

22 LUGLIO 2020

Contraddittorio endoprocedimentale e
interdittive antimafia: la questione
rimessa alla Corte di Giustizia.
E se il problema fosse altrove?

di Luca Bordin

Dottorando di ricerca in Diritto pubblico
Sapienza – Università di Roma

Contraddittorio endoprocedimentale e interdittive antimafia: la questione rimessa alla Corte di Giustizia.

E se il problema fosse altrove?*

di Luca Bordin

Dottorando di ricerca in Diritto pubblico
Sapienza – Università di Roma

Abstract [It]: Il contributo prende le mosse dalla recente ordinanza con la quale il TAR per la Puglia ha rimesso alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale relativa alla compatibilità tra il principio generale del contraddittorio e la conformazione del procedimento di adozione dell'informazione antimafia. Vengono segnalati i principali punti critici dell'ordinanza di remissione e, su tali basi, si propone una diversa prospettiva ermeneutica fondata su una rilettura del principio del contraddittorio alla luce della giurisprudenza CEDU in materia di *full jurisdiction*. Tale prospettiva sembra affermarsi anche nella più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato.

Abstract [En]:

The paper is inspired by the recent decision by which the Administrative Tribunal (TAR) for Puglia referred the preliminary question to the Court of Justice relating about compatibility between the principle of *audit alteram partem* and the conformation of the national procedure for the adoption of anti-mafia information. The main critical points of the remittance ordinance are highlighted and, on these bases, a different hermeneutic perspective based on a reinterpretation of the adversarial principle in light of the ECHR jurisprudence on full jurisdiction is presented. This new point of view seems to be affirming also in the most recent jurisprudence of the Council of State.

Sommario: 1. Il caso. 2. Le questioni. 3. Il sindacato del giudice amministrativo sull'informazione interdittiva antimafia. 4. Il sistema sovranazionale di protezione dei diritti fondamentali. I parametri normativi invocati. 5. *Segue.* Il diritto ad una buona amministrazione. 6. *Segue.* Il contraddittorio come principio generale. L'art. 41 CDFUE alla luce dell'art. 6 CEDU. 7. La diversa prospettiva ermeneutica della più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato. 8. E se il problema non fosse nel procedimento amministrativo? 9. Il paradigma della *full jurisdiction* applicato alle interdittive antimafia. 10. Prime conclusioni, in attesa della Corte di Giustizia.

1. Il caso

L'ordinanza in commento è stata adottata dal TAR per la Puglia, sede di Bari, nell'ambito di un procedimento promosso da un'impresa per l'annullamento di una informazione interdittiva antimafia, adottata dal Prefetto di Foggia ai sensi degli artt. 90 e ss. del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (cod. antimafia) e degli atti susseguenti.

La ricorrente ha contestato la legittimità dell'informazione interdittiva in quanto emanata in assenza dei presupposti tipizzati dall'art. 84, comma 4, cod. antimafia, con conseguente illegittima estensione degli

* Articolo sottoposto a referaggio.

effetti del provvedimento ai soci dell'impresa destinataria, ai sensi dell'art. 91, comma 5, cod. antimafia. L'informativa e i provvedimenti susseguenti sarebbero poi affetti da eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto dei presupposti di istruttoria e motivazione apparente.

Il TAR adito, dopo aver rilevato che nel procedimento prefettizio non è stato instaurato il contraddittorio endoprocedimentale, ha ritenuto di rimettere alla Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE o Corte di Lussemburgo) la questione pregiudiziale relativa alla compatibilità del procedimento di adozione dell'informazione antimafia con il principio del contraddittorio riconosciuto dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE o Carta di Nizza).

Le norme indiziate di contrasto con il richiamato principio sono quelle contenute agli artt. 91, 92 e 93 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159.

2. Le questioni

Individuata la *ratio* del procedimento di adozione dell'informazione antimafia “*nella salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della pubblica Amministrazione*”, il percorso argomentativo seguito dal giudice pugliese si snoda attraverso quattro tappe fondamentali.

Anzitutto, in aperto contrasto con la giurisprudenza del Consiglio di Stato¹, autorevolmente avallata dalla Consulta², il TAR ritiene che il provvedimento assunto *ex artt.* 90 ss. cod. antimafia non abbia natura cautelare.

E difatti, il rimettente rileva che l'interdittiva non presenta quel carattere di provvisoria strumentalità che dovrebbe connotare una qualsiasi misura cautelare, stante la stabilità degli effetti dissolutivi che essa genera nei rapporti tra il destinatario e le Amministrazioni, “*con riverberi assai durevoli nel tempo, se non addirittura permanenti, indelebili e inemendabili*”.

¹ Ad. plen. 6 aprile 2018, n. 3, secondo cui “*l'interdittiva antimafia è provvedimento amministrativo al quale deve essere riconosciuta natura cautelare e preventiva, in un'ottica di bilanciamento tra la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica e la libertà di iniziativa economica riconosciuta dall'art. 41 Cost.*”; ribadisce il principio Cons. St., Sez. III, 6 marzo 2019, n. 1553, “*si tratta di provvedimento amministrativo al quale deve essere riconosciuta natura cautelare e preventiva, in un'ottica di bilanciamento tra la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica e la libertà di iniziativa economica riconosciuta dall'art. 41 Cost.; costituisce una misura volta - ad un tempo - alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della Pubblica amministrazione*”; Cons. St., Sez. III, 13 agosto 2018, n. 4938 “*L'interdittiva antimafia consiste in una tipica misura cautelare di polizia, preventiva ed interdittiva, che si aggiunge alle misure di prevenzione antimafia di natura giurisdizionale, essendo espressione della logica di anticipazione della soglia di difesa sociale finalizzata ad assicurare una tutela avanzata nel campo del contrasto alla criminalità organizzata*”.

² Il riferimento è alla recente sentenza n. 57 del 26 marzo 2020, con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato non fondata le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 89 *bis* e 92, commi 3 e 4, cod. antimafia, sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 41 della Costituzione dal Tribunale di Palermo. Con particolare riferimento alla natura dell'interdittiva, richiamando la giurisprudenza amministrativa, al par. 4 del “Considerato in diritto” la Corte afferma espressamente che “*È in questa prospettiva anticipatoria della difesa della legalità che si colloca il provvedimento in questione, al quale, infatti, viene riconosciuta dalla giurisprudenza natura 'cautelare e preventiva' ... comportando un giudizio prognostico circa probabili sbocchi illegali della infiltrazione mafiosa*”.

Viene poi evidenziato come, nonostante la portata degli effetti negativi scaturenti dal provvedimento di informazione antimafia, la legge non preveda alcuna forma di contraddittorio all'interno del procedimento, se non nella forma dell'audizione meramente eventuale di cui all'art. 93, comma 7, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159.

Inoltre il TAR qualifica espressamente il suo sindacato sul potere prefettizio come “*estrinseco*” e, perciò, inidoneo a spingersi oltre il mero apprezzamento della ragionevolezza e della proporzionalità. Anche in questo caso, la ricostruzione operata dal Tribunale amministrativo appare distonica rispetto alla giurisprudenza amministrativa maggioritaria³.

Infine il TAR ritiene che il disposto dell'art. 41 della Carta di Nizza, nella parte in cui riconosce il diritto degli amministrati ad una buona amministrazione, come ricomprensivo anche “*il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio*”, sia dotato di efficacia diretta in quanto espressione di un principio generale del diritto dell'Unione. Di qui la richiesta di chiarimento in ordine alla compatibilità dell'assetto normativo interno con il suesposto principio.

Le questioni maggiormente problematiche poste dall'ordinanza sono quelle relative all'intensità del sindacato giurisdizionale e alla portata del principio generale del contraddittorio, per come ricavato dall'art. 41 CDFUE.

Il TAR, difatti, sembra consapevole dell'insufficienza del suo sindacato ma, anziché procedere a un *revirement* in questa direzione, usa l'argomento della debolezza del sindacato per contestare l'assetto del procedimento amministrativo di adozione dell'interdittiva antimafia. L'attenzione è dunque spostata sul fronte dei rapporti tra ordinamento nazionale e sistema di tutela dei diritti fondamentali.

Qualche giorno dopo la pubblicazione dell'ordinanza in commento, la Terza Sezione del Consiglio di Stato⁴ ha espressamente dialogato con le argomentazioni addotte dal TAR per la Puglia, ritenendo compatibili le limitazioni dei diritti di difesa dell'amministrato nel particolare settore della prevenzione

³ Che il sindacato sull'esercizio del potere interdittivo sia “*pieno ed effettivo*” e non estrinseco è stato ribadito anche dalla citata sentenza n. 57 del 26 marzo 2020 della Corte Costituzionale (par. 5.2. del “Considerato in diritto”), nella quale la Consulta richiama Cons. St., Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743 e Cons. St., Sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105 come espressione di un indirizzo giurisprudenziale teso ad individuare un nucleo consolidato “*di situazioni indiziarie, che sviluppano e completano le indicazioni legislative, costruendo un sistema di tassatività sostanziale*” (par. 5.3. “Considerato in diritto”). La più recente sentenza del Consiglio di Stato (la n. 6105/2019) è però curiosamente citata (insieme a Cons. St., Sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758) anche dall'ordinanza del TAR Puglia, a supporto dell'affermazione secondo cui il sindacato del g.a. sulle interdittive antimafia sarebbe meramente estrinseco.

Esplicita nel senso di un sindacato pieno è la recente Cons. St., Sez. III, 6 maggio 2020, n. 2854 che sviluppa le argomentazioni di Cons. St., Sez. III, 31 gennaio 2020, n. 820 (su cui *infra* par. 7 e 9).

⁴ Cons. St., Sez. III, 31 gennaio 2020, n. 820, con nota di R. RUPERTI, *Sul contraddittorio procedimentale in materia di informazioni antimafia*, in *Giur. it.*, 2020, 3 su cui *infra* par.7.

antimafia. Il tema del sindacato giurisdizionale sul potere prefettizio è stato successivamente sviluppato da una successiva pronuncia del Consiglio di Stato⁵.

Nel prosieguo si analizzeranno le premesse argomentative dell'ordinanza del TAR, relative all'intensità del sindacato del g.a., al campo di applicazione dell'art. 41 CDFUE e alla ricostruzione del principio generale di diritto che da tale norma sembra potersi ricavare.

Si tenterà di dimostrare che il vero problema non risiede nella conformazione delle garanzie procedurali poste dal d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, quanto nel *self restraint* che una parte della giurisprudenza amministrativa, di cui l'ordinanza in questione è esemplificativa, continua a praticare rispetto alle tecniche di sindacato sui provvedimenti interdittivi antimafia.

Proficui spunti saranno tratti dall'elaborazione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU o Corte di Strasburgo) in materia di sanzioni amministrative e *full jurisdiction*. In particolare, da questo indirizzo ermeneutico sembra possibile trarre utili indicazioni per ricomporre le aporie dell'attuale diritto vivente in materia di contraddittorio procedimentale e documentazione antimafia.

3. Il sindacato del giudice amministrativo sull'informazione interdittiva antimafia

Per meglio contestualizzare l'affermazione del TAR, secondo cui nel sindacare l'esercizio del potere prefettizio il giudice amministrativo “*possiede un sindacato giurisdizionale estrinseco*”, risulta indispensabile dapprima indagare la natura del potere esercitato dal Prefetto nell'adozione dell'informazione antimafia. Com'è noto, il sistema della documentazione prefettizia antimafia⁶ si fonda sulla distinzione⁷ tra i due

⁵ Cons. St., Sez. III, 6 maggio 2020, n. 2854, su cui *infra* par. 9.

⁶ Sul punto v. A. M. BARONI – E. DI AGOSTA – A. PETRONELLI, *Gli strumenti di contrasto alle infiltrazioni mafiose nel settore degli appalti pubblici*, in M. T. SEMPREVIVA (a cura di), *Ordinamento e attività istituzionali del Ministero dell'Interno*, Roma, 2020, p. 193; R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2019, p. 1323; V. SALAMONE, *La documentazione antimafia nella normativa e nella giurisprudenza*, Napoli, 2019, p. 1; G. ARMAO, *Brevi considerazioni su informazione antimafia e rating di legalità aziendale nella prevenzione delle infiltrazioni criminali nei contratti pubblici*, in *Giustamm.*, 2017, 3; M. MAZZAMUTO, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in *Giustamm.*, 2016, 3; S. GAMBACURTA, *La documentazione antimafia: tipologia e contenuto*, in A. CISTERNA – M.V. DE SIMONE – B. FRATTASI – S. GAMBACURTA, *Codice antimafia*, San Marino, 2013; R. CANTONE, *La riforma della documentazione antimafia: davvero solo un resyling?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 8-9; F.G. SCOCA, *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, in *Giustamm.*, 2013, 6.

Per un quadro dell'istituto antecedente all'approvazione del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, R. PAPALIA, *Notazioni in tema di efficacia interdittiva delle informative antimafia*, in *Foro amm.*, C.d.S., 2011; F. CARINGELLA, *La normativa antimafia*, in R. DE NICTOLIS (a cura di), *I contratti di lavori, servizi e forniture*, Milano, III, 2007.

⁷ Le due tipologie provvedimentali, seppur nettamente distinte nell'impianto del cod. antimafia, sono oggetto di un progressivo riavvicinamento funzionale da parte della giurisprudenza, volto a garantire la massima efficienza preventiva del sistema della documentazione antimafia. Sul punto Cons. St., Sez. III, 8 marzo 2017, n. 1109, secondo cui “*La disciplina dettata dal d.lgs. n. 159 del 2011 (c.d. codice delle leggi antimafia) consente l'applicazione delle informazioni antimafia anche ai provvedimenti a contenuto autorizzatorio*” e ciò in quanto “*La tendenza del legislatore muove, in questa materia, verso il superamento della rigida bipartizione e della tradizionale alternatività tra comunicazioni antimafia, applicabili alle autorizzazioni, e informazioni*”

provvedimenti della comunicazione antimafia (artt. 87 ss. cod. antimafia) dell'informazione antimafia (artt. 90 ss. cod. antimafia)⁸.

Si è soliti ricondurre le comunicazioni antimafia⁹ nell'alveo dei provvedimenti espressione di potere vincolato¹⁰: l'Autorità prefettizia si limita ad attestare l'eventuale sussistenza delle cause ostative all'aggiudicazione di contratti pubblici previamente individuate dal legislatore.

Al contrario, nelle informazioni antimafia, al di là della verifica della sussistenza di cause di decadenza, l'attività della Prefettura è volta all'accertamento di eventuali condizionamenti operati dalla criminalità organizzata.

Proprio rispetto a quest'ultima tipologia provvedimento – oggetto di azione di annullamento nel giudizio instaurato innanzi il TAR per la Puglia – possono rinvenirsi, nel testo del codice antimafia, alcuni parametri da cui desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa che non lasciano alcun margine di valutazione all'Amministrazione. Ci si riferisce, in particolare, ai criteri dettati alle lett. a), b), c) del quarto comma dell'art. 84 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159.

Ma ve ne sono altri in cui al Prefetto è riconosciuto un rilevante spazio valutativo.

Vengono in rilievo gli accertamenti condotti *ex artt.* 84, comma 4, lett. d), e) ed f) e 93 cod. antimafia.

antimafia, applicabili ad appalti, concessioni, contributi ed elargizioni?. In termini analoghi Cons. St., Sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565, con commento di P. TONNARA, *Informative antimafia e discrezionalità del prefetto*, in *Urb. app.*, 2017, 2.

⁸ Il fenomeno è stato oggetto di una crescente attenzione da parte del legislatore. Per un quadro completo dell'evoluzione normativa A. M. BARONI – E. DI AGOSTA – A. PETRONELLI, *Gli strumenti di contrasto alle infiltrazioni mafiose nel settore degli appalti pubblici op. cit.*, p. 195, V. SALAMONE, *La documentazione antimafia, op. cit.*, p. 188.

In questa sede ci si limita a ricordare che il primo intervento diretto ad arginare il fenomeno dell'infiltrazione mafiosa risale all'art. 10, l. 31 maggio 1965, n. 575, il quale prevedeva la decadenza da licenze, concessioni ed iscrizioni agli albi di appaltatori di opere o di forniture pubbliche per quei soggetti che erano destinatari, in via definitiva, di una misura di prevenzione. Si susseguono poi interventi di riforma con l'art. 19, l. 13 settembre 1982, n. 646 e con la l. 19 marzo 1990, n. 55.

Il riordino della materia si realizza con la legge-delega 17 gennaio 1994, n. 47, con cui è stata introdotta l'informativa prefettizia, da acquisirsi da parte degli enti e delle amministrazioni pubbliche, circa l'insussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa nelle società o imprese interessate. In attuazione della delega è stato adottato il d.lgs. 8 agosto 1994, n. 490. Ulteriore intervento normativo in tema di certificazione antimafia (intesa in senso ampio) è rappresentato dal d.p.r. 3 giugno 1998, n. 252, recante il regolamento delle norme per la semplificazione dei procedimenti relativi al rilascio delle comunicazioni e delle informazioni antimafia.

La necessità di ricondurre ad unità il quadro normativo affastellatosi nel corso dei decenni è stata fortemente avvertita dal legislatore il quale, con la l. 13 agosto 2010, n. 136, ha conferito al Governo due ampie deleghe che sono state esercitate con l'emanazione del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159.

⁹ La comunicazione antimafia “fotografa” il cristallizzarsi di una situazione di permeabilità mafiosa. L'effetto interdittivo della comunicazione si riverbera sulle iscrizioni, sui provvedimenti autorizzatori, concessori o abilitativi per lo svolgimento di attività imprenditoriali, comunque denominati, nonché su tutte le attività soggette a segnalazione certificata di inizio attività o silenzio assenso, comportando altresì il divieto di concludere contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di cottimo fiduciario e relativi subappalti e subcontratti, compresi i cottimi di qualsiasi tipo, i noli a caldo e le forniture con posa in opera (artt. 89, comma 2, lett. a) e b), 84, comma 3, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159).

¹⁰ M. NOCELLI, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza sulla legislazione antimafia*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2018, 1.

Inoltre, apprezzabili margini discrezionali si rinvencono nel disposto dell'art. 91, comma 6, cod. antimafia, che consente al Prefetto di “*desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa da provvedimenti di condanna anche non definitiva per reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali unitamente a concreti elementi da cui risulti che l'attività d'impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata, nonché dall'accertamento delle violazioni degli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari*”.

Il momento valutativo in cui si sostanzia l'esercizio del potere prefettizio nei casi richiamati è – secondo la ricostruzione prevalente – espressione di discrezionalità tecnica¹¹.

Dai richiamati criteri si evince che, in questo settore, l'Amministrazione non è chiamata a svolgere una scelta fondata sulla comparazione degli interessi (pubblici, collettivi, privati) attinti dal potere interdittivo, scelta che invece è l'essenza stessa del potere discrezionale.

Al Prefetto è rimessa l'attenta ponderazione degli elementi emersi in sede istruttoria. Se a seguito dell'esame del materiale probatorio raccolto l'Autorità si determina nel senso di ritenere sussistente un tentativo di infiltrazione mafiosa, essa non ha alcun margine di scelta, dovendo provvedere all'emanazione del provvedimento interdittivo.

Chiarito che il sistema posto dal d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 riconosce margini di discrezionalità tecnica al Prefetto, si impone qualche breve notazione di carattere generale in ordine agli spazi di scrutinio giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica.

Com'è noto, sino ad un recente passato, la discrezionalità tecnica era pressoché pacificamente ricondotta al merito amministrativo¹². Pertanto, fuori dalle ipotesi di giurisdizione estesa al merito, era precluso al giudice amministrativo un sindacato penetrante sull'esercizio del potere. Il controllo sulle valutazioni tecniche della p.a. si risolveva in un sindacato *ab externo*, per il tramite delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere.

¹¹ Che il potere interdittivo del Prefetto sia di carattere tecnico-discrezionale è stato recentemente ribadito anche dalla Corte Costituzionale che, nella già ricordata sentenza n. 57 del 26 marzo 2020, non ha mancato di richiamare la più recente giurisprudenza amministrativa sul punto.

La qualificazione in termini di discrezionalità tecnica non è tuttavia incontestata. Parlano di contenuto “discrezionale” del provvedimento interdittivo, nella parte in cui desume “*tentativi di permeabilità mafiosa dell'impresa*”, A. M. BARONI – E. DI AGOSTA – A. PETRONELLI, *Gli strumenti di contrasto alle infiltrazioni mafiose nel settore degli appalti pubblici*, op. cit., p. 199. Nello stesso senso R. RUPERTI, *Sul contraddittorio procedimentale in materia di informazioni antimafia, nota a Cons. St. Sez. III, 31 gennaio 2020, n. 820*, in *Giur. it.*, 2020, 3; A. LONGO, *La ‘massima anticipazione di tutela’. Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, in questa rivista, n. 19/2019.

Sulle oscillazioni in giurisprudenza circa la natura dell'informazione antimafia v. G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 2.

Una parte della giurisprudenza, pur non prendendo posizione in modo esplicito, sembrerebbe propendere invece per la tesi della natura discrezionale pura dei poteri prefettizi richiamati nel testo. Difatti, in alcuni passaggi motivazionali, i giudici amministrativi sembrano evocare vizi che incidono sull'esercizio della funzione amministrativa, tipici del potere discrezionale. Esempi di tale indirizzo interpretativo sono forniti da: Cons. St., Sez. VI, 26 settembre 2011, n. 5366; Cons. St., Sez. VI, 17 marzo 2010, n. 1559; Cons. St., VI, 8 giugno 2009, n. 3491.

¹² In questi termini P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, p. 95.

Tale ricostruzione è stata sottoposta a revisione critica dapprima dalla dottrina¹³ e, successivamente, da uno storico *revirement* giurisprudenziale¹⁴.

In tal modo si è determinata l'emancipazione della discrezionalità tecnica dal merito amministrativo, avviando un dibattito ulteriore sui nuovi spazi concessi al sindacato giurisdizionale.

Il risultato di tale dibattito è dato dall'emersione di due contrapposti metodi di esercizio dello scrutinio giurisdizionale: uno debole (o estrinseco), limitato alla declaratoria di illegittimità per inattendibilità dell'apprezzamento tecnico; l'altro forte (o intrinseco), esteso all'individuazione della regola tecnica corretta da parte dello stesso giudice amministrativo.

La distinzione è stata oggetto di critiche in dottrina e sembrerebbe essere stata superata dalla giurisprudenza¹⁵ la quale, muovendo dal principio di effettività della tutela giurisdizionale *ex artt.* 24, 113 Cost. e art. 1 c.p.a., ha evidenziato come fondamentali esigenze di rispetto dei valori costituzionali impongano un sindacato effettivo sulle valutazioni tecniche delle Pubbliche Amministrazioni.

Sulla base del dibattito succintamente richiamato si giunge oggi a scorgere quale unico limite al sindacato del giudice amministrativo, quello dell'insostituibilità della valutazione tecnica amministrativa con quella del g.a., ogni qualvolta la determinazione dell'Amministrazione risulti attendibile¹⁶ e ciò al fine di assicurare il rispetto del fondamentale principio di separazione dei poteri.

¹³ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, III.; *Id.*, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939.

¹⁴ Con la fondamentale pronuncia n. 601 del 9 aprile 1999 il Consiglio di Stato ha chiarito che “*il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi [...] in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'attività amministrativa, bensì invece alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo*” (Cons. St., Sez. IV, 9 aprile 1999, n.601, con nota di M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1; P. LAZZARA, “*Discrezionalità tecnica*” e situazioni giuridiche soggettive, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1; L. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro Amm.*, 2000, 2).

¹⁵ Sul punto Cons. St., Sez. VI, 14 ottobre 2016, n. 4266, “*In rapporto alle valutazioni tecniche, anche quando riferite ai c.d. "concetti giuridici indeterminati", la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'Autorità. Il sindacato del giudice amministrativo è, quindi, pieno e particolarmente penetrante e può estendersi sino al controllo dell'analisi (economica o di altro tipo) compiuta dall'Autorità, e, in superamento della distinzione tra sindacato "forte" o "debole", va posta l'attenzione unicamente sulla ricerca di un sindacato, certamente non debole, tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere in materia antitrust, ma di verificare — senza alcuna limitazione — se il potere a tal fine attribuito all'Autorità sia stato correttamente esercitato. Tale orientamento esclude limiti alla tutela giurisdizionale dei soggetti coinvolti dall'attività dell'Agcm, individuando quale unica preclusione l'impossibilità per il giudice di esercitare direttamente il potere rimesso dal legislatore all'Autorità*”.

¹⁶ Tale attendibilità deve essere riferita al sapere tecnico specialistico che viene in rilievo, cui il giudice amministrativo ha pieno accesso grazie all'evoluzione della disciplina dell'istruttoria nel processo amministrativo, avviata con la l. 21 luglio 2000, n. 205, che ha introdotto l'utilizzabilità della consulenza tecnica d'ufficio, culminata con l'approvazione del Codice del processo amministrativo.

L'evoluzione delle modalità di sindacato sulle valutazioni tecniche ha trovato ampia eco con riferimento alle controversie relative all'esercizio del potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti¹⁷, in particolare dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato¹⁸ (AGCM).

In questo settore, l'affermazione di un sindacato effettivo – purché non sostitutivo – sulla concretizzazione dei concetti giuridici indeterminati¹⁹ (come l'individuazione del mercato di riferimento) operata dall'AGCM, ha ricevuto un forte stimolo dall'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo²⁰.

Ricondotto il sistema sanzionatorio antitrust nell'alveo delle sanzioni sostanzialmente penali, sulla scorta dei noti *Engel's criteria*²¹, si osserva come i procedimenti amministrativi di irrogazione della sanzione dovrebbero conformarsi alle garanzie richieste dall'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). La Corte di Strasburgo, tuttavia, preso atto delle difficoltà di implementare le garanzie previste da detta norma in sede procedimentale, ha avuto modo di chiarire che non costituisce violazione della disposizione convenzionale il mancato rispetto delle garanzie ivi

¹⁷ L'argomento è stato oggetto di ampie e numerose trattazioni da parte della dottrina. Tra i molti E. BINDI, *L'incidenza delle pronunce della Corte EDU sui procedimenti sanzionatori delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. cost.*, 2014, 3; R. CHIEPPA, *Le sanzioni delle Autorità indipendenti: la tutela giurisdizionale nazionale*, in *Giur. comm.*, 2013, 2; F. CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7 D.Lg. 19 gennaio 2017, n. 3)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 4; *Id.*, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2015; R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in R. GIOVAGNOLI (a cura di) *Approfondimenti di diritto amministrativo*, Torino, 2018, p. 125; F. GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2014, 2; B. GILIBERTI (a cura di), *Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi*, Napoli, 2019, p. 1; G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2016, 5; M. MIDIRI, *Sanzione antitrust e giudice amministrativo, prima e dopo Menarini*, in *dirittifondamentali.it*, 2018, 1; F. PATRONI GRIFFI, *Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti delle Autorità indipendenti*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017; L. PREVITI, *Il tramonto della full jurisdiction per gli antitrust infringements: la chiusura italiana ai principi dettati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di sanzioni amministrative e giusto processo. Il caso delle intese anticoncorrenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 4.

¹⁸ Il tema ha interessato anche i procedimenti sanzionatori della Commissione nazionale per le società e la Borsa (CONSOB), interessati dall'importante sentenza della Corte di Strasburgo, CEDU, Grande Stevens c. Italia, 4 marzo 2014. Sul punto M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi CEDU*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2014, 11; B. RAGANELLI, *Procedimento sanzionatorio CONSOB e giusto processo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, 6; V. ZAGREBELSKY, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, in *Giur. it.*, 2014.

¹⁹ Sul punto S. PIVA, *Concetti giuridici indeterminati, sindacato del Giudice amministrativo e principi CEDU*, in questa rivista, n. 4/2017.

²⁰ Sui rapporti tra la giustizia amministrativa e quella sovranazionale da ultimo A. PAJNO, *Il giudice amministrativo italiano come giudice europeo*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 2.

²¹ CEDU, Engel e altri c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976. In questa pronuncia la Corte ha individuato tre criteri di carattere generale attraverso i quali ricavare la natura sostanzialmente penale della sanzione amministrativa: *i*) la qualificazione formale in termini amministrativi della sanzione non osta a una diversa riqualificazione; *ii*) la sanzione sostanzialmente penale deve avere una finalità deterrente e punitiva, non compensativa; *iii*) la pena deve essere, almeno in astratto, severa.

previste nella fase procedimentale, laddove la determinazione assunta in sede amministrativa sia passibile di controllo da parte di un giudice dotato di *full jurisdiction*²².

Con tale formula la Corte europea dei diritti dell'uomo intende il potere del giudice di esaminare e di riformare qualsiasi punto, in fatto come in diritto, della decisione impugnata resa dall'Amministrazione, senza che il giudice sia vincolato dai precedenti accertamenti compiuti dagli organi amministrativi su punti decisivi per l'esito del caso, così prescindendo da un esame indipendente di tali questioni.

Paradigmatico di questo modo di procedere è il noto caso Menarini²³, in cui la Corte di Strasburgo, prendendo le mosse dal riconoscimento della natura piena del sindacato esercitato dal giudice amministrativo italiano sugli apprezzamenti tecnici svolti dall'AGCM, ha escluso la configurabilità di una violazione dell'art. 6 CEDU.

Nel prosieguo si indagherà la possibilità di estendere tale indirizzo anche alla materia delle informazioni antimafia²⁴. Al momento, occorre comunque evidenziare che il provvedimento prefettizio non assume i connotati di una sanzione²⁵, in quanto il Prefetto non esercita un potere neppure *lato sensu* punitivo, pur non mancando alcune voci contrarie in dottrina²⁶.

Il sistema della documentazione antimafia, difatti, si fonda sulla necessità di prevenzione e di anticipazione della tutela di beni costituzionalmente e comunitariamente protetti. Sul punto, la giurisprudenza²⁷ – con orientamento ribadito anche dall'ordinanza in commento – individua la *ratio* dei provvedimenti restrittivi contemplati nel d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 nella più efficace cura dell'interesse pubblico alla limitazione del novero delle imprese ammesse alla contrattazione con le Amministrazioni a quelle meritevoli di fiducia, funzionale da un lato alla tutela dell'imparzialità e del buon

²² CEDU, 23 ottobre 1995, Schmutz c. Austria, par. 36, “*regard must be had to the complaints raised in that court by the applicant as well as to the defining characteristics of a ‘judicial body that has full jurisdiction’*. These include the power to quash in all respects, on questions of fact *ad law*, the decision of the body below”.

²³ CEDU, A. Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia, 27 settembre 2011, con nota di S. D'ANCONA, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2012, 2.

²⁴ La più recente giurisprudenza amministrativa sembra andare in questa direzione. In particolare Cons. St., Sez. III, 6 maggio 2020, n. 2854 su cui *infra* par. 9.

²⁵ Sul punto, da ultimo Cons. St., Sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105 (punto 8.2. della motivazione) “*Il giudice amministrativo è, a sua volta, chiamato a valutare la gravità del quadro indiziario, posto a base della valutazione prefettizia in ordine al pericolo di infiltrazione mafiosa, e il suo sindacato sull'esercizio del potere prefettizio, con un pieno accesso ai fatti rivelatori del pericolo, consente non solo di sindacare l'esistenza o meno di questi fatti ... ma di apprezzare la ragionevolezza e la proporzionalità della prognosi ... secondo un criterio che, necessariamente, è probabilistico per la natura preventiva, e non sanzionatoria, della misura in esame*”, con nota di A. AMORE, in *Urb. app.*, 2020, 2.

²⁶ Secondo una parte della dottrina la natura sostanzialmente penale dell'informazione interdittiva deriverebbe dalla sua severità o afflittività: A. LONGO, *La ‘massima anticipazione di tutela’*, *op. cit.*; P. PROVENZANO, *Note minime in tema di sanzioni amministrative e ‘materia penale’*, in *Riv. it. Dir. pubbl. comunit.*, 2018, 6; G. AMARELLI, *L'onda lunga della sentenza De Tommaso: ore contate per l'interdittiva antimafia ‘generica’ ex art. 84, comma 4, lett. d) ed e), d.lgs. n. 159/2011?*, in *Riv. trim. penale contemporaneo*, 2017, 4.

²⁷ Corte cost., 26 marzo 2020, n. 57; Ad. plen. 6 aprile 2018, n. 3; Cons. St., Sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105; Cons. St., Sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565; Cons. St., Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743; Cons. St., Sez. III, 31 dicembre 2014, n. 6465; TAR Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 10 gennaio 2018, n. 27.

andamento delle Pubbliche Amministrazioni e, dall'altro, alla tutela della libertà di iniziativa economica, nonché più in generale dell'assetto concorrenziale del mercato.

La natura non punitiva dell'informazione antimafia – a prescindere dal dibattito circa la sua natura cautelare che l'ordinanza in commento sembra voler riaprire nonostante i recenti pronunciamenti dell'Adunanza Plenaria e del Giudice delle leggi – non consente un'applicazione diretta del paradigma della *full jurisdiction* elaborato in sede sovranazionale con riferimento al diritto sanzionatorio amministrativo.

Tuttavia, il modo di procedere sperimentato nel settore delle sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti risulta di particolare ausilio per tentare di formulare una proposta ermeneutica che consenta di superare i denunciati vizi nel contraddittorio dei procedimenti interdittivi. Tale proposta ermeneutica, come si avrà modo di illustrare²⁸, passa per una visione integrata delle vicende procedurali e processuali e per la valorizzazione delle espressioni “*diritti e obbligazioni di carattere civile*” e “*tribunale*” di cui all'art. 6 CEDU.

Proseguendo nell'analisi dell'ampiezza del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti del Prefetto, è necessario indagare un po' più da vicino le posizioni assunte nel dibattito giurisprudenziale.

Sul punto, l'ordinanza n. 28 del 13 gennaio 2020 del TAR per la Puglia sembra richiamare la posizione di una parte della giurisprudenza amministrativa che muove dalla natura meramente estrinseca del sindacato giurisdizionale sull'interdittiva emanata dal Prefetto²⁹.

Si è soliti affermare che la valutazione compiuta dal Prefetto è connotata da ampia discrezionalità di apprezzamento, con la conseguenza che il giudizio espresso dall'Autorità prefettizia è sindacabile in sede giurisdizionale soltanto in caso di manifesta illogicità, irragionevolezza e travisamento dei fatti, rimanendo estraneo al sindacato del giudice amministrativo l'accertamento dei fatti, anche di rilievo penale, in base ai quali è stato adottato il provvedimento.

Come osservato in dottrina³⁰, ciò che emerge dalla citata giurisprudenza non è tanto l'impossibilità di operare un controllo sostitutivo sulla discrezionalità tecnica – pacificamente escluso in quanto contrario al principio cardine della separazione dei poteri – quanto uno scrutinio meramente estrinseco, formale e

²⁸ *Infra* par. 9.

²⁹ Cons. di Stato, Sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105; Cons. St., Sez. III, 1° aprile 2019, n. 2141; Cons. St., Sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758; Cons. St., Sez. III, 7 gennaio 2019, n. 163; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 7 gennaio 2019, n. 73; TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 1° giugno 2018, n. 1386; TAR Basilicata, Sez. I, 7 aprile 2016, n. 307. Non può non rilevarsi nuovamente come alcune delle citate pronunce siano costantemente richiamate anche dal contrario orientamento che ritiene che *in subiecta materia* il sindacato del giudice amministrativo sia pieno ed effettivo.

³⁰ Di “*timidezza*” nel sindacato dei giudici amministrativi parla A. LEVATO, *Potestà discrezionale del Prefetto e regime di impugnazione delle interdittive antimafia. Criticità e prospettive di risoluzione*, in *Cultura professionale.interno.gov.it*, 2017.

debole delle valutazioni tecniche, che si arresta alla soglia dell'individuazione delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, solo allorché le stesse risultino *ictu oculi*³¹.

Di fatto, nella materia delle interdittive antimafia, una parte della giurisprudenza sembra ancorata alla concezione tradizionale fondata sulla distinzione tra un sindacato forte e uno debole, concezione sicuramente superata nel settore del diritto amministrativo sanzionatorio³².

L'ordinanza in commento ha il pregio di percepire l'inadeguatezza di un tale risultato ermeneutico. Quel che invece convince meno è la decisione di voler intervenire sulle regole del procedimento anziché sulle modalità di sindacato giurisdizionale.

La strada del rinvio pregiudiziale intrapresa dal TAR rimettente apre una serie di problematiche che investono profili di grande valore dogmatico relativi al sistema di protezione dei diritti fondamentali dell'Unione europea e al suo rapporto con la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

4. Il sistema sovranazionale di protezione dei diritti fondamentali. I parametri normativi invocati

Il TAR rimettente ha invocato l'intervento chiarificatore della Corte di Giustizia dell'Unione europea – ai sensi dell'art. 267, lett. a) del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) – in merito alla compatibilità tra la previsione di un contraddittorio endoprocedimentale meramente eventuale nel procedimento di adozione dell'informazione interdittiva antimafia e il principio del contraddittorio ricavabile dall'art. 41 CDFUE, in base al quale ogni persona ha diritto “*di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio*”.

I dubbi di compatibilità nascono dal fatto che l'attivazione del contraddittorio tra Autorità prefettizia e soggetti attinti dal potere interdittivo è rimessa alla valutazione di utilità del Prefetto. Difatti, a norma dell'art. 93, comma 7, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, se sulla base della documentazione e delle informazioni pervenute all'Amministrazione ciò appare utile, questa “*invita, in sede di audizione personale, i soggetti interessati a produrre, anche allegando elementi documentali, ogni informazione ritenuta utile*”.

³¹ Il sindacato del giudice amministrativo sul potere prefettizio suscita particolare allarme nella dottrina penalistica, la quale, alla luce della sentenza CEDU, De Tommaso c. Italia, 23 febbraio 2017, ritiene il sistema delle interdittive antimafia in contrasto con le coordinate ermeneutiche provenienti dal giudice sovranazionale sotto plurimi profili. In particolare G. AMARELLI, *L'onda lunga della sentenza De Tommaso*, op. cit., p. 292, evidenzia come il provvedimento interdittivo “*non beneficia del controllo garantista del giudice penale neanche in sede di gravame, spettando la competenza alla giustizia amministrativa chiamata ad operare una mera valutazione formale di legittimità della sussistenza dei labili presupposti applicativi*”.

³² Utili indicazioni in tal senso provengono dalla recente sentenza Cons. St., Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, nella quale il Supremo Consesso ha ribadito la necessità (in un'ottica costituzionalmente e convenzionalmente orientata) di un sindacato pieno ed effettivo sulle determinazioni dell'AGCM, anche a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 7 d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 sul c.d. *private enforcement* degli illeciti antitrust. Sui problemi posti dalla norma da ultimo citata F. CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti*, op. cit.

La distanza rispetto alle garanzie partecipative poste dalla l. 7 agosto 1990, n. 241³³ pare siderale e, agli occhi del TAR rimettente, incompatibile con gli standard previsti dalla disciplina eurounitaria.

Il giudice del rinvio procede ad una concisa ma efficace disamina del contesto normativo posto dal Trattato di Lisbona.

Viene anzitutto evidenziato che l'attuale formulazione dell'art. 6, par. 1, del Trattato sull'Unione europea (TUE) sancisce l'identità di valore giuridico tra i Trattati istitutivi e la "*Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 febbraio 2007 a Strasburgo*". Di conseguenza, all'indomani del Trattato di Lisbona, il catalogo di diritti contenuto nella CDFUE è posto sullo stesso piano dei Trattati istitutivi, costituendo vera e propria fonte di diritto primario dell'Unione europea³⁴.

Facendo propri i principi elaborati dalla Corte di Giustizia³⁵, il TAR chiarisce che le norme contenute nelle fonti di diritto primario possono produrre effetti diretti all'interno degli ordinamenti degli Stati membri allorquando rispettino i requisiti del carattere incondizionato e della sufficiente chiarezza e precisione.

Ad avviso del TAR, il diritto al contraddittorio endoprocedimentale di cui all'art. 41 CDFUE ha natura precisa e incondizionata: di qui la sua efficacia diretta nell'ordinamento nazionale.

A questo punto, il giudice del rinvio procede ad un ulteriore passaggio logico che, come si avrà modo di chiarire, pare imposto dall'inapplicabilità dell'art. 41 CDFUE alla fattispecie esaminata dal TAR. Così procedendo, il giudice rimettente ricava dall'art. 41 CDFUE il principio generale del contraddittorio quale autonoma fonte del diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 6, par. 3, TUE.

È sulla base di tale ricostruzione del contesto normativo eurounitario che il TAR pugliese ritiene opportuna la richiesta di chiarimenti alla Corte di Lussemburgo. In sostanza, il diritto di essere sentiti nel corso del procedimento verrebbe in rilievo due volte: la prima come precipitato della puntuale indicazione contenuta all'art. 41, par. 2, lett. a) CDFUE; la seconda come principio generale del diritto dell'Unione.

³³ Com'è noto, la partecipazione al procedimento è garantita ai destinatari della comunicazione di cui all'art. 7 l. 7 agosto 1990, n. 241 e agli interventori volontari mediante il riconoscimento di una serie di facoltà e di diritti partecipativi, consacrati dalla previsione di cui all'art. 10 l. cit., in base al quale tali soggetti "*hanno diritto: a) di prendere visione degli atti del procedimento, salvo quanto previsto dall'articolo 24; b) di presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento*".

La giurisprudenza del Consiglio di Stato è costante nell'escludere che nell'ambito del procedimento di adozione dell'interdittiva antimafia siano obbligatorie la comunicazione di avvio del procedimento e le ordinarie garanzie partecipative di cui alla l. 7 agosto 1990, n. 241. Sul punto, *ex plurimis*, Cons. St., Sez. III, 28 ottobre 2016, n. 4555, secondo cui la Prefettura è esonerata dall'invio della comunicazione di avvio del procedimento e dalle altre garanzie partecipative "*atteso che si tratta di procedimento in materia di tutela antimafia, come tale intrinsecamente caratterizzato da profili del tutto specifici connessi ad attività di indagine, oltre che da finalità, da destinatari e da presupposti incompatibili con le procedure partecipative, nonché da oggettive e intrinseche ragioni di urgenza*".

³⁴ A. ADINOLFI, *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. internaz.*, 2010, 1.

³⁵ Sull'efficacia diretta delle norme dei Trattati istitutivi: la fondamentale CGCE, 5 febbraio 1963, Van Gend en Loos, C-26/62.

Questa ambivalenza è stata da tempo evidenziata da attenta dottrina³⁶, la quale non ha mancato di segnalare i rischi connessi a tale operazione esegetica: considerare come tra loro diversi il disposto dell'art. 41 CDFUE e il diritto ad una buona amministrazione come principio generale, rischia di determinare distorsioni e disparità di trattamento. Tale esito non pare soddisfacente e, tantomeno, in linea con il progressivo sviluppo del sistema di tutela dei diritti fondamentali nello spazio europeo.

Ma prima di procedere nell'analisi, sia consentita qualche brevissima notazione sull'evoluzione del sistema di tutela dei diritti fondamentali nel diritto comunitario.

Prima della proclamazione della Carta di Nizza, la tutela dei diritti fondamentali era stata affidata all'intervento della Corte di Giustizia³⁷.

La mancata inserzione nei Trattati istitutivi di un *corpus* normativo posto a presidio dei diritti fondamentali è stata tradizionalmente interpretata in una duplice direzione: da un lato la visione neoliberista ed "economocentrica" che caratterizzava l'originario assetto delle Comunità europee non poneva l'esigenza di un intervento del diritto comunitario sul punto³⁸; dall'altro gli Stati membri, nella fase formativa dell'ordinamento comunitario, probabilmente temevano che una previsione in materia di diritti fondamentali nelle fonti primarie del diritto comunitario potesse comportare un'eccessiva dilatazione delle attribuzioni delle Comunità europee³⁹.

Il successivo mutamento del contesto politico e l'ampliamento delle aree attribuite all'intervento delle Istituzioni comunitarie hanno determinato il venir meno delle ragioni dell'originario silenzio dei Trattati istitutivi.

L'evoluzione del sistema di tutela dei diritti fondamentali in ambito eurounitario è culminata con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, mediante il quale si è stabilita (art. 6, par. 1, TUE) l'equiparazione del

³⁶ "Se si distinguesse, infatti, concretamente nei contenuti, fra diritto ad una buona amministrazione ex art. 41 CDUE e diritto ad una buona amministrazione inteso come principio generale, si creerebbe ex novo un'inaccettabile disparità di trattamento fra i destinatari di misure di attuazione del diritto UE", così D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2019, 2.

³⁷ Il percorso giurisprudenziale verso una compiuta tutela dei diritti fondamentali prende avvio dalla storica sentenza Stauder (CGCE, 12 novembre 1969, C-29/69) con cui la Corte di Giustizia afferma, per la prima volta, che i diritti fondamentali "fanno parte dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce l'osservanza". Subito dopo, la Corte nella sentenza Internationale Handelsgesellschaft (CGCE, 17 dicembre 1970, C-11/70) specifica che la tutela dei diritti fondamentali deve essere coerente rispetto "alle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri e garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità".

³⁸ Tale conclusione non sembra oggi però più condivisa. In senso critico G. F. MANCINI, *Democrazia e costituzione nell'Unione europea*, Bologna, 2004, p. 142.

³⁹ Nella prima fase del processo di integrazione europeo la divisione dei ruoli era delineata nel senso di affidare alle Comunità europee (CECA, EURATOM, CEE) il compito di sviluppare la cooperazione economica, rimettendo agli Stati membri il compito di neutralizzare eventuali violazioni dei diritti fondamentali da parte delle istituzioni europee, per mezzo delle Corti costituzionali e dei giudici comuni. Sul punto G. BONAVENTURA, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa: il case study dei diritti dei migranti*, in *ADIR – l'altro diritto*, 2015.

valore giuridico tra i Trattati istitutivi e la Carta di Nizza. In tal modo, il Trattato di Lisbona si è spinto ben oltre il semplice riconoscimento formale e ciò al dichiarato fine di assicurare la più ampia tutela dei diritti fondamentali da parte del diritto dell'Unione.

Il paragrafo 2 del citato art. 6, tuttavia, chiarisce che le “*disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'unione definite nei Trattati*?”. Tale disposizione esplicita che la Carta di Nizza conferisce diritti soltanto nell'ambito delle materie di competenza dell'Unione⁴⁰.

Così brevemente ricostruito il quadro della tutela dei diritti fondamentali nel diritto dell'Unione, occorre concentrare l'attenzione dapprima sull'art. 41 CDFUE e poi sul principio del contraddittorio quale principio generale del diritto dell'Unione.

5. Segue. Il diritto ad una buona amministrazione

L'art. 41 della Carta di Nizza⁴¹, rubricato “Diritto ad una buona amministrazione”, riconosce all'amministrato una serie di garanzie nell'ambito delle vicende relative all'esercizio del potere da parte delle Amministrazioni incardinate presso le Istituzioni eurounitarie.

Al primo paragrafo la norma riconosce il diritto ad un trattamento imparziale ed equo nell'ambito di un procedimento che abbia una durata ragionevole.

Il secondo paragrafo specifica che il diritto ad una buona amministrazione ricomprende: a) il diritto al contraddittorio endoprocedimentale nei procedimenti che possono culminare con un provvedimento limitativo; b) il diritto di accesso agli atti amministrativi (da bilanciare con la tutela della riservatezza e del segreto industriale); c) l'obbligo di motivazione dei provvedimenti.

Gli ulteriori due paragrafi della norma completano l'armamentario garantistico del privato nei confronti dell'Amministrazione europea, prevedendo espressamente la risarcibilità dei danni cagionati dall'Unione nell'esercizio delle sue funzioni, nonché la possibilità di rivolgersi e di ricevere risposta in una delle lingue ufficiali dell'Unione.

⁴⁰ G. GAJA – A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Roma, 2012, p. 169.

⁴¹ La dottrina che si è occupata dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è sconfinata. Tra i molti: R. BIFULCO, *Art. 41. Diritto ad una buona amministrazione*, in R. BIFULCO – M. CARTABIA – A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001, p. 284; A. CARBONE, *Il Contraddittorio Procedimentale ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016, p. 84; D.U. GALETTA, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 2010, 3; G. DELLA CANANEA – C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010, p. 104; M. TRIMARCHI, *L'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali e la disciplina dell'attività amministrativa in Italia*, in *Dir. amm.*, 2011, 3; M. COCCONI, *Il giusto procedimento come banco di prova di un'integrazione delle garanzie procedurali a livello europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2010, 5; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Obblighi di interpretazione conforme al diritto UE e principio di autonomia procedurale in relazione al diritto amministrativo nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2014, 6.

La dottrina⁴² è pacificamente orientata nel ritenere che il diritto ad una buona amministrazione sancito dall'art. 41 sia il risultato di un'operazione ricognitiva e riassuntiva dei principi elaborati dalle differenti tradizioni giuridiche degli Stati membri⁴³, per come ricostruiti dall'incessante opera della Corte di Giustizia.

Pur non potendo procedere in questa sede a una ricostruzione del contenuto delle varie disposizioni dell'art. 41, l'ordinanza che qui si commenta impone di analizzare anzitutto gli spazi di applicazione della norma contenuta nella Carta di Nizza.

Il punto di partenza non può che essere costituito dal dato letterale. Il primo paragrafo dell'art. 41 fa espresso riferimento a “*istituzioni, organi e organismi dell'Unione*”, non richiamando invece gli Stati membri, diversamente da quanto avviene nella norma generale di cui all'art. 51, relativa all'ambito di applicazione della Carta di Nizza, in base al quale “*Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, così come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione*”.

Il rapporto tra le due norme è stato oggetto di un vivace dibattito dottrinario. Secondo un primo orientamento⁴⁴ l'art. 41 andrebbe interpretato alla luce dell'art. 51, con la conseguente estensione del novero dei destinatari agli Stati membri. Diversamente opinano quegli autori⁴⁵ che ritengono insuperabile il dato testuale dell'art. 41 che fa espresso riferimento alle sole Istituzioni eurounitarie.

La questione è stata oggetto di attenzione anche da parte della giurisprudenza comunitaria⁴⁶.

⁴² *Ex plurimis*, P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, 2006, p. 508; L. R. PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2010, 3-4; A. CARBONE, *op. cit.*, p. 88.

⁴³ Nell'ordinamento nazionale vengono in rilievo l'art. 97 Cost., gli artt. 1, 2, 3, 9, 10, 22 ss. l. 7 agosto 1990, n. 241, artt. 1, 29, 30, 31, 34 c.p.a. Dall'insieme delle norme citate è possibile ricavare principi non dissimili da quelli affermati all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁴⁴ H. BAUER, *Das Recht auf eine gute Verwaltung im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, in *Anwendungsbereich und Einschränkungsvoraussetzungen des Grundrechts auf eine gute Verwaltung in Artikel 41 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Francoforte, 2002, p. 142; SIMON, in *Constitution Européenne – Partie II – La Charte des Droits Fondamentaux de l'Union – Commentaire article par article*, BURGORGUE-LARSEN – LEVADE – PICOD (a cura di), Bruxelles, 2005; P. CHIRULLI, *Amministrazioni nazionali ed esecuzione del diritto europeo*, in L. DE LUCIA – B. Marchetti (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015, p. 157; D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2019, 2.

⁴⁵ M. KLAŃSKA, *Towards Administrative Human Rights in the EU*, in *Eur. Law Journ.*, 2004, 10; D. SORACE, *L'amministrazione europea secondo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. Pubbl.*, 2013, 1; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op. cit.*

⁴⁶ Per un approfondito esame della giurisprudenza più recente della Corte di Giustizia, D.U. GALETTA, *op. cit.*, par. 7.

La Corte di Giustizia esamina per la prima volta i rapporti tra le due norme nella nota sentenza Cicala⁴⁷. Con la sentenza del 21 dicembre 2011⁴⁸ la Corte di Lussemburgo rileva anzitutto che la questione posta non rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Subito dopo (punto 28 della motivazione), la Corte – con un *obiter dictum* – interviene sulla questione che qui si esamina, chiarendo che gli “(...) artt. 296, secondo comma, TFUE e 41, n. 2, lett. c), della Carta (...) sono diretti (...) alla luce della loro formulazione, non già agli Stati membri, bensì unicamente alle istituzioni ed agli organi dell'Unione”.

Tale indirizzo ermeneutico sembra essere confermato⁴⁹ dai successivi arresti della Corte di Giustizia dell'Unione. Chiamata a decidere una questione pregiudiziale in materia di diritto di asilo, nella sentenza Y.S.⁵⁰ la Corte di Lussemburgo osserva che “*Dal tenore letterale dell'articolo 41 della Carta emerge (...) chiaramente che esso si rivolge unicamente alle istituzioni, agli organi e agli organismi dell'Unione, e non agli Stati membri*” (punto 67 della motivazione), con la conseguente inapplicabilità alla controversia – nonostante la materia del contendere rientrasse nel contesto di attuazione delle direttive UE in materia di asilo – del diritto di accesso al fascicolo *ex art. 41, par. 2, lett. b) CDFUE*.

Nella stessa direzione si pongono le successive sentenze della Corte di Giustizia⁵¹.

Il diritto vivente sembra dunque muovere sul piano di un'interpretazione strettamente letterale dell'ambito soggettivo dell'art. 41. Tale esegesi appare sicuramente coerente con l'esplicito riferimento dei soggetti passivi di cui al paragrafo 1 di detto articolo⁵². La precisa scelta dei redattori della Carta di limitare il novero dei soggetti tenuti al rispetto del diritto ad una buona amministrazione alle sole “*istituzioni, organi e organismi dell'Unione*”, non sembra facilmente eludibile mediante un'applicazione estensiva della norma, alla luce del più generale art. 51 CDFUE.

⁴⁷ La controversia vedeva contrapposte la Sig.ra Teresa Cicala e la Regione Siciliana in relazione alla decisione di quest'ultima di ridurre alla prima la pensione e recuperare gli importi già erogati. In sede di rinvio pregiudiziale la Corte dei conti, sezione giurisdizionale per la Regione Siciliana, chiedeva chiarimenti in ordine alla compatibilità della normativa nazionale con riferimento all'applicazione fattane dalla decisione adottata dall'ente regionale con il disposto degli artt. 296 TFUE e 41 CDFUE relativi all'obbligo di motivazione degli atti amministrativi.

⁴⁸ CGUE, 21 dicembre 2011, C-482/10.

⁴⁹ Distonica rispetto all'indirizzo restrittivo sembra essere la sentenza M.M. (CGUE, 22 novembre 2012, C-277/11), nella quale la Corte, dopo aver richiamato il contenuto dell'art. 41 CDFUE constata “*che, come emerge dalla sua stessa formulazione, tale disposizione è di applicazione generale*” (punto 84 della motivazione). La dottrina favorevole ad un'interpretazione estensiva dell'ambito di applicazione della norma ha accolto con favore la sentenza M.M. sul punto D.U. GALETTA, *Riflessioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE sul diritto ad una buona amministrazione, anche alla luce di alcune recenti pronunce della Corte di Giustizia*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2013, 1.

⁵⁰ CGUE, 17 luglio 2014, C-141/12 e C-372/12.

⁵¹ CGUE, 5 novembre 2014, C-166/13, par. 44: “*dal tenore letterale dell'articolo 41 della Carta emerge chiaramente che esso si rivolge unicamente alle istituzioni, agli organi e agli organismi dell'Unione, e non agli Stati membri*”. Nello stesso senso CGUE, 17 dicembre 2015, C-419/14, par. 83, CGUE, 9 marzo 2017, C-141/2015.

⁵² Analogamente, l'art. 42 della Carta di Nizza individua i destinatari passivi del diritto di accesso ai documenti facendo riferimento alle “*istituzioni, organi e organismi dell'Unione*”. Gli artt. 41 e 42 CDFUE sono tra le poche norme della Carta ad indicare in modo preciso i soggetti tenuti al rispetto dei diritti ivi riconosciuti.

In disparte il dibattito sulla portata soggettiva dell'art. 41 della Carta di Nizza, l'ostacolo principale alla sua applicabilità nella fattispecie esaminata dal TAR rimettente sembra essere costituito dall'estraneità della materia delle interdittive antimafia dalle attribuzioni delle Istituzioni eurounitarie.

Ebbene, il legislatore eurounitario è stato molto chiaro nello stabilire i limiti oggettivi del sistema posto dalla Carta di Nizza, anche a seguito della sua parificazione giuridica al diritto eurounitario primario.

Sulla scorta delle preoccupazioni manifestate da alcuni Stati membri, il legislatore eurounitario ha così chiarito che “*Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell’Unione definite nei trattati*” (art. 6, par. 1, comma 2, TUE), né la Carta di Nizza “*introduce competenze nuove o compiti nuovi per l’Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati*” (art. 51, par. 2, CDFUE).

In generale la Carta di Nizza trova applicazione rispetto a vicende interne gestite dagli Stati membri “*esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione*” (art. 51, par. 1, CDFUE).

Raffrontando tali enunciazioni di principio al procedimento interno di adozione dell’informazione antimafia, da cui l’ordinanza di rinvio pregiudiziale scaturisce, sembra evidente come lo stesso sia retto da una disciplina di diritto interno.

Una rilevanza indiretta del sistema della documentazione antimafia può forse essere scorta rispetto alla circostanza che la stessa, finalizzata all’espunzione dal mercato dei contratti pubblici delle imprese interessate da tentativi di contaminazione mafiosa, miri a tutelare l’assetto concorrenziale del rilevante mercato delle commesse pubbliche.

Ma tale effetto di tutela indiretta – tra l’altro perseguito senza alcun coinvolgimento delle Istituzioni dell’Unione – sembra troppo debole per poter costituire un collegamento idoneo a dar rilievo alle disposizioni della Carta di Nizza, prima tra tutte quella relativa al diritto ad una buona amministrazione, nell’ambito dei procedimenti di adozione dell’informazione interdittiva antimafia.

Il caso rimesso dal TAR per la Puglia *ex art. 267 TFUE* all’attenzione della Corte di Giustizia⁵³ non sembra dissimile, sotto questo profilo, da quello esaminato nella sentenza Cicala. Si tratta in entrambi i casi di un procedimento disciplinato integralmente e compiutamente dal diritto interno, diretto

⁵³ La Corte, nella fondamentale sentenza Åkerberg Fransson, CGUE, 26 febbraio 2013, C-617/10, ribadisce che “*Da una costante giurisprudenza della Corte risulta infatti sostanzialmente che i diritti fondamentali garantiti nell’ordinamento giuridico dell’Unione si applicano in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell’Unione, ma non al di fuori di esse. A tal proposito la Corte ha già ricordato che essa, per quanto riguarda la Carta, non può valutare una normativa nazionale che non si colloca nell’ambito del diritto dell’Unione. Per contro, una volta che una siffatta normativa rientra nell’ambito di applicazione di tale diritto, la Corte, adita in via pregiudiziale, deve fornire tutti gli elementi di interpretazione necessari per la valutazione, da parte del giudice nazionale, della conformità di tale normativa con i diritti fondamentali di cui essa garantisce il rispetto (v. segnatamente, in tal senso, sentenze del 18 giugno 1991, ERT, C-260/89, Racc. p. I-2925, punto 42; del 29 maggio 1997, Kremzow, C-299/95, Racc. p. I-2629, punto 15; del 18 dicembre 1997, Annibaldi, C-309/96, Racc. p. I-7493, punto 13; del 22 ottobre 2002, Roquette Frères, C-94/00, Racc. p. I-9011, punto 25; del 18 dicembre 2008, Sopropé, C-349/07, Racc. p. I-10369, punto 34; del 15 novembre 2011, Dereci e a., C-256/11, Racc. p. I-11315, punto 72, nonché del 7 giugno 2012, Vinkov, C-27/11, punto 58).*” (par. 19).

dall'Amministrazione nazionale senza alcun coinvolgimento di “*istituzioni, organi e organismi dell'Unione*”, in cui non vengono in rilievo competenze attribuite alle istituzioni eurounitarie.

Ma è a questo punto che il Giudice del rinvio valorizza il riferimento al contraddittorio endoprocedimentale dell'art. 41 in un senso ulteriore, sancendone l'appartenenza “*al catalogo dei principi generali del Diritto dell'unione in base all'art. 6, par. 3 del Trattato sull'Unione Europea*”, fondando il rinvio pregiudiziale proprio sul contrasto tra il procedimento *ex artt. 91, 92 e 93 cod. antimafia* “*con il principio del contraddittorio, così come ricostruito e riconosciuto quale principio di diritto dell'Unione*”.

Dal diritto ad una buona amministrazione viene dunque enucleato il principio del contraddittorio, quale autonoma fonte primaria del diritto dell'Unione *ex art. 6, par. 3, TUE*.

Sembra di essere al cospetto di un Giano Bifronte: l'art. 41 CDFUE, messo alla porta in quanto inapplicabile ai procedimenti di diritto interno, sembra rientrare dalla finestra come principio generale di diritto.

L'ordinanza prende le mosse dall'art. 41 come norma attributiva di un diritto, ne riconosce l'efficacia diretta in ragione della sua formulazione sufficientemente precisa e del suo carattere incondizionato ma poi sembra virare e seguire una diversa rotta: si passa dal piano dei diritti a quello dei principi⁵⁴ ed è in questa differente prospettiva che il rinvio pregiudiziale viene motivato. Il quesito, difatti, interessa la compatibilità dell'assetto ordinamentale nazionale “*con il principio del contraddittorio ... quale principio di diritto dell'Unione*”.

Occorre dunque chiedersi se l'aver ricavato dall'art. 41 CDFUE il principio generale del contraddittorio sia di per sé sufficiente a sostenere l'opzione ermeneutica per il rinvio pregiudiziale operata dal TAR rimettente.

6. Segue. Il contraddittorio come principio generale. L'art. 41 CDFUE alla luce dell'art. 6 CEDU

Come poc'anzi evidenziato, nell'originario assetto dell'ordinamento comunitario la tutela dei diritti fondamentali è stata rimessa all'opera esegetica della Corte di Giustizia. Sin dalla più risalente giurisprudenza della Corte, emerge la centralità dei principi generali nella protezione dei diritti fondamentali⁵⁵.

⁵⁴ Delinea in modo particolarmente efficace la distinzione tra nome della Carta fonti di “diritti” e norme della Carta fonti di “principi” G. BARBAGALLO, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'ordinamento nazionale*, Relazione al Convegno *Colloque Conseil d'Etat et Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011.

⁵⁵ E. CANNIZZARO, *Appunti di diritto dell'Unione europea. Il sistema istituzionale e il sistema normativo*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 105.

Esemplificativa della dottrina dei diritti fondamentali praticata dalla Corte di Giustizia è la nota sentenza Nold⁵⁶. In essa la Corte chiarisce che i diritti fondamentali sono fondati sull'esistenza di principi generali non scritti, desunti dalla struttura e dalla funzione dell'ordinamento comunitario, anche sulla base di due fonti di "ispirazione": le tradizioni costituzionali degli Stati membri e i trattati internazionali sui diritti dell'uomo.

Nello sviluppo del sistema comunitario di tutela dei diritti fondamentali tra i trattati internazionali ha giocato un ruolo primario e fondamentale la Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁵⁷. Tralasciando il tema ampiamente dibattuto della c.d. "comunitarizzazione"⁵⁸ della CEDU per il tramite del secondo paragrafo dell'art. 6 TUE, occorre evidenziare come l'originaria ricostruzione della protezione dei diritti umani patrocinata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia abbia trovato espresso riconoscimento nei Trattati istitutivi.

In particolare l'art. 6, par. 3, TUE riproduce il principio di diritto chiaramente espresso nel 1974 dalla Corte di Giustizia nella sentenza Nold, statuendo che "*I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*". Da fonte di ispirazione per il corretto inquadramento dei diritti fondamentali, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo assume autonoma rilevanza⁵⁹.

Occorre comunque osservare che l'originaria centralità della CEDU nella costruzione di un sistema di tutela europeo dei diritti dell'uomo è venuta meno a seguito dell'equiparazione operata dal Trattato di Lisbona tra i Trattati istitutivi e la Carta di Nizza. Così, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, si

⁵⁶ CGCE, 14 maggio 1974, C-4/73: "*I diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto, di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza. Nel garantire la tutela di tali diritti, la Corte è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e non potrebbe ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalla costituzione di tali Stati. I trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito, possono del pari fornire elementi di cui occorre tenere conto nell'ambito del diritto comunitario*" (par. 13 in diritto).

⁵⁷ G. GAJA, *Lo statuto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel diritto dell'Unione*, in *Riv. dir. internaz.*, 2016, 3.

⁵⁸ Com'è noto, la tesi è stata respinta dalla fondamentale sentenza 11 marzo 2011, n. 80 della Corte Costituzionale, in base alla quale "*Anche dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona restano valide le considerazioni svolte dalla Corte costituzionale riguardo alla impossibilità, nelle materie in cui non sia applicabile il diritto dell'Unione Europea, di far derivare dalla qualificazione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla convenzione europea dei diritti dell'uomo quali "principi generali" del diritto dell'Unione la riferibilità dell'art. 11 cost. alla convenzione europea. I principi in questione rilevano unicamente in rapporto alle fattispecie in cui il diritto dell'Unione è applicabile, e non anche alle fattispecie regolate dalla sola normativa nazionale. Ciò vale anche per la Carta dei diritti fondamentali, poiché si è inteso evitare nel modo più netto che l'attribuzione alla Carta dello "stesso valore giuridico dei trattati" nell'art. 6, par. 1, TUE abbia effetti sul riparto delle competenze fra Stati membri e istituzioni dell'Unione. Ciò risulta peraltro anche dall'art. 51 della stessa Carta*" Corte Cost., 11 marzo 2011, n. 80, in *Riv. dir. internaz.*, 2011, 2.

⁵⁹ G. GAJA, *op cit.* Tale conclusione, tuttavia, non è incontestata in dottrina. E. CANNIZZARO, *Diritti 'diretti' e diritti 'indiretti': i diritti fondamentali tra Unione, CEDU e Costituzione italiana*, in *Dir. Un. eur.*, 2012, 1 (in particolare pp. 27 e 28) il quale osserva che "*la Convenzione costituisce una delle fonti alle quali la Corte di giustizia si ispira nel ricostruire il contenuto dei diritti fondamentali dell'Unione. Questo meccanismo è oggi codificato dall'art. 6, par. 3, del Trattato sull'Unione*".

sono fatti sempre meno numerosi i richiami alle norme della CEDU in favore delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Tuttavia il ruolo che la CEDU riveste nell'ordinamento eurounitario non sembra poter essere sconosciuto. Sul punto, particolare rilevanza assume il terzo paragrafo dell'art. 52 CDFUE, a mente del quale “*Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa*”.

In questo modo, la Convenzione assume una valenza indiretta nel diritto dell'Unione: rispetto ai diritti tutelati dalla CDFUE, quanto si ricava dalla CEDU costituisce il contenuto minimo della tutela quale risulta dalla Carta⁶⁰.

In caso di corrispondenza, secondo le Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali (2007/C 303/02), il “*significato e la portata dei diritti garantiti*” devono essere ricostruiti alla luce della “*giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*”. Questa indicazione è particolarmente rilevante per la questione affrontata nel provvedimento in commento.

L'ordinanza, difatti, invoca il principio generale del contraddittorio nel diritto dell'Unione⁶¹ quale parametro per valutare la compatibilità con l'ordinamento eurounitario del procedimento nazionale di adozione dell'informazione interdittiva antimafia.

Il principio del contraddittorio nel diritto dell'Unione ruota attorno alla fondamentale regola dell'*audi alteram partem*⁶², del diritto di essere sentiti, che dal processo è stata impiantata nel procedimento amministrativo ed è divenuta regola di garanzia essenziale per gli interessati, pienamente condivisa e valorizzata dalla giurisprudenza comunitaria, che attribuisce al rispetto del contraddittorio carattere sostanziale e non meramente formale⁶³. La regola è stata trasposta nell'art. 41 CDFUE, nella parte in cui prevede “*il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio*”⁶⁴.

⁶⁰ G. GAJA, *op cit.*

⁶¹ L'elaborazione del principio del contraddittorio da parte della Corte di Giustizia è avvenuta soprattutto con riferimento alla partecipazione nel procedimento tributario: sul punto, rilevanza fondamentale presenta la sentenza Sopropé, CGCE, 18 dicembre 2008, C-349/07. Sul tema del contraddittorio nel procedimento tributario, G. PETRILLO, *La necessità di una clausola generale di contraddittorio procedimentale in materia tributaria fra asimmetrie giurisprudenziali e valorizzazione dei principi europei*, in *Dir. pubbl. eur.*, Rassegna online, Novembre 2016.

⁶² Per una ricostruzione in chiave storico-culturale del principio v. N. PICARDI, ‘Audiatur et altera pars’ *le matrici storico-culturali del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 1.

⁶³ R. CHIEPPA – R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2018, IV, pp. 454-455.

⁶⁴ Sulla valenza della partecipazione procedimentale nel diritto dell'Unione europea, A. CARBONE, *op cit.*, 85 e i numerosi riferimenti bibliografici *ivi*.

Ora, stando a tale definizione di principio del contraddittorio, pare incontestabile, almeno *prima facie*, l'incompatibilità tra l'art. 93, comma 7, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 e tale principio. Ed è in quest'ottica che il TAR per la Puglia procede ai sensi dell'art. 267 TFUE.

Come si vedrà nel successivo paragrafo, il Consiglio di Stato è recentemente intervenuto sul tema, chiarendo che la *ratio* del procedimento di adozione delle interdittive antimafia consente di derogare all'obbligatoria audizione del soggetto interessato in sede procedimentale.

Prima di rivolgere lo sguardo al diritto vivente nazionale occorre procedere all'esame delle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, per come interpretati dalla Corte di Strasburgo, in modo da poter individuare l'esistenza (ed eventualmente il contenuto) di un analogo principio del contraddittorio di natura convenzionale.

La dottrina amministrativistica⁶⁵ ha ricavato importanti indicazioni dall'art. 6 CEDU.

Il punto di partenza della riflessione della scienza giuridica è costituito dalla constatazione che dalla lettera dell'art. 6 CEDU non sembrano ricavarsi indici da cui desumere la rilevanza di detta norma nel diritto amministrativo.

L'ostacolo è però presto superato in quanto l'ambito di applicazione dell'art. 6 CEDU si ricava dal modo in cui la Corte di Strasburgo ha attribuito un significato autonomo – rispetto alle corrispondenti nozioni negli ordinamenti nazionali – ai concetti di “*accusa penale*”⁶⁶, di “*diritti e doveri di carattere civile*” e di “*tribunale*”⁶⁷.

In questa sede pare sufficiente ricordare che ad oggi, nella nozione di “*diritti e obbligazioni di carattere civile*”⁶⁸ vengono ricomprese situazioni giuridiche composite, che spesso esulano dai tradizionali confini dell'ordinamento civile.

In ambito convenzionale non assume rilevanza pregnante la dicotomia diritto pubblico-diritto privato. L'attenzione è rivolta al profilo contenutistico della situazione giuridica soggettiva dell'individuo⁶⁹. Ad assumere rilievo ai fini dell'applicazione dell'art. 6 CEDU è dunque il contenuto del diritto o

⁶⁵ Il tema è stato recentemente oggetto di numerosi contributi. Si segnalano, tra i molti: M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, p. 1; A. CARBONE, *op. cit.*; F. CINTIOLI, *Giusto procedimento, CEDU e sanzioni antitrust, op. cit.*; F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2.

⁶⁶ Sul punto *supra* par. 3.

⁶⁷ M. ALLENA, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 2.

⁶⁸ Nel testo francese si fa riferimento all'espressione “*droits et obligations de caractère civil*”, mentre in quello inglese si parla di “*civil rights and obligations*”.

⁶⁹ A. CARBONE, *op. cit.*, p. 111.

dell'obbligazione in sé considerato, non rilevando in senso contrario la circostanza che tali situazioni risultino coinvolte nell'esercizio di un potere amministrativo⁷⁰.

I diritti presi in considerazione dalla Corte EDU sembrano avere un carattere prevalentemente patrimoniale. In campo amministrativo assumono rilevanza anzitutto le pretese economiche direttamente esercitate nei confronti della Pubblica Amministrazione e i procedimenti incidenti sulle libertà economiche degli amministrati.

La nozione di “*tribunale*” è stata profondamente dilatata dalla giurisprudenza convenzionale, finendo per ricomprendere qualsiasi autorità pubblica che sia chiamata a decidere sulla fondatezza di un'accusa penale o sulla determinazione del contenuto di un diritto civile⁷¹. In questo modo, il termine “*tribunale*” trascende il tradizionale riferimento agli organi giurisdizionali e finisce per ricomprendere anche organi essenzialmente amministrativi⁷².

Riportando le considerazioni sin qui svolte alla fattispecie esaminata dal TAR per la Puglia nell'ordinanza n. 28 del 13 gennaio 2020, non sembra un'opzione ermeneutica così avventata quella volta a ritenere applicabile l'art. 6 CEDU alla materia delle informazioni antimafia.

Il Prefetto, nel momento in cui si determina per l'adozione del provvedimento interdittivo, esercita un potere senza ombra di dubbio incidente su “*diritti e obbligazioni di carattere civile*”. Lo stesso giudice rimettente, nell'escludere la natura cautelare dell'informazione antimafia, evidenzia come la stessa sia idonea a determinare la “*messa al bando dell'impresa e dell'imprenditore che, da quel momento e per sempre, non possono rientrare nel circuito economico dei rapporti con la P.A. dal quale sono stati estromessi*”, incidendo dunque l'interdittiva “*con riverberi assai durevoli nel tempo, se non addirittura permanenti, indelebili e inemendabili*”.

Indicazioni sistematiche in tal senso si ricavano anche dalla fondamentale decisione dell'Adunanza Plenaria⁷³, con la quale il Supremo Consesso ha riconosciuto al provvedimento interdittivo l'effetto di rendere impossibile per l'impresa attinta la percezione di somme dovute a titolo di risarcimento del danno patito in occasione dell'esercizio dell'attività d'impresa, pur se riconosciutegli da una sentenza ormai passata in giudicato.

⁷⁰ Secondo CEDU, 5 ottobre 2000, Mennitto c. Italia (in particolare parr. 21-28) non preclude l'applicazione dell'art. 6 CEDU la qualificazione nazionale della posizione giuridica soggettiva in termini di interesse legittimo. Sul punto M. MAGRI, *La Corte di Strasburgo alle prese con la categoria italiana degli interessi legittimi*, in *Quad. cost.*, 2001; D. TEGA, *Interessi legittimi e diritto ad un equo processo: la Corte europea dei diritti si addentra nei meandri della giustizia amministrativa italiana*, in *Giur. it.*, 2001.

⁷¹ M. ALLENA, *op. cit.*

⁷² Paradigmatica di questa lettura estensiva e sostanzialistica della nozione di “*tribunale*” è la sentenza CEDU, 19 aprile 1974, Viera Sramek c. Austria (in particolare par. 36). In tale pronuncia, la Corte di Strasburgo ha ritenuto applicabile l'art. 6 CEDU al procedimento di approvazione di un contratto di compravendita immobiliare da parte dell'Autorità regionale per le transazioni immobiliari austriaca.

⁷³ Ad. plen. 6 aprile 2018, n. 3, con nota di C. COMMANDATORE, *Interdittiva antimafia e incapacità giuridica speciale: un difficile equilibrio*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 3.

Inoltre, in quanto autorità chiamata a decidere sulla determinazione di diritti e obbligazioni di carattere civile (nel senso poc'anzi specificato), all'Amministrazione prefettizia è attribuibile la qualifica di “*tribunale*” ex art. 6 CEDU.

Le argomentazioni che precedono consentono di concludere nel senso che l'adeguatezza del procedimento disciplinato nel d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 agli standard di tutela dei diritti fondamentali può (e deve) tener conto della copiosa elaborazione giurisprudenziale in materia di art. 6 CEDU, con particolare riferimento alla possibilità di consentire attenuazioni delle garanzie procedurali in presenza di una successiva fase processuale caratterizzata da un sindacato pieno sulla determinazione amministrativa.

7. La diversa prospettiva ermeneutica della più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato

Sulla base di quanto si è cercato di dimostrare sin qui, la scelta operata dal TAR per la Puglia con l'ordinanza n. 28 del 13 gennaio 2020 non pare condivisibile.

Resta tuttavia il fatto che le garanzie partecipative del soggetto attinto dal potere interdittivo siano rimesse all'esercizio di una facoltà dell'Autorità. Questo risultato è effettivamente legittimo, anche in un'ottica costituzionalmente orientata?

Volgendo lo sguardo all'ordinamento interno, dalla giurisprudenza della Consulta non sembrano emergere orientamenti univoci rispetto alla rilevanza costituzionale dei principi che governano il c.d. giusto procedimento, tra cui il principio ad un contraddittorio endoprocedimentale⁷⁴. Recentemente, anzi, la Consulta⁷⁵ ha assunto una posizione negativa in quanto, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale sottopostale⁷⁶, ha respinto la censura diretta a sostenere la violazione del principio del giusto procedimento, escludendone la rilevanza costituzionale.

Nessuna indicazione sul punto è poi giunta dalla sentenza 26 marzo 2020, n. 57, con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato infondate le questioni di legittimità costituzionali sollevate dal Tribunale di Palermo⁷⁷ relativamente agli artt. 89 *bis* e 92, commi 3 e 4, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 in riferimento agli articoli 3 e 41 della Costituzione.

⁷⁴ Sul dibattito relativo alla portata precettiva del giusto procedimento come principio costituzionale A. CARBONE, *op. cit.*, p. 69.

⁷⁵ Corte cost., 30 aprile 2015, n. 71.

⁷⁶ Il giudizio di costituzionalità incidentale riguardava l'art. 42 *bis* del d.p.r. 8 giugno 2011, n. 327. Sul punto, R. CHIEPPA – R. GIOVAGNOLI, *op. cit.*, p. 496.

⁷⁷ Trib. Palermo, ord. 10 maggio 2018, n. 131 (G.U. n. 39 del 3 ottobre 2018). Le censure si rivolgevano in primo luogo all'art. 89 *bis* cod. antimafia e solo in via consequenziale nei confronti dell'art. 92, commi 3 e 4.

Ad avviso del giudice *a quo* le norme censurate, estendendo gli effetti delle interdittive antimafia agli atti di cui all'art. 67, comma 1, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, tradizionalmente incisi dalla comunicazione antimafia e funzionali all'esercizio di un'attività imprenditoriale privatistica, priverebbero il soggetto attinto del diritto di iniziativa economica. Tale scelta

La citata pronuncia costituisce il primo intervento del giudice costituzionale sul tema dell'informazione interdittiva antimafia sotto il profilo sostanziale⁷⁸, per come declinato nel d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159.

La Consulta, nel respingere la questione di legittimità costituzionale, ha dapprima riconosciuto la forte componente tecnica sottesa all'esercizio del potere prefettizio, sottolineando la fondamentale importanza della motivazione del provvedimento interdittivo, per poi evidenziare come il successivo sindacato del giudice amministrativo sia tutt'altro che meramente estrinseco. Nessun cenno, invece, alla questione del contraddittorio procedimentale, evidentemente non ricompresa nel *thema decidendum*.

Quanto ai rapporti con l'ordinamento dell'Unione europea, particolare rilievo assume la recente e più volte citata pronuncia del Consiglio di Stato⁷⁹, nella quale i Giudici di Palazzo Spada si sono apertamente confrontati con le argomentazioni di cui all'ordinanza in commento, disattendendone gli esiti.

Qualche breve cenno merita la vicenda che ha dato luogo all'intervento del Consiglio di Stato.

Il gravame è stato avviato dal Ministero dell'Interno e dalla Prefettura-UTG di Mantova avverso la sentenza del TAR per la Lombardia, sede di Brescia, che aveva annullato il precedente provvedimento di informazione antimafia adottato nei confronti di un'impresa di autotrasporti.

Il Consiglio di Stato accoglie il primo motivo di ricorso e dichiara inammissibile il secondo. Ma è proprio questo secondo motivo a dare l'occasione al Supremo Collegio di dialogare con l'ordinanza di rimessione del TAR per la Puglia circa la rispondenza dell'assetto normativo interno con il principio del contraddittorio.

Il giudice di prime cure aveva affermato nella sentenza gravata la necessità di assicurare il rispetto delle garanzie partecipative anche nei procedimenti di adozione delle interdittive antimafia⁸⁰.

Al punto 7.4. della motivazione, la Terza Sezione prende atto della questione pregiudiziale posta dal TAR pugliese, chiarendo al successivo punto 7.5. che *“la questione esula dal perimetro di rilevanza specifica del presente giudizio ... e su di essa si pronuncerà, se del caso, la Corte di Giustizia UE”*.

legislativa sarebbe irragionevolmente ricollegata ad un provvedimento di natura amministrativa con effetti equiparati ai provvedimenti di natura giurisdizionale adottati mediante le misure di prevenzione.

⁷⁸ Difatti la precedente sentenza 18 gennaio 2018, n. 4 si era soffermata sugli aspetti relativi all'esercizio della delega legislativa da parte del Governo con l'emanazione del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 in attuazione degli articoli 1 e 2 della l. 13 agosto 2010, n. 136 e, in particolare, con riferimento all'inserimento dell'art. 89 *bis* per effetto del d.lgs. 13 ottobre 2014, n. 153.

⁷⁹ Cons. St., Sez. III, 31 gennaio 2020, n. 820, con nota di R. RUPERTO, *Sul contraddittorio procedimentale in materia di informazioni antimafia*, in *Giur. It.*, 2020, 3.

⁸⁰ Salvo poi ritenere “sanata” la mancata partecipazione del privato ai sensi dell'art. 21 *octies*, comma 2, l. 7 agosto 1990, n. 241. Al riguardo la sentenza del Consiglio di Stato è fortemente critica (punto 7.2. della motivazione: *“sebbene si tratti di una motivazione doppiamente erronea non solo perché l'informazione antimafia non richiede la necessaria osservanza del contraddittorio procedimentale ... ma anche perché l'applicazione dell'art. 21-octies, comma 2, della l. n. 241 del 1990 non è in nessun modo consentita all'informazione antimafia, provvedimento giammai vincolato, ma per sua stessa natura discrezionale”*).

Preso atto di ciò, il Consiglio di Stato precisa tuttavia come *“l’assenza di una necessaria interlocuzione procedimentale in questa materia non costituisca un vulnus al principio di buona amministrazione”*.

Sul punto, il Supremo Collegio richiama alcuni pronunciamenti del giudice eurounitario. In particolare, la Corte di Giustizia, nella sentenza del 9 novembre 2017⁸¹, ha ribadito che *“il principio generale del diritto dell’Unione del rispetto dei diritti della difesa non si configura come una prerogativa assoluta, ma può soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti”*⁸².

Il Consiglio di Stato richiama poi il principio di diritto recentemente espresso dalla Corte di Giustizia⁸³ in materia di disciplina nazionale antimafia, in rapporto alla compatibilità del subappalto con i principi dell’evidenza pubblica eurounitaria, in base al quale *“il contrasto al fenomeno dell’infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisce un obiettivo che può giustificare una restrizione alle regole fondamentali e ai principi generali del TFUE che si applicano nell’ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici”*.

Il Consiglio di Stato, al punto 7.7. della motivazione, chiarisce infine che l’obbligo di attivazione del contraddittorio nei procedimenti relativi alla documentazione antimafia *“potrebbe frustrare la finalità preventiva perseguita dalla legislazione antimafia, che ha l’obiettivo di prevenire il tentativo di infiltrazione da parte delle organizzazioni criminali”*.

È evidente infatti, che soprattutto nell’ambito di quei procedimenti avviati sulla base di materiale probatorio in corso di valutazione da parte della magistratura inquirente, la *discovery* anticipata di tali risultanze potrebbe minare la complessiva efficienza della risposta statale contro la criminalità organizzata.

Con tale pronuncia il Consiglio di Stato sembra affermare, dunque, la piena compatibilità della struttura procedimentale descritta agli artt. 90 ss. cod. antimafia con il principio del contraddittorio di matrice eurounitaria. L’affermazione si fonda sulla logica preventiva che ispira il sistema della documentazione antimafia e sulla rilevanza dell’interesse generale ad assicurare un effettivo contrasto al fenomeno mafioso.

I motivi di appello non consentivano evidentemente di indugiare ulteriormente sul punto ma occorre chiedersi se questa impostazione possa da sola fugare ogni dubbio sulla compatibilità dell’attuale assetto ordinamentale con il principio del contraddittorio.

⁸¹ CGUE, 9 novembre 2017, C-298/16.

⁸² La Corte cita tra i suoi precedenti conformi le sentenze CGUE, 26 settembre 2013, C-418/11 e CGUE, 3 luglio 2014, C-129/13 e C-130/13.

⁸³ CGUE, 26 settembre 2019, C-63/18.

Come si è tentato di prospettare nel paragrafo precedente, utili indicazioni potrebbero essere tratte dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. A tal fine, però, è necessario porre l'attenzione altrove.

Sia l'ordinanza di rimessione del TAR pugliese che la recente pronuncia del Consiglio di Stato hanno concentrato i loro sforzi sul procedimento amministrativo. Tale modo di procedere non pare tuttavia del tutto risolutivo.

8. E se il problema non fosse nel procedimento amministrativo?

La risposta che il Consiglio di Stato fornisce ai dubbi posti dal TAR per la Puglia risulta in larga parte condivisibile e ciò per almeno due ragioni: anzitutto perché evidenzia come l'odiosità del fenomeno mafioso – in qualsiasi sua forma di manifestazione – necessiti di una risposta ferma da parte dell'ordinamento; in secondo luogo, il Consiglio di Stato ha avuto l'occasione di ribadire che i valori e principi che governano l'azione amministrativa non vivono isolati, in compartimenti stagni, ma si incontrano e scontrano quotidianamente, di talché, l'unico approccio veramente ragionevole è quello del bilanciamento dei contrapposti valori in gioco.

La lotta alla mafia, in ogni sua estrinsecazione, può così comportare la compressione di alcuni principi fondamentali. Ciò, per quanto attiene la fase procedimentale di adozione dell'interdittiva antimafia, pare indubitabile. Ma tale compressione del principio del contraddittorio può consentirsi *sine die*? Affermare che un diritto dell'amministrato – riconosciuto dalle principali fonti internazionali e sovranazionali di tutela dei diritti fondamentali – possa rimanere conculcato in via permanente e fisiologica, conduce di fatto a negare l'esistenza stessa del diritto. Tale approdo ermeneutico risulta palesemente insoddisfacente per uno Stato di diritto.

Individuata la *ratio* della facoltatività della partecipazione dell'interessato nel fatto che “*la discovery anticipata ... potrebbe frustrare la finalità preventiva perseguita dalla legislazione antimafia*” risulta possibile sviluppare l'argomento nei termini che seguono.

Ebbene, una volta adottato il provvedimento interdittivo, gli elementi su cui era necessario mantenere il riserbo vengono necessariamente esternati nella motivazione dell'atto, con il conseguente venir meno di quelle esigenze che giustificavano la conculcazione del diritto al contraddittorio.

È dunque evidente che quella garanzia, negata nella sede procedimentale, debba necessariamente tornare ad operare e ciò non può che avvenire nell'eventuale processo d'impugnazione del provvedimento prefettizio.

La struttura del contraddittorio processuale, fondata sulla parità delle armi e sull'imparzialità e terzietà del giudice, è certamente in grado di “compensare” la mancata partecipazione procedimentale del privato attinto dal potere interdittivo.

In sede processuale, questi potrà dare ingresso agli elementi di prova che avrebbe potuto allegare nel corso del procedimento, in modo da incrinare la capacità inferenziale degli indizi e degli elementi posti alla base dell'informazione interdittiva antimafia.

A questo punto emerge il cortocircuito dell'intero sistema, di cui il TAR per la Puglia sembra essere ben consapevole sin dalle prime righe della motivazione dell'ordinanza n. 28 del 13 gennaio 2020, allorquando ribadisce il *self restraint* del suo sindacato giurisdizionale.

Come può essere assicurato un contraddittorio effettivo se il sindacato del giudice amministrativo sulle decisioni del Prefetto è debole, estrinseco e meramente formale?

Si torna, così, inevitabilmente al punto di partenza.

Per superare l'*impasse* il TAR per la Puglia ritiene che sia necessario intervenire sul contraddittorio endoprocedimentale. Il Consiglio di Stato, dal canto suo, con la sentenza 31 gennaio 2020, n. 820 ha ampiamente argomentato circa l'impraticabilità di questa soluzione, per le evidenti ricadute sull'efficienza dell'intero sistema della prevenzione antimafia.

Chiarito però che il diritto a un contraddittorio effettivo non può essere negato per sempre, l'unica opzione concretamente praticabile passa per il superamento del paradigma del sindacato debole *in subiecta materia*.

I primi passi di questo percorso sembrano essere già stati compiuti, seppure *in nuce*, dalla Terza Sezione del Consiglio di Stato, nell'articolata pronuncia del 5 settembre 2019, n. 6105.

Al punto 8.2. della motivazione, il Supremo Collegio afferma che “*il giudice amministrativo è, a sua volta, chiamato a valutare la gravità del quadro indiziario, posto a base della valutazione prefettizia in ordine al pericolo di infiltrazione mafiosa, e il suo sindacato sull'esercizio del potere prefettizio, con un pieno accesso ai fatti rivelatori del pericolo, consente non solo di sindacare l'esistenza o meno di questi fatti, che devono essere gravi, precisi e concordanti, ma di apprezzare la ragionevolezza e la proporzionalità della prognosi inferenziale che l'autorità amministrativa trae da quei fatti secondo un criterio che, necessariamente, è probabilistico per la natura preventiva, e non sanzionatoria, della misura in esame*”.

Il passaggio è stato letto dal giudice del rinvio pregiudiziale come indice di continuità dell'indirizzo tradizionale. Il TAR, infatti, richiama la citata sentenza 6105/2019 allorquando afferma che il giudice amministrativo “*non possiede un vero e proprio sindacato ab intrinseco che vada oltre l'apprezzamento della ragionevolezza e della proporzionalità della prognosi inferenziale*”.

Non può negarsi che una tale lettura nel senso della continuità sia tutt'altro che impraticabile, anche alla luce del pregresso quadro giurisprudenziale. Tuttavia, il passaggio motivazionale riportato potrebbe essere letto anche in un'altra ottica.

Il Supremo Collegio sembra invitare il giudice amministrativo ad un'attenta valutazione della tenuta del quadro indiziario, nonché della ragionevolezza e proporzionalità delle inferenze che da tale quadro il Prefetto ha tratto. Da questo punto di vista, suscita particolare apprezzamento la circostanza che il Consiglio di Stato abbia evitato di far ricorso alla stagnante dicotomia sindacato forte-sindacato debole. Valorizzando questi elementi la giurisprudenza successiva potrebbe gettare le basi per il superamento dell'indirizzo tradizionale anche nella materia dell'informazione antimafia.

Occorre però una precisazione. Come si è più volte detto, questa materia è governata dalla logica preventiva e, dunque, le determinazioni dell'Autorità prefettizia non possono che fondarsi sul legame inferenziale sussistente tra determinati elementi fattuali e il dato ignoto costituito dal pericolo di permeabilità criminale dell'operatore economico. Questo modo di procedere inevitabilmente si ripercuote in sede giurisdizionale sulle tecniche (e sugli spazi) di sindacato sull'esercizio del potere.

Se il giudice amministrativo accerta che a fronte di un ragionevole e proporzionato coordinamento dei fatti noti l'Amministrazione è giunta ad un altrettanto ragionevole e proporzionato giudizio di pericolo di infiltrazione mafiosa, difficilmente potrebbe cassare il provvedimento senza sostituirsi all'Amministrazione ed esorbitare dalla funzione giurisdizionale: ciò alla luce del fatto che un simile giudizio di permeabilità mafiosa raggiunge lo standard causalistico del "*più probabile che non*", sufficiente ai fini dell'adozione del provvedimento interdittivo⁸⁴.

Un sindacato forte e intrinseco risulterebbe contrario al principio di separazione dei poteri, che impone al giudice di non farsi amministratore.

E allora, il vero problema sembra essere nuovamente di natura terminologica. La dicotomia tra sindacato forte-sindacato debole genera l'impressione che il giudice amministrativo in questa materia possa spingersi oltre.

In realtà, al fine di assicurare un contraddittorio effettivo, pare sufficiente un esame attento delle allegazioni del ricorrente, volte a porre in crisi le fondamenta indiziarie su cui il Prefetto ha costruito il provvedimento interdittivo: non un sindacato forte in luogo di uno debole, ma un sindacato effettivo e pieno, che non sfoci in un'inammissibile sostituzione.

Ebbene, coordinando compiutamente le indicazioni fornite dalla Terza Sezione del Consiglio di Stato nelle pronunce 6105/2019 e 820/2020, sembra possibile ricavare delle coordinate ermeneutiche che, se opportunamente sviluppate, consentono di superare gli evidenti limiti del diritto ad un contraddittorio effettivo che oggi incontrano gli operatori economici attinti dal potere interdittivo.

⁸⁴ Il Consiglio di Stato, con la più volte citata sentenza 5 settembre 2019, n. 6105, è di recente intervenuto *ex professo* proprio sul tema del grado di verosimiglianza della prognosi posta alla base del provvedimento interdittivo. Sul punto A. AMORE, *Il deficit di tipicità delle interdittive antimafia*, in *Urb. app.*, 2020, 2.

Tale proposta, fondata sulla valorizzazione del ruolo della giurisdizione amministrativa a fronte di evidenti (e insopprimibili) limiti alle garanzie procedurali, presenta sicure assonanze con il paradigma ermeneutico sviluppato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali.

9. Il paradigma della *full jurisdiction* applicato alle interdittive antimafia

Sulla base delle considerazioni sin qui svolte è possibile fornire una lettura coordinata dei recenti arresti della Terza Sezione del Consiglio di Stato.

La sentenza 820/2020, nell'individuare – sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Giustizia – i motivi che giustificano l'esclusione di un obbligo di *audit* del privato attinto dall'informazione antimafia, pone in luce l'impossibilità di garantire un'effettiva partecipazione nel procedimento.

La sentenza 6105/2019 contiene indicazioni rilevanti che, se compiutamente sviluppate, possono condurre ad un superamento della visione (auto)limitata del sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio del potere prefettizio.

D'altro canto, un sindacato pieno sui fatti posti alla base dell'interdittiva, esercitato tenendo conto delle allegazioni della parte privata, consente di attuare nel processo quel dialogo che esigenze superiori hanno impedito nel procedimento.

Ma come si è tentato di chiarire, quando queste esigenze superiori si fanno meno pressanti, il diritto al contraddittorio – per continuare a essere qualificabile come vero e proprio diritto – necessita di riaffermarsi nella successiva (ed eventuale) fase processuale. In tale sede, un sindacato pieno ed effettivo (ma ovviamente non sostitutivo) può “compensare” la mancanza di contraddittorio endoprocedimentale. Questo modo di procedere non è dissimile da quello elaborato dalla Corte di Strasburgo sin dagli inizi degli anni '80 del Novecento⁸⁵ in materia di *full jurisdiction*.

Richiamando le parole del Consiglio di Stato⁸⁶, rese in una delle più articolate decisioni sul tema, è possibile affermare che, allorché i procedimenti amministrativi degli Stati membri non siano in grado di assicurare il rispetto delle prerogative di cui all'art. 6 CEDU, la possibile violazione di tale ultima norma è evitata se “*l'interessato che subisce la sanzione abbia la concreta possibilità di sottoporre la questione relativa alla fondatezza dell'accusa penale contro di lui mossa ad un organo indipendente e imparziale dotato del potere di esercitare un sindacato di full jurisdiction*”, sindacato che postula il potere del giudice di sindacare “*la fondatezza, l'esattezza e la correttezza delle scelte amministrative così realizzando, di fatto, un continuum tra procedimento amministrativo e procedimento giurisdizionale*”.

⁸⁵ F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, op. cit.

⁸⁶ Cons. St., Sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596.

Pertanto, ai fini del rispetto dell'art. 6 CEDU quel che conta è che, in un'ottica integrata, la complessiva vicenda, procedimentale e processuale, sia conforme ai canoni convenzionali⁸⁷. È pertanto sufficiente che nella successiva sede processuale si operi una compensazione rispetto alle mancanze riscontrate davanti all'Amministrazione procedente. A tal fine, è però necessario che l'organo giurisdizionale chiamato a decidere del ricorso sia dotato di un sindacato di piena giurisdizione.

Il tema dello stretto legame tra le vicende procedimentale e processuale non è certo una novità nella dottrina amministrativistica.

Nel lontano 1980 Mario Nigro⁸⁸ prospettava tre modelli delle interazioni tra processo e procedimento. Al primo modello della separazione, caratterizzato dalla mancanza di interazioni tra le due realtà, l'Autore contrapponeva quelli dell'alternatività e dell'integrazione.

Nel modello dell'alternatività il procedimento acquista una struttura giustiziale che lo rende concorrente con il processo. In quello dell'integrazione, nella sua visione tradizionale, tra le due realtà vi sarebbe un rapporto di complementarità.

Su questa linea di pensiero, la dottrina più recente ha isolato un'ulteriore accezione dell'integrazione, in base alla quale il processo giurisdizionale può divenire la sede in cui si determina in concreto la regola dell'azione amministrativa⁸⁹.

Ebbene, volgendo lo sguardo al sistema della CEDU, la Corte di Strasburgo sembra ricostruire il rapporto tra realtà processuale e realtà procedimentale sia in termini di alternatività che di integrazione, a seconda del livello di garanzie offerte dall'Amministrazione procedente.

Ad avviso di chi scrive, la compensabilità *ex post* della garanzia del contraddittorio può esplicitarsi anche nella materia delle interdittive antimafia, disinnescando ogni frizione tra le esigenze imperative di prevenzione e i diritti dell'individuo, riconosciuti anche dal sistema sovranazionale di tutela dei diritti fondamentali.

Ciò presuppone una visione integrata del procedimento amministrativo e del processo giurisdizionale relativi all'adozione del provvedimento interdittivo.

Sul punto occorre evidenziare la recente apertura della giurisprudenza amministrativa alla esportabilità del paradigma della *full jurisdiction* anche alla materia della documentazione antimafia.

La prospettiva della giurisdizione piena sul potere interdittivo del Prefetto, difatti, ha da ultimo trovato esplicita cittadinanza nella recente sentenza n. 2854 del 6 maggio 2020.

⁸⁷ A. CARBONE, *L'art. 6 CEDU e il giusto processo e procedimento amministrativo. Differenze applicative all'interno degli Stati europei*, in *DPCE online*, 2019, 3.

⁸⁸ M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, ora in *Scritti*, III, Milano, 1996.

⁸⁹ A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale*, *op. cit.*, p. 150.

La pronuncia – anch'essa della Terza Sezione – sembra collocarsi sulla indicata linea di sviluppo dei precedenti arresti⁹⁰ del Supremo Consesso.

Anche nel caso da ultimo esaminato dal Consiglio di Stato l'appellante, attinto dal potere interdittivo, lamentava la lesione delle proprie garanzie partecipative.

Nel respingere il motivo di gravame il Consiglio Stato ha abbondantemente richiamato la sentenza 820/2020, per poi ulteriormente svilupparne le coordinate ermeneutiche nel paragrafo 5 della motivazione.

Di sicuro interesse, nell'economia del presente commento, è l'esplicito richiamo al paradigma della *full jurisdiction* contenuto nel paragrafo 5.2. della motivazione⁹¹. Il Consiglio di Stato riconosce esplicitamente la compensabilità del sacrificio delle garanzie partecipative e dei diritti di difesa a fronte di un sindacato pieno ed effettivo⁹² sul provvedimento del Prefetto.

L'auspicio è che l'orientamento inaugurato dal recente arresto del Consiglio di Stato trovi conferma nella successiva giurisprudenza amministrativa.

Occorre comunque ribadire che in questa materia, governata da una spiccata anticipazione dell'intervento pubblico al fine di garantire la massima prevenzione delle infiltrazioni mafiose nel tessuto produttivo, il sindacato pieno ed effettivo passa per un attento esame delle allegazioni del privato in rapporto alle evidenze indiziarie e ai risultati inferenziali che da queste si ricavano.

Gli elementi conoscitivi che il privato non ha potuto produrre nel procedimento dovranno essere scrutinati, senza limiti o *self restraint*, dal giudice amministrativo, in un'ottica di continuità tra processo e procedimento e di sostanziale uniformità delle funzioni amministrative e giurisdizionali⁹³.

10. Prime conclusioni, in attesa della Corte di Giustizia

La via sin qui indicata sembra candidarsi ad essere la soluzione che meglio garantisce (e bilancia) tutti gli interessi in gioco.

⁹⁰ In particolare, Cons. St., Sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105 e Cons. St., Sez. III, 31 gennaio 2020, n. 820.

⁹¹ Ad avviso del Consiglio di Stato “L'eventuale sacrificio di queste garanzie procedurali e dei diritti di difesa, necessario e proporzionato rispetto al fine perseguito, è tuttavia compensato dal successivo sindacato giurisdizionale sull'atto adottato dal Prefetto che, contrariamente a quanto assume parte della dottrina, è pieno ed effettivo, in termini di full jurisdiction, anche secondo il diritto convenzionale, perché non solo investe, sul piano della c.d. tassatività sostanziale, l'esistenza di fatti indicatori di eventuale infiltrazione mafiosa, posti dall'autorità prefettizia a base del provvedimento interdittivo, ma sindaca anche, sul piano della c.d. tassatività processuale, la prognosi inferenziale circa la permeabilità mafiosa dell'impresa, nell'accezione, nuova e moderna, di una discrezionalità amministrativa declinata in questa delicata materia sotto l'aspetto del ragionamento probabilistico compiuto dall'amministrazione (Cons. St., sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758 e Cons. St., sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105).” (par. 5.2. della motivazione).

⁹² Nel respingere la tesi del sindacato debole, il Consiglio di Stato richiama inoltre la pronuncia n. 57 del 26 marzo 2020 della Corte Costituzionale, cui si è fatto più volte cenno nel presente commento.

⁹³ Una visione integrata delle due funzioni sembra riecheggiare il pensiero del Kelsen, il quale riduceva le funzioni di base dello Stato a quella creativa della norma (funzione legislativa) e a quella applicativa (comune alla giurisdizione e all'amministrazione). H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Harvard, 1945, p. 269.

Da un lato, difatti, si conserva l'attuale conformazione del procedimento amministrativo, funzionale alla tutela degli interessi superindividuali coinvolti *in subiecta materia*. Dall'altro si garantisce nella singola vicenda processuale un sindacato effettivo sull'esercizio del potere, in linea con gli standard costituzionali, internazionali e sovranazionali.

In questo modo si disinnescerebbe definitivamente ogni possibilità di attrito con il principio del contraddittorio. Ciò passa inevitabilmente attraverso l'interpretazione della portata di tale principio con le lenti della Corte di Strasburgo. Tale operazione ermeneutica sembra essere imposta dalla stessa Carta dei diritti fondamentali, invocata nel procedimento che ha dato origine al rinvio pregiudiziale, la quale all'art. 52, par. 3, richiama i diritti riconosciuti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, per come interpretata dalla sua Corte.

Nonostante la quanto meno apparente riduzione del ruolo della giurisprudenza della Corte EDU nelle ricostruzioni argomentative della Corte di Giustizia dell'Unione europea, l'auspicio è che nella materia esaminata il Giudice eurounitario riesca a cogliere non solo le peculiarità dell'ordinamento nazionale – e in particolare il contesto storico, economico e sociale nel quale si è evoluto l'istituto della documentazione antimafia – ma anche i richiami della Corte di Strasburgo sulla possibilità di guardare alla complessiva vicenda “procedimental-processuale” in termini di alternatività o integrazione.

Quale che sarà la decisione della Corte di Lussemburgo sul quesito rimesso dal TAR per la Puglia con l'ordinanza n. 28 del 13 gennaio 2020, è certo che il ruolo primario nel condurre il cambiamento che qui si propone, non potrà che essere assunto dal giudice amministrativo nazionale.

Solo questi, difatti, custodisce l'insieme dei valori giuridici e culturali tipici dell'esperienza nazionale, funzionali al definitivo superamento del *self restraint* al proprio sindacato. In questo modo è assicurato, anche nella materia delle informazioni interdittive antimafia, quel giudizio sul rapporto amministrativo che ormai ha assunto, nell'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa, indiscussa centralità.