

SALVATORE RAIMONDI

Già ordinario di Diritto amministrativo nell'Università di Palermo
Presidente dell'Associazione Avvocati Amministrativisti della Sicilia

L'informativa antimafia interdittiva: profili di costituzionalità*

1. - E' certamente da condividere l'intento di prevenire ed interdire la presenza di operatori economici aventi contaminazioni con la criminalità organizzata. Ed è meritoria l'opera che al riguardo compiono le prefetture.

Ma appaiono criticabili:

- a) il modo in cui l'istituto dell'Informativa antimafia è disciplinato;
- a) il modo in cui viene applicato dalle Prefetture;
- c) l'orientamento che al riguardo ha assunto la giurisprudenza amministrativa.

Il codice antimafia ha il merito di avere individuato alcune fattispecie determinate dalla quali si possono desumere tentativi di infiltrazione mafiosa (come la sostituzione di organi sociali nella rappresentanza degli organi sociali, in presenza di circostanze, modalità, qualità professionali dei subentranti, che denotino l'intento di eludere la normativa antimafia, ed inoltre la violazione degli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari, ecc.), ma ha lasciato sostanzialmente immutato il carattere indeterminato del concetto stesso di tentativo di infiltrazione mafiosa, che si presta ad interpretazioni davvero criticabili.

2. - Il codice ha introdotto un ampliamento delle situazioni dalle quali si può desumere la sussistenza dei tentativi di infiltrazione mafiosa che danno luogo all'adozione dell'informazione antimafia interdittiva.

Alle fattispecie già contemplate dall'art. 10, comma 7, D. Lgs. n. 252 del 1998, vale a dire provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio per alcuni reati, o che recano una condanna anche non definitiva per taluni reati; ed inoltre proposta o provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione, e infine accertamenti disposti dal Prefetto, il Codice antimafia nella sua ultima versione, oltre ad avere ampliato (art. 84, comma 4, lett. a) il novero dei delitti contemplati dall'art. 10, lett. a) del comma 7 DPR n. 252 del 1998, ha aggiunto l'omessa denuncia all'autorità

* Relazione all'incontro di studio su "*Le informative antimafia nella giurisprudenza amministrativa. Profili di compatibilità con le garanzie costituzionali e con la CEDU*" organizzato dall'Associazione Avvocati Amministrativisti della Sicilia. Palermo – sede del Tribunale Amministrativo Regionale, 27 giugno 2014.

giudiziaria dei reati di concussione ed estorsione aggravata dal metodo mafioso (lett. c), ipotesi pressoché coincidente con la previsione di cui all'art. 38, 1° comma, lett. m-ter, del Codice dei contratti. Il Codice pone a carico del Procuratore della Repubblica procedente l'onere di comunicare l'informazione alla Prefettura competente per territorio. Si tratta di una innovazione che può essere condivisa.

Ulteriore situazione da cui si trae il tentativo di infiltrazione mafiosa è costituita dalla sostituzione negli organi sociali (art. 84, c. 4 lett. f), nella rappresentanza legale delle società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, effettuate da chiunque conviva stabilmente con i soggetti destinatari dei provvedimenti di cui alle lettere a) e b), vale a dire i provvedimenti che dispongono misura cautelare o il giudizio per alcuni reati e proposta o provvedimento di applicazione delle misure di prevenzione.

Si aggiunge però: con modalità che per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti coinvolti nonché le qualità professionali dei subentranti denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia.

3. - L'art. 91, 6° comma, aggiunge una ulteriore fattispecie da cui il Prefetto può desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa, vale a dire i provvedimenti di condanna anche non definitiva per reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali unitamente a concreti elementi da cui risulti che l'attività di impresa possa anche in modo indiretto agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata, nonché la violazione degli obblighi sulla tracciabilità dei flussi finanziari.

E' agevole osservare che in tal modo viene affidata alla discrezionalità del Prefetto la valutazione delle modalità che denotano l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia. L'indeterminatezza della disposizione fa sorgere dubbi di costituzionalità.

4. - Non si può fare a meno di esprimere rammarico per la circostanza che all'art. 93 del Codice si prevede come soltanto eventuale la partecipazione procedimentale sotto forma di audizione personale, che può esserci soltanto nel caso in cui il Prefetto "*lo ritenga utile*".

In tale caso i soggetti interessati possono anche produrre elementi documentali e

ogni informazione ritenuta utile.

Riesce difficile comprendere per quale ragione l'audizione personale, sia pure con termini molto ridotti, non debba essere prevista come necessaria, in generale. Si tratta di una deroga ad un principio generale in materia di procedimento amministrativo che è all'evidenza priva di giustificazione.

5. - L'art. 95 contiene una disposizione che merita di essere condivisa. Si stabilisce che se i tentativi di infiltrazione mafiosa interessano un'impresa mandante, non scatta l'effetto interdittivo nei confronti delle altre imprese quando la mandante sia stata estromessa o sostituita anteriormente alla stipula del contratto, o entro 30 giorni dalla comunicazione delle informazioni del Prefetto qualora il contratto sia stipulato.

Al riguardo non si può fare a meno di compiere una riflessione in relazione ai tanti casi che noi abbiamo avuto di informativa interdittiva a carico di un'impresa mandataria sulla quale non è stato trovato nulla di negativo, ma che ha commesso l'errore, magari per difetto di informazione, di costituire un'A.T.I. con un'impresa che, sovente in epoca successiva alla costituzione dell'A.T.I. stessa, è stata ritenuta mafiosa o comunque suscettibile di infiltrazione. L'inconveniente, alla stregua del correttivo, non dovrebbe ripetersi.

6. - Una significativa innovazione è stata introdotta dall'art. 94 in relazione ai casi nei quali la sussistenza di una causa di divieto o di elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa, sia accertata successivamente alla stipula del contratto.

Al riguardo l'art. 11, 3° comma, D.P.R. 252 del 1998 contemplava, non già l'obbligo, ma la facoltà dell'amministrazione committente di revocare o di recedere.

Il Codice antimafia, invece, stabilisce senz'altro che deve essere disposta la revoca delle autorizzazioni o delle concessioni o il recesso dai contratti, contemplando però una eccezione costituita dal "caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero in caso di fornitura di beni e servizi ritenuti essenziali per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisca non sia sostituibile in tempi rapidi".

La previsione appare ragionevole. E' agevole però prevedere che ci sarà un notevole contenzioso in relazione all'individuazione dei casi in cui l'opera può essere considerata in corso di ultimazione.

7. - Circa il modo in cui l'istituto dell'informativa antimafia viene applicato dalle

Prefetture non appare superfluo rammentare che all'indomani dell'approvazione del D.P.R. n. 252 del 1998, il Ministero dell'interno, Dipartimento di Pubblica Sicurezza aveva emanato, con Circ. 18 dicembre 1998, n. 559 una direttiva con la quale veniva prospettata una corretta interpretazione della normativa sulle informative antimafia. Vi si legge:

“c) accertamenti disposti dal Prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento già pertinenti all'attività dell'Alto Commissario antimafia e svolti su delega del Ministro dell'interno, ovvero a richiesta di altri Prefetti, atteso che essi sono volti specificamente, all'accertamento dei tentativi di infiltrazione mafiosa. Particolare attenzione sarà rivolta alle risultanze di tali accertamenti, nella considerazione della specifica finalità e del fatto che essi dovranno comportare l'attivazione dei procedimenti censori previsti dall'ordinamento (denunce penali, proposte per l'applicazione di misure di prevenzione, misure amministrative di autotutela, attivazione degli organi di controllo, ecc.), senza di cui potrebbe dubitarsi della loro fondatezza”.

Secondo siffatta condivisibile direttiva del Ministero, l'informativa antimafia si veniva a configurare effettivamente come un provvedimento cautelare, correlato ad accertamenti destinati a sfociare in una denuncia penale o in una misura di prevenzione o in un provvedimento di autotutela (revoca provvedimenti ampliativi, rescissione contratti, ecc.). In tale contesto l'interdittiva avrebbe una efficacia limitata nel tempo, anziché assumere carattere perpetuo.

La rammentata direttiva, per quanto risulta, non è mai stata applicata.

Nell'interpretazione delle prefetture, suffragata dalla giurisprudenza, si passa dal tentativo al pericolo di tentativo, ed infine alla formula secondo la quale “*non si può escludere*” il tentativo di infiltrazione mafiosa.

Il tentativo viene solitamente dedotto dalle frequentazioni, le quali di per sé non sono significative, ma lo sono se accompagnate da altri elementi, come la loro abitudine e continuità, l'eventuale intreccio di rapporti d'affari, ecc.. E soprattutto deve trattarsi di elementi che suffraghino l'intento di condizionare le scelte e gli indirizzi dell'impresa.

La giurisprudenza amministrativa d'altra parte è orientata nel senso di esaltare il potere discrezionale del Prefetto, da una parte, e dall'altra i limiti del controllo giurisdizionale su tale discrezionalità.

8. - L'entrata in vigore del Codice antimafia comporta una innovazione di grande rilievo, vale a dire l'acquisizione della natura legislativa della disciplina a fronte della natura regolamentare che era propria del D.P.R. n. 252 del 1998.

Bene ha fatto il Parlamento, con legge n. 136 del 2010 (Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia) a delegare il Governo all'adozione del Codice antimafia il quale contempla in un unico testo tutte le disposizioni non penali concernenti la criminalità organizzata.

Opportunamente nel Codice (in attuazione della delega) sono inserite sia la disciplina delle misure di prevenzione (libro I) sia le disposizioni in materia di documentazione antimafia (libro II).

Tra le une e le altre sussiste un rapporto di stretta parentela sul quale non è possibile in questa sede soffermarmi, ma è sufficiente guardare le disposizioni contenute nel libro I e quelle contenute nel libro II per constatare i rinvii nell'ambito delle misure di prevenzione personale alle disposizioni in materia di documentazione antimafia e viceversa.

Sia le misure di prevenzione, sia le disposizioni in materia di documentazione antimafia, incidono sui diritti di libertà.

Tutto il settore, che rientra in un disegno di prevenzione del delitto o di altri comportamenti antisociali, non legata ad accertamenti tipici del processo penale, incide nella problematica delle libertà personali.

Quanto assumo è stato più volte affermato in relazione alle misure di prevenzione, ma certamente si può affermare anche in relazione alle informative antimafia.

Ritengo di potere affermare che l'effetto dell'informativa interdittiva non è di impatto minore, per i diritti fondamentali dell'operatore, del divieto di soggiorno in uno o più comuni o dell'obbligo di soggiorno nel comune di residenza, o della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza (misure di prevenzione personale applicate dal Questore).

Grave è l'incidenza dell'interdittiva antimafia sulla libertà di iniziativa economica garantita dalla Costituzione (art. 41), come è garantita la libertà personale.

9. - E' certamente da respingere l'affermazione, ricorrente in giurisprudenza, secondo la quale l'informativa antimafia avrebbe una natura cautelare. Si tratta invece di una misura avente carattere afflittivo.

L'informativa interdittiva comporta, in concreto, la morte dell'impresa, vale a dire

la estinzione dell'attività economica dell'imprenditore. E quindi lo priva della possibilità di mantenere se stesso e la sua famiglia. E comporta il licenziamento dei dipendenti.

E' da sottolineare al riguardo che l'informativa antimafia è ben più afflittiva delle misure di prevenzione – mi riferisco a quelle applicate dall'autorità giudiziaria - perché la misura di prevenzione ha durata limitata (da un anno a cinque anni: art. 8 del codice), ed inoltre dopo tre anni dalla sua cessazione l'interessato può chiedere la riabilitazione (art. 70).

Invece l'informativa antimafia interdittiva ha carattere perpetuo. Vero è che si prevede l'aggiornamento anche a richiesta dell'interessato (art. 91, 5° comma), ma non succede quasi mai che una siffatta richiesta sortisca un effetto positivo: *semel incolpatus semper incolpatus*.

10. - Orbene, la giurisprudenza della Corte Costituzionale, riguardo alle misure di prevenzione personali, si è più volte pronunciata nel senso che l'autorità di pubblica sicurezza non può agire sulla base del mero arbitrio, ma è tenuta a muoversi sulla base della sussistenza di elementi obiettivi di fatto. Il rispetto dei principi di civiltà giuridica, ha affermato la Corte, impone al legislatore, nel delineare le fattispecie delle misure di prevenzione, di sussumere nel dettato normativo "comportamenti obiettivamente identificabili ...".

Le misure di prevenzione, si precisa, non possono essere applicate sul fondamento del mero sospetto. E' necessaria "una oggettiva valutazione dei fatti ... in modo da escludere valutazioni puramente soggettive ed incontrollabili da parte di chi promuove o applica misure di prevenzione" (Corte cost. nn. 23/64, 68/64, 113/75).

Particolarmente significativa è la sentenza n. 177 del 1980, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, n. 3, L. n. 1423 del 1956 nella parte in cui venivano previsti tra i soggetti passibili delle misure di prevenzione coloro che "per le manifestazioni cui abbiano dato luogo, diano fondato motivo di ritenere che siano proclivi a delinquere".

Si legge in tale sentenza che gli elementi presuntivi devono corrispondere sempre a comportamenti obiettivamente identificabili. Tale non è la proclività a delinquere.

Il principio di legalità in materia di prevenzione, principio certamente sussistente anche in materia di documentazione antimafia, implica che l'applicazione della misura, ancorché legata nella maggioranza dei casi ad un giudizio prognostico, trovi il presup-

posto necessario in fattispecie di pericolosità previste, descritte, dalla legge.

Si legge ancora nella sentenza: *“L’accento, anche per le misure di prevenzione, cade dunque sul sufficiente o insufficiente grado di determinatezza della descrizione legislativa dei presupposti di fatto dal cui accertamento dedurre il giudizio, prognostico, sulla pericolosità sociale del soggetto”.*

Orbene, a me pare che tale ordine concettuale debba essere pienamente applicato alle informazioni antimafia, la cui disciplina è da ritenere costituzionalmente illegittima per insufficiente determinazione della fattispecie di “tentativo di infiltrazione mafiosa”.

Tale insufficiente determinazione ha consentito alle Prefetture, con l’avallo della giurisprudenza, di passare dal tentativo al pericolo di tentativo, ed infine alla formula secondo la quale *“non si può escludere”* il tentativo di infiltrazione mafiosa.

E’ da rammentare che il TAR Sicilia, sez. Catania, con una ordinanza del 2009 aveva sollevato la questione di costituzionalità della L. 47 del 1994, dell’art. 4 D.lgs. n. 490 del 1994, e dell’art. 10 DPR n. 252 del 1998, nella parte in cui tali disposizioni non prevedono l’obbligo di un appropriato indennizzo a favore di quelle imprese per le quali, ritenuti inizialmente sussistenti i rischi di condizionamento mafioso, in base all’accertamento contenuto in sentenze passate in giudicato tali rischi risultino poi del tutto assenti.

Come ognuno vede, ben diverso é, rispetto a quello individuato dai giudici catanesi, il profilo al quale faccio riferimento, ma ho menzionato la sentenza perché la Corte (sentenza n. 58 del 2010) si è pronunciata per l’inammissibilità della questione in quanto essa *“riguarda principalmente un provvedimento che, seppure di delegificazione, è comunque atto di natura regolamentare”* (invero l’informativa antimafia prima del codice antimafia aveva la sua radice legislativa nell’art. 4 D.lgs. n. 490 del 1994, ma la disciplina attuativa era regolamentare).

A seguito dell’entrata in vigore, per merito del correttivo, del libro II del codice antimafia, la disciplina di che trattasi ha assunto indubbiamente natura legislativa, la qual cosa consente di sollevare la questione di legittimità costituzionale.