

L'onda lunga della sentenza De Tommaso: ore contate per l'interdittiva antimafia 'generica' ex art. 84, co. 4, lett. d) ed e) d.lgs. n. 159/2011?

The Long Wave of De Tommaso Case: Is Time Running Out for 'Generic' Anti-Mafia Ban Ex Art. 84, Co. 4, Lett. d) and e) D.Lgs. N. 159/2011?

GIUSEPPE AMARELLI

Professore di Diritto penale presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II
giuseppe.amarelli@unina.it

SENTENZA DE TOMMASO, INTERDITTIVA ANTIMAFIA,
MISURE DI PREVENZIONE

DE TOMMASO CASE, ANTI-MAFIA BAN,
PREVENTIVE MEASURES SYSTEM

ABSTRACT

La sentenza della CEDU De Tommaso c. Italia ha finalmente aperto un varco nell'asfittica disciplina delle misure di prevenzione personali, giudicando contrastanti con l'art. 2, Protocollo 4 add. CEDU le c.d. fattispecie di pericolosità generica in ragione della loro assoluta indeterminazione. Fino a questo momento gli effetti di questa decisione si sono propagati sulle misure di prevenzione patrimoniali basate sugli stessi imprecisi indici; all'orizzonte si profila, ora, la loro possibile estensione anche al campo attiguo delle interdittive antimafia. Più precisamente, sulla scorta di questa decisione di Strasburgo, potrebbe essere posta una questione di legittimità costituzionale dell'interdittiva c.d. generica contemplata dall'art. 84, comma 4 lett. d) ed e) d.lgs. 159/2011 per violazione dell'art. 117 Cost. in relazione al parametro interposto dell'art. 1, Protocollo 1 add. CEDU: i presupposti applicativi che in questo caso legittimano la limitazione del diritto di proprietà sono, infatti, ancor più vaghi di quelli delle ipotesi di pericolosità generica, consistendo unicamente negli "accertamenti disposti dal Prefetto".

The ECtHR judgment De Tommaso vs. Italy cast serious doubts on the legitimacy of the Italian preventive measures system, by holding that the very idea of a "generic dangerousness" is too vague to be compatible with Art. 2 Prot. 4 ECHR. This paper explores the possible consequences of the holding in De Tommaso on the administrative measures aimed at combating mafia-type organization in Italy. In particular, in the light of De Tommaso there are now sound reasons to believe that the bans based on Art. 84, comma 4 lett. d) and e) of Legislative Decree No. 159/2011 are based on requirements that are inconsistent with the legality principle enshrined, inter alia, in Art. 1 Prot. 1 ECHR.

SOMMARIO

1. La sentenza della Corte EDU De Tommaso ed i suoi effetti sulla disciplina in materia di misure di prevenzione. – 2. Oltre la prevenzione *praeter delictum*: il vuoto di garanzie dell'interdittiva antimafia. – 3. Il *dictum* della Corte EDU può avere ricadute anche in questa materia? – 4. Il caso limite della c.d. interdittiva 'generica'. – 5. La sua irriducibile compatibilità con le esigenze di predeterminazione legale delle misure limitative dei diritti fondamentali riconosciuti nella CEDU. – 6. Il superamento della precedente giurisprudenza del Consiglio di Stato. – 7. Gli argomenti ulteriori desumibili dagli analoghi problemi sorti in materia di misure di prevenzione patrimoniali. – 8. Verso la questione di legittimità costituzionale dell'art. 84, comma 4 d.lgs. n. 159/2011 per contrasto con l'art. 117 Cost. in relazione all'art. 1, Protocollo 1 add. CEDU.

1. La sentenza della Corte EDU De Tommaso ed i suoi effetti sulla disciplina in materia di misure di prevenzione.

La sentenza De Tommaso si è abbattuta come un autentico uragano sul sistema delle misure di prevenzione delineato dal nostro codice antimafia sulle basi della pregressa disciplina di cui alla l. n. 1423/1956¹, demolendo con poche, ineccepibili, argomentazioni alcune sue significative tessere che, per decenni – dopo una prima coraggiosa scalfitura operata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 177/1980² – avevano resistito tetragone alle numerose, fondate, obiezioni di legittimità costituzionale avanzate reiteratamente da larga parte della dottrina³.

Grazie alla decisione della Corte di Strasburgo (per il cui approfondimento si rinvia ai tanti contributi contenuti in questa rivista) è stato infatti, smascherato uno dei principali *vulnera* che affliggeva l'anacronistica disciplina della prevenzione *praeter delictum*, vale a dire la possibilità di irrogare nei confronti del proposto misure limitative di suoi diritti fondamentali in presenza di presupposti talmente vaghi ed indeterminati da non rendere concretamente prevedibile per il destinatario una simile eventualità.

Comè noto, la Corte EDU in quella occasione ha condannato l'Italia, in primo luogo, poiché la disciplina dettata dall'art. 1, lett. *a*) e *b*) della legge n. 159/2011 consentiva di disporre la misura della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno nel comune di residenza anche nei casi di c.d. pericolosità generica, vale a dire, rispettivamente, nelle ipotesi di soggetto dedito abitualmente dedito a traffici delittuosi e di persona che viva abitualmente con i proventi di attività delittuose; in secondo luogo, perché considerava non compatibile con i principi di determinatezza e prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie il contenuto di talune prescrizioni che – ai sensi dell'art. 8 del codice antimafia – devono, o possono, essere imposte all'interessato, ritenendo, in particolare, estremamente vaghe quelle di “vivere onestamente” e di “rispettare le leggi”.

¹ Per dei primi commenti si veda A.M. MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della “legge”, ma una rondine non fa primavera*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017, 13 ss.; F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. cont.*, 3 marzo 2017, 1 ss.; R. MAGI, *Per uno statuto unitario dell'apprezzamento della pericolosità sociale. Le misure di prevenzione a metà del guado*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017, 133 ss.; F. MENDITTO, *La sentenza De Tommaso contro Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, *ivi*, fasc. 4/2017, 127 ss.; V. MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *questa Rivista*, 2017, 1039; F.P. LASALVIA, *Le misure di prevenzione dopo la Corte EDU De Tommaso*, in *www.archiviopenale.it*, 25 maggio 2017, 1 ss.

² La Corte costituzionale in quell'occasione dichiarò, infatti, l'illegittimità costituzionale di una disposizione allora vigente, per contrasto con i principi di intangibilità della libertà personale e di legalità di cui agli artt. 13 e 25, comma 2 Cost., nella parte in cui consentiva l'applicazione delle misure di prevenzione a coloro che “per le manifestazioni cui abbiano dato luogo, diano fondato motivo di ritenere che siano proclivi a delinquere”.

³ In proposito si rinvia, *ex multis*, ai contributi raccolti negli *Atti del V Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale*, Milano, 18/19 novembre 2016, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 399 ss.; ai lavori contenuti nello speciale *Le misure di prevenzione dopo il c.d. codice antimafia: aspetti sostanziali e procedurali*, a cura di F. BASILE, in *Giur. it.*, 2015, 1520; a V. MAIELLO, *La prevenzione ante-delictum: lineamenti generali*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, a cura di V. MAIELLO, Torino, 2015, 299 ss.; A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001; D. PETRINI, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, 1996; G. FIANDACA, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1994, 109 ss.; M. FATTORE, *Così lontani, così vicini: il diritto penale e le misure di prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 4/2017, 83 ss.; nonché, in tempi più risalenti, F. BRICOLA, *Forme di tutela ante delictum e profili costituzionali della prevenzione*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione*, Milano, 1975, 434 ss.; L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962; P. NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976, 630 ss.; G. VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi in onore di Biagio Petrocchi*, III, Milano, 1972, 1591 ss.

Ciò ha riverberato immediatamente (seppure con qualche resistenza⁴) effetti dirompenti sul versante del diritto interno: da un lato, innescando una questione di legittimità costituzionale avverso le misure di prevenzione personali (ed anche patrimoniali) incentrate sulla pericolosità generica di cui all'art. 1, lett. a) e b) l. n. 159/2011 per violazione dell'art. 117 Cost. in riferimento all'art. 2, del Protocollo 4 addizionale CEDU e all'art. 1, del Protocollo 1 addizionale CEDU⁵; dall'altro, stimolando una decisione delle Sezioni unite che, brandendo l'arma sovente trascurata dell'interpretazione convenzionalmente conforme, ha ritenuto che la norma incriminatrice di cui all'art. 75 d.lgs. n. 159/2011, che punisce la condotta di chi violi gli obblighi e le prescrizioni imposti con la misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza ai sensi dell'art. 8 del d.lgs. n. 159/2011, non possa avere ad oggetto anche la violazione delle prescrizioni di "vivere onestamente" e "rispettare le leggi", in quanto trattasi di prescrizioni generiche e indeterminate, la cui violazione può tuttavia rilevare in sede di esecuzione del provvedimento ai fini dell'eventuale aggravamento della misura⁶.

I colpi di maglio così assestati ad un istituto da sempre ritenuto difficilmente compatibile con il volto costituzionale di un moderno diritto penale di ispirazione democratica hanno ovviamente catalizzato le attenzioni della dottrina che si è prodigata nel sondare le potenzialità espansive del *dictum* di Strasburgo anche su altri piani, altrettanto compromessi, della disciplina delle misure di prevenzione personali e patrimoniali del codice antimafia.

2. Oltre la prevenzione *praeter delictum*: il vuoto di garanzie dell'interdittiva antimafia.

Nelle pieghe del nostro ordinamento giuridico, però, si celano altre misure latamente sanzionatorie *praeter delictum*, ispirate ad analoghe finalità preventive, collocate sistematicamente nel medesimo *corpus* legislativo, ma – se è possibile – avvolte da nebbie ancor più fosche di quelle che ammantano le misure di prevenzione, essendo governate da una disciplina ancor meno garantista: ci riferiamo all'informazione antimafia interdittiva (di seguito 'interdittiva antimafia') di cui agli artt. 84 e 91 d.lgs. n. 159/2011, che – nonostante l'elevatissimo tasso di afflittività (essa determina l'interdizione dell'inizio o della prosecuzione di qualsivoglia rapporto con l'Amministrazione o l'ottenimento di qualsiasi sussidio, beneficio economico o sovvenzione e, quindi, può portare alla 'morte' dell'impresa se questa lavora esclusivamente nel settore degli appalti pubblici) – si colloca, per deprecabile ed incontrovertibile consuetudine interna, al di fuori del concetto allargato di 'materia penale'⁷; è affidata – in ragione di una 'base legale' molto elastica – alla discrezionalità pressoché arbitraria non del potere giudiziario, ma addirittura del Prefetto; e 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.

Sorge allora spontanea una domanda: può il principio di diritto enunciato dalla Corte EDU nella sentenza De Tommaso in materia di misure di prevenzione personali *ante de-*

⁴ Una parte della giurisprudenza (Trib. Milano, Sez. misure di prevenzione, 7 marzo 2017, in *Dir. pen. cont.*, 13 aprile 2017, con nota di S. FINOCCHIARO, *Come non detto. Per il Tribunale di Milano la sentenza della Grande Camera de Tommaso in materia di misure di prevenzione non integra un precedente consolidato*; Trib. Palermo, Sez. I misure di prevenzione, ivi, 28 marzo 2017, con nota di F. BALATO, *Su talune recenti prese di distanza dalla sentenza della Corte EDU de Tommaso da parte della giurisprudenza di merito*) ha provato a 'stemperare' la portata della sentenza De Tommaso utilizzando l'arma difensiva del diritto consolidato, forgiata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 49/2015 nel noto e irrisolto caso Varvara, dimenticando, però, – come giustamente osservato da M. PELISSERO, *La 'fattispecie di pericolosità': i presupposti di applicazione delle misure e le tipologie soggettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 467, che in questo caso si tratta di una sentenza della Grande Camera su una questione che sollevava gravi problemi di interpretazione.

⁵ In tal senso cfr. Corte d'appello di Napoli, VIII Sez. pen., Misure di prevenzione, ord. 14 marzo 2017, Pres. Grasso, Est. Cioffi, in *Dir. pen. contasc.* 3/2017, con commento di F. VIGANÒ, *Illegittime le misure di sicurezza personali e patrimoniali fondate su fattispecie di pericolosità generica? Una prima ricaduta interna della sentenza De Tommaso*.

⁶ In questi termini v. Cass., Sez. Un., 27 aprile 2017, n. 40076, Paternò, in *questa Rivista*, fasc. 9/ 2017, con commento di F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato*, 1 ss.

⁷ Sul principio di legalità nel diritto amministrativo si rinvia *ex multis* a G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 3 ss.; A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. Amm.*, 1999, 111 ss.

lictum avere una capacità di penetrazione nel diritto interno tale da iniettare i suoi riflessi anche in campi altri, quale quello meramente 'amministrativo' dell'interdittiva antimafia?

È possibile, cioè, che anche in questo caso esistano talune ipotesi di informazione interdittiva che si fondino su presupposti talmente vaghi ed elastici da poter essere considerate illegittime?

E se sì alla stregua di quali parametri convenzionali?

3.

Il *dictum* della Corte EDU può avere ricadute anche in questa materia?

Le ragioni di questo dubbio originano da un'analisi sinottica della prima parte della sentenza De Tommaso – quella dedicata alla incompatibilità tra la pericolosità generica e la misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale – e della disciplina dettata per l'informativa antimafia interdittiva dagli artt. 84 e 91 d.lgs. n. 159/2011.

Sotto il primo versante, infatti, si può constatare come la condanna dell'Italia non si incentri in questa occasione sui percorsi argomentativi classici da cui sono scaturite negli ultimi anni le più rilevanti decisioni della Corte di Strasburgo che hanno inciso *in bonam partem* la materia 'sostanzialmente' penale.

I parametri impiegati per ravvisare la violazione della CEDU da parte della disciplina nazionale della misura di prevenzione della sorveglianza speciale non sono stati, cioè, quelli consueti e schiettamente 'penalistici' della intangibilità della libertà personale di cui all'art. 5 CEDU, del diritto ad un equo processo *volet pénal* di cui all'art. 6 CEDU e della legalità convenzionale di cui all'art. 7 CEDU, bensì quello ben diverso ed 'extrapenale' delle altre libertà fondamentali enunciate nella Convenzione e nei suoi Protocolli e, segnatamente, della libertà di circolazione delle persone di cui all'art. 2, Protocollo 4 CEDU⁸.

Per la Corte EDU queste misure *praeter delictum* personali del codice antimafia, pur non avendo natura penale e non ponendo, quindi, problemi di frizione con l'art. 5 CEDU (nonostante la diversa opinione del giudice Pinto de Albuquerque), incidono sulla libertà di circolazione all'interno di un dato territorio, nonché sul diritto di lasciare tale territorio, di cui all'art. 2, comma 4, Protocollo 4 CEDU, a causa della vaghezza di taluni loro presupposti applicativi, quelli delle c.d. fattispecie di pericolosità generica prima menzionati. Pur non godendo, cioè, queste misure degli stessi elevatissimi livelli di garanzia assicurati dalla Convenzione EDU alle sanzioni sostanzialmente penali, esse devono sempre essere predeterminate in maniera espressa e chiara dalla legge, onde garantirne la prevedibilità della loro applicazione ed il rispetto del giusto equilibrio tra l'interesse pubblico, da un lato, e i diritti della persona, dall'altro⁹.

Ed infatti, secondo il costante orientamento della Corte, l'espressione "prevista dalla legge" contenuta nell'art. 2, § 3, Protocollo 4 CEDU (che – come si vedrà *infra* – compare anche nell'art. 1, Protocollo 1 CEDU) esige non solo che la misura contestata abbia qualche base nel diritto interno, ma che siano chiaramente definiti i suoi presupposti in modo tale da essere sempre accessibile alle persone interessate, e prevedibili i suoi effetti (si vedano in tal senso le decisioni richiamate dalla stessa sentenza De Tommaso: *Khlyustov c. Russia*, n. 28975/05, § 68, 11 luglio 2013; *X c. Lettonia [GC]*, n. 27853/09, § 58, CEDU 2013; *Centro Europa 7 S.r.l. e Di Stefano c. Italia [GC]*, n. 38433/09, § 140, CEDU 2012; *Rotaru c. Romania [GC]*, n. 28341/95, § 52, CEDU 2000-V; e *Maestri c. Italia [GC]*, n. 39748/98, § 30, CEDU 2004-I).

Orbene, proprio perché la decisione adottata in questa occasione dalla Corte di Strasburgo si distacca dalla tradizionale dicotomia ad imbuto 'penale/non penale' essendo, altresì, ancorata alla più ampia esigenza di prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie incidenti su diritti fondamentali di marca convenzionale 'altri' rispetto alla libertà personale, sembra legittimo estenderla anche ad un altro istituto particolarmente problematico e ancor più acriticamente considerato estraneo alla nozione 'sostanziale' di materia penale quale è l'interdittiva antimafia.

⁸ Sul punto cfr. F. VIGANÒ, *Art. 2 Prot. 4*, in G. UBERTIS-F. VIGANÒ, *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, 2016, 353 ss.

⁹ In tal senso Corte EDU, *Battista c. Italia*, n. 43978/09, 2 dicembre 2014, § 37.

fia¹⁰.

Sotto il secondo versante, quello della disciplina dell'interdittiva antimafia, è invece possibile riscontrare nelle disposizioni di legge che la regolamentano la presenza di figure ipotecate dallo stesso identico problema, forse in maniera ancor più evidente: quello della genericità e vaghezza dei presupposti applicativi.

Com'è noto, l'informativa antimafia (oggi conosciuta nella sola forma c.d. tipica, essendo stata abrogata l'altra ipotesi alternativa c.d. 'atipica', i cui effetti non erano cogenti per la p.a., ma le lasciavano un margine di discrezionalità valutativa sull'opportunità di interrompere o meno i rapporti in essere con i destinatari del provvedimento) costituisce uno dei principali strumenti di contrasto di tipo preventivo al coinvolgimento di organizzazioni criminali mafiose nell'ambito dei rapporti economici tra Pubblica Amministrazione e privati, determinando la loro interruzione nei casi di tentativi di infiltrazione. Con la sua adozione, infatti, il Prefetto esclude che un imprenditore – pur dotato di adeguati mezzi economici e di una adeguata organizzazione ed a prescindere da una condanna penale – meriti la fiducia delle Istituzioni e possa essere, quindi, titolare di rapporti contrattuali con le pubbliche Amministrazioni o degli altri titoli abilitativi, individuati dalla legge, determinando, altresì, la decadenza di qualsiasi di relazione di questo tipo¹¹.

Come bene evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa sul punto, l'informativa antimafia ha natura "cautelare e preventiva", cercando di intervenire *ex ante*, in un'ottica di bilanciamento tra la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, da un lato, e la libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.), dall'altro, rispetto a tentativi di infiltrazione mafiosa tesi a condizionare le scelte e gli indirizzi della Pubblica Amministrazione. La sua *ratio* infatti è costituita dalle plurime esigenze di garanzia del buon andamento, dell'imparzialità e della legalità dell'Amministrazione, nonché della leale concorrenza nel mercato e del corretto utilizzo di risorse pubbliche¹².

4.

Il caso limite della c.d. interdittiva 'generica'.

Tuttavia, se si analizza più nel dettaglio l'articolata disciplina dettata dai vari commi in cui si scompone l'art. 84 del codice antimafia è possibile intravedere in controluce l'esistenza nel nostro ordinamento di due tipologie di interdittiva antimafia, a seconda dei distinti presupposti da cui desumere gli "eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate": un'interdittiva che potremmo definire specifica ed un'interdittiva che potremmo denominare generica.

La prima sarebbe quella descritta dal comma 4 lettere *a)*, *b)*, *c)* ed *f)*, in cui il Prefetto può evincere la sussistenza di un tentativo di infiltrazione mafiosa in un'impresa sulla scorta di dati oggettivi che ne vincolano la discrezionalità e ne garantiscono la prevedibilità degli eventuali provvedimenti adottati e cioè: "a) dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluni dei delitti di cui agli articoli 353, 353-bis, 629, 640-bis, 644, 648-bis, 648-ter del codice penale, dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale e di cui all'articolo 12-*quinq*ues del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356; b) dalla proposta o dal provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione; c) salvo che ricorra l'esimente di cui all'articolo 4 della legge 24 novembre 1981, n. 689, dall'omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di cui agli articoli 317 e 629 del codice penale, aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, da parte dei soggetti indicati nella lettera b) dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste; (...) f) dalle sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza

¹⁰ Seppure con riferimento ad un ambito diverso e, segnatamente, quello delle sanzioni previste in materia di incentivi agli impianti fotovoltaici dall'art. 43, d.lg. n. 28/2011, l'estensione delle garanzie penalistiche al sistema sanzionatorio amministrativo è stata sostenuta da F. GOISIS, *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria-amministrativa: gli obblighi discendenti dall'art. 7 CEDU*, in *Foro amm.-TAR*, 4/2013, 1228 ss.

¹¹ Da ultimo, in tal senso v. Cons. St., Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

¹² Così Cons. Stato, sez. III, 31 dicembre 2014, n. 6465; sul punto cfr. D. GIANNINI, *Le interdittive antimafia*, in [questa pagina web](#). In argomento, cfr. G. FERRARI-L. TARANTINO, *Interdittiva antimafia*, in *Urb. app.*, 2015, 856 ss.

legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, effettuate da chiunque conviva stabilmente con i soggetti destinatari dei provvedimenti di cui alle lettere a) e b), con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti coinvolti nonché le qualità professionali dei subentranti, denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia”.

La seconda, invece, sarebbe quella delineata dalle restanti lettere d) ed e) del medesimo art. 84, comma 4 del codice antimafia, in cui il Prefetto può desumere la sussistenza del già labile dato del ‘tentativo di infiltrazione mafiosa’ non sulla base di parametri definiti ed oggettivi, bensì sulla base di presupposti vaghissimi e imprecisati e, cioè: “d) dagli accertamenti disposti dal prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'interno ai sensi del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, ovvero di quelli di cui all'articolo 93 del presente decreto; e) dagli accertamenti da effettuarsi in altra provincia a cura dei prefetti competenti su richiesta del prefetto precedente ai sensi della lettera d)”.

Ebbene, se il primo tipo di interdittiva, quella c.d. specifica, (usando il setaccio grosso normalmente impiegato dalla CEDU e dalla Corte costituzionale per compiere valutazioni analoghe) pare immune da possibili censure alla luce della sentenza De Tommaso, in ragione della espressa e chiara previsione dei suoi presupposti applicativi, dei fini legittimi che si prefigge e della sua ineluttabile necessità anche in una società democratica – poiché consente di tutelare interessi di rango superiore quali l'ordine pubblico economico, la libera concorrenza delle imprese ed il buon andamento della P.A. –, non altrettanto può dirsi per il secondo tipo di interdittiva, quella c.d. generica.

L'assoluta indeterminazione delle condizioni che possono consentire al Prefetto di emettere un'informativa antimafia ‘generica’ appare, infatti, davvero poco sostenibile in un ordinamento democratico che rifugge da antichi spettri di diritto di polizia e di ‘pene’ del sospetto e voglia ancorare qualsiasi provvedimento restrittivo di diritti fondamentali a basi legali precise e predeterminate.

Tuttavia, la sua tradizionale qualificazione non penale, fondata sulla opinabile ma granitica prevalenza riconosciuta alle sue spiccate finalità preventive di tutela rispetto all'elevato grado di afflittività che la contraddistingue (la sua adozione può, invero, sostanziarsi nella definitiva cessazione delle attività di un'impresa con tutto ciò che ne consegue sul versante economico ed occupazionale, soprattutto quando si tratti di società di grandi dimensioni), ha inibito qualsiasi sindacato sulla sua compatibilità con i principi garantisti che governano la materia penale e, quindi, in ottica CEDU con quelli scanditi dagli artt. 5, 6 e 7 CEDU.

5. La sua irriducibile compatibilità con le esigenze di predeterminazione legale delle misure limitative dei diritti fondamentali riconosciuti nella CEDU.

La sentenza De Tommaso, però, potrebbe consentire di superare questa *impasse*, restituendo finalmente razionalità alla disciplina dell'informativa antimafia c.d. ‘generica’, in ragione delle innovative cadenze argomentative di cui si è detto prima.

Se, cioè, in base al suo *dictum* ogni misura che attinge i diritti fondamentali della persona enunciati nelle fonti convenzionali deve necessariamente essere agganciata a presupposti legali precisi e determinati, tali da renderne prevedibile la concreta applicazione, ben si comprende come l'interdittiva che abbiamo definito generica, quella di cui all'art. 84, comma 4 lett. d) ed e) d.lgs. n. 159/2011, risulti convenzionalmente illegittima.

Essa, infatti, pur determinando una compressione considerevole, talvolta draconiana, di diritti fondamentali quale quello di proprietà di cui all'art. 1, Protocollo 1 CEDU – la cui accezione oggi in ambito convenzionale è estremamente ampia, arrivando a ricomprendere sia i “beni esistenti” che i valori patrimoniali, ivi compresi, in determinati casi ben definiti, i crediti. (Corte dir. uomo 7 luglio 2011, Agrati c. Italia) –, oltre a quello di libertà iniziativa economica garantito dalla Costituzione e dal Trattato UE, può essere disposta sulla base di presupposti ancor più generici di quelli giudicati inadeguati dalla Corte di Strasburgo per le misure di prevenzione personali. In questo caso, addirittura, l'imprenditore non è messo in condizione di sapere quali siano, al di fuori delle classi di fatti tassativamente elencate nelle

altre lettere dell'art. 84, le situazioni che possano mettere in condizione il Prefetto di desumere un tentativo di infiltrazione mafiosa nella sua azienda¹³. Se, invero, nell'art. 1, lett. a) e b) d.lgs. n. 159/2011 si fa riferimento almeno a dei parametri poi giudicati inidonei¹⁴ quali quello del 'vivere abitualmente dei proventi illeciti' e dell'essere abitualmente dedito a traffici delittuosi', in tale ipotesi non esiste alcuna base legale, consentendo l'art. 84, comma 4, lett. d) ed e) di desumere i tentativi di infiltrazioni *sic et simpliciter* "dagli accertamenti disposti dal prefetto": null'altro!

Ed allora se sono stati considerati inadeguati in termini di prevedibilità i presupposti della pericolosità generica, *a fortiori* lo saranno quelli della interdittiva antimafia c.d. generica, non contemplando essi alcun parametro oggettivo, anche il più indeterminato, che possa in qualche modo definire il margine di apprezzamento discrezionale del Prefetto, rendendo così del tutto imprevedibile la possibile adozione della misura.

Ancor più che per le misure di prevenzione, il destinatario del provvedimento prefettizio finisce con l'essere esposto all'arbitrio dell'organo amministrativo competente a rilasciare l'informativa, correndo il rischio di vedere dissolti in un istante, sulla base della sua decisione potestativa unilaterale, i crediti eventualmente vantati nei confronti della pubblica amministrazione per le opere o i servizi che, in seguito ad una gara di appalto regolarmente vinta o altro rapporto legalmente instaurato, stava sino a quel momento eseguendo o prestando, o si accingeva a farlo ecc.

In base alla disciplina di cui all'art. 84, comma 4 lett. d) ed e), infatti, anche un imprenditore che non sia stato destinatario di una misura cautelare o di una sentenza di condanna per reati particolarmente gravi, oppure attinto da una misura di prevenzione antimafia, si trova ugualmente esposto al rischio enorme ed imprevedibile di vedersi negare l'informativa antimafia e, quindi, di dover perdere i propri contratti in corso con le pubbliche amministrazioni, tutte le volte in cui le 'libere indagini' svolte dal Prefetto in assenza di contraddittorio e di decisione di un giudice terzo possano, in perfetto stile inquisitorio, lasciare emergere dati di fatto da questi soggettivamente interpretabili come sintomatici di un tentativo di infiltrazione mafiosa; tentativo che, peraltro, si badi potrebbe essere anche inidoneo o ordito alle spalle dell'imprenditore.

È bene tener presente che il nocuo che può derivare ai beni patrimoniali del destinatario del provvedimento può assumere proporzioni vastissime e a volte 'demolitive' per l'intera impresa come, ad esempio, nell'ipotesi in cui questa abbia dimensioni considerevoli e lavori esclusivamente o prevalentemente su commesse pubbliche: l'entità del danno economico conseguente all'adozione di un'interdittiva potrebbe aggirarsi su valori superiori a quelli di qualsiasi sanzione patrimoniale penale, anche la temutissima confisca per equivalente, riguardando l'intero 'portafoglio' delle sue attività, non solo quelle 'connesse' direttamente o meno con il reato, e determinando così il suo stato di decozione prodromico al fallimento o all'estinzione dell'impresa.

Ma si può davvero tollerare che una misura così restrittiva di libertà fondamentali dell'imprenditore e gravida di effetti devastanti sulle sue attività e sulla sua situazione economico-patrimoniale, nonché sulla situazione occupazionale dei suoi dipendenti, possa essere affidata ad una decisione arbitraria del Prefetto a causa di una disposizione di legge che non ne indica neanche sommariamente i presupposti e che cumula nelle sue mani poteri inquirenti e poteri decisionali?

Si può assistere all'adozione di provvedimenti amministrativi prefettizi distruttivi di realtà aziendali, anche accreditate nel panorama economico-finanziario, sulla base di materiale indiziario labile ottenuto tramite accertamenti disposti dallo stesso organo deliberante magari su un'altra impresa solo in qualche modo ad essa collegata (la c.d. interdittiva a cascata)?

Si può sopportare che una misura di questo tipo sia nella sostanza del tutto imprevedibile per il potenziale destinatario ed affidata allo smisurato potere investigativo e decisionale del Prefetto?

La risposta a tutti questi quesiti sembra dovere essere sempre negativa, proprio grazie alla pregnanza del principio di diritto enunciato dalla sentenza De Tommaso.

¹³ In tal senso si veda Cons. Str., Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743, che afferma espressamente come gli elementi su cui fondare l'informativa antimafia costituiscano un 'catalogo aperto'.

¹⁴ Il § 117 della motivazione della sentenza De Tommaso, infatti, ha ritenuto non soddisfatto il requisito della "previsione legale" in quel caso poiché quelle fattispecie di pericolosità generica non identificavano chiaramente "gli elementi fattuali e le specifiche tipologie di condotta che devono essere prese in considerazione per valutare la pericolosità sociale dell'individuo".

Se, cioè, per la Corte EDU la predeterminazione legale, chiara, precisa e prevedibile dei presupposti applicativi è condizione necessaria di legittimità convenzionale della disciplina interna in materia di misure di prevenzione personali, a maggior ragione lo stesso deve valere anche per l'interdittiva antimafia 'generica', la cui applicazione – oltre ad essere sottratta al giudice penale, cui non compete neanche il sindacato in fase di gravame, a differenza delle misure di prevenzione che sono proposte dal questore ma adottate dal giudice penale avverso il cui provvedimento è possibile ricorrere in Cassazione – prescinde da quegli elementi di fatto, *alias* indizi di reato, che pur sempre (teoricamente) dovrebbero legittimare le prime.

Ancor più di queste ultime, infatti, l'informazione interdittiva antimafia 'generica' si presenta come un provvedimento costitutivo ampiamente discrezionale, ai limiti dell'arbitrio assoluto, dalla natura manifestamente indiziaria (nonostante il diverso avviso del Consiglio di Stato, che, invece, la ritiene agganciata ad idonei e specifici elementi di fatto, che singolarmente o nel loro complesso, esprimono obiettivi indici di rischio di collegamenti del destinatario con la criminalità organizzata¹⁵), fondata su fatti aventi le caratteristiche di gravità, precisione e concordanza, dai quali, sulla base della regola causale elastica del «più probabile che non»¹⁶, il Prefetto constata obiettive ragioni di insussistenza della perdurante fiducia sull'affidabilità e moralità dell'imprenditore.

Se allora si tratta di una misura caratterizzata da un grado di afflittività pari o superiore rispetto a quello delle misure di prevenzione, ma di uno statuto garantista ancor più diafano, la estensibilità della sentenza De Tommaso pare essere non una mera eventualità, bensì un esito obbligato.

6. Il superamento della precedente giurisprudenza del Consiglio di Stato.

Mutatis mutandis, infatti, anche per l'informazione antimafia sembrano valere le stesse identiche argomentazioni impiegate nei § 107 ss. della sentenza De Tommaso per fondare la condanna dell'Italia per la disciplina interna in materia di prevenzione personale.

Anche nella situazione descritta dagli artt. 84, comma 4 lett. *d* ed *e*) e 91, comma 6 d.lgs. n. 159/2011, ci si trova al cospetto di una norma che non può essere considerata una “legge” secondo i parametri qualitativi convenzionali, essendo priva di quel livello minimo di precisione che consente ai cittadini di regolare le proprie condotte in conformità o difformità rispetto alle sue pretese e di essere in grado – se necessario, anche mediante appropriata consulenza – di prevedere, a un livello ragionevole nelle specifiche circostanze, ma senza richiedersi l'assoluta certezza, le conseguenze che un determinato atto può comportare.

A nulla valgono a ridurre la vaghezza dei presupposti dell'interdittiva generica le specificazioni contenute nell'art. 91, comma 6 d.lgs. n. 159/2011 in base al quale il Prefetto può, altresì, 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 di cui all'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136, commesse con la condizione della reiterazione prevista dall'articolo 8-bis della legge 24 novembre 1981, n. 689. Questa disposizione, infatti, contiene un catalogo ulteriore di situazioni di fatto da cui è possibile desumere le infiltrazioni mafiose in un'impresa, ma contiene una clausola di chiusura amplissima che finisce con il sortire il medesimo effetto estensivo dell'art. 84, comma 4, lett. *d*) ed *e*), consentendo al Prefetto di avvalersi di qualsiasi 'elemento concreto' da cui risulti il tentativo di condizionamento mafioso delle attività dell'impresa¹⁷.

Se, allora, si può continuare a ritenere ragionevole – nel solco dell'orientamento classico del

¹⁵ In tal senso Cons. St., Sez. III, 29 febbraio 2016, n. 868.

¹⁶ Così Cons. St., Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743 cit. Sul punto, da ultimo cfr., Cons. St., Sez. III, 7 luglio 2016, n. 3009, in cui è stato ribadito che è sufficiente provare come “risulti non illogico ed attendibile l'apprezzamento della sussistenza del pericolo di condizionamento dell'impresa derivante dalla infiltrazione mafiosa”.

¹⁷ Sul problema specifico dei margini amplissimi di apprezzamento rimessi al Prefetto cfr. Cons. St., Sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565, in *Urb. app.*, 2017, 223 ss., con nota di P. TONNARA, *Infiltrazioni mafiose e discrezionalità del Prefetto*; in argomento, in chiave più generale, si veda anche R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990, *passim*.

Consiglio di Stato¹⁸ – che tale misura, in forza della sua finalità preventiva, non debba necessariamente collegarsi ad accertamenti in sede penale di carattere definitivo e certi sull'esistenza della contiguità dell'impresa con organizzazione malavitosa¹⁹, e quindi del condizionamento in atto dell'attività di impresa, ma può essere sorretta da elementi sintomatici e indiziari da cui emergano sufficienti elementi del pericolo che possa verificarsi il tentativo di ingerenza nell'attività imprenditoriale della criminalità organizzata, risulta, però, necessario che tali profili indiziari siano in qualche modo predeterminati dal legislatore, rendendo accessibile ai destinatari la gamma dei comportamenti 'a rischio' e, dunque, prevedibile la disposizione della misura da parte del Prefetto. Non ci si può più accontentare – come, invece, ha fatto finora il Consiglio di Stato – “dell'accertamento di relazioni di varia natura con la criminalità, anche risalenti nel tempo, che abbiano valore sintomatico ed indiziario” per disporre il provvedimento interdittivo²⁰ e, addirittura, per estenderlo 'a cascata' ad altre imprese legate da vincoli associativi a quella attinta dalla misura²¹, ampliando così ulteriormente il *deficit* di imprevedibilità della stessa per tale sotto-categoria di destinatari.

Questi problemi non sono appianati neanche dall'orientamento più garantista formatosi nella più recente giurisprudenza amministrativa che ha richiesto quale ulteriore presupposto applicativo per l'interdittiva l'espressa indicazione da parte del Prefetto di “atti idonei diretti in modo non equivoco” (o di “concreti elementi”²²) a conseguire lo scopo di condizionarne le scelte gestionali.

In tal modo, infatti, si è riusciti solo a restringere selettivamente il novero dei casi in cui l'interdittiva può essere disposta, escludendo quelli puramente sintomatici-soggettivi o oggettivi ma inidonei o meramente preparatori, ma non si è risolto a monte il *vulnus* di tipicità relativo alla mancata elencazione della tipologia di atti che, una volta ritenuti idonei ed univoci, possono fondare l'adozione di un'informativa antimafia negativa²³.

Per il Consiglio di Stato, infatti, gli elementi oggettivi e concreti sulla cui scorta si può emanare un'interdittiva antimafia non costituiscono un *numerus clausus*, ma, al contrario, “assumono forme e caratteristiche diverse secondo i tempi, i luoghi e le persone e sfuggono, per l'insidiosa pervasività e mutevolezza, anzitutto sul piano sociale, del fenomeno mafioso, ad un preciso inquadramento. Quello voluto dal legislatore, ben consapevole di questo, è dunque un catalogo aperto di situazioni sintomatiche del condizionamento mafioso”, comprendente i più molteplici e diversi rapporti di parentela, amicizia, colleganza, frequentazione, collaborazione, che per intensità e durata indichino un verosimile pericolo di condizionamento criminale; nonché, tutte le vicende anomale nella formale struttura o nella concreta gestione dell'impresa, sintomatiche di cointeressenza o di condiscendenza dell'impresa e dei suoi soci, amministratori, gestori di fatto con il fenomeno mafioso nelle sue più varie forme²⁴.

Alla luce dell'intervento della Corte di Strasburgo, inoltre, sembrano dissolversi anche le altre osservazioni formulate sino al recentissimo passato dalla già citata sentenza del Consiglio di Stato n. 868/2016, che vedevano nel potere conferito al giudice amministrativo di sindacare l'ampia discrezionalità riservata al Prefetto un sufficiente antidoto ai dubbi di compatibilità con i principi di legalità e di certezza del diritto sollevati dalla disciplina dell'interdittiva: questo controllo, invero, è circoscritto ai soli evidenti vizi di eccesso di potere per manifesta illogicità e erronea e travisata valutazione dei presupposti, non investendo anche il merito e, quindi, gli elementi di fatto ritenuti idonei, singolarmente o nel loro complesso, a rivelare oggettivamente (?) il rischio di collegamenti con la criminalità organizzata.

¹⁸ Cons. St., Sez. III, 5 febbraio 2014, n. 570.

¹⁹ Come chiarito da altra pronuncia del Cons. St., Sez. III, 31 agosto 2016, n. 3754, anzi, “gli elementi posti a base dell'informativa possono essere anche non penalmente rilevanti o non costituire oggetto di procedimenti o di processi penali o, addirittura e per converso, possono essere già stati oggetto del giudizio penale, con esito di proscioglimento o di assoluzione”.

²⁰ Cons. St., Sez. III, 7 luglio 2016, n. 3009, cit.

²¹ Cons. St., Sez. III, 22 giugno 2016, n. 2774.

²² Cons. St., Sez. III, 31 agosto 2016, n. 3754, cit.

²³ In tal senso cfr. CGA, Sicilia, 29 luglio 2016, n. 247; conforme, da ultimo, TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 26 aprile 2017, n. 1143.

²⁴ Cons. St., Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

7.

Gli argomenti ulteriori desumibili dagli analoghi problemi sorti in materia di misure di prevenzione patrimoniali.

Il discorso sulla estensibilità della sentenza De Tommaso alla c.d. interdittiva generica trova un'ulteriore conferma se si tiene conto del fatto che essa, pur riguardando le misure *ante delictum* personali, ha già esercitato una *vis expansiva* sul terreno delle misure di prevenzione *patrimoniali*, inducendo a ritenere che anch'esse, quando fondate sulle fattispecie di pericolosità 'generica', siano "destinate a cadere sotto la medesima scure che ha colpito oggi le parallele misure personali"²⁵. Ed infatti, è stato osservato che anche le limitazioni al diverso diritto convenzionale di proprietà riconosciuto dall'art. 1 Protocollo 1 addizionale CEDU sono legittime solo in quanto "previste dalla legge"; e anche rispetto all'art. 1 prot. add. Cedu la consolidata giurisprudenza di Strasburgo richiede che la base legale risponda ai medesimi requisiti di qualità – in termini, in particolare, di idoneità della normativa a consentire all'interessato di prevedere la misura limitativa del diritto – che valgono per la limitazione di qualsiasi diritto convenzionale²⁶.

Peraltro, lungo questa strada si è incamminata anche la giurisprudenza, come dimostra la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'appello di Napoli avverso la disciplina delle misure di prevenzione personali e patrimoniali fondate sulle fattispecie di pericolosità 'generica' disciplinate, oggi, dall'art. 1, lett. a) e b) del d.lgs. n. 159/2011 (c.d. codice antimafia), per contrasto con l'art. 117 Cost., rispettivamente, in relazione a) all'art. 2 Prot. 4 CEDU, ed all'art. 1 Prot. 1 CEDU²⁷.

8.

Verso la questione di legittimità costituzionale dell'art. 84, comma 4 d.lgs. n. 159/2011 per contrasto con l'art. 117 Cost. in relazione all'art. 1, Protocollo 1 add. CEDU.

Sulla scorta di quanto detto sinora, all'orizzonte sembra profilarsi la concreta possibilità che, in un futuro giudizio innanzi alla giustizia amministrativa relativo ad un'informativa antimafia negativa disposta sulla base dei presupposti generici suindicati, sia sollevata una questione di legittimità costituzionale dell'art. 84, comma 4 lett. d) ed e) per violazione dell'art. 117 Cost. in riferimento al parametro interposto dell'art. 1, Protocollo 1 addizionale CEDU, stante la totale assenza di quella 'adeguata base legale' che la Corte di Strasburgo richiede per impedire provvedimenti arbitrari.

Peraltro, rispetto all'interdittiva antimafia si potrebbe porre una questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 Cost. anche in riferimento all'art. 6 CEDU sull'equo processo.

Siccome il sindacato sulle interdittive prefettizie è sottratto al giudice penale per essere affidato al giudice amministrativo, potrebbe prospettarsi una violazione di questo articolo della Convenzione nel suo c.d. *volet civil*: l'autorità giudiziaria amministrativa, infatti, esercita una funzione di controllo di legittimità e non di merito, tesa a evidenziare nel provvedimento prefettizio eventuali vizi di eccesso di potere per manifesta illogicità e erronea e travisata valutazione dei presupposti, ma non per difetti di opportunità dello stesso, non garantendo così una tutela giurisdizionale effettiva rispetto a provvedimenti fortemente restrittivi di diritti fondamentali, oltre che adottati dallo stesso organo che ha svolto le indagini.

Breve: sembrano aprirsi ancora nuove strade sull'onda della sentenza De Tommaso che meritano di essere battute.

Non è detto che, dopo aver determinato, in maniera tanto diretta, quanto indiretta, il riallineamento del sistema delle misure di prevenzione ai principi garantistici tipici di uno Stato costituzionale di diritto, la stessa decisione possa produrre esiti analoghi nell'ancor più oscuro settore delle interdittive antimafia.

²⁵ Così VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo*, cit.

²⁶ Cfr., sul punto, S. FINOCCHIARO, *Art. 1 Prot. add.*, in G. UBERTIS-F. VIGANÒ, *Corte di Strasburgo*, cit., 327 ss.

²⁷ Corte d'Appello di Napoli, VIII Sez. pen., Misure di prevenzione, ord. 14 marzo 2017, cit.