. *Mi chiedo se non sia necessario a questo punto ripensare il sistema di tali garanzie in termini sostanziali*⁸⁷.

L'informazione antimafia, come già accennato, prescinde da qualsiasi accertamento, in sede penale, di uno o più reati connessi all'associazione di tipo mafioso; inoltre non richiede la prova dei fatti di reato o dell'effettiva infiltrazione dell'impresa, essendo sufficiente il semplice tentativo di infiltrazione avente lo scopo di condizionare le scelte dell'impresa, anche se tale scopo non si è concretamente realizzato; cagionando così un *immane livello di afflittività* (una sanzione di tal tipo può avere come conseguenza la fine dell'impresa), senza che siano previste garanzie sul piano della tipicità e del controllo del giudice penale (neanche in sede di ricorso).

Similmente alla confisca, l'informativa antimafia comporta un effetto sostanzialmente irreversibile in relazione ai rapporti imprenditoriali del prevenuto, in tal modo risultando potenzialmente lesiva dell'art. 7 CEDU, nella misura in cui l'effetto interdittivo sia definibile, specie considerando le ultime evoluzioni "afflittive", come pena in senso stretto⁸⁸.

⁸⁶ Cfr. Corte EDU, 5 gennaio 2010, *Bongiorno c. Italia*, § 45, secondo la quale «Il fenomeno della criminalità organizzata ha raggiunto in Italia delle proporzioni ben preoccupanti. I profitti smisurati che le associazioni di tipo mafioso ricavano dalla loro attività illecita gli danno un potere la cui esistenza mette in discussione il primato del diritto nello Stato. Così, i mezzi adottati per combattere questo potere economico, in particolare la confisca in questione, possono apparire indispensabili per lottare efficacemente contro le suddette associazioni».

⁸⁷ E in tal senso interessanti spunti provengono anche dalla Corte costituzionale, la quale in più occasioni, anche risalenti, ha posto l'accento sulla natura «proteiforme» della confisca come ablazione patrimoniale dei beni del socialmente pericoloso, istituto dall'apparenza preventiva ma capace di assumere vesti sostanzialmente afflittive; cfr. Corte cost., sent. n. 29 del 1961 e sent. n. 46 del 1964.

⁸⁸ Come evidenziato in dottrina, «venuto meno il riferimento ad istanze volte a porre un freno alla pericolosità, la prevenzione speciale è comunque richiamata, temendo – per l'appunto – che la considerazione delle misure ablativo come vere e proprie pene inneschi fenomeni di assimilazione delle forme di accertamento a quelle proprie del processo penale, ritenute troppo garantite e, quindi, poco utili all'effettività del fine sanzionatorio che l'ablazione evidentemente soddisfa»: così A. GAITO, S. FURFARO, *Giustizia penale patrimoniale*, in A. GAITO (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Roma, 2016, 606.

6. Un cono d'ombra nel sistema delle garanzie costituzionali

Nei paragrafi precedenti, analizzando brevemente tanto la normativa antimafia tanto quella sulle misure di prevenzione, spero di aver evidenziato sufficientemente quanto sia precario l'equilibrio in cui tali discipline si trovano all'interno del nostro sistema costituzionale. Entrambe rappresentano una indiscutibile *rottura rispetto alla logica delle garanzie di cui godono e devono godere i diritti della persona*, eppure entrambe sono mantenute (con non pochi problemi) in un alveo di coerenza con i valori espressi dalla nostra carta fondamentale in virtù di un delicatissimo bilanciamento che vede contrapposta la tutela delle garanzie (sostanziali e processuali) con l'esigenza di combattere la criminalità e assicurare l'ordine pubblico materiale. Il punto di equilibrio (che personalmente mi pare piuttosto precario) di questo bilanciamento innerva la normativa in questione anche grazie ad un pluridecennale lavoro, tramite progressive acquisizioni, svolto dalla giurisprudenza costituzionale, da quella di legittimità e da quella delle corti sovranazionali.

Eppure, nonostante la profonda prossimità oggettuale, modale, persino di *sedes materiae*, *la disciplina delle interdittive antimafia sembra stranamente immune dalle urgenze garantistiche* che, nel tempo, hanno contenuto (o quantomeno sorvegliato) l'afflittività delle misure di prevenzione e della normativa antimafia in generale, fino a creare una *sorta di sottosistema all'interno di quello preventivo* che, per ragioni incomprensibili (o quantomeno ingiustificabili), dovrebbe prescindere dalle garanzie costituzionali che (pur con moltissimi limiti) gravano su normative tanto affini; un vero e proprio *cono d'ombra nel sistema delle garanzie costituzionali*. Penso al dato della c.d. giurisdizionalizzazione delle misure di prevenzione, sul quale tanto a lungo i giudici di Palazzo della Consulta hanno insistito al fine di riplasmare il sistema preventivo in termini costituzionalmente compatibili. Ebbene questa esigenza non sembra esistere, nemmeno in termini di dibattito, in relazione al sistema delle informative: non solo provvedimenti tanto lesivi sono nell'indiscusso (spero non indiscutibile) appannaggio della P.A., ma *godono per di più di un regime derogatorio volto a limitare le ordinarie garanzie interne sia al procedimento⁸⁹ sia al processo amministrativo⁹⁰*. Su quest'ultimo

⁸⁹ Su questo punto cfr. M. NOCCELLI, *I più recenti orientamenti*, cit., 3, dove si legge: «La giurisprudenza del Consiglio di Stato ribadisce, così, che in questo tipo di procedimenti non sono previsti né la comunicazione di avvio, di cui all'art. 7 della l. n. 241 del 1990, né le ordinarie garanzie partecipative e che il vincolo dei provvedimenti prefettizi antimafia, rispetto alle amministrazioni destinatarie della documentazione antimafia tenute a recepirne l'effetto interdittivo senza margini di residua discrezionalità, rende irrilevante l'esistenza di errori procedurali da queste compiuti nell'emissione dei provvedimenti consequenziali al documento antimafia (si pensi alla doverosa revoca delle aggiudicazioni o ai reccesi dai contratti già stipulati), vizi che non sortiscono efficacia c.d. invalidante ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, della stessa l. n. 241 del 1990 per il contenuto vincolato, appunto, dei provvedimenti stessi». L'Autore, in una prospettiva molto distante da quella di chi scrive, svolge una doviziosa analisi della giurisprudenza in materia; analisi alla quale qui si rimanda.

⁹⁰ Ancora M. NOCCELLI, *I più recenti orientamenti*, cit., 3-4, dove si legge: «Anche sul piano processuale, peraltro, la portata derogatoria degli istituti in questione, conforme del resto alla loro peculiare funzione, non manca di far sentire il proprio effetto, sia quanto alla giurisdizione, che compete al giudice amministrativo anche quando i

punto in particolare la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha affermato (con un nitore che, personalmente, trovo inquietante) come la delicatezza degli interessi in gioco possa «comportare anche un'attenuazione, se non una eliminazione, del contraddittorio procedimentale, che del resto non è un valore assoluto, slegato dal doveroso contemperamento di esso con interessi di pari se non superiore rango costituzionale, né un bene in sé, o un fine supremo e ad ogni costo irrinunciabile, ma è un principio strumentale al buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) e, in ultima analisi, *al principio di legalità sostanziale* (art. 3, comma secondo, Cost.), *vero e più profondo fondamento del moderno diritto amministrativo*»⁹¹.

In questo passaggio vi è, a mio avviso, tutta l'essenza del problema di cui ci occupiamo: siamo di fronte ad una misura sostanzialmente penalistica (ancorché preventiva e non sanzionatoria) sia per il suo coefficiente di afflittività (vera e propria *capitis deminutio*) sia per lo scopo che persegue (evitare la commissione di un reato); eppure, in forza di una ricostruzione (legislativa prima che giurisprudenziale) che, *absit iniuria verbis*, possiede i connotati di una vera e propria ipocrisia, tale misura viene attratta nell'ambito dell'azione amministrativa, con la conseguente affermazione della sufficienza, come presidio garantistico, del solo principio di legalità, in modo tale da poter ignorare (o fingere di farlo) che la storia del sistema costituzionale si è imperniata intorno alla *valorizzazione dei principi giurisdizionali* quali garanzie dell'individuo nei confronti *di gran parte del sistema preventivo* di limitazione delle libertà costituzionali. Questa *ipocrisia nella qualificazione giuridica* permette di piegare alle logiche del diritto amministrativo ciò che dovrebbe soggiacere ai principi e alle garanzie giurisdizionali tipiche del diritto penale o almeno a quelle (già fin troppo modeste) del diritto della prevenzione (ove si voglia considerare quest'ultimo un *genus* diverso dal primo)⁹².

provvedimenti vincolati emessi dalle amministrazioni sopraggiungano in una avanzata fase del rapporto contrattuale; sia quanto alla competenza, che si radica, per l'esigenza del *simultaneus processus* propria di una tutela giurisdizionale rapida, effettiva e concentrata, in capo al Tribunale Amministrativo Regionale, ove ha sede la Prefettura che ha emesso il provvedimento antimafia, anche nell'ipotesi in cui siano impugnati diversi atti di revoca/recesso/decadenza da parte delle singole amministrazioni dislocate sull'intero territorio nazionale; sia quanto, infine, al rito e alla scansione processuale, che è e resta quella del giudizio ordinario, anche quando siano impugnati atti di revoca e/o di recesso, adottati dalle stazioni appaltanti, senza che sia quindi possibile applicare la dimidiazione dei termini prevista dall'art. 119, comma 2, c.p.a. per il rito degli appalti pubblici». Anche qui rinvio a questo lavoro per un compiuto esame della giurisprudenza in materia.

⁹¹ Cons. St., sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565, corsivi miei.

⁹² In questo senso non sono d'accordo con M. NOCELLI, *loc. ult. cit.*, quando considera questo orientamento coerente con la giurisprudenza costituzionale, segnatamente con la decisione n. 309/93, in materia di scioglimento dei Consigli comunali nella quale si è affermato che: «la disciplina del procedimento amministrativo è rimessa alla discrezionalità del legislatore nei limiti della ragionevolezza e del rispetto degli altri principi costituzionali, tra i quali [...] non è compreso quello del “giusto procedimento” amministrativo, dato che la tutela delle situazioni soggettive è comunque assicurata in sede giurisdizionale dagli artt. 24 e 113 Cost.». Non ritengo tale principio pienamente estensibile alla materia di cui ci occupiamo: altro, infatti, è discutere di provvedimenti che colpiscono l'assetto di una compagine istituzionale (il cui interesse è sì solo quello di tutelare la pubblica amministrazione), altro parlare di provvedimenti che comprimono i diritti degli individui, i quali, *inter alia*, nel caso di specie non avrebbero nemmeno una diversa «sede giurisdizionale» alla quale rivolgersi.

Alla base di questa posizione vi è quel potente elemento di giustificazione che abbiamo discusso nelle pagine precedenti: vale a dire l'idea che la lotta alla criminalità organizzata debba fisiologicamente comportare l'utilizzo di mezzi in certo modo eccezionali, poiché eccezionalmente pervasiva ed eccezionalmente infida è l'azione delle associazioni di stampo mafioso.

E tuttavia, come si è visto, sia nel processo penale che in quello della prevenzione, la giurisprudenza si è evoluta nel senso di contemperare questa esigenza con quella della tutela dei singoli. Ciò attraverso una intima comprensione della natura istituzionale del fenomeno mafioso, dove il dato organizzativo diviene sì elemento di giustificazione di una normativa tanto severa ma, al tempo stesso, modello per porre dei limiti a tale severità. Penso qui alla già ricordata valorizzazione, in termini probatori, *del profilo di attualità*, inteso sia in relazione alla permanenza e pericolosità dell'organizzazione mafiosa, sia della partecipazione del singolo ad essa.

Queste acquisizioni sembrano sconosciute al sistema delle interdittive antimafia: il Consiglio di Stato ha esplicitamente ridimensionato il trascorrere del tempo come strumento per la definizione del quadro indiziario⁹³. Così, nonostante tali provvedimenti abbiano formalmente validità annuale e, pertanto, debbano essere costantemente rinnovati, in realtà, dal punto di vista "probatorio", essi godono di una sorta di *spinta inerziale*, ben potendo la nuova interdittiva essere emessa sulla base dei medesimi elementi indiziari che avevano fondato la precedente, addirittura senza la necessità di alcuna rinnovazione istruttoria che accerti la permanenza di tali elementi di fatto. È pur vero che la giurisprudenza amministrativa sembra individuare un maggior onere di motivazione (gravante sulla Prefettura) proporzionalmente al trascorrere del tempo rispetto ai fatti indiziari⁹⁴, tuttavia, in termini pratici, sembra riconoscersi una *maggior perduranza temporale proprio a tali elementi indiziari* che non a quelli che indichino l'assenza di infiltrazione, addirittura determinando una inversione degli oneri probatori, poiché solo l'acquisizione di nuovi elementi di senso opposto potrebbe confutare le precedenti risultanze indiziarie⁹⁵.

⁹³ Cons. di Stato, Sez. III, 7 ottobre 2015, n. 4657: «Questa Sezione ha costantemente affermato (cfr., da ultimo, Cons. St., sez. III, 23.1.2015, n. 305) il principio di diritto secondo cui l'interdittiva può fondarsi, oltre che su fatti recenti, anche su fatti più risalenti nel tempo, quando tuttavia dal complesso delle vicende esaminate, e sulla base degli indizi (anche più risalenti) raccolti, possa ritenersi sussistente un condizionamento attuale dell'attività dell'impresa». Tuttavia tale attualità può essere desunta (*rectius* presunta) dal Prefetto in forza della mera lettura di una sentenza di condanna, la cui base fattuale può essere molto datata (come nel caso della decisione ora citata), cosa che certamente neutralizza il valore effettivo di tale onere motivazionale.

⁹⁴ Cons. di Stato, Sez. III, 24 luglio 2015, n. 3653.

⁹⁵ Sul punto cfr. Cons. di Stato, Sez. III, 5 ottobre 2016, n. 4121, dove il supremo collegio di giustizia amministrativa afferma: «Il Prefetto, laddove richiesto dai soggetti di cui all'art. 83 di rilasciare una nuova informazione antimafia trascorso l'anno, potrà (e dovrà) legittimamente limitarsi ad emetterla richiamando quella precedentemente emessa, recependone i contenuti, laddove non sopraggiungano elementi nuovi capaci di modificare o superare, nell'attualità, i fatti posti a base della precedente ... Come si è più volte evidenziato (cfr., ex plurimis, Cons. St., sez. VI, 30 dicembre 2011, n. 7002; Cons. St., sez. III, 22 gennaio 2012, n. 292; Cons. St., sez. V, 1 ottobre 2015, n. 4602) ... la limitazione temporale di efficacia dell'interdittiva antimafia, prevista dall'art. 86, comma 2, del D.Lgs. n. 159 del

Quest'ultimo non è che un esempio del regime di *lassità probatoria* che domina questa materia in forza della giurisprudenza amministrativa: il Consiglio di Stato è fermo nel ritenere che la logica probatoria applicabile al procedimento amministrativo debba informarsi al principio del «più probabile che non», molto distante da quello che presidia la materia penalistica e si risolve nella certezza «al di là di ogni ragionevole dubbio»⁹⁶; una «regola di giudizio di tipo probabilistico» in forza della quale «i fatti che l'autorità prefettizia deve valorizzare prescindono ... dall'atteggiamento antiggiuridico della volontà mostrato dai singoli e finanche da condotte penalmente rilevanti, non necessarie per la sua emissione, ma sono rilevanti nel loro valore oggettivo, storico, sintomatico, perché rivelatori del condizionamento che la mafia, in molteplici, cangianti e sempre nuovi modi, può esercitare sull'impresa anche al di là e persino contro la volontà del singolo»⁹⁷. Un'attenuazione degli oneri probatori che trae la sua base giustificativa da *una scissione tra responsabilità e restrizione* che sarebbe inammissibile se tale disciplina ricadesse nell'ambito della materia penale. Tuttavia, ad avviso del Consiglio di Stato, le esigenze di certezza probatoria possono applicarsi solo in ambito penalistico, dove è in gioco la libertà personale e non a quello del processo amministrativo, il cui oggetto è la legittimità di un atto, trascurando ancora una volta quanto sia profondo e perdurante il *vulnus* inferto da tali misure ad una situazione soggettiva costituzionalmente tutelata, quale è la libertà di iniziativa economica⁹⁸.

2011, *deve intendersi riferita ai casi nei quali sia attestata "l'assenza di pericolo di infiltrazione mafiosa, e non già ai riscontri indicativi del pericolo, i quali ultimi conservano la loro valenza anche oltre il termine indicato nella norma" ...* L'art. 2, comma 1, del D.P.R. n. 252 del 1998 (la cui disposizione è stata poi riportata nell'art. 86, commi 1 e 2 del D.Lgs. n. 159 del 2011) deve intendersi riferito, infatti, ai casi di documentazioni che attestino l'assenza di pericolo di infiltrazione mafiosa - cc.dd. informative negative - e non già ai riscontri indicativi del pericolo, i quali ultimi conservano la loro valenza anche oltre il termine indicato nella disposizione (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. III, 22 gennaio 2014, n. 292) ... La sopravvenienza di fatti favorevoli all'imprenditore, come meglio si dirà, impone all'Amministrazione di verificare nuovamente se persistano ragioni di sicurezza e di ordine pubblico tali da prevalere sull'iniziativa e sulla libertà di impresa del soggetto inciso ... L'attualità degli elementi indiziari, da cui trarre la sussistenza dei tentativi di infiltrazione mafiosa, permane tuttavia inalterata fino al sopraggiungere di fatti nuovi ed ulteriori rispetto ad una precedente valutazione di presenza di tentativi siffatti, che evidenzino il venir meno della situazione di pericolo... Il superamento del rischio di inquinamento mafioso è da ricondursi non tanto al trascorrere del tempo dall'ultima verifica effettuata senza che sia emersa alcuna evenienza negativa, bensì "al sopraggiungere di fatti positivi che persuasivamente e fattivamente introducano elementi di inattendibilità della situazione rilevata in precedenza" (così la citata sentenza di questo Cons. St., sez. III, 22 gennaio 2014, n. 292)», corsivi miei.

⁹⁶ Ancora Cons. di Stato, Sez. III, 7 ottobre 2015, n. 4657, dove si dice che la «regola della certezza al di là di ogni ragionevole dubbio, poiché tale regola causale può trovare spazio nel giudizio penale, laddove viene in gioco la libertà personale dell'imputato, ma non nel giudizio amministrativo, che investa la legittimità del provvedimento interdittivo antimafia, ispirato ad una ben diversa logica preventiva e improntato alla regola, di stampo civilistico, del «più probabile che non». Su questo punto la giurisprudenza del Consiglio di Stato è fermissima; basti qui il richiamo alla nota decisione Cons. St., sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743 o alle ancora più recenti Cons. St., sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758 e Cons. St., sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105.

⁹⁷ M. NOCELLI, *op. cit.*, 7.

⁹⁸ Addirittura nella recentissima pronuncia Cons. St., sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105 (come già nella precedente decisione della medesima sezione n. 758 del 2019), vi è una vera e propria difesa della regola del «più probabile che non», individuando questa debole inferenza logica come l'unica possibile a presiedere il diritto amministrativo della

Valore costituzionale che è però considerato recessivo nella giurisprudenza amministrativa, in applicazione di quel *potente e suggestivo elemento di legittimazione* che è il *topos* della lotta alla mafia, il quale deve prevedere strumenti repressivi della natura più varia e soprattutto flessibile. Infatti «non può pensarsi che gli organi dello Stato contrastino con *armi impari la pervasiva diffusione delle organizzazioni mafiose* che hanno, nei sistemi globalizzati, vaste reti di collegamento e profitti criminali quale “ragione sociale” per tendere al controllo di interi territori»⁹⁹. In tal senso va anche il sostanziale assorbimento da parte delle interdittive antimafia delle comunicazioni antimafia, originariamente considerate uno strumento più tenue e, giustamente, graduato per colpire situazioni di allarme meno intense. In egual direzione è andata sia la giurisprudenza del Consiglio di Stato, sia, purtroppo, l'unica decisione della Corte costituzionale che ha avuto ad oggetto le interdittive. Al di là del merito della questione, costruito intorno ad un problema di eccesso di delega¹⁰⁰, sembra che, in questa materia e contrariamente a quanto propugnato in altri ambiti, la Consulta avvalorì l'idea che quando si tratta di lotta alla mafia ogni criterio di proporzionalità possa essere superato o, quantomeno, trascurato¹⁰¹.

prevenzione: «Le ragioni per le quali a questa materia, sul piano della c.d. *tassatività processuale*, non è legittimo applicare le regole probatorie del giudizio penale, dove ben altri e differenti sono i beni di rilievo costituzionali a venire in gioco, e in particolare i criteri di accertamento, propri del giudizio dibattimentale, e la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, tipica inferenza logica che, se applicata al diritto della prevenzione, imporrebbe alla pubblica amministrazione una *probatio diabolica*, come si è osservato in dottrina, in quanto, se intesa in senso assoluto, richiederebbe di falsificare ogni ipotesi contraria e, se intesa in senso relativo (secondo il modello dell'abduzione pura, che implica l'assunzione di una ipotesi che va corroborata alla luce degli specifici riscontri probatori), richiederebbe alla pubblica amministrazione uno sforzo istruttorio sproporzionato rispetto alla finalità del suo potere e ai mezzi di cui è dotata per esercitarlo».

⁹⁹ Cons. St., sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565.

¹⁰⁰ Il giudice remittente (nel caso di specie il TAR Sicilia) aveva sollevato, in riferimento agli artt. 76, 77, primo comma, e 3 della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 89-*bis* del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, inserito dall'art. 2, comma 1, lettera *d*), del decreto legislativo 13 ottobre 2014, n. 153 (Ulteriori disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159), nella parte in cui stabiliva che l'informazione antimafia fosse adottata anche nei casi in cui fosse richiesta una mera comunicazione antimafia e producesse gli effetti di questa, lamentando, in sostanza, che *la legge delega non avrebbe permesso di attribuire alla sola informazione antimafia gli effetti interdittivi propri della comunicazione antimafia*, secondo quanto invece affermava l'orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa in relazione all'art. 89-*bis* del Codice antimafia.

¹⁰¹ In tal senso procede l'argomentazione di cui al numero 5 del *Considerato in diritto* della sentenza n. 4 del 18 gennaio 2018, dove in relazione alla censura circa l'art. 3 Cost., il giudice delle leggi afferma: «La fattispecie delineata dall'art. 89-*bis* censurato si riconnette a una situazione di particolare pericolo di inquinamento dell'economia legale, perché il tentativo di infiltrazione mafiosa viene riscontrato all'esito di una nuova occasione di contatto con la pubblica amministrazione, che, tenuta a richiedere la comunicazione antimafia in vista di uno dei provvedimenti indicati dall'art. 67 del d.lgs. n. 159 del 2011, si imbatte in una precedente documentazione antimafia interdittiva. Non è perciò manifestamente irragionevole che, secondo l'interpretazione dell'art. 89-*bis* censurato condivisa dallo stesso rimettente, a fronte di un tentativo di infiltrazione mafiosa, il legislatore, rispetto agli elementi di allarme desunti dalla consultazione della banca dati, reagisca attraverso l'inibizione, sia delle attività contrattuali con la pubblica amministrazione, sia di quelle in senso lato autorizzatorie, prevedendo l'adozione di un'informazione antimafia interdittiva che produce gli effetti anche della comunicazione antimafia».

Ancora, questo elemento di «insidiosa pervasività e mutevolezza»¹⁰², che caratterizza le associazioni criminali, funge ugualmente da elemento giustificativo nell'argine posto ai tentativi di tipizzazione degli indici di pericolosità che dovrebbero porsi alla base di tali provvedimenti; così, se pure il supremo giudice amministrativo si è espresso nel senso di promuovere una rigorosa definizione di tali situazioni sintomatiche, esso tuttavia ha concluso che le situazioni tipizzate dal legislatore non possono considerarsi un *numerus clausus*, stante appunto l'eterogeneità del fenomeno mafioso sul piano sociale¹⁰³.

Su questo ultimo punto la giurisprudenza amministrativa più recente ha negato seccamente che gli assunti della sentenza *De Tommaso*, in relazione all'illiceità convenzionale del difetto di determinazione delle fattispecie preventive, possano essere estesi dalla disciplina delle misure di prevenzione a quella delle informative interdittive¹⁰⁴, affermando, in maniera tanto netta dal risultare apodittica, che «la formula 'elastica' adottata dal legislatore nel disciplinare l'informativa interdittiva antimafia su base indiziaria riviene dalla ragionevole ponderazione tra l'interesse privato al libero esercizio dell'attività imprenditoriale

¹⁰² Cons. St., sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

¹⁰³ Ancora Cons. St., sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743; per una disamina molto più approfondita (ma in un'ottica assai diversa da quella di chi scrive) di quella fin qui sommariamente esposta sulla giurisprudenza in materia, si rinvia nuovamente al lavoro di M. NOCCELLI, *I più recenti orientamenti*, cit., 6 ss.

¹⁰⁴ Si pensi in primo luogo alla sentenza del TAR Campania 22 novembre 2018, n. 1017, dove si dice rispetto alla decisione *De Tommaso*: «Ora, è evidente, in primis, che la pronuncia dianzi riportata si riferisce alle sole misure di prevenzione personali (in ipotesi di c.d. pericolosità generica), limitative, come tali, della libertà fondamentale di circolazione di cui all'art. 2 del Protocollo IV alla CEDU, mentre non considera le misure di prevenzione patrimoniali, limitative del diritto fondamentale di proprietà di cui all'art. 1 del Protocollo addizionale 1 alla CEDU. È altrettanto evidente, poi, che le misure di prevenzione personali vagliate nella sentenza *De Tommaso* non sono specificamente collegate all'indizio di appartenenza ad associazioni di tipo mafioso. È, infine, evidente che l'informativa interdittiva antimafia è oggettivamente insuscettibile di comprimere la menzionata libertà fondamentale di circolazione né – a dispetto degli assunti di parte ricorrente – il menzionato diritto fondamentale di proprietà, (parzialmente) incidendo, piuttosto, sulla libertà di iniziativa economica, la quale non trova, però, specifica tutela nella CEDU, mentre è contemplata dall'art. 41 Cost.». Similmente, nella già citata decisione della III sezione del Consiglio di Stato (n. 6105 del 2019), si nega la possibilità che le conclusioni della decisione *De Tommaso* possano avere una qualche rilevanza nel sistema delle interdittive: «Nella stessa sentenza *De Tommaso c. Italia*, sopra ricordata, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha rammentato, in via generale, che "mentre la certezza è altamente auspicabile, può portare come strascico una eccessiva rigidità e la legge deve essere in grado di tenere il passo con il mutare delle circostanze", conseguendone che "molte leggi sono inevitabilmente formulate in termini che, in misura maggiore o minore, sono vaghi e la cui interpretazione e applicazione sono questioni di pratica" (§ 107), e ha precisato altresì che "una legge che conferisce una discrezionalità deve indicare la portata di tale discrezionalità" (§ 108). Ora non si può negare che la legge italiana, nell'ancorare l'emissione del provvedimento interdittivo antimafia all'esistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, come si è visto, abbia fatto ricorso, inevitabilmente, ad una clausola generale, aperta, che, tuttavia, non costituisce una "norma in bianco" né una delega all'arbitrio dell'autorità amministrativa imprevedibile per il cittadino, e insindacabile per il giudice, anche quando il Prefetto non fonda la propria valutazione su elementi "tipizzati" (quelli dell'art. 84, comma 4, lett. a), b), c) ed f)), ma su elementi riscontrati in concreto di volta in volta con gli accertamenti disposti, poiché il pericolo di infiltrazione mafiosa costituisce, sì, il fondamento, ma anche il limite del potere prefettizio e, quindi, demarca, per usare le parole della Corte europea, anche la portata della sua discrezionalità, da intendersi qui non nel senso, tradizionale e ampio, di ponderazione comparativa di un interesse pubblico primario rispetto ad altri interessi, ma in quello, più moderno e specifico, di equilibrato apprezzamento del rischio infiltrativo in chiave di prevenzione secondo corretti canoni di inferenza logica».

e l'interesse pubblico alla salvaguardia del sistema socio-economico dagli inquinamenti mafiosi, dove il primo, siccome non specificamente tutelato dalla CEDU né riconducibile alla sfera dei diritti costituzionali inviolabili, si rivela recessivo rispetto al secondo, siccome collegato alle preminenti esigenze di difesa dell'ordinamento contro l'azione antagonista della criminalità organizzata¹⁰⁵.

Ponendosi sulla medesima scia, il Consiglio di Stato conduce un ragionamento giustificatorio per certi versi ancora più radicale e, per altri, addirittura contraddittorio: il Supremo collegio della giustizia amministrativa afferma, infatti, da un lato che il difetto di tipizzazione che grava su questa normativa sarebbe volto ad evitare il verificarsi di un inammissibile automatismo legislativo e dall'altro sostiene che la valutazione discrezionale del Prefetto deve possedere «una *struttura bifasica* (diagnosi dei fatti rilevanti e prognosi di permeabilità criminale) non dissimile» da quella che la Cassazione, nei suoi recenti approdi, pretende dal giudice penale quando irroga una misura di prevenzione¹⁰⁶. Ragionamento questo, tuttavia che da un lato prova troppo e dall'altro non abbastanza: in primo luogo, infatti, viene riconosciuta una *chiara omogeneità* tra le misure di prevenzione e quelle interdittive, ma, in secondo luogo, si trascura l'assoluta eterogeneità dei due soggetti chiamati ad emettere tali misure: il Prefetto da un lato e un giudice dall'altro; *un'attività che, dunque, possiede gli scopi della giurisdizione senza averne le garanzie e (come illustrerò tra poco) gli strumenti cognitivi.*

¹⁰⁵ Ancora sentenza 1017 del 2018 del TAR Campania.

¹⁰⁶ Consiglio di Stato, Sez. III, sent. del 30 gennaio 2019 n. 758: «Ora non si può negare che la legge italiana, nell'ancorare l'emissione del provvedimento interdittivo antimafia all'esistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, come si è visto, abbia fatto ricorso, inevitabilmente, ad una clausola generale, aperta, che, tuttavia, non costituisce una "norma in bianco" né una delega all'arbitrio dell'autorità amministrativa imprevedibile per il cittadino, e insindacabile per il giudice, anche quando il Prefetto non fonda la propria valutazione su elementi "tipizzati" (quelli dell'art. 84, comma 4, lett. a), b), c) ed f)), ma su elementi riscontrati in concreto di volta in volta con gli accertamenti disposti, poiché il pericolo di infiltrazione mafiosa costituisce, sì, il fondamento, ma anche il limite del potere prefettizio e, quindi, demarca, per usare le parole della Corte europea, anche la portata della sua discrezionalità. L'annullamento di qualsivoglia discrezionalità in questa materia, che postula la tesi in parola (sostenuta, invero, da autorevoli studiosi del diritto penale e amministrativo), prova troppo, del resto, perché l'ancoraggio dell'informazione antimafia a soli elementi tipici, prefigurati dal legislatore, ne farebbe un provvedimento vincolato, fondato, sul versante opposto, su inammissibili automatismi o presunzioni *ex lege* e, come tale, non solo inadeguato rispetto alla specificità della singola vicenda, proprio in una materia dove massima deve essere l'efficacia adeguatrice di una norma elastica al caso concreto, ma deresponsabilizzante per la stessa autorità amministrativa. Quest'ultima invece, anzitutto in ossequio dei principi di imparzialità e buon andamento contemplati dall'art. 97 Cost., è chiamata, esternando compiutamente le ragioni della propria valutazione nel provvedimento amministrativo, a verificare che gli elementi fattuali, anche quando "tipizzati" dal legislatore, non vengano assunti acriticamente a sostegno del provvedimento interdittivo, ma siano dotati di individualità, concretezza ed attualità, per fondare la prognosi di permeabilità mafiosa, secondo una *struttura bifasica* (diagnosi dei fatti rilevanti e prognosi di permeabilità criminale) non dissimile, in fondo, da quella che il giudice penale compie per valutare gli elementi posti a fondamento delle misure di sicurezza personali, lungi da qualsiasi inammissibile automatismo presuntivo, come la Suprema Corte di recente ha chiarito (v., sul punto, Cass., Sez. Un., 30 novembre 2017, dep. 4 gennaio 2018, n. 11)».

Credo che questa breve carrellata sia sufficiente per mostrare quanto il regime delle interdittive antimafia manifesti tutta la pervasività delle misure di prevenzione (amplificate dal rigore tipico di tutta la normativa che colpisce il fenomeno mafioso) senza tuttavia il limite delle garanzie e delle cautele poste nel tempo dall'ordinamento in relazione a questi strumenti. Le forme della giurisdizionalizzazione, la necessità di una chiara tipizzazione degli elementi indiziari, il rigore probatorio a cui deve soggiacere il profilo dell'attualità di tali elementi, tutti questi presidi sembrano non esistere nella materia di cui ci occupiamo, creando un vero e proprio *sottosistema preventivo*, le cui logiche si pongono in contrasto (direi in palese contrasto) con la generalità dell'ordinamento legislativo e costituzionale; un vero e proprio *quarto binario ad altissima velocità*, accanto a quelli delle sanzioni, delle misure di sicurezza e delle misure di prevenzione.

7. I limiti cognitivi dell'attività prefettizia e del successivo controllo giurisdizionale

Tali profili di sofferenza costituzionale e convenzionale vengono aggravati dalla strutturale carenza dell'istruttoria condotta dal Prefetto: "strutturale" poiché connaturata all'organizzazione stessa dell'amministrazione in questione, non attrezzata allo svolgimento di un compito che maggiormente si attaglierebbe ad un'autorità giudiziaria, in particolare alla magistratura penale. Al giudice ordinario il vaglio sull'attività istruttoria è sottratto anche in seconda battuta: è infatti pacifico, sulla base degli ordinari criteri di riparto, che l'interdittiva antimafia debba essere impugnata dinanzi al giudice amministrativo (con i conseguenti limiti quanto alla valutazione fattuale).

Rebus sic stantibus, l'elemento principale da mettere a fuoco, in relazione al controllo del giudice amministrativo circa la congruità dell'apprezzamento prefettizio e la tenuta logica della motivazione dell'informativa, riguarda il contenuto necessario che la motivazione deve avere per superare il vaglio giurisdizionale, o, più chiaramente, le coordinate imprescindibili che il Prefetto deve seguire quando svolge la valutazione discrezionale legata all'informativa¹⁰⁷.

I contenuti della motivazione, dunque, sono (*rectius* dovrebbero essere) lo strumento mediante il quale l'ordinamento giuridico contiene e limita (drasticamente?) la discrezionalità della pubblica amministrazione, trattandosi di potere ad incidenza diretta ed immediata su interessi costituzionalmente protetti: una questione, invero, di portata generale all'interno dell'ordinamento amministrativo, ma che merita particolare attenzione con riguardo alle informative antimafia, proprio per i numerosi – e qui diffusamente sviluppati – punti di frizione costituzionale che l'istituto suscita con crescente insistenza. Il diritto vivente assume pertanto (*rectius* dovrebbe assumere) la funzione di valvola di regolazione all'interno

¹⁰⁷ Interessanti riflessioni circa i rischi "etici" in cui incorre questo tipo di apprezzamento, in A. BORGANZONE, *L'informativa antimafia cit.*, 36.

dell'ordinamento giuridico, spettando ad esso il compito di ricondurre le conseguenze amministrative della prevenzione personale nell'ambito dei diritti fondamentali.

Sennonché, il controllo del giudice amministrativo sembra più che altro una verifica sulla decisione altrui di tipo parziale, che opera presupponendo, almeno in parte, un accertamento già compiuto. Così, il riferimento alla peculiare e limitata possibilità del Tribunale di conoscere il fatto alla base del provvedimento amministrativo diviene, nel nostro caso, particolarmente calzante, poiché rende ancor più faticoso lo scrutinio sulla cognizione del Prefetto, momento centrale per apprezzare la legittimità della relativa decisione.

Mi pare lecita a questo punto la domanda circa l'effettività di questo controllo: non trattandosi di piena ricostruzione del merito – stanti i limiti storici di cognizione del fatto empirico propri del giudizio amministrativo – riesce il giudice a valutare la rispondenza empirica della ricostruzione fatta dalla P.A.? E ciò quanto incide sul diritto all'effettività del controllo previsto dall'art. 6 CEDU?

È sulla scorta di questi interrogativi, che qui possono soltanto essere ventilati, che dobbiamo ripercorrere i più recenti pronunciamenti della giurisprudenza amministrativa sulla motivazione del provvedimento prefettizio.

Come abbiamo già visto, il Consiglio di Stato, infatti, trattandosi di statuizione che persegue lo scopo della prevenzione, non può esimersi dall'indicare, in maniera puntuale, gli elementi materiali e in fatto posti alla base della decisione, che il Prefetto può desumere sia da decisioni del giudice penale, sia dall'istruttoria demandata alle Forze di polizia: solo in tal modo potranno essere chiarite le ragioni per cui, secondo la regola del *«più probabile che no»*, può dirsi ragionevole il collegamento fra tali espliciti elementi indiziari e il rischio, prospettato, di infiltrazione mafiosa dell'impresa. In altri termini, deve ritenersi sconosciuta al meccanismo dell'informativa antimafia la logica, propria della cognizione penale, della certezza *«al di là di ogni ragionevole dubbio»*, essendo implicita la considerazione che, trattandosi della *«massima anticipazione di tutela possibile»*, la prevenzione del pericolo risulti incompatibile con una regola di giudizio così stringente, non avendo l'informativa una connotazione propriamente sanzionatoria: un dato, quest'ultimo, davvero critico¹⁰⁸.

A completare questa (angusta) prospettiva si pone, infine, la regola giurisprudenziale dell'insindacabilità, mediante ricorso, della discordanza tra la valutazione positiva del Prefetto e alcune acquisizioni probatorie, anche laddove i "pareri", assunti mediante istruttoria delle Forze di polizia, non ravvisassero alcun elemento indiziario in fatto, circa l'infiltrazione mafiosa dell'impresa. Il Consiglio di Stato afferma chiaramente che il vizio deve essere sempre verificato con riferimento all'atto terminale della sequenza

¹⁰⁸ Il riferimento è ancora alla nota decisione del Consiglio di Stato, Sez. III, 7 ottobre 2015, n. 4657, più volte citata nel corso di questo lavoro oltre alle più recenti decisioni della medesima sezione nn. 758 e 6105 del 2019.

amministrativa, ossia la parte motiva dell'informativa: «l'attribuzione al Prefetto del compito di operare la *reductio ad unitatem* delle molteplici, e non necessariamente convergenti, acquisizioni istruttorie endo-procedimentali non consente, infatti, di ravvisare il vizio lamentato con riferimento ai segmenti intermedi e/o preparatori della complessiva sequenza procedimentale»¹⁰⁹.

Il paradosso è appunto quello di una *manca di strumenti idonei a fornire una approfondita conoscenza dei fatti, unita ad una estrema discrezionalità dell'autorità prefettizia* derivante dalla già citata vaghezza dei presupposti normativi. Così, nonostante il Consiglio di Stato affermi di aver svolto (fin dalla decisione n. 1743, del 3 maggio 2016) una progressiva opera di «tipizzazione» delle possibili situazioni indiziarie¹¹⁰, la sostanza di tale tipizzazione lascia alquanto sconcertati. Penso, per esempio, ad uno dei casi individuati dal Supremo collegio amministrativo che dovrebbe giustificare la decisione interdittiva: «Le sentenze di proscioglimento o di assoluzione, da cui pure emergano valutazioni del giudice competente su fatti che, pur non superando la soglia della punibilità penale, sono però sintomatici della contaminazione mafiosa, nelle multiformi espressioni con le quali la continua evoluzione dei metodi mafiosi si manifesta»¹¹¹. Mi pare davvero un salto logico alquanto inquietante l'idea che il Prefetto, o lo stesso giudice amministrativo in sede di controllo, possa trarre dalla motivazione di una *decisione assolutoria* l'indizio di una eventuale infiltrazione mafiosa. Il tutto sulla base di una lettura di valutazioni su fatti che pure non raggiungono la soglia della punibilità, ossia che non conducono ad un giudizio di colpevolezza, *come se il valore probatorio dei fatti dovesse mutare, addirittura stravolgersi, a seconda dell'ambito giuridico (penale o amministrativo) nel quale essi sono esaminati*.

Si comprendono, in tal modo, gli interrogativi prima prospettati, atteso che un insieme di ragioni, alcune strutturali e altre pratiche, impediscono l'effettività del controllo da parte del giudice amministrativo,

¹⁰⁹ Cons. Stato, Sez. III, 13 settembre 2018, n. 5480, punto 6 del *Fatto e diritto*.

¹¹⁰ Come ribadito nella già citata decisione 6105 del 2019 al cui punto 9.2 tali ipotesi, alcune delle quali espressamente tipizzate dal legislatore, sono riassunte: «a) i provvedimenti “sfavorevoli” del giudice penale; b) le sentenze di proscioglimento o di assoluzione, da cui pure emergano valutazioni del giudice competente su fatti che, pur non superando la soglia della punibilità penale, sono però sintomatici della contaminazione mafiosa, nelle multiformi espressioni con le quali la continua evoluzione dei metodi mafiosi si manifesta; c) la proposta o il provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione previste dallo stesso d. lgs. n. 159 del 2011; d) i rapporti di parentela, laddove assumano una intensità tale da far ritenere una conduzione familiare e una “regia collettiva” dell’impresa, nel quadro di usuali metodi mafiosi fondati sulla regia “clanica”, in cui il ricambio generazionale mai sfugge al “controllo immanente” della figura del patriarca, capofamiglia, ecc., a seconda dei casi; e) i contatti o i rapporti di frequentazione, conoscenza, colleganza, amicizia; f) le vicende anomale nella formale struttura dell’impresa; g) le vicende anomale nella concreta gestione dell’impresa, incluse le situazioni, recentemente evidenziate in pronunzie di questo Consiglio, in cui la società compie attività di strumentale pubblico sostegno a iniziative, campagne, o simili, antimafia, antiusura, antiriciclaggio, allo scopo di mostrare un “volto di legalità” idoneo a stornare sospetti o elementi sostanziosi sintomatici della contaminazione mafiosa; h) la condivisione di un sistema di illegalità, volto ad ottenere i relativi “benefici”; i) l’inserimento in un contesto di illegalità o di abusivismo, in assenza di iniziative volte al ripristino della legalità».

¹¹¹ Ancora Cons. Stato, Sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105.

privando l'ordinamento di una fase di recupero e tutela sostanziale da parte del giudice deputato a conoscere della legittimità della misura.

8. Dubbi (*de iure condito*) e ipotesi (*de iure condendo*)

In buona sostanza, questa disciplina conduce con sé gli elementi costituzionalmente più problematici di entrambi i complessi normativi cui abbiamo sopra accennato: la scarsità di garanzie del sistema preventivo e l'estrema lesività di quello concernente la criminalità organizzata, arrivando al preoccupante paradosso di esprimere un poderoso *vulnus* ai diritti costituzionali (primo fra tutti quello concernente la libertà di iniziativa economica *ex art. 41 Cost.*) in uno stato di perspicua carenza di garanzie processuali, addirittura maggiore di quelle inerenti al sistema di prevenzione generalmente considerato. Tale sistema si è infatti evoluto, in epoca repubblicana, nel senso della giurisdizionalizzazione del loro procedimento, "traslando" dall'autorità amministrativa a quella giudiziaria la titolarità della loro emissione (o, almeno, quella del loro successivo controllo).

La situazione è completamente diversa nel caso delle interdittive antimafia, dove lo stato del procedimento sancito dalla normativa sconta, come abbiamo visto, una serie di gravi carenze sotto il profilo delle garanzie.

In primo luogo, elementi di frizione con l'impianto costituzionale possono essere individuati nella indeterminatezza della fattispecie che giustifica le conseguenze poc'anzi esaminate. Tale indeterminatezza, come è noto, se ci trovassimo in un ambito *formalmente sanzionatorio*, non sarebbe ammissibile, a pena di illegittimità costituzionale, non solo in campo penale ma anche in relazione a sanzioni amministrative aventi carattere «punitivo-afflittivo»¹¹².

¹¹² La Corte costituzionale già la decisione n. 78 del 1967 ha affermato che il principio della legalità della pena è «ricavabile anche per le sanzioni amministrative dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione, in base al quale è necessario che sia la legge a configurare, con sufficienza adeguata alla fattispecie, i fatti da punire». Assai più recentemente, nella sent. n. 121 del 2018, il giudice delle leggi ha ribadito esplicitamente: «Con riferimento a questo tipo di sanzioni amministrative, il principio di legalità, prevedibilità e accessibilità della condotta sanzionabile e della sanzione aventi carattere punitivo-afflittivo, qualunque sia il *nomen* ad essa attribuito dall'ordinamento, del resto, non può, ormai, non considerarsi patrimonio derivato non soltanto dai principi costituzionali, ma anche da quelli del diritto convenzionale e sovranazionale europeo, in base ai quali è illegittimo sanzionare comportamenti posti in essere da soggetti che non siano stati messi in condizione di "conoscere", in tutte le sue dimensioni tipizzate, la illiceità della condotta omissiva o commissiva concretamente realizzata». In generale, va osservato come la Corte costituzionale abbia in numerose occasioni esteso a sanzioni amministrative di carattere sostanzialmente punitivo alcune delle garanzie che la Costituzione riserva alla materia penale: fra di esse, il divieto di retroattività delle modifiche sanzionatorie *in peius* (sentenze n. 223 del 2018, n. 68 del 2017, n. 276 del 2016, n. 104 del 2014 e n. 196 del 2010), il principio della retroattività delle modifiche *in mitius* della disciplina sanzionatoria (sentenza n. 63 del 2019) nonché il principio di proporzionalità, da ultimo affermato in materia di confisca, con la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 187-sexies del d.lgs. n. 58 del 1998 nella parte in cui prevedeva, oltre alla confisca del profitto, la confisca, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito (sentenza n. 112 del 2019).

Vi è poi la denunciata scarsità dei mezzi istruttori da parte dell'Autorità prefettizia, a cui fa da paradossale riscontro una singolare capacità discrezionale, stante l'indeterminatezza delle fattispecie descritte dalla legislazione. Dall'altro lato la medesima capacità istruttoria non può essere vantata nemmeno dal giudice amministrativo, il cui controllo si pone prevalentemente in termini di legittimità¹¹³. Questi elementi (il difetto di capacità istruttoria, l'indeterminatezza della fattispecie e il corrispondente esubero di discrezionalità, la natura prevalentemente formale del controllo giudiziario) delineano un sistema che sconta un enorme problema cognitivo da parte dei soggetti coinvolti (quello decidente e quello controllante), i quali sembrano posti in una strutturale difficoltà (per non dire impossibilità) di conoscere con esattezza i fatti sui quali sono chiamati a decidere e a giudicare.

A questo punto sorgono una serie di dubbi sia in senso teorico-ricostruttivo sia in senso pratico-applicativo.

Sotto il primo profilo abbiamo già detto come l'intero complesso della normativa antimafia si regga sugli elementi della *concretezza* e dell'*attualità*. In tal senso va la ricostruzione della dottrina che vuole i reati associativi come reati di pericolo concreto (e, dunque, valutabile dal giudice di volta in volta); così pure la giurisprudenza costituzionale quando individua l'effettività del vincolo criminoso come fattore discrezionale circa la legittimità della normativa antimafia; così ugualmente la giurisprudenza di legittimità quando afferma che tale elemento di stabilità diviene dirimente nella valutazione dell'elemento oggettivo e soggettivo del reato. Appare evidente, allora, che la cognizione dei fatti in esame e la capacità di emettere su di essi una valutazione che tenga conto di molteplici sfaccettature rappresenti un postulato essenziale per valorizzare questo necessario profilo di concretezza e per mantenere l'intero sistema in equilibrio con il complesso dell'assiologia costituzionale.

Dal punto di vista pratico mi pare che il difetto cognitivo, che sconta l'istituto di cui si discute, inevitabilmente si traduca in una lesione del diritto di difesa *ex art. 24 Cost.*; lesione testimoniata dalla nettissima prevalenza che, in questa materia, caratterizza il numero di ricorsi che vengono rigettati dal giudice amministrativo¹¹⁴.

Mi chiedo, poi, se questa lesione non ridondi anche in una ulteriore violazione del principio di eguaglianza *ex art. 3 della Costituzione*. Poniamo ad esempio il caso di una misura di prevenzione come quella del sequestro o della confisca (preventivi) nei casi di criminalità organizzata. Abbiamo qui una misura che

¹¹³ In generale sulla tutela dei diritti costituzionali ad opera della giustizia amministrativa, si vedano i contributi contenuti in P. BONETTI, A. CASSATELLA, F. CORTESE, A. DEFFENU, A. GUAZZAROTTI (a cura di), *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, Torino, 2012.

¹¹⁴ Riporto qui quanto affermato da M. NOCELLI, *I più recenti orientamenti*, cit., 8, secondo la cui analisi «la percentuale di annullamento di tali provvedimenti, nel secondo e definitivo grado del giudizio amministrativo, risulta allo stato molto bassa e, sostanzialmente, inferiore al 10%».

sotto il profilo costituzionale è assolutamente sovrapponibile alle interdittive: dal punto di vista del contesto ambientale e normativo di riferimento (quello attinente alla *criminalità organizzata*), della finalità (la c.d. *anticipazione preventiva della tutela*), del diritto costituzionale compreso (il *diritto di proprietà* ma anche quello di *libera iniziativa economica*). E tuttavia, abbiamo un contesto di garanzie completamente diverso, considerato che, a differenza dell'interdittiva antimafia, sequestro e confisca sono predisposte dal giudice penale su richiesta della magistratura requirente, organi questi che possiedono ben diversa capacità istruttoria e cognitiva dei fatti.

È dunque ammissibile nel nostro ordinamento che medesime finalità siano perseguite nei medesimi contesti e con medesime conseguenze sui medesimi diritti costituzionali, ma con garanzie processuali così diverse? Tutta questa differenza (rectius sperequazione) può essere colmata solo da un diverso nomen iuris, trincerandosi dietro l'idea che le interdittive non siano misure di prevenzione ma attengano al genus della documentazione antimafia?

La risposta a simili interrogativi non può, a mio avviso, che essere negativa.

Credo sia oramai il momento di superare le tradizionali distinzioni formali tra pena e prevenzione, e tra quest'ultima e "mera" documentazione antimafia, per assumere come parametro decisivo, al fine di stabilire le garanzie necessarie a presidiare una misura (comunque la si voglia definire), *l'effettivo tasso di afflittività che quest'ultima cagiona all'individuo*¹¹⁵.

Questo mi pare l'orientamento del nostro sistema costituzionale e convenzionale, al quale, pur nel mantenimento della distinzione tra pena e prevenzione¹¹⁶, non sfugge la necessità che simili misure (persino quelle patrimoniali), proprio in ragione della loro afflittività, debbano essere presidiate da quelle garanzie che sono naturale struttura di «ogni "giusto" processo»¹¹⁷. In ragione di quanto fin qui detto, non

¹¹⁵ Ben prima che il canone sostanziale dell'afflittività venisse evocato nelle decisioni della Corte EDU, autorevole dottrina costituzionalista, particolarmente attenta alle istanze garantiste, ragionava in termini simili, criticando la stessa ammissibilità delle misure di prevenzione nel nostro ordinamento e sostenendo che il legislatore, in forza dell'ingresso sulla scena giuridica della Costituzione repubblicana, «non può più distribuire trattamenti afflittivi ora includendoli in misure di polizia ora in pene vere e proprie: l'art. 25 gli impone l'onere, quando voglia infliggere una pena o una misura di sicurezza, di connetterla ad un reato ... Da quanto si è detto consegue in particolare che il nostro legislatore non potrebbe creare misure di sicurezza *ante delictum*, estendendosi a tutti i settori dell'ordinamento (e quindi anche al diritto di polizia) il principio, fino al 1 gennaio 1948 valido solo in campo penale, secondo cui il reato rappresenta il "sintomo imprescindibile" della pericolosità sociale ... Si deve pertanto concludere che, se talune misure di prevenzione ... configurano un trattamento afflittivo, le relative norme di legge si pongono in evidente contrasto con l'art. 25, 2° comma e 3° comma»; così L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione cit.*, 14 ss.

¹¹⁶ Penso qui alla giurisprudenza della Corte costituzionale (e.g. sent. 49/2015 e 276/2016) che, nell'estendere, sulla scorta della giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo, le garanzie di legalità a misure sanzionatorie non penali, tuttavia, ritiene possibile ancora distinguerle, almeno nel diritto interno, dalle sanzioni penali vere e proprie.

¹¹⁷ La citazione è tratta dalla già menzionata decisione della Corte costituzionale n. 24 del 2019, di cui mi pare opportuno riportare l'intero quanto cristallino passaggio, contenuto nel punto 10.4.3. del *Considerato in diritto*: «Pur non avendo natura penale, sequestro e confisca di prevenzione restano peraltro misure che incidono pesantemente sui diritti di proprietà e di iniziativa economica, tutelati a livello costituzionale (artt. 41 e 42 Cost.) e convenzionale (art. 1 Prot. addiz. CEDU). Esse dovranno, pertanto, soggiacere al combinato disposto delle garanzie cui la

credo esistano validi motivi (*nemmeno un valido motivo*) per non estendere questo principio anche alla disciplina delle interdittive antimafia.

Ugualmente credo sia giunto il momento di comprendere come il sacrosanto argomento della «lotta alla mafia» possa tradursi nel pericoloso strumento di una retorica liberticida, nel momento in cui viene utilizzato per scardinare, senza remore e senza temperamenti, le garanzie costituzionali.

Spesso si parla della criminalità organizzata come parastato e, altrettanto spesso, l'azione penale contro di essa pare davvero assumere la forma (e le giustificazioni) di una guerra tra Stati¹¹⁸. In guerra, tuttavia, sono sempre i soldati che muoiono e, addirittura, i civili innocenti; questo non deve sfuggire alla nostra (o a qualunque) riflessione: l'assunzione della peculiare conformazione della vicenda mafiosa non può indurci a dimenticare gli assunti dello Stato costituzionale, ma deve viceversa spingerci a trovare un punto di equilibrio nel bilanciamento tra la tutela del singolo e il confronto con simili, potenti quanto esecrabili istituzioni. Ove mai si pensasse che anche questa mia ultima affermazione non sia immune da eccessi enfatici, posso rispondere che, tra tutte quelle possibili, preferirò sempre la retorica della tutela dei diritti.

Costituzione e la stessa CEDU subordinano la legittimità di qualsiasi restrizione ai diritti in questione, tra cui – segnatamente –: a) la sua previsione attraverso una legge (artt. 41 e 42 Cost.) che possa consentire ai propri destinatari, in conformità alla costante giurisprudenza della Corte EDU sui requisiti di qualità della “base legale” della restrizione, di prevedere la futura possibile applicazione di tali misure (art. 1 Prot. addiz. CEDU); b) l'essere la restrizione “necessaria” rispetto ai legittimi obiettivi perseguiti (art. 1 Prot. addiz. CEDU), e pertanto proporzionata rispetto a tali obiettivi, ciò che rappresenta un requisito di sistema anche nell'ordinamento costituzionale italiano per ogni misura della pubblica autorità che incide sui diritti dell'individuo, alla luce dell'art. 3 Cost.; nonché c) la necessità che la sua applicazione sia disposta in esito a un procedimento che – pur non dovendo necessariamente conformarsi ai principi che la Costituzione e il diritto convenzionale dettano specificamente per il processo penale – deve tuttavia rispettare i canoni generali di ogni “giusto” processo garantito dalla legge (artt. 111, primo, secondo e sesto comma, Cost., e 6 CEDU, nel suo “volet civil”), assicurando in particolare la piena tutela al diritto di difesa (art. 24 Cost.) di colui nei cui confronti la misura sia richiesta».

¹¹⁸ Espressione oramai utilizzata, dalla stessa giurisprudenza amministrativa, proprio con i fini giustificatori descritti nel corso di questo lavoro. Basti por mente alla più volte citata sentenza del Consiglio di Stato n. 6105 del 2019, dove si legge: «La funzione di “frontiera avanzata” svolta dall'informazione antimafia nel continuo confronto tra Stato e anti-Stato impone, a servizio delle Prefetture, un uso di strumenti, accertamenti, collegamenti, risultanze, necessariamente anche atipici come atipica, del resto, è la capacità, da parte delle mafie, di perseguire i propri fini».