

Note sul principio del giusto procedimento nella materia della documentazione antimafia

Lavinia Filieri

SOMMARIO: 1. Premessa: l'occasione dell'indagine – 2. Le coordinate normative di riferimento nell'ordinamento nazionale - 3. La dimensione eurounitaria e convenzionale del giusto procedimento amministrativo – 4. Le garanzie partecipative nella giurisprudenza amministrativa sulla documentazione antimafia - 5. Conclusioni.

1. Premessa: l'occasione dell'indagine

Nelle presenti note ci si interroga sull'applicabilità del principio eurounitario del giusto procedimento nella materia della documentazione antimafia. L'occasione che suscita questo interrogativo è costituita da una recente pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, scaturita dall'ordinanza con cui il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia ha formulato rinvio interpretativo *ex art. 267* del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (da ora in avanti TFUE)¹. Tanto è di interesse proprio

¹ Il riferimento è all'ordinanza della Corte di Giustizia, IX sez., 28 maggio 2020, C-17/20, con cui la Corte di Lussemburgo ha ritenuto manifestamente irricevibile, ai sensi dell'art. 53, par. 2 del regolamento di procedura, la domanda di pronuncia pregiudiziale *ex art. 267* TFUE perché l'ordinanza del giudice nazionale, in relazione ad una controversia concernente il procedimento di adozione di misura interdittiva, non ha fornito dati idonei a dimostrare l'esistenza di un criterio di collegamento della disciplina nazionale con il diritto UE ovvero a dimostrare che detta disciplina costituisca attuazione di quest'ultimo. Come precedenti sul punto si vd. CGUE, sez. X, ordinanza 27 aprile 2017, C-595/16, *Emmea s.r.l.*, in cui la Corte ha dichiarato la manifesta irricevibilità a fronte di una controversia sulla libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di cui al TFUE, ritenuta coinvolgente il territorio di un solo Stato membro; CGUE, sentenza 20 settembre 2017, C-186/16, *Ruxandra Paula Andriciuc e al.*, in *Foro amm.*, 2017, 1780 ss., per cui nel procedimento di rinvio pregiudiziale *ex art. 267* TFUE «il giudice nazionale è l'unico competente ad esaminare e valutare i fatti del procedimento principale, nonché ad interpretare e ad applicare il diritto nazionale, spettando esclusivamente a lui il compito di valutare, alla luce delle particolari circostanze della controversia, sia la necessità sia la rilevanza delle questioni da sottoporre alla Corte. La "presunzione di rilevanza" della questione così sollevata viene meno, potendo di conseguenza la Corte rifiutarsi di statuire su di essa, soltanto qualora, segnatamente, non siano rispettati i requisiti relativi al contenuto della domanda di pronuncia pregiudiziale riportati all'art. 94 del regolamento di procedura della Corte o appaia in modo manifesto che l'interpretazione di una norma dell'Unione o il giudizio sulla sua validità chiesti da tale giudice non abbiano alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto del procedimento principale, o qualora il problema sia di natura ipotetica; a tale riguardo, sempre nella menzionata pronuncia, la Corte ha ricordato che, anche in presenza di una giurisprudenza comunitaria che risolve il punto di diritto, i giudici nazionali mantengono la completa libertà di adire la Corte qualora lo ritengano opportuno, senza che il fatto che le disposizioni di cui si chiede l'interpretazione siano già state interpretate dalla Corte abbia l'effetto di ostacolare una nuova pronuncia da parte della stessa». Su valore ed effetti delle pronunce emesse in sede di rinvio pregiudiziale, si evidenzia R. CONTI, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Dalla pratica alla teoria*, Atti dell'incontro di studio tenutosi a Brescia il 21

perché la questione rimessa in via pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo ha riguardato la compatibilità di alcune previsioni contenute all'interno del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 intitolato «*Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136*» con il principio del contraddittorio «*così come ricostruito e riconosciuto quale principio di diritto dell'Unione*»². Nonostante la pronuncia della Corte di Lussemburgo sia un'ordinanza di manifesta irricevibilità e, in quanto tale, ponga vivido accento sulla (in)sussistenza dei presupposti procedurali del rinvio *ex art. 267 TFUE*, la stessa comunque offre numerosi spunti interpretativi, ora in senso ricognitivo ora in senso innovativo, più o meno condivisibili, di portata decisamente sostanziale. La Corte di Giustizia, infatti, ha denunciato la mancanza di un criterio di collegamento tra il diritto dell'Unione Europea e «*l'informativa antimafia interdittiva adottata dalla prefettura di Foggia o la decisione del Comune che ha dato origine all'indagine sfociata nell'adozione di tale informazione, di revocare la concessione di un terreno utilizzato dalla MC per lo svolgimento della sua attività economica*». Per comprendere le ragioni per cui questa ordinanza, pur essendo in rito, costituisce un prezioso riferimento per lo studio che ci occupa, occorre procedere per gradi e, all'uopo, premettere qualche considerazione sulla declinazione della partecipazione procedimentale in materia di documentazione antimafia.

settembre 2012 sul tema "Gli strumenti a disposizione del giudice nazionale per l'applicazione del diritto europeo" organizzato dal formatore decentrato per il diritto europeo del Distretto della Corte di appello di Brescia, in *Questione Giustizia online*, http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Il_rinvio_pregiudiziale_alla_Corte_dalla_pratica_alla_teorica.pdf; più risalente il contributo di E. CALZOLAIO, *Il valore di precedente delle sentenze della Corte di giustizia*, in *Riv. critica di del diritto privato*, 2009, 1, 41-72, e cospicua bibliografia ivi richiamata.

² In termini, Tribunale Amministrativo per la Puglia, sede di Bari, sez. III, ord. 13 gennaio 2020, n. 28. La vicenda in fatto da cui scaturisce l'ordinanza di rimessione del T.A.R. Puglia è costituita dal ricorso avanzato da un operatore economico per l'annullamento di una informativa interdittiva antimafia rilasciata dalla Prefettura di Foggia cui è seguita la revoca della concessione di un terreno utilizzato dall'impresa per lo svolgimento dell'attività di estrazione, lavorazione e relativa commercializzazione di sabbia, pietre, marmi e materiali di risulta da cava a cielo aperto. Invero, la necessità di rimettere la questione alla CGUE non sorge dalle doglianze del ricorrente ma proprio dall'organo giurisdizionale, che «*reputa necessario e rilevante, ai fini della presente decisione, rimettere alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale di interpretazione del diritto dell'Unione (...), atteso che l'accertata pretermissione del contraddittorio ha impedito alla società ricorrente di addurre, nell'ambito del procedimento amministrativo elementi atti a orientare in senso favorevole la pubblica Amministrazione decidente*».

2. *Le coordinate normative di riferimento nell'ordinamento nazionale.*

Nella dimensione nazionale, il riferimento normativo di interesse è dato dagli artt. 91, 92 e 93 del D.Lgs. n. 159/2011, nella parte in cui non prevedono l'obbligo del contraddittorio endoprocedimentale in favore del soggetto nei cui riguardi l'Amministrazione procede con il rilascio di documentazione antimafia interdittiva³. Senza voler qui riproporre l'intero testo delle disposizioni appena citate, è sufficiente evidenziare che l'istituto partecipativo del contraddittorio endoprocedimentale è menzionato in termini espressi soltanto all'art. 93 co. 7 D.lgs. n. 159/2011, a mente del quale è in facoltà della Prefettura, sulla base degli elementi acquisiti nel corso dell'istruttoria procedimentale, invitare gli interessati, in sede di audizione personale, a produrre documentazione ovvero, più genericamente, a presentare ogni informazione "ritenuta utile". Tale disposizione, invero, disciplina una peculiare declinazione del procedimento amministrativo di competenza prefettizia per il rilascio della documentazione antimafia. Specificamente, nell'ambito dell'espletamento delle funzioni volte a prevenire infiltrazioni mafiose negli appalti pubblici, al prefetto è attribuito un importante potere ispettivo-istruttorio, consistente nella disposizione di accessi ovvero accertamenti nei cantieri delle imprese interessate all'esecuzione di lavori pubblici. Ebbene, dal combinato disposto delle tre disposizioni richiamate si comprende come la mancata previsione del contraddittorio

³ La materia della documentazione conosce riferimenti bibliografici diacronicamente crescenti, ancorché all'alba della sua introduzione nell'ordinamento l'attenzione della dottrina sull'argomento era piuttosto sporadica. Una prima ricostruzione sistematica e organica dell'istituto è contenuta in U. CIMMINO, *La nuova certificazione e le altre cautele antimafia*, Palermo, 1995. L'inquadramento sistematico più diffuso è critico nei confronti della normativa tessuta dal legislatore in materia, per più ordini di ragioni. Non potendo dedicare in questa sede debiti approfondimenti sull'argomento, basti evidenziare che l'orientamento prevalente in dottrina ritiene che la documentazione antimafia risenta del difficile inquadramento della natura giuridica degli strumenti di prevenzione amministrativa antimafia e che in più "luoghi" del D.Lgs. n. 159/2011 si manifestino vistose frizioni con principi fondamentali della Costituzione, come l'art. 41 Cost. Si rammentano, in questa direzione interpretativa, i recenti contributi di P. TRONCONE, *Origine ed evoluzione delle misure preventive antimafia*, in a cura di, G. AMARELLI, S. STICCHI DAMIANI, *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019, 1-30; J.P. DE JORIO, *Le interdittive antimafia ed il difficile bilanciamento con i diritti fondamentali*, Napoli, 2019; F.G. SCOCA, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in *Giustamm.*, 6/2018, 5848 ss. Risultano invece del tutto favorevoli alla necessità del sistema della documentazione antimafia nell'ordinamento costituito, così come formulata e voluta dal legislatore del 2011, C. MARESCA, *Manuale di legislazione antimafia. Diritto sostanziale e processuale*, Napoli, 2019, 378-397 e V. SALAMONE, *La documentazione antimafia nella normativa e nella giurisprudenza*, Napoli, 2019, 177-184. Per una ricostruzione dogmatica generale dell'istituto all'interno delle competenze prefettizie, vd. M.T. SEMPREVIVA, *Ordinamento e attività istituzionali del Ministero dell'Interno*, Molfetta, 2019, 193 ss. Per una rassegna della giurisprudenza più significativa nella materia, si segnala quanto riportato da M. NOCCELLI, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza sulla legislazione antimafia*, 2018, in *Giustizia Amministrativa.it*.

endoprocedimentale all'interno degli artt. 91 e 92 D.Lgs. n. 159/2011, unitamente al suo inserimento in termini di mera facoltà all'interno dell'art. 93 cit. comportamenti, quantomeno, una deroga alla regola dei diritti partecipativi, come enucleati dalla legge generale sul procedimento amministrativo. Ora, come noto, la legge 7 agosto 1990, n. 241 intitolato «*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*» contiene una serie di disposizioni che plasmano garanzie per i destinatari dell'attività della pubblica amministrazione, in modo da creare già nel corso del procedimento amministrativo una certa concertazione con il soggetto privato per garantire il perseguimento dell'interesse pubblico in maniera consapevole rispetto agli altri interessi secondari da bilanciare nella fase del giudizio e della scelta amministrativa. I cd. istituti partecipativi contenuti nella legge generale sul procedimento amministrativo sono comunemente individuati nelle figure della comunicazione di avvio del procedimento di cui agli artt. 7 e 8, dell'intervento nel procedimento e dei diritti dei partecipanti al medesimo di cui, rispettivamente, agli artt. 9 e 10, del preavviso di rigetto di cui all'art. 10 *bis* nonché, da ultimo, nel composito istituto degli accordi provvedimentali, integrativi o sostitutivi di cui all'art. 11 l. n. 241/90 cit⁴. Nell'ottica della presente indagine, è necessario e sufficiente soffermarsi soltanto su alcune di queste disposizioni, in modo da comprendere quale sia l'impatto dell'art. 93 co. 7 D.Lgs. n. 159/2011 cit. sull'impianto sistematico delineato dal legislatore della l. n. 241/90. All'uopo, occorre rifarsi, in primo luogo, al contenuto dell'art. 7 *cit.*, ove il legislatore prescrive l'obbligo per la Pubblica Amministrazione di comunicare l'avvio del procedimento amministrativo ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre i suoi effetti in via diretta, nonché a quelli che per legge debbono intervenire, salvo che non sussistano ragioni impedienti che scaturiscono da peculiari esigenze di celerità del procedimento. Da tale previsione deriva che la comunicazione di avvio del procedimento si pone come regola generale e, al contrario, la sua mancanza costituisce un'eccezione, ancorché il legislatore abbia adottato una locuzione lata dal punto di vista tassonomico. Sì che, le «*particolari esigenze di celerità del procedimento*» di cui parla l'art. 7 *cit.* sembrano attagliarsi alle ipotesi di provvedimenti caratterizzati

⁴ Sugli istituti partecipativi nella l. n. 241/90, S. CASSESE, *La disciplina legislativa del procedimento amministrativo. Una analisi comparata*, in *Foro Italiano*, 1993, V, 27 ss.; P. CHIURULLI, *I diritti dei partecipanti al procedimento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2017, 615 ss.; S. COGNETTI, *Normative sul procedimento, regole di garanzia ed efficienza*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1990, 94 ss.; A. CROSETTI, F. FRACCHIA, *Procedimento amministrativo e partecipazione*, Milano, 2002; G. VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1998; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996.

da contingibilità e urgenza, come pure ai provvedimenti interinali e cautelari⁵. A seguito dell'avvio del procedimento amministrativo, poi, i soggetti destinatari in via diretta degli effetti del (futuro) provvedimento acquistano il diritto di prendere visione degli atti del procedimento, fatti salvi unicamente i limiti derivanti in materia di accesso ai documenti amministrativi di cui all'art. 24 l. n. 241/90 cit., nonché, secondo l'art. 9 cit., di presentare memorie scritte e documenti, che, se pertinenti all'oggetto del procedimento, l'Amministrazione ha l'obbligo di valutare. Questo peculiare atteggiarsi delle garanzie partecipative confluisce, poi, nei procedimenti a istanza di parte, nell'obbligo per l'autorità amministrativa di comunicare tempestivamente agli istanti le ragioni ostative rispetto all'accoglimento della domanda, cui segue la possibilità per questi ultimi di presentare per iscritto osservazioni, anche corredate da ulteriori documenti (cfr. art. 10 *bis* cit.). In quest'ultima ipotesi, a ulteriore rafforzamento delle prerogative del privato destinatario dell'esercizio del potere amministrativo, all'interno della motivazione del provvedimento finale l'amministrazione è tenuta a dare compiuta motivazione nel provvedimento finale di diniego. Se è vero che l'art. 10 *bis* l. n. 241/90, come appena brevemente descritto, testualmente risulta applicabile soltanto nei procedimenti a istanza di parte, dal medesimo sembra comunque derivare una conseguenza di portata più generale. Anche nei procedimenti a iniziativa d'ufficio, infatti, ove il privato destinatario della comunicazione di avvio del procedimento abbia presentato memorie scritte e documenti ai sensi dell'art. 9 cit., nella motivazione del provvedimento finale l'amministrazione deve dare conto della loro avvenuta valutazione.

3. *La dimensione eurounitaria e convenzionale del giusto procedimento amministrativo.*

Delineate le coordinate interpretative rilevanti nell'ordinamento interno, il loro combinato disposto suggerisce che intanto l'adozione della documentazione antimafia è sottratta all'applicazione delle garanzie partecipative delineate dalla l. n. 241/90 in quanto la stessa sia qualificata come provvedimento a carattere preventivo, *rectius*, cautelare. Ecco che, secondo l'orientamento prevalente del Consiglio di Stato, il provvedimento interdittivo antimafia ha

⁵ Sull'assenza dell'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento interdittivo, Consiglio Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana, sez. giurisdizionale, sent. 4 aprile 2018, n. 206, secondo cui «nel procedimento volto all'adozione dell'interdittiva antimafia – sulla base del condiviso orientamento giurisprudenziale maggioritario – le particolari esigenze di celerità, giustificano un'attenuazione delle garanzie di partecipazione procedimentale, fino a giustificare la legittimità di un provvedimento interdittivo adottato in assenza di comunicazione di avvio del procedimento (di cui all'art. 7 della legge 241/90)».

proprio natura cautelare, trattandosi di una misura provvisoria e strumentale, in quanto tale priva di quelle caratteristiche di stabilità e oppugnabilità tipiche di provvedimenti negativi definitivi⁶. Si legge, precisamente, che *«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»*⁷. Nonostante le conclusioni della giurisprudenza amministrativa, in prospettiva critica si può rilevare come il provvedimento interdittivo antimafia, invero, sia un atto propriamente conclusivo del procedimento amministrativo, avente effetti definitivi, conclusivi e dissolutori del rapporto giuridico tra l'impresa e la P.A. A seguito del rilascio di una interdittiva antimafia, infatti, secondo quanto prescritto all'art. 94 primo co. D.Lgs. n. 159/2011, *«i soggetti di cui all'art. 83 co. 1 e 2 cui sono fornite le informazioni antimafia, non possono stipulare, approvare o autorizzare i contratti o subcontratti, né autorizzare, rilasciare o comunque consentire le concessioni o erogazioni»*. Ma vi è di più. Le valutazioni, pur discrezionali, che il Prefetto svolge per accertare se e in che misura nell'impresa vi siano infiltrazioni mafiose, possono fondarsi su una congerie di elementi di fatto soltanto parzialmente tipizzati dal legislatore (i.e. i delitti spia di cui all'art. 84 co. 4 D.Lgs. n. 159/2011). Esistono, infatti, una serie di dati a cd. *“condotta libera”*, completamente lasciati al *«prudente e motivato apprezzamento discrezionale dell'Autorità Amministrativa»*, la quale, ai sensi dell'art. 91 co. 6 D.Lgs. n. 159/2011, può desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa anche soltanto da elementi da cui risulti che l'impresa *«possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata»*⁸. Parimenti, l'affievolimento delle garanzie partecipative non conosce un temperamento e riequilibrio all'interno del processo amministrativo. Il giudice amministrativo chiamato a valutare la gravità del pericolo di infiltrazione mafiosa posto a base della valutazione prefettizia, infatti, esercita un sindacato estrinseco sul provvedimento, in quanto tale insuscettibile di andare oltre l'apprezzamento della ragionevolezza e della proporzionalità della prognosi inferenziale che l'Autorità amministrativa trae dalle circostanze di fatto ritenute dirimenti ai

⁶ Tra più, vd. Consiglio di Stato, sez. IV, sent. 2 ottobre 2006, n. 5753, secondo cui *«La disciplina delle informazioni antimafia e delle preclusioni a contrarre con la p.a. costituisce una diretta filiazione di quelle sulle misure di prevenzione (...). Esse, pertanto, costituiscono strumenti con funzione spiccatamente cautelare e preventivo, di contrasto della criminalità organizzata e, di conseguenza, con particolare riguardo alle informazioni relative alla sussistenza di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e degli indirizzi di una società o di un'impresa, (...) non presuppongono per quei fatti l'accertamento della responsabilità penale, essendo sufficiente, per contro, che tali fatti abbiano carattere sintomatico ed indizianti del pericolo in senso oggettivo»*.

⁷ In termini, Consiglio di Stato, sez. III, sent. 13 agosto 2018, n. 4938.

⁸ Consiglio di Stato, sez. III, sent. 30 gennaio 2019, n. 758.

fini dell'adozione dell'interdittiva⁹. Ecco che, allora, il contraddittorio nella fase procedimentale assumerebbe con ogni probabilità un ruolo di assoluta primazia, dal momento che l'operatore economico potrebbe offrire all'Amministrazione osservazioni, riscontri documentali e ogni altro elemento di fatto utile ai fini dell'adozione di un provvedimento favorevole, cioè di documentazione antimafia liberatoria, pur in presenza di un quadro probatorio sfavorevole. Di qui, la rilevanza della premissione dei diritti partecipativi che vengono subordinati dal legislatore dell'art. 93 co. 7 D.Lgs. n. 159/2011 alla valutazione prefettizia nel corso dell'istruttoria procedimentale generalmente, intanto l'Autorità prefettizia dispone l'audizione dell'operatore economico in quanto la medesima sia funzionale a perseguire finalità istruttorie, non configurando il contraddittorio infraprocedimentale garanzia effettiva di partecipazione al procedimento.

Esaurita così la disamina delle disposizioni rilevanti nell'ordinamento nazionale, l'attenzione si sposta nella dimensione eurounitaria, dove il riferimento normativo è duplice. In primo luogo, vi è l'art. 41 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000 (la Carta di Nizza), che forgia il diritto del cittadino europeo a una buona amministrazione elevandolo a diritto primario dell'Unione Europea, al pari dei suoi Trattati istitutivi¹⁰. Tale diritto espressamente ricomprende per ogni individuo il diritto

⁹ Tra più, si vd. Consiglio di Stato, sez. III, sent. 5 settembre 2019, n. 6105; Id., sent. 30 gennaio 2019 n. 758.

¹⁰ Sull'art. 41 CDFUE la bibliografia è prolifica. Per una lettura sistematica della disposizione in discorso, efficace la ricostruzione di M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, 1991, 33, secondo cui «il contraddittorio davanti all'autorità amministrativa è un caso esemplare dell'elaborazione di un principio generale da parte della Corte di giustizia attraverso il metodo della generalizzazione, congiunto a quello della comparazione con i principi in vigore negli Stati membri». È stato altresì osservato che quanto contenuto all'art. 41 CDFUE è da considerarsi come «un elenco non tassativo, la cui natura aperta è messa in evidenza dalla formulazione **che** “[t]ale diritto comprende in particolare”», così le Conclusioni dell'Avvocato Generale Paolo Menegozzi, presentante il 23 febbraio 2010, in causa C- 290/07 P, Commissione europea c. Scott SA, 9. Secondo P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo fra diritto interno e diritto dell'unione europea*, Milano, 2015, 10 «I diversi commi di cui si compone l'art. 41, testé passati in rassegna, sintetizzano e mettono in correlazione tra di loro i diversi corollari del diritto ad una buona amministrazione. I quali, sia pur sinora solamente in modo parziale contemplati da specifiche disposizioni dei Trattati, erano comunque nella loro interezza già parte integrante, e da diverso tempo, del diritto vivente dell'Unione Europea. Da un punto di vista meramente contenutistico, dunque, l'art. 41 certamente non costituisce una disposizione innovativa. Del resto, com'è ampiamente noto, l'intento perseguito dai redattori della Carta non era quello di creare nuovi ed inediti diritti, ma di fotografare quelli già esistenti nel contesto dell'Unione»; ID., *Il procedimento amministrativo e il diritto ad una buona amministrazione*, in a cura di D.U. AULETTA, *Diritto Amministrativo nell'Unione Europea*, Torino, 2020, 107 ss. Conf. sul punto la ricostruzione di D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione fra diritto UE e diritto nazionale e le novità dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in a cura di S. CIVITARESE MATTEUCCI, F. GUARRIELLO, P.

di essere ascoltato prima dell'adozione di un provvedimento che le rechi pregiudizio. L'art. 41 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, intitolato proprio al diritto a una buona amministrazione, attribuisce all'interessato una serie di garanzie pertinenti all'esercizio del potere amministrativo da parte delle istituzioni eurounitarie. Il primo paragrafo, precisamente, riconosce il diritto a un trattamento imparziale ed equo nell'ambito di un procedimento che abbia ragionevole durata. Il secondo paragrafo, invece, è dedicato a contenuti di taglio maggiormente applicativo e pratico, quali, appunto, il diritto al contraddittorio procedimentale nei procedimenti che possono concludersi con un provvedimento limitativo sfavorevole, il diritto di accesso agli atti amministrativi, l'obbligo di motivazione dei provvedimenti. A completare la rosa delle tutele attribuite al privato, in chiave rimediale, si collocano gli altri due paragrafi della norma, nel prevedere la risarcibilità dei danni cagionati dall'Unione Europea nell'esercizio delle sue funzioni, oltre alla possibilità di ricevere riscontro in una delle lingue ufficiali dell'Unione. La formulazione dell'art. 41 della Carta di Nizza è ritenuta la risultante assiologica di principi giuridici appartenenti alla tradizione giuridica condivisa degli Stati membri. Tanto vale, specialmente, per ciò che concerne l'ambito di applicazione soggettivo della disposizione. Detto altrimenti, se è vero, come pare, che nell'ordinamento nazionale il diritto a una

PUOTI, *Diritti fondamentali e politiche dell'Unione europea dopo Lisbona*, Rimini, 2013, 71 ss. Del pari, autorevole dottrina sostiene che «L'art. 41 costituisce, dunque, l'approdo ultimo di quella evoluzione funzionale che ha nel tempo subito il concetto di "buona amministrazione"». Esso infatti, com'è stato autorevolmente osservato, «da principio in funzione dell'efficacia della pubblica amministrazione (*ex parte principis*), è divenuto principio in funzione dei diritti dei cittadini (*ex parte civis*)». Così S. CASSESE, *Il diritto a una buona amministrazione*, in AA.VV., *Studi in onore di Alberto Romano*, **integrare**, Napoli, 2011, 109. Oltre ad avere un valore di "norma-contenitore", recettiva della visione dei rapporti tra privati e Pubblica Amministrazione nei diversi Stati membri, secondo altri l'art. 41 CDFUE reca con sé qualcosa di innovativo a livello sistematico. Come ha osservato la dottrina, «proclamare il diritto alla buona amministrazione e declinare questo diritto in una serie di garanzie procedurali è espressione di un modo specifico di intendere l'esercizio del potere amministrativo da parte della Comunità. Significa, in particolare, che la protezione del singolo supera, nell'ordinamento sopranazionale, le esigenze di efficacia, efficienza ed economicità degli apparati amministrativi». In termini il pensiero di A. SERIO, *Il principio di buona amministrazione procedurale. Contributo allo studio del buon andamento nel contesto europeo*, Napoli, 2008, 130 – 131. Ecco perché l'art. 41 cit. è ritenuta una disposizione innovativa, per aver obliterato il tradizionale meccanismo del diritto amministrativo italiano per cui le garanzie procedurali del privato dovevano essere recessive rispetto al perseguimento dei principi pubblicistici di efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa *ex art. 97 Cost.* Convergono nell'impostazione R. BIFULCO, *Art. 41. Diritto ad una buona amministrazione*, in a cura di R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001, 284; 439 ss; G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010, 104. D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione fra diritto UE e diritto nazionale e le novità dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in (a cura di) S. CIVITARESE MATTEUCCI, F. GUARRIELLO, P. PUOTI, *Diritti fondamentali e politiche dell'Unione europea dopo Lisbona*, Rimini, 2013, 71 ss.

buona amministrazione è riferito allo Stato-apparato e ai rapporti che lo stesso intreccia con il privato, alla stessa stregua l'art. 41 cit. reca espresso e unico riferimento a istituzioni, organi e organismi dell'Unione. Tale limitazione, invero, non collima con quanto previsto all'art. 51 della stessa Carta di Nizza, secondo cui, nel rispetto del principio di sussidiarietà, le disposizioni ivi contenute si applicano sì alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione ma, altrettanto, seppur esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione, agli Stati membri. Ancorché vi siano impostazioni di segno opposto, l'orientamento coeso della giurisprudenza, nazionale ed eurounitaria, inibisce ogni interpretazione estensiva dell'art. 41 cit., giusta l'inequivocità del suo tenore letterale¹¹. Del resto, lo stesso art. 51 CDFUE, al par. 2, esclude che l'introduzione della Carta di Nizza abbia posto sull'Unione Europea nuovi compiti e competenze ovvero modificazione i contenuti preesistenti. Non solo. Anche l'art. 6, par. 1 co. 2 TUE inibisce in maniera esplicita ogni estensione delle competenze dell'Unione, come definite nei trattati¹². In altri termini, in

¹¹ Riguardo alla rilevanza nel diritto interno dell'art. 41 della Carta di Nizza sono rinvenibili due distinti ed antitetici orientamenti. Il primo tende a negare che tale disposizione abbia diretta valenza nel diritto amministrativo nazionale perché la stessa sarebbe «applicabile, per disposto espresso della stessa Carta alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione» (cfr., tra più, Consiglio di Stato, sez. IV, sent. 3 dicembre 2010, n. 8504). Il secondo, viceversa, attribuisce al citato art. 41 la natura di «criterio-guida dell'amministrazione nazionale alla cui stregua rileggere i precetti Costituzionali e della legislazione primaria» (vd. Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sede di Napoli, sez. VII, sent. 27 giugno 2012, n. 307, Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, sede di Cagliari, sez. I, sent. 11 maggio 2011, n. 471; Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sede di Palermo, sez. II, sent. 12 maggio 2010, n. 6685; Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, sede di Milano, sez. I, sent. 22 aprile 2013, n. 1031). In dottrina, si vd. sul punto il contributo di D.U. GALETTA, *Diritto a una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Dir. Amm.*, 2010, 611 ss.; G. GRECO, *Argomenti di Diritto Amministrativo, Lezioni*, vol. I, Milano, 2013, p. 22, ove si osserva che «il diritto ad un buona Amministrazione, formalmente previsto per le Istituzioni comunitarie, non può però non valere anche nei confronti delle Istituzioni degli Stati membri, che, nell'ambito della disciplina comunitaria, operano come amministrazione comunitaria indiretta. E finisce per estendersi anche al di fuori degli ambiti specificamente coperti dal diritto europeo, se non altro per la forza espansiva del principio di parità di trattamento (art. 3 della Costituzione), che produce effetti indotti di carattere generale». Ancora, si segnalano, per organicità e completezza, il contributo di P. PROVENZANO, *Art. 41 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e integrazione postuma della motivazione*, Nota a sentenza T.A.R. Umbria, sez. I, sent. 21 febbraio 2013, n. 105, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico*, 2013, 5-6, 1117-1134. In giurisprudenza, con specifico riferimento alla materia della documentazione antimafia, cfr. Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, sezione giurisdizionale, ord. 10 luglio 2020, n. 569, su cui ci si soffermerà più specificamente sub par. 4, secondo cui «va respinta l'ipotesi di applicabilità dell'art. 21-octies della L. 241/1990, in presenza di fatti e circostanze oggetto di apprezzamento e valutazione discrezionale, e non sussistendo ragioni di urgenza a giustificazione dell'omissione della fase partecipativa».

¹² Sull'assenza di competenza della Corte di giustizia in materia di interpretazione della legislazione nazionale sul procedimento amministrativo è fondamentale richiamare CGUE,

prospettiva oggettiva, l'efficacia dell'art. 41 CDFUE si spiega «quando l'amministrazione intende adottare nei confronti di una persona un atto che le rechi pregiudizio». Dal punto di vista soggettivo, invece, è esclusa l'operatività del principio nei confronti di soggetti diversi dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione Europea¹³.

In secondo luogo, vi è l'art. 6, par. 1 del Trattato sull'Unione Europea il quale, come noto, afferma il riconoscimento da parte dell'Unione dei diritti, delle libertà e dei principi sanciti nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati¹⁴. Come noto, le fonti del diritto primario dell'Unione Europea sono suscettibili di efficacia diretta negli ordinamenti nazionali soltanto ove presentino i caratteri della sufficiente precisione e del carattere incondizionato, in modo da creare a favore dei singoli posizioni giuridiche soggettive direttamente tutelabili dinanzi ai giudici nazionali¹⁵. Il principio del contraddittorio, tuttavia, quale espressione fondamentale di civiltà giuridica europea, appartiene già al catalogo dei principi generali del Diritto dell'Unione in base all'art. 6 par. 3 TUE, a mente del quale fanno parte del diritto dell'Unione, in qualità di principi generali, i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri¹⁶. Pertanto, sia che si guardi sotto la lente dell'art. 6 par. 1 TUE che sotto la lente dell'art. 6 par. 2 TUE, il riconoscimento espresso dei "diritti di difesa procedimentali" impone che ogni soggetto destinatario dell'esercizio di un potere a sé sfavorevole sia essere messo in condizione di manifestare tutti gli elementi sui quali l'amministrazione intende fondare la sua decisione.

sez. III, 21 dicembre 2011, C- 482/10, *Cicala*, in *Giur. it.*, 2012, 1677, secondo cui «La decisione di rinvio del giudice a quo e la l. italiana n. 241/1990 non apportano indicazioni sufficientemente precise dalle quali potrebbe dedursi che, richiamandosi l'art. 1 l. n. 241/1990 ai principi del diritto dell'Unione, il legislatore nazionale abbia inteso, con riferimento all'obbligo di motivazione, realizzare un rinvio al contenuto delle disposizioni degli art. 296, 2° comma, TFUE e 41 n. 2 lett. c) della carta o ancora ad altre disposizioni del diritto dell'Unione inerenti all'obbligo di motivazione dei provvedimenti, al fine di applicare un trattamento identico alle situazioni interne e a quelle disciplinate dal diritto dell'Unione; non si può dunque ritenere che sussista un interesse certo dell'Unione a che sia preservata l'uniformità di interpretazione di dette disposizioni; la corte non è perciò competente a risolvere le questioni proposte dalla corte dei conti, sezione giurisdizionale per la regione siciliana, in considerazione dell'oggetto di tali questioni».

¹³ Tanto è ribadito, da ultimo, proprio nell'ordinanza della CGUE, IX sez., 28 maggio 2020, cit.

¹⁴ Per una compiuta disamina dell'art. 6 CEDU, comprensiva di richiami a fonti giurisprudenziali, si vd. Guide on Article 6 - Right to a fair trial (criminal limb), 2014 in https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ITA.pdf.

¹⁵ Sull'efficacia diretta delle norme dei Trattati istituiti, si ricorda la nota CGUE, 5 febbraio 1963, C-26/62, *Van Gend en Loos*.

¹⁶ Sul diritto di difesa quale principio generale eurounitario, CGUE, grande sezione, 22 ottobre 2013, C-276/12, *Sabou*, in *Foro Italiano*, 2014, IV, 383 ss.

D'altro canto, dal punto di vista soggettivo, tale obbligo incombe sulle PP.AA. degli Stati membri nella misura in cui i relativi provvedimenti trattino materie che rientrano nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione Europea, a prescindere da una espressa previsione allo scopo nel diritto interno. Solo in tale circostanza, difatti, lo stesso assume reale valore di principio generale direttamente efficace e applicabile negli ordinamenti nazionali¹⁷. Il riferimento all'art. 6 TUE inevitabilmente aggancia il tema della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento eurounitario¹⁸. Come noto, peraltro, la disposizione appena riportata recepisce il principio di diritto espresso dalla medesima Corte di Giustizia nella sentenza *Nold* del 1974¹⁹. Questo, a ben vedere, vale a prescindere dall'adesione dell'Unione Europea alla CEDU, tema vivacemente dibattuto in dottrina giusta la formulazione dell'art. 6 par. 2

¹⁷ Sulla portata del principio nella dottrina e nella giurisprudenza, comunitaria e nazionale, ci si soffermerà a breve, nel par. 3.

¹⁸ Sui destinatari della Carta dei diritti fondamentali UE, specie riguardo all'art. 41 cit., cfr. Corte di giustizia UE, sez. VII, 20 dicembre 2017, C-276/16, *Prequì Italia s.r.l.*, in *Foro Italiano*, 2018, IV, 146, secondo cui, tra l'altro: «Il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima dell'adozione di qualsiasi decisione che possa incidere in modo negativo sui suoi interessi deve essere interpretato nel senso che i diritti della difesa del destinatario di un avviso di rettifica dell'accertamento, adottato dall'autorità doganale in mancanza di una previa audizione dell'interessato, non sono violati se la normativa nazionale che consente all'interessato di contestare tale atto nell'ambito di un ricorso amministrativo si limita a prevedere la possibilità di chiedere la sospensione dell'esecuzione di tale atto fino alla sua eventuale riforma rinviando all'articolo 244 del regolamento (CEE) n. 2913/92 del Consiglio, del 12 ottobre 1992, che istituisce un codice doganale comunitario, come modificato dal regolamento (CE) n. 2700/2000 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2000, senza che la proposizione di un ricorso amministrativo sospenda automaticamente l'esecuzione dell'atto impugnato, dal momento che l'applicazione dell'articolo 244, secondo comma, di detto regolamento da parte dell'autorità doganale non limita la concessione della sospensione dell'esecuzione qualora vi siano motivi di dubitare della conformità della decisione impugnata con la normativa doganale o vi sia da temere un danno irreparabile per l'interessato»; Corte di giustizia UE, 9 novembre 2017, C-298/16, *Ispas*, in *Foro Italiano*, 2017, IV, 577, secondo cui «il principio generale di diritto dell'Unione del rispetto dei diritti della difesa deve essere interpretato nel senso che, nell'ambito di procedimenti amministrativi relativi alla verifica e alla determinazione della base imponibile dell'iva, un soggetto privato deve avere la possibilità di ricevere, a sua richiesta, le informazioni e i documenti contenuti nel fascicolo amministrativo e presi in considerazione dall'autorità pubblica per l'adozione della sua decisione, a meno che obiettivi di interesse generale giustifichino la restrizione dell'accesso a dette informazioni e a detti documenti».

¹⁹ CGUE, 14 maggio 1974, C-4/73, *Nold*: «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».

TUE²⁰. Nonostante la formulazione dell'art. 6 par. 3 TUE, il ruolo che la CEDU riveste nell'ordinamento eurounitario emerge in tutta la sua rilevanza già all'art. 52 CDFUE, ove vengono attribuiti pari significato e portata ai diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, senza, tuttavia, escludere che il diritto dell'Unione ne appresti protezione più estesa.

Alla luce di quanto appena esposto, occorre allora dare atto del significato assunto dal principio del contraddittorio non soltanto nel diritto dell'Unione Europea ma, altresì, all'interno della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo²¹. Il medesimo, precisamente, ruota attorno all'affermazione del diritto a essere sentiti, principio innestato nel procedimento amministrativo proprio dal processo giurisdizionale, tanto che, appunto, l'art. 41 CDFUE ne prevede l'obbligo in capo all'Autorità procedente per ogni provvedimento idoneo a recare pregiudizio, senza, perciò, distinguere la tipologia di procedimento presupposto, sia esso penale, civile ovvero amministrativo. In senso affine può leggersi l'art. 6 CEDU dedicato proprio al diritto a un processo equo. Ivi, infatti, può scorgersi una matrice comune rispetto all'art. 41 cit., giusta l'evoluzione succedutasi nell'interpretazione della Corte di Strasburgo, le cui pronunce sono funzionali non soltanto a decidere il caso concreto ma anche per chiarire, salvaguardare e sviluppare le norme sancite dalla Convenzione²². Quanto alla latitudine applicativa dell'art. 6 CEDU, vivace è stato ed è tuttora il dibattito interpretativo che ne è scaturito nell'ordinamento

²⁰ Sul tema della "comunitarizzazione" della CEDU e dei cd. "controlimiti", occorre citare la fondamentale sentenza della Corte Costituzionale n. 80/2011. Ivi, infatti, viene affermato che «Anche dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona restano valide le considerazioni svolte dalla Corte Costituzionale riguardo all'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». In dottrina, tra più, I. ANDRÒ, *L'adesione dell'Unione Europea alla CEDU. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2015.

²¹ M. ALLENA, *Garanzie procedurali e giurisdizionali alla luce dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *www.giustamm.it*; ID., *Interessi procedurali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: verso un'autonoma tutela?*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2015, 67 ss.; F. GOISIS, *Garanzie procedurali e Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'Uomo*, in *Diritto e Processo Amministrativo*, 2009, pp. 1356 ss. Per un confronto sui limiti di efficacia e tutele multilivello del diritto al contraddittorio endoprocedimentale, vd. A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016, 84 ss.

²² Vd. Corte EDU, *case of Ireland v. the United Kingdom*, 18/01/1978.

italiano²³. Si fa riferimento, precisamente, alle nozioni di “*accusa penale*”, “*tribunale*” e “*diritti e doveri di carattere civile*”²⁴. Sul punto, per quel che a questi fini interessa, è possibile dire che la dottrina amministrativistica ha tratto significative considerazioni dall’art. 6 CEDU, come si vedrà a breve, anche in virtù del fatto che, come noto, la stessa Corte di Strasburgo tende ad attribuire alle nozioni appena citate un significato autonomo rispetto a quelli attribuiti dai singoli ordinamenti nazionali. Del resto, la creazione di categorie dogmatiche a sé stanti e, tendenzialmente, più ampie, è congeniale alla stessa natura della Convenzione Europea dei Diritti dell’uomo, nella sua qualità di trattato internazionale (*rectius*, “*regionale*”) che, in quanto tale, deve abbracciare tradizioni giuridiche variegate.

4. *Le garanzie partecipative nella giurisprudenza amministrativa sulla documentazione antimafia.*

La giurisprudenza nazionale ha avuto modo di interrogarsi circa la sussistenza di un obbligo di contraddittorio endoprocedimentale nella materia della documentazione antimafia, intesa nella sua più accezione. Difatti, ancorché la locuzione sia immediatamente evocativa delle cd. interdittive antimafia, in qualità di provvedimenti autoritativi unilaterali, tra gli strumenti con funzione di prevenzione e contrasto della criminalità organizzata mafiosa esistono anche forme diverse come, tra le altre, la figura delle *white list*²⁵. Istituite dall’art. 1 co. 52 l. n. 190/2012 e disciplinate dal d.P.C.M. 18 aprile 2013, le *white list* sono elenchi dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori nelle attività espressamente individuate nell’art. 1 co. 53 l. n. 190/2012, non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa, istituiti presso ogni Prefettura. Il principio del giusto procedimento emerge nell’analisi di questo istituto perché l’iscrizione nell’elenco, pur volontaria, sostituisce la comunicazione ovvero l’informazione antimafia liberatoria anche rispetto al perfezionamento di contratti pertinenti attività diverse da quelle per le quali è stata disposta, oltre a conservare efficacia per dodici mesi. Il meccanismo operativo sotteso a questa figura non prevede alcuna forma di contraddittorio endoprocedimentale. Sul punto, recente giurisprudenza ha avuto modo di soffermarsi sul mancato rispetto del canone partecipativo enucleato dall’art. 10 *bis* l. n. 241/90 *cit.*, proponendo una lettura coerente con l’esigenza di garantire il diritto di difesa in sede procedimentale, specie considerando che il procedimento funzionale

²³ M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, 1 ss.; ID., *La rilevanza dell’art. 6, par. 1 CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Diritto e Processo Amministrativo*, 2012, 4; F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzioni e nodi irrisolti*, in *Diritto e Processo Amministrativo*, 2015, 3.

²⁵ Per un inquadramento generale sul tema, si veda, tra più, G. MARCHIANÒ, *White list, elenchi di merito e rating di legalità: semplificazione amministrativa?*, in *Munus. Rivista giuridica dei servizi pubblici*, Napoli, 2, 2013.

all'iscrizione è a impulso di parte²⁶. All'esito del procedimento, tuttavia, se il Prefetto rigetta la richiesta di iscrizione, evidenzia quali sono gli elementi sintomatici dai quali trarre il rischio di permeabilità dell'impresa ad organizzazioni mafiose. Tale ipotesi costituisce una vera e propria interdittiva antimafia, i cui effetti per la vita dell'impresa non sono limitati alla semplice mancata iscrizione alla *white list*²⁷.

Diversa l'impostazione giurisprudenziale che si riscontra per i provvedimenti interdittivi in senso proprio, come disciplinati all'art. 84 ss. D.lgs. n. 159/2011. A riguardo, effettivamente, la giustizia amministrativa è orientata a ritenere legittima la pretermissione degli istituti partecipativi di cui alla l. n. 241/90, con particolare riferimento, evidentemente, all'art. 93 co. 7 cit.²⁸ In argomento, ad avviso dello scrivente, particolarmente significative sono due recenti pronunce della Terza Sezione del Consiglio di Stato, sentenze 6 maggio 2020. n. 2854 e 31 gennaio 2020, n. 820.

Nella prima, precisamente, il perno su cui ruota la legittima pretermissione delle garanzie procedimentali nella materia antimafia è costituito dal successivo sindacato giurisdizionale sul provvedimento interdittivo prefettizio. Il medesimo è ritenuto dal Consiglio di Stato, «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 sindacava 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»²⁹. Sul punto, si nota che la pronuncia rievoca l'impostazione dottrinale della cd. "teoria del prestito", elaborata, a ben vedere, nella materia delle sanzioni amministrative e tale per cui il potere sanzionatorio esercitato dalla P.A. altro

²⁶ Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, sezione giurisdizionale, 4 aprile 2018, n. 206 cit.

²⁷ Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., sez. giur., ord. 10 luglio 2020, n. 569 cit. ha affermato la necessità di «una lettura costituzionalmente orientata e rispettosa dei principi eurounitari, alla cui stregua si evince, rispettivamente, che il diritto al contraddittorio realizza l'inalienabile diritto di difesa del cittadino, presidiato dall'art. 24 Cost. e il buon andamento dell'Amministrazione, presidiato dall'art. 97 Cost.». Nel caso specifico, l'asserita violazione dell'art. 10-bis l. n. 241/90 è stata ritenuta rilevante perché molti fatti posti a fondamento della informativa, contestati con argomenti pur plausibili, avrebbero dovuto costituire oggetto di dettagliata verifica in sede di contraddittorio procedimentale. Contra, Consiglio di Stato, sez. III, 20 settembre 2016, n. 3913.

²⁸ Consiglio di Stato, sez. III, 6 maggio 2020, n. 2854; conf. Consiglio di Stato, sez. III, sent. 5 settembre 2019, n. 6105. In Consiglio di Stato, sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758 si legge che «L'audizione del soggetto interessato e l'invito a fornire informazioni o documenti presuppongono una valutazione discrezionale dell'autorità [...] in ordine all'utilità di detto contraddittorio procedimentale in seno ad un procedimento informato da speditezza, riservatezza ed urgenza, per evidenti ragioni di ordine pubblico».

²⁹ In termini, Consiglio di Stato, sez. III, sent. 06 maggio 2020, n. 2854.

non sarebbe che prestato dalla funzione giurisdizionale, cui la potestà sanzionatoria è sostanzialmente connaturata³⁰. Non solo, la parte motiva della sentenza citata menziona espressamente la nozione di “*full jurisdiction*”. Ebbene, pur essendo lo scrivente ben consapevole della complessità dei concetti citati, per quel che qui interessa basti dire che tale tipologia di sindacato giurisdizionale nasce nella materia della discrezionalità amministrativa di tipo tecnico. La medesima comporta per il giudice amministrativo il potere di verificare i fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato, nonché estendersi anche ai profili di tipo tecnico. Soltanto laddove in questi ultimi siano coinvolte valutazioni opinabili il sindacato si restringe a un controllo di semplice ragionevolezza, logicità e coerenza motivazionale del provvedimento adottato, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello della Pubblica Amministrazione³¹. Nella seconda pronuncia citata, invece, il Collegio conclude sul tema proprio rifacendosi a precedenti pronunce della stessa Corte di Lussemburgo. Richiamando la parte motiva della sentenza *Ispas*³², prima citata, il Consiglio di Stato ribadisce che «*il diritto al contraddittorio procedimentale e al rispetto dei diritti della difesa non è una prerogativa assoluta, ma può soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura in cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti garantiti*»³³. Così opinando, allora, doppiamente legittima viene ritenersi la deroga prevista nella materia della documentazione antimafia, dal momento che, da un lato, la tutela dell’ordine pubblico integra certamente interesse pubblico sovraordinato e, dall’altro, con l’art. 93, co. 7 D.lgs. n. 159/2011 *cit.*, il legislatore comunque rimette il contraddittorio procedimentale alla prudente valutazione dell’autorità prefettizia, non escludendolo del tutto.

³⁰ La prima e più compiuta dottrina di riferimento sul punto è costituita da R. GIOVAGNOLI, *Autorità Indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, Relazione tenuta al Convegno “*Le Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati*”, tenutosi presso la sede del Consiglio di Stato, il 28 febbraio 2013, p. 13.

³¹ L’affermazione del cd. sindacato giurisdizionale intrinseco non sostitutivo è dovuta a Cassazione Civile, Sezioni Unite, sent. 20 gennaio 2014, n. 1013. Per una ricostruzione organica sull’argomento, in dottrina R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017, 332 ss.

³² CGUE, sent. 9 novembre 2017, in C-298/16, *Ispas*, *cit.*

³³ In argomento, R. RUPERTI, *Sul contraddittorio procedimentale in materia di informazioni antimafia*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2020, 3. Sui rapporti tra procedimento amministrativo e Costituzione, si vd. in dottrina, L. BUFFONI, *Alla ricerca del principio costituzionale del “giusto procedimento”*: la “processualizzazione del procedimento amministrativo”, in (a cura di) A. MASSERA, *Le tutele procedurali. Profili di diritto comparato*, Napoli, 2007, 189 ss; R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, *cit.*, 470-472 che, nel ripercorrere l’evoluzione della giurisprudenza costituzionale intervenuta, esclude la rilevanza costituzionale del giusto procedimento. Nella giurisprudenza nazionale, si ricorda, tra più, Corte Costituzionale, 14 giugno 1990, n. 309 e, da ultimo, Corte Costituzionale, 11 marzo 2015, n. 71.

Del resto, «*La discovery anticipata, già in sede procedimentale, di elementi o notizie contenuti in atti di indagine coperti da segreto investigativo o in informative riservate delle forze di polizia, spesso connessi ad inchieste della magistratura inquirente contro la criminalità organizzata e agli atti delle indagini preliminari, potrebbe frustrare la finalità preventiva perseguita dalla legislazione antimafia*». A livello sociologico, infatti, è noto che la previa conoscenza, anche in via solo potenziale, della probabile adozione del provvedimento antimafia potrebbe suscitare nelle consorterie criminali il ricorso a pratiche elusive funzionali a vanificare l'istruttoria prefettizia (i.e. sostituzioni degli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie)³⁴.

5. Conclusioni.

Alla luce di quanto esposto, sia consentita allo scrivente qualche riflessione in chiosa. Al di là della piena condivisibilità, da un punto di vista sistematico, dell'esigenza di preporre efficaci forme di contrasto alla criminalità organizzata mafiosa, si ritiene che la disciplina nazionale derogatoria degli istituti partecipativi procedimentali possa subire una rilettura alla luce della tutela multivello dei diritti³⁵. Certamente, la rimessione operata dal Tribunale Amministrativo per la Regione Puglia, giusto l'epilogo interpretativo cui è pervenuta la Corte di Giustizia nella pronuncia richiamata in *incipit*, ha senza dubbio costituito un'occasione mancata per elevare il giusto procedimento a principio direttamente, ed effettivamente, applicabile nell'ordinamento interno. Tanto specialmente, ma non soltanto, in una materia, come quella della

³⁴ Consiglio di Stato, sez. III, 31 gennaio 2020, n. 820 cit. Sul decalogo delle fattispecie di una possibile ingerenza mafiosa ai fini dell'emissione dell'informazione interdittiva, tra più, si segnala la nota pronuncia del Consiglio di Stato, sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743, 1082.

³⁵ Come bene evidenziato in R.G. CONTI, *Il sistema di tutela multivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti nazionali*, in *Questione Giustizia*, 2016, 4: «Discutere di protezione multivello dei diritti fondamentali significa, oggi, affrontare nodi problematici di portata generale quanto al ruolo del giudice nazionale e del legislatore in una particolare contingenza storica che, protraendosi ormai da alcuni lustri, ha progressivamente modificato le coordinate di partenza dei sistemi giudiziari di protezione dei diritti delle persone, per l'un verso immettendo prepotentemente il controllo di legalità del giudice sulle leggi e, per altro verso, innestando nel tessuto normativo interno altre fonti produttive di significativi mutamenti delle coordinate dei diritti stessi». In argomento, senza pretesa di esaustività, vd. D. TRABUCCO, *Tutela multivello dei diritti e sistema delle fonti nei rapporti tra la CEDU e l'ordinamento italiano. Verso un ritorno ai criteri formali- astratti a garanzia della superiorità della Costituzione?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, 3 disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>; A. RUGGERI, *Riconoscimento e tutela "multivello" dei diritti fondamentali, attraverso le esperienze di normazione e dal punto di vista della teoria della Costituzione*, in *Rivista A.I.C.*, 08 giugno 2007; D. TEGA, *La Cedu e l'ordinamento italiano*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, 69 ss.; P. BILANCIA, *Le nuove frontiere della tutela multivello dei diritti*, in *Rivista A.I.C.*, 16 maggio 2006, 4 ss.; F. SORRENTINO, *La tutela multivello dei diritti*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario.*, 2005, 1, 79 ss.

documentazione antimafia, ove le garanzie partecipative approntate dal legislatore sono più attenuate rispetto a quanto contenuto nella legge generale sul procedimento amministrativo. Del resto, non si vedono limiti esegutici evidenti che siano ostativi a tale conclusione, a meno di non leggere nella facoltà di cui all'art. 93 co. 7 Cod. Antimafia uno strumento funzionale unicamente al completamento dell'istruttoria prefettizia. Parimenti, pare discutibile la mancanza di un criterio di collegamento della disciplina in discorso sia con il diritto convenzionale e eurounitario. Come noto, infatti, anche recentemente la stessa Corte di Giustizia è intervenuta, ancora una volta in seguito a rinvio pregiudiziale interpretativo *ex art. 267 TFUE*, sulla compatibilità della disciplina del subappalto con i principi proconcorrenziali eurounitari³⁶. Ivi, precisamente, i giudici di Lussemburgo hanno affermato che *«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»*. Del resto, la stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea tutela espressamente, all'art. 16, la libertà d'impresa, affermando proprio il riconoscimento della libertà di impresa, in conformità al diritto dell'Unione, alle legislazioni e prassi nazionali. Ecco che, allora, la risposta della Corte di Giustizia, unitamente all'orientamento giurisprudenziale prevalente di cui finora si è cercato di illustrare le caratteristiche principali, rende pressoché recessivo il disposto di cui all'art. 1 l. n. 241/90 cit. secondo cui, come noto, *«l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge (...) secondo le modalità previste»*, tra gli altri, proprio *«dai principi dell'ordinamento comunitario»*.

All'uopo, in chiosa, è significativo in questa sede richiamare la conosciuta presa di posizione dell'Avvocato Generale Melchiot Watthet nella Causa C-383/13 PPU, ove si evidenzia che *«una violazione dell'art. 41 della Carta (...) non può essere regolarizzata semplicemente sulla base della possibilità di ricorrere in un secondo momento a un controllo giurisdizionale»*. Non solo, dopo aver sottolineato che *«in linea di principio, la tesi secondo cui l'audizione degli interessati non avrebbe potuto influenzare l'esito del procedimento (...) non può essere accolta, pena ledere la sostanza*

³⁶ CGUE, sez. V, 26 settembre 2019, C-63/18, Vitali. Si ricorda che la questione pregiudiziale rimessa verteva sull'asserito contrasto con la direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio della disciplina delineata all'articolo 105 co. 2 D.lgs. n. 50/2016 nella parte in cui prevede che *«Fatto salvo quanto previsto dal comma 5, l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture. Per completezza, si evidenzia che, ai sensi dell'art. 1, co. 18 L n. 55 del 2019 e dell'art. 13, co. 2, lettera c), del d.l. n. 183 del 2020 "in deroga al presente comma il subappalto è indicato dalle stazioni appaltanti nel bando di gara e non può superare la quota del 40 per cento dell'importo complessivo del contratto, fino al 30 giugno 2021" . Si vd. anche il Comunicato del Presidente ANAC del 23 ottobre 2019 sulla compatibilità clausole del Bando-tipo n. 1 con il decreto legislativo 19 aprile 2016, n.50, come novellato dal d.l. 18 aprile 2019 n. 32, convertito in legge del 14 giugno 2019 n. 55.*

stessa dei diritti di difesa»; il medesimo ha concluso sostenendo che «alla luce della giurisprudenza della Corte (...) la violazione del diritto di essere sentiti non può che comportare l'annullamento delle decisioni controverse»³⁷.

Abstract

L'elaborato si propone di svolgere riflessioni sulla declinazione del principio del giusto procedimento nella materia della documentazione antimafia. Occasione dell'indagine è una recente ordinanza con cui la Corte di Giustizia ha affermato la manifesta irricevibilità della questione pregiudiziale interpretativa relativa all'applicazione del principio di buona amministrazione di cui all'art. 41 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nel procedimento funzionale al rilascio della documentazione interdittiva antimafia. Ci si chiede, in altre parole, se il contraddittorio eventuale contemplato all'art. 93 co. 7 D.Lgs. n. 159/2011 sia compatibile con la formulazione e interpretazione comune dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ovvero se possa ricevere una qualche forma di tutela in virtù dell'art. 6 par. 3 Trattato sull'Unione Europea. Da ultimo, si passeranno in rassegna i principali orientamenti interpretativi della giurisprudenza amministrativa su ruolo e fondamento delle garanzie partecipative nel sistema della documentazione antimafia.

Thoughts on the principle of fair procedure regarding to anti-mafia information

by Lavinia Filieri

This essay aims to carry out reflections on the declination of the principle of fair procedure in the matter of anti-mafia information. The survey occasion is a recent order with which the Court of Justice has affirmed the manifest inadmissibility of the interpretative preliminary question relating to the application of article 41 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union in the procedure for the adoption of anti-mafia information. In other words, the question is whether the cross-examination mentioned in art. 93, paragraph 7 of Legislative Decree no. 159/2011 is compatible with the wording and common interpretation of art. 41 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, or whether it can receive some form of protection under art. 6, paragraph 3 of the Treaty on European Union. Finally, the main interpretative orientations of administrative jurisprudence on the role and basis of the participatory guarantees in the system of anti-mafia documentation will be reviewed.

³⁷ Cfr. Presa di posizione dell'Avv. Melchior Wathelet, presentate in data 23 agosto 2013, in causa C-383/13 PPU, M.G., N.R. c. Saatssectetaris van Veiligheid en Justitie, in www.curia.europa.eu.