

## Che contenuto ha la libertà personale?

### Interdittive antimafia, sindacato sull'esercizio del potere amministrativo e problemi di giurisdizione

di

Agatino Cariola\*

SOMMARIO: 1. *Il quadro normativo* - 2. *Talune aporie della giurisprudenza amministrativa: la mancata partecipazione dell'interessato al procedimento per l'adozione delle informazioni antimafia* - 3. *segue: il sindacato debole del giudice amministrativo sulle informazioni antimafia malgrado o forse a causa della sentenza n. 57/2020 della Corte costituzionale* - 4. *La nozione di libertà personale indicata dagli artt. 13 e 111 Cost.* - 5. *L'incostituzionalità dell'attuale disciplina per la violazione degli artt. 13 e 111, comma settimo, Cost.* - 6. *segue: e per il contrasto con gli artt. 103 e 111 Cost.* - 7. *Incostituzionalità delle misure interdittive antimafia adottate dall'autorità amministrativa per violazione dell'art. 3 Cost.* - 8. *La fuga dalla giurisdizione. La tutela dall'infiltrazione criminale nel settore economico e le necessità di soluzioni rispettose dello Stato di diritto.*

#### 1. *Il quadro normativo*

Le informazioni antimafia interdittive sono un tema assai scivoloso, perché coinvolgono interessi tra i più importanti dell'ordinamento, quali quello di lotta alla criminalità mafiosa e la tutela di una democrazia economica sana, senza la quale non vi sarebbero nemmeno le condizioni di sviluppo, e su altro versante le garanzie da riconoscere alle libertà individuali ed all'iniziativa economica. Chi ne contesta la disciplina e la prassi applicativa è quasi costretto ad una sorta di *excusatio* per non incorrere subito nell'accusa di essere complice di interessi malavitosi anche solo a livello inconsapevole. È come se una sorta di precomprensione si accompagnasse alla considerazione della disciplina giuridica e delle sue concrete applicazioni. Forse ciò spiega la riluttanza della giurisprudenza amministrativa, pur chiamata a sindacare le espressioni del potere amministrativo, a contestare in concreto tali manifestazioni. Eppure, nella stessa giurisprudenza non mancano voci tese ad evitare un diritto amministrativo fondato sul «mero sospetto» giacché «l'effetto sarebbe l'instaurazione

---

\* Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università degli studi di Catania

di un regime di polizia nel quale la compressione dei diritti dei cittadini finirebbe per dipendere dagli orientamenti culturali e dalle suggestioni ideologiche (quand'anche non dalle idee politiche) dei funzionari o, peggio, degli organi dai quali essi dipendono»<sup>1</sup>. Si è anche avvertito che «il pericolo dell'infiltrazione mafiosa, quale emerge dalla legislazione antimafia, non può tuttavia sostanziarsi in un sospetto della pubblica amministrazione o in una vaga intuizione del giudice, che consegnerebbero questo istituto, pietra angolare del sistema normativo antimafia, ad un diritto della paura»<sup>2</sup>. Il che è confortante circa il fatto che si conservano elementi di riflessione su un assetto altrimenti giustificato alla stregua delle ragioni di necessità.

Come è noto, l'art. 84 d.lgs. n. 159/2011 prevede l'informazione antimafia quale attestazione dell'avvenuta applicazione di una misura di prevenzione e – si direbbe soprattutto – quale «attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate». Il provvedimento è adottato dal Prefetto a carico di imprese, ma in generale di tutti i soggetti che entrano in rapporto con le pp.aa e, secondo una più recente tendenza, anche di ogni altro soggetto a prescindere dal fatto di intrattenere rapporti con le pp.aa. L'informazione è rilasciata sulla base di una serie di elementi che si situano ad un livello assai precedente a quello necessario per l'applicazione di una misura di prevenzione (art. 84, comma 4; art. 91, comma 6) e non a caso le si attribuisce la funzione di "frontiera avanzata" nella lotta contro le mafie. Essa comporta l'impossibilità per il soggetto colpito della possibilità di stipulare contratti con la p.a. o di ricevere autorizzazioni, concessioni ed erogazioni. Eventuali contratti già stipulati sono risolti per recesso. Autorizzazioni e concessioni sono revocate (art. 94).

Va subito rilevato che le misure antimafia sono state – per così dire – completate dalla previsione dell'art. 32 d.l. n. 90/2014, conv. in l. n. 114/2014, alla cui stregua il prefetto può commissariare l'impresa, ordinandole «la rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto» e, specie allorquando l'impresa non si

---

<sup>1</sup> Così Cga n. 257/2016.

<sup>2</sup> CdS n. 6105/2019. Cfr. anche M. Nocelli, *Le informazioni antimafia tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), dicembre 2020, 34, il quale nota che il coinvolgimento di valori di rilevanza costituzionale in occasione dell'adozione di interdittive richiede il costante affinamento delle categorie abituali al giudice amministrativo per assicurare «lo Stato di diritto senza che la prevenzione contro la mafia trasformi l'istituto dell'informazione antimafia in un imprevedibile, e incontrollabile, diritto della paura».

adeguati, provvedendo «direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione [di un] contratto di appalto o [di una] concessione». Ciò è consentito in un ampio spettro di ipotesi, e cioè qualora pendano un'indagine giudiziaria per taluni delitti contro la p.a. specificamente indicati, «ovvero, in presenza di rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture, ovvero ad un concessionario di lavori pubblici o ad un contraente generale»; ovvero, ancora, «nei casi in cui sia stata emessa dal Prefetto un'informazione antimafia interdittiva e sussista l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto, ovvero la sua prosecuzione al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici». Il commissariamento dell'impresa equivale ad una sorta di sequestro deciso appunto dall'autorità amministrativa, oltretutto per la ricorrenza di fattispecie assai poco determinate. Si consideri che anche la pendenza dell'indagine giudiziaria non dovrebbe essere da sola sufficiente a fondare un potere così intenso in capo al prefetto, se solo si pone mente al fatto che la prospettazione accusatoria del pubblico ministero (perché a ciò si riferisce l'espressione «l'autorità giudiziaria proceda per i delitti ...») è destinata ad essere vagliata dal giudice e che lo stesso pm potrebbe modificare l'imputazione (artt. 423, 516-517 cpp).

Insomma, l'ordinamento ha predisposto una serie di misure assai incisive sulle imprese, idonee a limitarne la sfera di azione e tali addirittura da portare al trasferimento sostanziale delle decisioni imprenditoriali a strutture commissariali emanazione della p.a.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Sulla complicata disciplina delle informative antimafia, sulla contaminazione della distinzione tra comunicazioni ed informative, nonché sul controllo giudiziario previsto dall'art. 34-bis d.lgs. n. 159/2011, e soprattutto sulla giurisprudenza amministrativa, cfr. i contributi raccolti in G. Amarelli, S. Sticchi Damiani, a cura di, *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019. V. poi F.G. Scoca, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità delle lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2018; A.M. Speciale, *Interdittive antimafia tra vecchi confini e nuovi scenari*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ottobre 2020; M. Nocelli, *Le informazioni antimafia tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, cit.; M. Mazzamuto, *Il salvataggio delle imprese tra controllo giudiziario volontario, interdittive prefettizie e giustizia amministrativa*, in *Sistema penale*, 2020; G.

2. *Talune aporie della giurisprudenza amministrativa: la mancata partecipazione dell'interessato al procedimento per l'adozione delle informazioni antimafia*

Si inseriscono in questo quadro talune contraddizioni della giurisprudenza amministrativa, vere e proprie aporie, sulle quali vale la pena di intrattenersi.

La prima attiene alla mancata partecipazione dell'interessato al procedimento che conduce all'adozione dell'informativa<sup>4</sup>. L'art. 93 d.lgs. n. 159 prevede che il prefetto competente al rilascio dell'informazione inviti ad un'audizione personale «i soggetti interessati a produrre, anche allegando elementi documentali, ogni informazione ritenuta utile». Ma ciò solo «ove lo [si] ritenga utile». L'esperienza non conosce tanti provvedimenti adottati all'esito di un procedimento cui ha partecipato il soggetto interessato. In generale il richiamo ad esigenze di celerità costituisce una sorta di clausola di stile presente in molte informazioni.

Ne ha dovuto prendere atto CdS n. 4979/2020, che ha sì riconosciuto la necessità di assicurare la partecipazione dell'interessato al procedimento, ma che invece di affermare l'invalidità dell'atto per violazione di un principio fondamentale del diritto pubblico, ha preferito adottare una prospettiva *de iure condendo* e richiedere l'intervento del legislatore per sancire finalmente la partecipazione dell'interessato al procedimento conducente all'applicazione della misura afflittiva. Altre decisioni hanno sì ricordato l'art. 93, ma hanno pur concluso che la disposizione contempla solo una facoltà, non un obbligo a carico dell'amministrazione di modo che, «trattandosi di facoltà, l'omessa audizione non costituisce motivo di illegittimità del provvedimento di interdizione antimafia»<sup>5</sup>. Addirittura le ragioni di urgenza legate ad attività di indagine giudiziaria (anche se non sempre sussistono siffatte motivazioni, anzi un procedimento amministrativo dura mesi) sono state ritenute tali da escludere in radice la partecipazione, ricondotta sì alla «tutela del diritto di difesa, ma resa eventuale dal

---

Amarelli, *Interdittive antimafia e «valori fondanti della democrazia»: il pericoloso equivoco da evitare*, in *Giustizia insieme*, luglio 2020.

<sup>4</sup> Sul punto cfr. F. Sammarco, *Le garanzie partecipative nei procedimenti interdittivi antimafia*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), dicembre 2020; R. Rolli, M. Maggiolini, *Informativa antimafia e contraddittorio procedimentale (nota a Cons. St. sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979)*, in *Giustizia insieme*, novembre 2020; anche M. Mazzamuto, *Interdittive prefettizie; rapporti tra privati e giusto procedimento*, in *Giur. it.*, 2020, 1471.

<sup>5</sup> CdS n. 3039/2020, v. anche CdS n. 2962/2020.

Legislatore e rimessa alla discrezionalità dell’Autorità procedente»<sup>6</sup>.

In tal modo la giurisprudenza amministrativa ha quasi dato la sua risposta contraria all’avvertimento della Corte di giustizia dell’Unione europea secondo la quale «il rispetto dei diritti della difesa costituisce un principio generale del diritto dell’Unione, che trova applicazione quando l’amministrazione intende adottare nei confronti di una persona un atto che le arrechi pregiudizio», e che pertanto i destinatari di atti incidenti sulla sfera di interesse «devono essere messi in condizione di manifestare utilmente il loro punto di vista in merito agli elementi sui quali l’amministrazione intende fondare la sua decisione». Per la CGUE «la questione posta verte[va], in sostanza, sull’interpretazione del principio di buona amministrazione» e che l’obbligo di consentire l’esercizio del diritto di difesa «incombe sulle amministrazioni degli Stati membri ogni qualvolta esse adottano decisioni che rientrano nella sfera d’applicazione del diritto dell’Unione, quand’anche la normativa dell’Unione applicabile non preveda espressamente siffatta formalità (sentenza del 22 ottobre 2013, Sabou, C-276/12, EU:C:2013:678, punto 38)»<sup>7</sup>. Epperò, l’ammonimento è stato pressoché ignorato.

---

<sup>6</sup> CdS n. 7146/2010, che è pure andato a ricercare CGUE 9 novembre 2017, in C-298/16, § 35, per il riconoscimento 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 di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti».

<sup>7</sup> Si tratta dell’ordinanza CGUE 28 maggio 2020 in C-17/20, che ha ritenuto irricevibile una questione di pregiudizialità sollevata da Tar Puglia per la mancanza di collegamento con il diritto dell’Unione. Infatti, l’ordinanza di rimessione non conteneva alcuna considerazione al riguardo. Eppure, l’adozione delle interdittive antimafia ad opera di un’autorità amministrativa incide sulla sfera personale e patrimoniale delle imprese operanti di necessità nella sfera giuridica europea e quindi si riflette sulle libertà tipiche del diritto europeo: risulta limitata «la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali», art. 26 TFUE; il diritto di stabilimento, che comprende quello di costituire ed esercitare imprese, art. 49 TFUE; la libertà di circolazione dei servizi, artt. 56-57 TFUE. Una decisione amministrativa, adottata in modo da non consentire la partecipazione dell’interessato, priva l’impresa della possibilità di negoziare con ogni pubblica amministrazione e/o ogni stazione appaltante. Ma in tal modo – e solo ad esempio – l’intero sistema delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disciplinato dalle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, ne risulta inciso. Non si comprende nemmeno se le imprese italiane colpite da interdittiva possano “circolare” e partecipare a gare in ambito europeo. Probabilmente l’esito disposto dall’art. 94 d.lgs. n. 159/2011 (revoca delle autorizzazioni e delle concessioni, recesso dai contratti) non può non essere previsto in sede europea ed in maniera omogenea, non bastando il Considerato n. 100 alla direttiva 2014/24/UE («È opportuno evitare l’aggiudicazione di appalti pubblici ad operatori economici che hanno partecipato a un’organizzazione criminale o che si sono resi colpevoli di corruzione, di frode a danno degli interessi finanziari dell’Unione,

Eppure, la partecipazione del privato al procedimento che lo riguarda potrebbe permettergli di adottare quelle misure di *self-cleaning* sulle quali talvolta la stessa giurisprudenza pone attenzione<sup>8</sup>. Il richiamato art. 32 d.l. n. 90/2014 dispone che, prima di adottare il commissariamento dell'impresa, il prefetto intimi a quest'ultima di rinnovare e sostituire gli organi sociali, che cioè e per l'appunto inizi con la stessa impresa quel percorso volto alla riconduzione alla legalità a mezzo di decisioni adottate in via autonoma dal soggetto privato.

Per questo non si comprende perché la giurisprudenza amministrativa continui a negare rilievo invalidante all'esclusione della partecipazione del soggetto interessato alla procedura di adozione della misura.

È noto che la partecipazione al procedimento era già qualificata tra i «principi generali dell'ordinamento giuridico» nel testo originario dell'art. 29 della l. n. 241/1990; oggi attiene «ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione». È istituto omologo a quello del contraddittorio che segna ogni processo per l'art. 111 Cost. e l'art. 6 Cedu. Potrebbe dirsi che è esplicazione del principio di correttezza che per l'art. 1175 cc dovrebbe regolare ogni rapporto, compresi quelli tra p.a. e soggetti privati.

Se si vuole, può anche dirsi che contraddittorio processuale e partecipazione al procedimento amministrativo – che esprimono una connessione assai antica appunto tra processo e procedimento – sono l'equivalente di quel *due process of law* che per il XIV emendamento della Costituzione americana ha distinto gli sviluppi del costituzionalismo in quel Paese.

Non a caso una giurisprudenza ormai “antica” della Cedu ha stabilito l'applicazione del contraddittorio sancito dall'art. 6 della Convenzione anche per il procedimento

---

di reati di terrorismo, di riciclaggio dei proventi di attività illecite o di finanziamento del terrorismo»). La disciplina in questione non può essere rimessa agli Stati, ma deve essere omogenea in applicazione, oltretutto, delle competenze dell'Unione in materia di cooperazione negli ambiti civili (artt. 81 TFUE), penali (art. 82) e di polizia (art. 87 TFUE). La circostanza che l'Italia abbia adottato una tale disciplina a carico delle proprie imprese (l'art. 87, comma 2, lett. b, stabilisce la competenza del «prefetto della provincia in cui i soggetti richiedenti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, hanno sede per le società costituite all'estero, prive di una sede secondaria con rappresentanza stabile nel territorio dello Stato», ma è ovvio che in ogni caso per le imprese aventi sede all'estero mancano al prefetto le fonti di informazione indicate dall'art. 84, comma 4) finisce per discriminare tra le imprese europee.

<sup>8</sup> Cfr. per lo spunto CdS n. 1049/2021; v. poi C. Filicetti, *Self cleaning e interdittiva antimafia*, in *Giustizia insieme*, luglio 2020.

amministrativo conducente all'adozione di misure afflittive<sup>9</sup>.

Invero, la mancata partecipazione dell'interessato al procedimento per l'adozione dell'informazione interdittiva è in violazione degli artt. 7 e 8 della l. n. 241/1990, che sanciscono in via generale il contraddittorio con l'interessato anche nel procedimento amministrativo e non operano alcuna distinzione al riguardo. Lo stesso art. 10-bis, che pure si riferisce ai procedimenti ad istanza di parte, esprime lo stesso principio: cioè che va sempre assicurata la partecipazione dell'interessato al procedimento che lo concerne. Il principio è poi contenuto nell'art. 41 CDFUE, e legato al valore di buona amministrazione: la Carta di Nizza riconosce ed assicura «il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio».

Allora anche in materia di informative antimafia debbono applicarsi le disposizioni generali sul procedimento amministrativo, ad iniziare appunto dal principio della necessaria partecipazione del soggetto interessato.

La partecipazione dell'interessato è vieppiù essenziale le volte in cui la p.a. incide in maniera autoritativa sullo *status* personale e sulla sfera patrimoniale.

Non possono accamparsi in senso contrario pretese ragioni di ordine pubblico, atteso che il contraddittorio è principio generale sia del processo, compreso quello penale, cfr. art. 111 Cost. e art. 6 Cedu, sia del procedimento amministrativo.

Insomma, proprio nel processo penale – quello più caratterizzato dalle esigenze di repressione dei reati – la regola è il contraddittorio e ciò vale anche per le misure di prevenzione reale. Per le ipotesi in cui vi è il concreto pericolo che i beni da confiscare possano essere dispersi, sottratti o alienati, l'art. 22 d.lgs. n. 159/2011 consente che si provveda in via d'urgenza al sequestro dei medesimi beni su decisione del presidente del tribunale; in ogni caso tale decisione va convalidata entro trenta giorni a seguito di un procedimento nel quale è ovviamente assicurato il contraddittorio.

Non si comprende perché le misure amministrative disposte dal prefetto ai sensi del d.lgs. n. 159/2011, e che pure hanno in astratto incidenza minore rispetto a quelle disposte in sede giurisdizionale (la perdita di capacità negoziale con la p.a., la revoca di

---

<sup>9</sup> Cfr. *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v Belgium*, 23 giugno 1981, parr. 57 ss.; *Piersack v Belgium*, 1 ottobre 1982, parr. 27 ss.; *Cambell and Fell v UK*, 28 giugno 1984, par 78. Su tale giurisprudenza A. Pajno, *La giustizia amministrativa nel sistema "convenzionale"*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), giugno 2020.

contributi, la decadenza da concessioni, ecc. a fronte del sequestro prima e della confisca poi dei beni aziendali disposti a conclusione del vero e proprio processo), non debbano essere adottate a seguito del necessario ed indefettibile contraddittorio procedimentale.

A proposito delle misure di prevenzione personale e patrimoniale disposte in sede giurisdizionale, ed oggi contemplate dagli artt. 4 ss. e 16 ss. d.lgs. n. 159/2011, Corte costituzionale n. 93/2010 ha ricordato che per la giurisprudenza della Corte EDU deve garantirsi la pubblicità anche nei processi in cui tali misure sono applicate. Il principio di pubblicità delle udienze ha valore costituzionale, anche perché consacrato in strumenti internazionali, quali l'art. 14 del Patto internazionale di New York relativo ai diritti civili e politici, reso esecutivo con legge 25 ottobre 1977, n. 881; e l'art. 47, paragrafo 2, CDFUE, recepita dall'art. 6 TUE.

Ora, la piena giurisdizionalizzazione delle misure di prevenzione disposte appunto in sede giurisdizionale esprime un'esigenza che non vale solo per esse, ma per tutti i procedimenti nei quali vengono in considerazione gli *status* personali e le sfere patrimoniali. La pubblicità delle udienze implica la piena partecipazione dell'interessato e la possibilità di intervenire a sua difesa. Allora, non può ammettersi la "schizofrenia" ordinamentale di un sistema nel quale le misure disposte dal giudice sono inflitte a seguito di un giudizio in cui tutte le garanzie sono assicurate; mentre quelle disposte dall'amministrazione, per quanto di contenuto egualmente idoneo ad incidere con forza su *status* e patrimoni, sono comminate in assenza di ogni garanzia procedimentale. Non può esserci un procedimento amministrativo «segreto», per riprendere l'espressione della Corte EDU.

Le volte (eccezionali) in cui fosse necessario assicurare riservatezza al procedimento a carico di qualcuno, la p.a. dovrebbe motivare se e perché è impossibile (e/o inopportuna) la comunicazione del procedimento avviato. Alla p.a. incombe l'onere della prova e della relativa motivazione, di spiegare perché in quel caso debba derogarsi al principio fondamentale di partecipazione del privato al procedimento che lo riguarda. Il che è fondamentale se solo si considera che il contraddittorio assiste il processo giurisdizionale per l'irrogazione di ogni sanzione.

Lo stesso è da dire per altre giustificazioni – per così dire – *bonne a tout faire*, quale la celerità da assicurare al medesimo procedimento.



Insomma, l'informazione antimafia ex artt. 84 e 91 d.lgs. n. 159/2011 va adottata a seguito di apposito procedimento cui l'interessato sia messo in grado di partecipare.

La presenza del soggetto interessato non può considerarsi ininfluenza al fine dell'adozione del provvedimento più idoneo alla cura dell'interesse pubblico volto alla preservazione dell'attività economica da infiltrazioni mafiose ed alla tutela del medesimo interesse pubblico.

Se ha senso porre l'accento sulla funzione del procedimento a permettere alla p.a. di raccogliere tutti gli elementi in fatto ed in diritto per conformare la sua azione alla migliore tutela dell'interesse pubblico (art. 3 l. n. 241/1990), risulta con tutta evidenza che l'amministrazione ha l'obbligo di provocare il contraddittorio con l'interessato – *id est*: di assicurarne la partecipazione.

3. *segue: il sindacato debole del giudice amministrativo sulle informazioni antimafia malgrado o forse a causa della sentenza n. 57/2020 della Corte costituzionale*

A seguire dopo quello relativo al procedimento il problema più rilevante dato dall'adozione delle informazioni antimafia interdittive è costituito dalla natura e dall'estensione del sindacato giurisdizionale sui medesimi atti.

Nell'attuale assetto che attribuisce la loro adozione ad un'autorità amministrativa quale il prefetto è stato naturale che il giudice amministrativo si sia trovato a sindacare provvedimenti attinenti, in definitiva, a vicende di carattere penale (la stessa pericolosità sociale di un soggetto è nozione tipicamente penalistica) anche se del tutto estranee alla sua cultura. È stato pressoché conseguente che la cognizione del giudice amministrativo non si sia portata e non si porti sulla vicenda in fatto (la presenza o meno d'infiltrazione mafiosa, come è naturale in ogni giudizio penale), ma solo sullo "schermo" rappresentato dalla decisione amministrativa: è quest'ultima a venire in rilievo e ad essere vagliata con le tecniche tipiche di un sindacato (che potrebbe definirsi) di secondo grado, cioè quello di ragionevolezza. È significativo che nelle decisioni intervenute ad opera dei giudici amministrativi le motivazioni non si soffermino tanto sul preteso vizio di travisamento dei fatti, cioè del vizio afferente all'esistenza o meno del "fatto mafioso", ma si limitino al sindacato di logicità e ragionevolezza del provvedimento, che è appunto altra cosa.

Invero, già nei confronti dei provvedimenti disciplinati dal tulp 1931 il giudice

amministrativo manifesta in genere una deferenza<sup>10</sup> nei confronti delle decisioni adottate dalle autorità preposte alla tutela dell'ordine pubblico che lo induce a limitarne il sindacato alle ipotesi di palese irragionevolezza<sup>11</sup>.

Ciò avviene a maggior ragione a proposito del controllo sulle decisioni prefettizie interdittive per il rilievo degli interessi coinvolti. Il sindacato giurisdizionale sulle medesime si risolve spesso in uno di tipo cd estrinseco, appunto limitato al controllo sulle espressioni di potere da parte dell'amministrazione manifestamente illogiche ed irragionevoli<sup>12</sup>.

A considerare le argomentazioni utilizzate, nelle decisioni giurisdizionali stanno, in

---

<sup>10</sup> *Judicial deference* è invero la tendenza che pur all'interno del *judicial review* si riferisce non solo al rispetto delle decisioni del Parlamento, ma anche a quelle di pubbliche amministrazioni, specie di agenzie ed autorità cd indipendenti. Nell'ordinamento statunitense cfr., ad esempio, *Bowles v. Seminole Rock & Sand Co.*, 325 U. S. 410 (1945); *Chevron U.S.A., INC., v. Natural Resources Defense Council et al.*, 467 U.S. 837 (1984); *Perez, Secretary of Labor, et al. V. Mortgage Bankers Association et al.*, 575 U.S. 135 S.Ct. 1199 (2015). In tale posizione vi è probabilmente la considerazione delle competenze tecniche specifiche delle quali i soggetti amministrativi sarebbero dotati al contrario della cultura generalista del giudice. Nella dottrina italiana il tema è trattato, per così dire, su due fronti. Per un verso viene in rilievo il sindacato sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione, cfr. per tutti e per altri riferimenti F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 371 ss.; C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; L. Violini, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo, Centrali nucleari e sostanze cancerogene negli Stati Uniti*, Milano, 1986; G. Parodi, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, 1990; D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1992; P. Lazzara, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001; D. Mastrangelo, *La tecnica nell'amministrazione fra discrezionalità pareri e merito*, Bari, 2003; A. Travi, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 439 ss.; A. Giusti, *Contributo allo studio di un concetto giuridico ancora indeterminato: la discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007; F. Cintioli, *Discrezionalità tecnica (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir., Annali I.2*, Milano, 2008, 471 ss; D. Vese, *Sul sindacato del giudice amministrativo sulle decisioni dell'agcm. Pienezza della giurisdizione e tutela dei diritti*, in *Judicium*, 2019. Su altro versante sono considerati i rapporti tra atto amministrativo e legge, specie quella a contenuto provvedimentale, D. Vaiano, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano 1996; e A. Mitrotti, *'Riserva di Amministrazione' versus 'Amministrazione per legge'. Tendenze ed evoluzioni tra prassi politica, giurisprudenza ed in rilettura dogmatica*, in *Nomos*, 2020, 3, 1 ss.

<sup>11</sup> Cfr., ad esempio, CdS n. n. 266/2020; n. 1309/2020; n. 2102/2020, le quali citano altri precedenti.

<sup>12</sup> Sul punto non sono scalfite dall'osservazione della giurisprudenza, sulla quale v. nota 22, le osservazioni di F.G. Scoca, *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2013, 10 s., che lamentava il carattere debole del sindacato del giudice amministrativo. Sul controllo giudiziario sulle interdittive cfr. almeno S. Sticchi Damiani, *Le interdittive tra lacune normative e discrezionalità amministrativa: il ruolo del giudice amministrativo nell'individuazione degli elementi indiziari*, in G. Amarelli, S. Sticchi Damiani, a cura di, *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, cit., 89 ss.; L. Cestaro, *L'impugnazione dell'informazione antimafia e il sindacato del giudice amministrativo*, ivi, 127 ss.; R. Rolli, M. Maggolini, *Interdittiva antimafia e controllo giudiziario (nota a Consiglio di Stato, sez. III, 11 gennaio 2021, n. 319)*, in *Giustizia insieme*, febbraio 2021.

realtà, affermazioni di tutti i generi. Per un verso, si continua a premettere che il sindacato del giudice amministrativo debba essere appunto di carattere estrinseco<sup>13</sup>; per altro verso ci si premura di asserire che il vaglio giurisdizionale assicurato davanti il giudice amministrativo sarebbe pieno ed effettivo<sup>14</sup>. Anzi, dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 57/2020 non vi è pressoché decisione che non insista su tale profilo.

Come è noto, la sentenza n. 57/2020 ha respinto le censure d'incostituzionalità delle misure interdittive disciplinate dal d.lgs. n. 159 per il possibile contrasto con gli artt. 3 e 41 Cost., cioè per l'irragionevolezza della disciplina che assegna ad un provvedimento amministrativo gli effetti propri della misura di prevenzione stabilita in sede giurisdizionale e per l'incisione sull'iniziativa economica privata. La sentenza ha formalmente escluso di considerare gli argomenti proposti dalla parte privata circa il possibile contrasto della disciplina sulle misure di prevenzione adottate in sede amministrativa con il principio di legalità sancito dall'art. 2 Protocollo 4 Cedu, in materia di libertà di circolazione, e con il principio di proporzionalità riguardo le misure repressive e/o sanzionatorie. La Corte ha ritenuto il motivo estraneo al *thema decidendum* sollevato dal giudice *a quo*, ma in realtà ha sviluppato l'intera argomentazione sul rispetto del «principio fondamentale di legalità sostanziale, che presiede all'esercizio di ogni attività amministrativa» (punto n. 5). La Corte ha valorizzato il filone della giurisprudenza amministrativa la quale, in considerazione dei contrapposti valori costituzionali in gioco, richiederebbe alle prefetture di valutare attentamente gli elementi in fatto tali da offrire un quadro chiaro, completo e convincente del pericolo di infiltrazione mafiosa, ed esigerebbe una motivazione accurata. Le valutazioni delle prefetture sarebbero sì discrezionali, ma dalla forte

---

<sup>13</sup> Ad esempio, Tar Reggio Calabria n. 713/2020, dove ancora l'asserzione secondo la quale «il controllo sulla legittimità delle informazioni interdittive, invece, si caratterizza come estrinseco, condotto nei limiti del vizio di eccesso di potere quanto all'adeguatezza dell'istruttoria, alla ragionevolezza del momento valutativo, nonché alla congruità e proporzionalità rispetto al fine perseguito (cfr. Cons. Stato sez. III, 10 gennaio 2018, n. 96)». In senso opposto, ma dando atto del filone giurisprudenziale contrapposto, Tar Molise n. 39/2021. In questo filone può farsi rientrare pure l'affermazione di CGA n. 55/2021, che ha sì annullato un'interdittiva, ma ha anche riportato che «l'ampia discrezionalità di apprezzamento del Prefetto in tema di tentativo di infiltrazione mafiosa comporta che tale valutazione sia sindacabile in sede giurisdizionale solo in caso di manifesta illogicità, irragionevolezza e travisamento dei fatti».

<sup>14</sup> CdS n. 2962/2020; CdS 3039/2020.

componente tecnica. Il giudice amministrativo eserciterebbe su esse un vaglio giurisdizionale pieno ed effettivo e niente affatto estrinseco: anzi, all'impegno della giurisprudenza amministrativa si dovrebbe «la individuazione di un nucleo consolidato ... di situazioni indiziarie, che sviluppano e completano le indicazioni legislative, costruendo un sistema di tassatività sostanziale» (punto n. 5.3).

L'ultima notazione sembra, invero, piuttosto equivoca giacché si è arrivati a riconoscere che le puntualizzazioni operate dalla giurisprudenza costante e uniforme hanno avuto l'effetto di «delimitare l'applicazione di disposizioni legislative incidenti su diritti costituzionalmente protetti, pure caratterizzate da una certa genericità»: il che potrebbe significare che il «dato normativo» non fosse di per sé esente dai dubbi di costituzionalità riguardo il rispetto del principio di legalità se è stato necessario l'arricchimento dovuto all'«articolato quadro giurisprudenziale»<sup>15</sup>.

Invero, rimane un dato problematico che la predeterminazione delle condizioni in presenza delle quali si limitano diritti costituzionali sia raggiunta solo ad opera della giurisprudenza<sup>16</sup>. L'ipotesi limite – ammessa in via d'eccezione – non può essere elevata a sistema. A parte che la pretesa tipizzazione è sconfessata *apertis verbis* dall'insistita esigenza di far fronte al proteiforme atteggiarsi dell'infiltrazione mafiosa che non consente alcuna standardizzazione delle relative fattispecie<sup>17</sup>.

Invero, malgrado l'inciso iniziale sulla limitazione dell'oggetto della decisione, l'insistenza sulla tipizzazione sostanziale ad opera della giurisprudenza delle fattispecie che fondano le misure interdittive mostra la consapevolezza nella Corte

---

<sup>15</sup> La posizione della Corte costituzionale è stata di recente assunta quale risoltrice di ogni problema da CdS n. 957/2021. Per questo giudice amministrativo «la stessa sentenza del giudice delle leggi ha chiarito che a fronte della denuncia di un deficit di tassatività della fattispecie, specie nel caso di prognosi fondata su elementi non tipizzati ma “a condotta libera”, “lasciati al prudente e motivato apprezzamento discrezionale dell'autorità amministrativa”, un ausilio è stato fornito dall'opera di tipizzazione giurisprudenziale che, a partire dalla sentenza di questo Consiglio di Stato 3 maggio 2016, n. 1743, ha individuato un “nucleo consolidato (...) di situazioni indiziarie, che sviluppano e completano le indicazioni legislative, costruendo un sistema di tassatività sostanziale”». Epperò, ciò comporta ancora una volta riconoscere che il quadro normativo non sia il più rispondente al principio di legalità se è (stata) necessaria l'opera di tipizzazione della giurisprudenza.

<sup>16</sup> Così già CdS n. 2/2020, che cita Corte costituzionale n. 24/2019 e Cedu 26 novembre 2011, *Gochev c. Bulgaria*; Cedu, 4 giugno 2002, *Olivieiria c. Paesi Bassi*; Cedu, 20 maggio 2010, *Lelas c. Croazia*.

<sup>17</sup> E non a caso CdS n. 2343/2018 valorizza la formula 'elastica' adottata dal legislatore nel disciplinare l'informativa interdittiva antimafia su base indiziaria».

costituzionale del problema dato dalla necessità che la legge contenga previsioni sufficientemente dettagliate sulla condotta sulla quale si basano misure di tal tipo: insomma sullo sfondo della sentenza n. 57/2020 stanno gli avvertimenti della Corte Edu nel caso *De Tommaso* sulla prevedibilità dei comportamenti valutabili ai fini dell'interdittiva<sup>18</sup>. Se non fosse così, se cioè fosse vero che della giurisprudenza Cedu per ora non se ne sia trattato, il problema sarebbe stato solo rimandato.

Del resto, la considerazione del diritto vivente porta ad essere piuttosto scettici circa la portata del sindacato giurisdizionale sulle interdittive antimafia.

I provvedimenti amministrativi riportano spesso motivazioni tratte da pronunce nelle quali si insiste sul carattere cautelare della misura preventiva, che prescinde dall'accertamento probatorio della sede penale; talvolta addirittura negli atti si citano precedenti nei quali il sindacato giurisdizionale è stato escluso o comunque estremamente limitato.

Soprattutto, i criteri elaborati dalla giurisprudenza amministrativa ("più probabile che non")<sup>19</sup>, ("probabilità cruciale")<sup>20</sup>, sono di fatto adoperati per giustificare anche a posteriori decisioni amministrative di per sé fondate solo sul sospetto e non dotate di apparato probatorio.

Invero, se si escludono pronunce del CGA che hanno annullato interdittive antimafia<sup>21</sup>, le posizioni del supremo Consesso amministrativo sono in misura assolutamente preponderante assai ferme nel confermare la legittimità delle misure prefettizie<sup>22</sup>. Per

---

<sup>18</sup> Cedu 23 febbraio 2017, ric. n. 43395/09, *De Tommaso c. Italia*, sulla quale F. Viganò, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in DPC, 2017, 3, 370 ss. Sulla sentenza *De Tommaso* insiste G. Amarelli, *Interdittive antimafia e «valori fondanti della democrazia»: il pericoloso equivoco da evitare*, cit.

<sup>19</sup> Ad esempio CdS n. 2343/2018; CdS n. 338/2021; CdS n. 383/2021; CdS n. 957/2021; CdS n. 1049/2021. Sui criteri del "più probabile che non" e di "probabilità cruciale", applicati alle misure antimafia, v. F. Fracchia, M. Occhierna, *Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: "più probabile che non" e "oltre", "rilevante probabilità" e "oltre ogni ragionevole dubbio". Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico*, in *Dir. econ.*, 2018, 1143 ss.

<sup>20</sup> Cfr. CdS n. 6105/2019; CdS n. 305/2021.

<sup>21</sup> Anche qui a titolo di esempio Cga n. 125/2018; n. 653/2020; n. 664/2020; n. 986/2020; n. 1062/2020; n. 1120/2020, n. 55/2021. Il contrasto giurisprudenziale tra Cga e CdS è ammesso da M. Nocelli, *Le informazioni antimafia tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, cit., 24.

<sup>22</sup> Così proprio le sentenze citate da Corte costituzionale n. 57/2020, cioè CdS n. 1743/2016 e CdS n. 6105/2019. Tra le tante pronunce cfr. CdS n. 981/2017; CdS n. 1315/2017; Cds n. 889/2019; CdS n. 2212/2019; tra quelle recenti più CdS n. 2962/2020; CdS n. 5416/2020; CdS n. 304/2021; CdS n. 305/2021; CdS n. 319/2021; CdS n. 338/2021; CdS n. 383/2021; CdS n. 412/2021; CdS n. 957/2021; CdS n. 1049/2021. Va segnalato il caso di CdS n. 387/2021 in cui l'intervenuto controllo

un verso, e per così dire, la riflessione giuridica dovrebbe prescindere dalla statistica; epperò, sotto altro versante, la considerazione degli esiti giudiziari non può non entrare nella valutazione degli interpreti.

Il giudice amministrativo continua a riferirsi quale giudice di mera legittimità alla misura interdittiva ed alle sue modalità di redazione, sicché il concreto fatto di vita non entra se non nei limiti imposti dal sindacato sull'esercizio della discrezionalità tecnica, «sottratta al sindacato giurisdizionale in assenza di macroscopiche incongruenze od evidenti divergenze rispetto alla realtà effettuale»<sup>23</sup> ovvero «sulla quale il sindacato di legittimità del giudice amministrativo è limitato al riscontro del vizio di illegittimità per violazione delle regole procedurali e di quello di eccesso di potere in particolari ipotesi-limite»<sup>24</sup>.

Se si vuole, può dirsi che proprio l'ancoraggio delle misure prefettizie alla discrezionalità tecnica conduce a quella *judicial deference* tipica di tali giudizi, che si somma alla consapevolezza del giudice sul rischio di far disperdere attività pur sempre legate al mantenimento dell'ordine pubblico. E poi la stessa cultura del giudice amministrativo lo induce ad essere assai cauto in vicende (in ogni caso) contigue a quelle penali, cioè a dire a confermare decisioni amministrative incidenti su beni tanto rilevanti.

Ed allora – lo si constata agevolmente dall'esame della giurisprudenza – il modello rimane quello del sindacato debole o estrinseco, tanto è vero che lo stesso termine ritorna a proposito del giudizio sui provvedimenti di scioglimento delle

---

giudiziario ex art. 34-bis d.lgs. n. 159/2011 è valso «a paralizzare l'efficacia escludente propria dei provvedimenti d'interdittiva antimafia». Anche le pronunce citate da M. Nocelli, *Le informazioni antimafia tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, cit., quali espressioni di un sindacato effettivo e pieno, sono confermate della legittimità della misura prefettizia, CdS n. 2232/2016; CdS n. 2774/2016; CdS n. 820/2018; CdS n. 7151/2018; CdS n. 4421/2019; CdS n. 1546/2020; CdS n. 6740/2020; CdS n. 7146/2020; ad eccezione di CdS n. 3138/2018. Invero, l'idea che le misure antimafia siano scudo per difendere il buon andamento della *res publica* dalla minaccia di infiltrazione mafiosa e addirittura spada per reprimere siffatta minaccia, svincola la potestà prefettizia dalle logiche penalistiche di accertamento dei fatti "oltre ogni ragionevole dubbio", così R. Rolli, *L'informazione antimafia come "frontiera avanzata" (nota a sentenza Consiglio di Stato Sez. III n. 3641 dell'08.06.2020)*, in *Giustizia insieme*, luglio 2020.

<sup>23</sup> Così CdS n. 1255/2021, in una vicenda nella quale veniva in considerazione la valutazione di una commissione di gara, e che a sua volta richiama CdS n. 6793/2019, ma si tratta di orientamento pacifico, cfr. CdS n. 1248/2021; CdS n. 1361/2021.

<sup>24</sup> A proposito delle valutazioni delle commissioni di concorso CdS n. 6103/2018, richiamata da CdS n. 1290/2021.

amministrazioni locali per infiltrazione mafiosa ai sensi dell'art. 143 tuel, che è pure un campo "contiguo" a quello delle interdittive<sup>25</sup>, ed in cui vengono in rilievo valori fondamentali dell'ordinamento quali la tutela dell'elettorato passivo ed il mantenimento della rappresentanza politica nervo del sistema democratico.

Eppure, il sindacato che si riduce al controllo sulle espressioni di potere da parte del prefetto manifestamente illogiche ed irragionevoli e che non necessitano di raggiungere la soglia della prova, ma solo quella della probabilità, pone problemi di forte contrasto con quanto prescrivono gli artt. 24 e 113 Cost., l'art. 6 Cedu e il noto principio di tutela giurisdizionale sancito dalla CGUE in tante occasioni.

La stessa giurisprudenza amministrativa mostra consapevolezza del problema, anche se finora ha evitato di affrontarlo ed ha piuttosto valorizzato le ipotesi – a dire il vero – eccezionali consentite in via d'emergenza dalle Corti europee elevandoli a causa permanente e generale di giustificazione della previsione legislativa e di ogni sua applicazione.

Così l'eccezione è divenuta sistema, anche se questo resta un punto sempre critico specie dalla prospettiva sovranazionale.

Così il precedente Cedu *De Tommaso c. Italia*, che pure ha riconosciuto la violazione

---

<sup>25</sup> Sul sindacato avverso lo scioglimento per infiltrazione mafiosa delle amministrazioni locali, sempre definito estrinseco, appunto CdS n. 4074/2020; CdS n. 5548/2020; Tar Lazio n. 11940/2020; Tar Lazio n. 12935/2020. Al riguardo va notato che lo schema ribadito dalla giurisprudenza circa le condizioni alle quali è possibile ricorrere allo scioglimento ed alle modalità del controllo fa riferimento «alla congruità e proporzionalità rispetto al fine perseguito», che è espressione assai vaga, la quale può comportare in astratto che più si alza il livello del fine da perseguire, più si amplia lo spettro delle attività consentite all'amministrazione (sino a sfiorare il tema dell'atto politico ex art. 31 t.u. 1924 ed oggi art. 7 cpa). L'ultima argomentazione merita da sola una riflessione più approfondita, giacché per un verso sembra legata al buon senso (l'infiltrazione mafiosa in una città capoluogo – addirittura nella capitale – è vicenda assai più grave che la stessa infiltrazione in un paesino di periferia); per altro verso discrimina tra situazioni ritenute uguali; sino a giustificare soluzioni del tutto opposte. La medesima *ratio* può ispirare, ad esempio lo scioglimento del consiglio comunale di Roma anche in presenza di minimi tentativi di infiltrazione mafiosa, perché è opportuno che l'amministrazione della città capitale del Paese sia immune da ogni sospetto; o al contrario il suo mantenimento per evitare lo scandalo, anche in ambito internazionale. Ma questo significa appunto che il provvedimento di scioglimento avrebbe sole motivazioni politiche sottratte ad ogni sindacato giurisdizionale.

La medesima osservazione può essere avanzata a proposito delle interdittive. Più si pone l'accento sulla essenzialità di tali misure al mantenimento della democrazia, più si finisce per giustificare a tutto tondo gli atti e le modalità di esercizio del potere prefettizio, al riguardo le riflessioni di G. Amarelli, *Interdittive antimafia e «valori fondanti della democrazia»: il pericoloso equivoco da evitare*, cit.

dell'art. 2 Protocollo 4 Convenzione, per la mancanza di tipizzazione delle condotte in grado di giustificare quale conseguenza la misura di prevenzione personale (adattata in sede giudiziaria), è stato pressoché riscritto sino a fargli dire l'opposto e cioè che «negare però in radice che il Prefetto possa valutare elementi "atipici", dai quali trarre il pericolo di infiltrazione mafiosa, vuol dire annullare qualsivoglia efficacia alla legislazione antimafia e neutralizzare, in nome di una astratta e aprioristica concezione di legalità formale, proprio la sua decisiva finalità preventiva di contrasto alla mafia, finalità che, per usare ancora le parole della Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *De Tommaso c. Italia*, consiste anzitutto nel «tenere il passo con il mutare delle circostanze» secondo una nozione di legittimità sostanziale»<sup>26</sup>.

Altra volta è stato utilizzato l'inciso contenuto in una sentenza della CGUE per giustificare l'intero sistema delle misure interdittive antimafia<sup>27</sup>.

Ma si tratta di giustificazioni sulle quali, almeno, occorrerebbe provocare l'intervento del Tribunale del Lussemburgo. Del resto, una cosa è il fondamento in astratto del potere amministrativo, altra il suo esercizio in concreto, altra cosa ancora è l'estensione del sindacato giurisdizionale su siffatto esercizio.

#### 4. *La nozione di libertà personale indicata dagli artt. 13 e 111 Cost.*

Sullo sfondo di questi problemi vi è quello assai più grave – profilo presupposto quasi ad essere il convitato di pietra nella considerazione della normazione e della prassi applicativa – del possibile contrasto con gli artt. 13 e 111, comma settimo, Cost., dell'intera disciplina sull'adozione delle informazioni interdittive ad opera di un'autorità amministrativa senza le garanzie del processo giurisdizionale, all'esito di un procedimento che di norma non vede la partecipazione dell'interessato, e con una decisione attribuita alla cognizione del giudice amministrativo.

È noto che sulla nozione di «libertà personale» dell'art. 13 Cost. si è sviluppata da tempo e continua una riflessione che ha visto particolarmente impegnate sia la

---

<sup>26</sup> CdS n. 2/2020.

<sup>27</sup> Così Cds n. 7146/2020, che ha richiamato CGUE, 26 settembre 2019, in C-63/18, § 37, sulla compatibilità della disciplina italiana del subappalto con il diritto eurounitario, per l'affermazione «che il contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisce un obiettivo legittimo 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».



giurisprudenza costituzionale che la dottrina costituzionalistica e (processual-)penalistica.

Accanto alle letture che hanno inteso la tutela costituzionale limitata alla sola libertà fisica da coercizioni sul corpo <sup>28</sup>, altre tesi hanno osservato che il presupposto della mortificazione/degradazione della dignità dell'individuo si integra anche in altre fattispecie nelle quali sono menomati la dignità, il prestigio sociale, la considerazione della persona in forme di assoggettamento all'altrui potere. A fronte di tali ipotesi si concretizza la violazione dell'*habeas corpus*, talvolta in siffatta prospettiva definito *habeas animam* <sup>29</sup>. Fattispecie di limitazione della «libertà personale» vengono in considerazione in tutte le ipotesi in cui il disvalore del fatto addebitato al soggetto ne comporta appunto il discredito sociale, la scarsa reputazione, un vulnus alla dignità personale (che è valore garantito dagli artt. 2 e 3 Cost.). Ciò è reso evidente dalla locuzione «qualsiasi altra restrizione della libertà personale» usata dal testo costituzionale. Sul punto è da citare almeno il pensiero di C. Mortati che faceva presente la necessità di assoggettare alla pronuncia giudiziaria qualsiasi misura che comporti una menomazione della dignità sociale del cittadino <sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Ad esempio L. Elia, *Libertà personale e misure di prevenzione*, 1962, poi in *Studi di diritto costituzionale (1958-1966)*, Milano 2005, 461 ss., 499 ss. Adde A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*<sup>2</sup>, Padova, 1992, 169 ss.; G. Filippetta, *La libertà personale e le libertà di domicilio, di circolazione e individuale*, in R. Nania, P. Ridola, a cura di, *I diritti costituzionali*<sup>2</sup>, Torino, 2006, 559 ss.

<sup>29</sup> Al riguardo A. Baldassare, *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*, Roma, 1974, 397 ss., in riferimento all'esperienza nordamericana faceva notare il passaggio della concezione della libertà personale dalla libertà fisica all'*habeas mentem*. Dello stesso A., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 281, ove l'insistenza sul passaggio dal modello proprietario della libertà personale, intesa quale disponibilità del corpo, alla libertà-dignità.

<sup>30</sup> C. Mortati, *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1960, 688 s., a commento di Corte cost. n. 45/1960, e del quale merita riportare l'osservazione che «occorre ricercare se e in che senso la «degradazione giuridica» di cui parla la Corte, pur non essendo espressione di limitazioni alla disponibilità del corpo, possa tuttavia farsi rientrare nella fattispecie prevista dall'art. 13 Cost. A ben riflettere, e sempreché l'istituto della sorveglianza speciale, nella sua concreta applicazione, corrisponda ai fini cui il legislatore l'ha preordinato, si dovrebbe escludere che le misure che esso comporta imprimono in coloro che ne sono soggetti passivi una posizione degradante ... Pertanto, se una degradazione si dovesse riconoscere, essa sarebbe da attribuire non già agli obblighi fatti valere, bensì piuttosto alla qualificazione che li precede e li condiziona: quella cioè di «pericolosità sociale», che è come un marchio che si imprime sulla personalità morale determinando una specie di status., tale da mettere il soggetto che ne è colpito in una condizione di subordinazione speciale, ... Se questo è, non dovrebbe rimanere dubbio che, proprio seguendo l'iter logico percorso dalla Corte, sia necessario risalire al momento da cui prende origine tale situazione di inferiorità, ed affidare di conseguenza al

Nella giurisprudenza costituzionale possono essere citate le sentenze nn. 68/1964, 419/1994 e 210/1995, ma già n. 144/1970 aveva affermato che «la libertà [garantita dall'art. 13 può essere] anche intesa come salvaguardia della dignità della persona»<sup>31</sup>.

Il problema che le interdittive antimafia pongono è, appunto, quello della definizione del concetto di libertà personale. Le interdittive colpiscono, infatti, quantomeno la libertà negoziale di un soggetto a seguito di un giudizio di disvalore a carico del medesimo, cioè appunto in conseguenza di una valutazione negativa della sua dignità, appunto la sua degradazione.

La questione può essere indicata anche nei seguenti termini: a seguito

---

giudice la valutazione degli elementi che la rendono applicabile, in ciascuna delle varie sanzioni cui può dar luogo». Nella vasta letteratura sulla nozione di libertà personale adoperata dall'art. 13 Cost., oltre ai lavori citati retro in nota 28, sono sempre da considerare le classiche riflessioni di G. Amato, *La libertà personale*, in P. Barile, a cura di, *La pubblica sicurezza*, Vicenza 1967, 51 ss.; Id., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967; Id., *Commento all'art. 13 Cost.*, in G. Branca, a cura di, *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1977, 1 ss.; A. Barbera, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, cui si deve l'esposizione più ampia della tesi che individua limitazioni di libertà a seguito di valutazioni di degradazione giuridica e morale; A. Pace, *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 287 ss.; R. Nania, *La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana*, Torino, 1989; V. Angiolini, *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, Padova, 1992, 54 ss., 71 ss., 144, che ha sottolineato l'esigenza di proteggere l'attività del giudice per le libertà da ingerenze amministrative; P. Caretti, G. Tarli Barbieri, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*<sup>4</sup>, Torino, 2017, 257 ss.

<sup>31</sup> Sulla giurisprudenza costituzionale, per tutti, M. Ruotolo, *Commento all'art. 13 Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, a cura di, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 322 ss.; ma risulta sempre fondamentale all'esito dell'esame degli orientamenti espressi dalla Corte costituzionale la riflessione di R. Nania, *La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana*, cit., 67 ss. che vale la pena di riportare pressoché per intero: «la verità è che nella misura in cui la dichiarazione di tutela della libertà personale si iscrive in un sistema costituzionale qualificato in senso personalista e che formalizza nei principi fondamentali l'ambizione di rimandare una immagine a tutto tondo dell'uomo e dei suoi valori costitutivi (la dignità, il libero sviluppo della personalità) diventa un'impresa escludere con assoluta categoricità che dimensioni di esperienza umana così esplicitamente dette siano suscettibili di integrare contenutisticamente quella formula protettiva. Non si vuol dire che si debba dimenticare la tradizionale configurazione della libertà personale come «libertà dagli arresti», è inevitabile però adottare – specie in ordinamenti che, come il nostro, conoscono una forte presenza del potere di prevenzione – formule ricostruttive di tipo «misto» che sommino tra di loro almeno l'interesse fisico a quello della dignità: la conseguenza prescrittiva, che si può dare per largamente scontata, è che l'apparato garantista dell'art. 13 Cost. debba attivarsi sia ogniqualevolta si configuri un'ipotesi di coercizione fisica sia allorché il provvedimento autoritativo, pur esibendo contenuto esclusivamente obbligatorio o pur investendo la sfera economico-patrimoniale del soggetto (si pensi alle misure di prevenzione «reali») si riconnetta alla valutazione di disvalore circa la personalità e la pericolosità del destinatario. L'integrazione contenutistica con la dignità rende superfluo l'ulteriore criterio difensivo della autodeterminazione morale del soggetto dal momento che, in linea di massima, gli obblighi imposti in funzione di difesa sociale si basano su di un giudizio di pericolosità e già per questo motivo ricadono sotto la sfera operativa dell'art. 13 Cost.».

dell'informazione interdittiva ad opera del prefetto, ai sensi degli artt. 84 e 91 d.lgs. n. 159/2011, i soggetti destinatari perdono capacità negoziale nei confronti delle pubbliche amministrazioni, giacché non possono stipulare contratti con le pp.aa. e vedono il recesso dai rapporti negoziali in corso si recede; gli stessi destinatari non possono essere titolari di concessioni o di autorizzazioni, art. 94 d.lgs. n. 159/2011.

Allora, il punto è se la perdita della capacità negoziale di un soggetto conseguente ad un giudizio di disvalore integri una fattispecie di limitazione della libertà personale tutelata dagli artt. 13 e 111, (oggi) settimo comma, Cost.

Al di là della tesi presenti in dottrina e che hanno trovato riflesso nella giurisprudenza costituzionale<sup>32</sup>, è utile adottare la prospettiva accolta dall'ordinamento positivo cui si deve la concretizzazione dei principi costituzionali.

Alla tutela della libertà personale sono, come è noto, dedicati gli istituti della riserva di legge e di giurisdizione appunto previsti dall'art. 13 Cost. e la ricorribilità in Cassazione dei provvedimenti limitativi della libertà personale: in definitiva essi fanno tutt'uno e segnano, per così dire, lo statuto costituzionale della libertà personale, giacché ogni istituto richiama e presuppone l'altro.

Sin d'ora deve sottolinearsi la particolare competenza della Corte di Cassazione sul controllo delle sentenze e dei provvedimenti limitativi della libertà personale ad essa assegnata dall'art. 111 Cost. La Cassazione risulta attributaria in maniera esclusiva di una funzione di rango sostanzialmente costituzionale.

Il codice di procedura penale del 1930 prevedeva l'appello solo del pubblico ministero avverso l'ordinanza del giudice istruttore che rigettava la richiesta di emissione di un mandato di cattura o ne disponeva la revoca, art. 263.

La l. 18 giugno 1955, n. 517, ha previsto il ricorso per cassazione sempre su iniziativa del pubblico ministero. La stessa legge ha introdotto l'art. 263-bis e la possibilità dell'imputato di ricorrere in Cassazione «per violazione di legge contro l'ordine o

---

<sup>32</sup> L'insufficienza del solo art. 13 Cost. a dare fondamento costituzionale alle esigenze di tutela ai vari aspetti della libertà personale era notata da A. Pace, *Libertà personale*, cit., 288 ss. Di contro, come è noto, F. Modugno, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995, 11 ss., che ha ricondotto al diritto di libertà personale la gran parte dei nuovi diritti emergenti, accogliendo la tesi che la libertà personale vada considerata come «libertà psicofisica, come libertà della mente e del corpo nella loro indissolubile unità».

mandato di cattura o di arresto emesso in qualsiasi stato e grado del procedimento»<sup>33</sup>. È stata così data applicazione all'art. 111, comma settimo, Cost. Sul fatto che il ricorso in Cassazione faccia parte dello statuto della libertà personale può citarsi Corte costituzionale n. 176/1971, che ha dichiarato al tempo l'illegittimità dell'art. 263-*bis* nella parte in cui escludeva tale ricorso contro il provvedimento di convalida dell'arresto disposto dal pubblico ministero<sup>34</sup>.

La l. 12 agosto 1982, n. 532, nota per aver introdotto il cd tribunale della libertà, ha previsto il riesame dei provvedimenti limitativi della libertà personale emessi durante la fase istruttoria e lo ha consentito anche per le misure cd reali. Modificando l'art. 263-*bis* cpp, l'art. 7 della legge, infatti, ha previsto il riesame del provvedimento limitativo della libertà personale; per l'art. 9, che ha introdotto l'art. 263-*quater* cpp, avverso l'ordinanza adottata dal tribunale del riesame è stato previsto il ricorso in Cassazione, trasformato così in ulteriore grado di impugnazione. Ciò sul quale si vuole ora rilevare l'attenzione è che gli artt. 21 e 23 della legge, introducendo l'art. 224-*bis* e l'art. 342-*bis* cpp, hanno previsto anche per il sequestro «*di cose pertinenti al reato*» (art. 337 cpp) la medesima disciplina, cioè la possibilità di riesame avanti il tribunale del capoluogo di provincia e, poi, il ricorso in Cassazione. Misure cautelari personali e reali sono state sottoposte al medesimo regime.

Da lì la soluzione è passata nel cpp del 1988 che ha, invero, confermato la scelta di prevedere e far applicare il riesame ed il controllo della Corte di Cassazione sia sui provvedimenti coercitivi (art. 311) sia sulle misure cautelari reali (artt. 316 ss., 325).

Si vuol dire che dal 1982 il legislatore positivo ha accolto una nozione ampia di «libertà personale» assoggettando al regime degli artt. 13 e 111, comma settimo, Cost., sia le fattispecie tradizionalmente riconducibili all'*habeas corpus*, sia fattispecie legate alla sfera proprietaria ed imprenditoriale le volte in cui questa sia incisa da un provvedimento limitativo in conseguenza di un giudizio di disvalore.

Può discutersi se la disciplina vada ritenuta costituzionalmente necessaria, di modo

---

<sup>33</sup> Su tale disciplina, per tutti, v. Grevi, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, 22, 232 ss., e V. Angiolini, *Riserva di giurisdizione*, cit., 119 ss., 122 per la notazione che il legislatore non può sottrarre taluni provvedimenti sulla libertà personale alla ricorribilità ex art. 111 Cost.

<sup>34</sup> Ma che l'art. 111, (ora) settimo comma, Cost. segna la disciplina della libertà personale era notato già da V. Crisafulli, *Libertà personale, Costituzione e passaporti*, in *Arch. pen.*, 1955, 113 ss.

che lo stesso legislatore non possa “ritornare indietro” ovvero possa ridurre l’ambito della tutela ex art. 111, comma settimo, Cost., solo alle misure coercitive personali (artt. 280 ss.).

Si tocca qui un problema tipico e “classico” del diritto costituzionale, cioè quello relativo alla possibilità del legislatore di ridurre l’ampiezza degli spazi di tutela riconosciuti a taluni diritti, pur dichiarati fondamentali. Da una parte la dinamica dei diritti costituzionali esigerebbe uno sviluppo solo verso la loro possibile espansione<sup>35</sup>; dall’altra parte è pure da ammettere che l’estensione di un diritto comporta in maniera pressoché inevitabile la contrazione della tutela da assicurare ad altra situazione giuridica ed, allora, va ammessa la possibilità del legislatore di intervenire a ridefinire l’assetto degli interessi, ovviamente sotto il controllo di ragionevolezza che dovrebbe assumere i caratteri dello *strict scrutiny* le volte in cui si ha a che fare con diritti fondamentali. Il punto è che talune discipline entrano nella considerazione del valore espresso dalla norma costituzionale di modo che la loro modificazione può avvenire solo in presenza di solidi presupposti giustificativi<sup>36</sup>.

In ogni caso, per come si è notato allo stato attuale del diritto positivo le limitazioni alla libertà personale strettamente intesa quale libertà da misure coercitive di carattere personale e le limitazioni alla sfera patrimoniale sono sottoposte al medesimo regime processuale. Forse prevale la considerazione che la sfera patrimoniale è legata all’esercizio della libertà individuale<sup>37</sup> ed ai presupposti dell’economia di mercato a

---

<sup>35</sup> Così P. Barile, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 41 ss.

<sup>36</sup> Esemplare la vicenda che ha riguardato la modifica dell’art. 360, n. 5, cpc, che nel testo 1940 permetteva il ricorso in cassazione «per omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti». La riforma intervenuta con la l. n. 581/1950 ha modificato il motivo di ricorso trasformato «per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio». Il d.l. n. 83/2012, conv. in l. n. 143/2012, ha ripristinato con una lieve modifica il testo originario, quasi a ritenerlo presupposto dall’art. 111 Cost. secondo impostazioni legate al cd *original intent*. La stessa Cassazione ha riconosciuto che l’intervento del 2012 è stato voluto per diminuire il carico di lavoro dello stesso ufficio, cfr. Cass. n. 5133/2014; soprattutto Cass. su. n. 8053/2014; Cass. n. 21257/2014. Epperò, i vizi riguardanti la motivazione della decisione possono comunque rilevare quali violazione di legge ex art. 360, n. 3, cpc., cfr. L. Lombardo, *Il sindacato di legittimità della Corte di cassazione*, Torino, 2015, 185, 188 s.

<sup>37</sup> Secondo un’impostazione che piace ricordare è dovuta a V. Ottaviano, *La regolazione del mercato. I principi costituzionali*, in F. Galgano, a cura di, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, Padova, 1977, 442 s., e poi in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1992, 61 s.

fondamento dello stesso sistema europeo <sup>38</sup>: limitazioni al patrimonio possono essere giustificate solo in presenza di determinati presupposti indicati dalla legge e le volte in cui tali restrizioni sono conseguenza di giudizi di disvalore richiedono di essere adottate con provvedimenti giurisdizionali in applicazione delle tassative previsioni di fonte legislativa. A loro volta la legittimità dei provvedimenti limitativi deve poter essere sindacata. In altri termini, la normativa che assoggetta le misure cautelari reali al medesimo regime di quelle personali assume i caratteri della disciplina costituzionalmente necessaria. Del resto, per l'art. 41 Cost. (ed analoga logica ispira l'art. 43) i provvedimenti ablatori della proprietà privata possono ammettersi solo per ragioni di pubblico interesse, e sempre a seguito di indennizzo. Al di fuori di queste ipotesi, non possono ammettersi interventi sulla sfera patrimoniale privata se non appunto quelli che riguardano patrimoni illeciti: interventi quindi decisi da autorità giurisdizionali a causa della commissione di attività illecite e sempre a seguito di un giudizio di disvalore alle condizioni e con le procedure stabilite per l'*habeas corpus*.

La misura interdittiva ex artt. 84 e 91 d.lgs. n. 159/2011 comporta la perdita della capacità negoziale di un soggetto. In realtà, essa colpisce contemporaneamente la dignità personale, la libertà negoziale del soggetto, l'attività imprenditoriale, la sua sfera patrimoniale, quasi mettendo assieme misure coercitive e misure cautelari reali.

L'informazione antimafia interdittiva – appunto per il suo carattere degradante a carico di un soggetto e per gli effetti sulla libertà negoziale che è pure esplicazione della sfera personale – assume tutti i connotati ed i contenuti del provvedimento limitativo della libertà personale.

Questo dovrebbe essere un approdo piuttosto sicuro: una volta che dalla l. n. 1532/1982 misure cautelari personali e reali sono sottoposte al medesimo regime, non può esservi dubbio che il provvedimento incidente sulla libertà negoziale di un soggetto, compromettendone le sfere personale e patrimoniale, a seguito di una valutazione di disvalore sul suo comportamento per la probabile contiguità a fenomeni criminali, è misura che comportante la limitazione della libertà personale e va, pertanto, assoggettata alla relativa disciplina.

---

<sup>38</sup> Cfr. art. 3 TUE.

5. *L'incostituzionalità dell'attuale disciplina per la violazione degli artt. 13 e 111, comma settimo, Cost.*

A questo punto risaltano i profili di contrasto della disciplina posta dal d.lgs. n. 159/2011 sulle misure interdittive disposte dal prefetto con l'impianto costituzionale.

Che l'art. 13 Cost. disponga la doppia riserva di legge e di giurisdizione riguardo gli atti limitativi della libertà personale è cosa pressoché ovvia. Sotto il primo versante la norma costituzionale richiede alla legge di indicare in maniera specifica e tassativa le fattispecie per l'applicazione di misure limitative. Al contrario, la previsione dell'art. 84, comma 3, d.lgs. n. 159/2011 («attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate») è del tutto generica ed indeterminata.

Da questa prospettiva risulta violata la riserva di legge prevista nella norma costituzionale e richiesta anche dall'art. 7 Cedu.

Lo ha riconosciuto in maniera paradossale proprio Corte costituzionale n. 57/2020, allorquando ha ammesso che si deve alla giurisprudenza amministrativa la costruzione di «sistema di tassatività sostanziale» (punto n. 5.3), con ciò presupponendo che la fattispecie legale non è di per sé determinata e specifica, se appunto il provvedimento amministrativo «deve considerare una serie di elementi fattuali, taluni dei quali tipizzati dal legislatore (art. 84, comma 4, del d.lgs. n. 159 del 2011: quali i cosiddetti delitti spia), altri, a condotta libera, sono lasciati al prudente e motivato apprezzamento discrezionale dell'autorità amministrativa» (punto n. 4.1). Come anticipato, rimane assai discutibile che la previsione legislativa abbia avuto bisogno della tipizzazione giurisprudenziale: come se l'ordinamento italiano non abbia appreso nulla da vicende anche recenti sulla necessità che la legge sia specifica e detti previsioni certe e determinate.

Corte costituzionale n. 57/2020 ha escluso che il sistema oggi previsto dal d.lgs. n. 159/2011 «abbia violato il principio fondamentale di legalità sostanziale, che presiede all'esercizio di ogni attività amministrativa» (punto n. 5), ed ha fatto leva sulla distinzione tra attività giurisdizionale ed amministrativa, giacché «quello che si chiede alle autorità amministrative non è di colpire pratiche e comportamenti direttamente lesivi degli interessi e dei valori prima ricordati, compito naturale dell'autorità giudiziaria, bensì di prevenire tali evenienze, con un costante monitoraggio del

fenomeno, la conoscenza delle sue specifiche manifestazioni, la individuazione e valutazione dei relativi sintomi, la rapidità di intervento» (punto n. 4). Affermazione “pesante”, perché presa alla lettera pare quasi comportare che l’azione repressiva esercitata in sede giurisdizionale non sia adeguata e rapida, talché bisogna ritornare ad attribuire ad autorità amministrative, tipiche espressioni del potere esecutivo, il compito di intervenire su diritti costituzionali tanto fondamentali quali quello alla dignità sociale ed all’iniziativa economica.

Invero, il modello che è sancito in Costituzione richiede che la legge sia determinata e specifica, non che essa abbia bisogno di necessità di essere precisata *ex post* a mezzo di tipizzazioni amministrative e/o giurisprudenziali. In tema di libertà è escluso che la legge lasci ampi spazi alla discrezionalità del giudice e/o dell’amministratore.

Per questo si è insistito sull’osservazione che a ritenere la nozione di «libertà personale» comprensiva di tutte le ipotesi in cui risulta menomata/degradata la dignità del soggetto e financo limitata la sua libertà negoziale, si rientra appieno nell’ambito applicativo dell’art. 13 Cost. e delle garanzie di istituto lì sancite.

L’art. 13 Cost. risulta violato anche per il mancato intervento dell’autorità giurisdizionale nell’emanazione di tali misure, le quali non possono che essere adottate dal giudice, con le garanzie del processo ad iniziare da quelle di una difesa piena e del contraddittorio processuale ex art. 111, comma 1, Cost.

Sulle misure di prevenzione personali e patrimoniali oggetto della l. n. 1423/1956, Corte costituzionale n. 93/2010 aveva valorizzato il ruolo del giudice «chiamato ad esprimere un giudizio di merito, idoneo ad incidere in modo diretto, definitivo e sostanziale su beni dell’individuo costituzionalmente tutelati, quali la libertà personale (art. 13, primo comma, Cost.) e il patrimonio (quest’ultimo, tra l’altro, aggredito in modo normalmente “massiccio” e in componenti di particolare rilievo, ...), nonché la stessa libertà di iniziativa economica». Insomma, risulta arduo ammettere che misure interdittive aventi sostanzialmente contenuto di prevenzione personale e patrimoniale possano essere adottate senza il previo intervento giurisdizionale.

Anzi, la soluzione oggi applicata non (pre)vede l’intervento della Corte di cassazione che pure, ai sensi dell’art. 111, settimo comma, Cost. esercita il controllo su tutti i provvedimenti limitativi della libertà personale. Se appunto si conviene sul fatto che l’interdittiva antimafia incide su tale valore costituzionale, non può non concludersi



che è illegittima «la scelta di affidare all'autorità amministrativa questa misura»<sup>39</sup>.

In alternativa, andrebbe ammesso che la Corte di Cassazione sia l'organo giurisdizionale di ultima istanza competente ad esercitare quel «vaglio giurisdizionale pieno ed effettivo» sulla cui ricorrenza la citata sentenza della Corte costituzionale ha giustificato l'assetto oggi in vigore, che cioè la Cassazione sia competente a giudicare in ultima istanza dei provvedimenti adottati dall'autorità prefettizia, giacché il controllo in Cassazione dei provvedimenti limitativi della libertà personale fa parte degli istituti di garanzia fissati al riguardo (come è confermato dalla stessa eccezione lì contemplata riguardo le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra). Insomma, se deve darsi rilievo al settimo comma dell'art. 111 Cost., non potrebbe sottrarsi alla Corte di Cassazione la competenza a giudicare di misure incidenti sulla libertà personale, anche se ciò significherebbe trascurare la limitazione disposta sempre in sede costituzionale circa l'impugnabilità delle decisioni dei giudici amministrativi per le sole questioni di giurisdizione.

D'altra parte, mentre assicurerebbe il rispetto del (solo) settimo comma dell'art. 111 Cost., l'esito comporterebbe un'inammissibile sovrapposizione delle giurisdizioni. Ci si rende conto che l'intero sistema risulterebbe stravolto, ma a causa di una disciplina che ha inteso assegnare all'autorità amministrativa l'adozione di misure tanto incisive sulle sfere personali e patrimoniali, con la conseguenza di attrarre nella giurisdizione amministrativa la cognizione di siffatti provvedimenti. Il fatto è che le vicende relative alla libertà personale non possono essere attribuite (all'autorità amministrative ed) alla giurisdizione amministrativa.

*6. segue: e per il contrasto con gli artt. 103 e 111 Cost.*

Si viene qui all'ulteriore problema, cioè a quello relativo all'assetto giurisdizionale che viene a configurarsi in virtù dell'assegnazione ad un'autorità amministrativa del potere di incidere su valori tanto importanti, quali la dignità sociale e la libertà di iniziativa economica (quest'ultimo garantito dall'art. 41 Cost. e presupposto dall'art. 3 TUE allorché fonda l'Unione Europea su un'economia di mercato).

L'attuale disciplina sulle interdittive, infatti, allorché assegna alla p.a. di decidere su

---

<sup>39</sup> Per utilizzare le parole di Corte costituzionale n. 57/2020, punto n. 4.

tali beni finisce per attribuire di conseguenza al giudice amministrativo la tutela di veri e propri diritti soggettivi.

Ciò è in controtendenza rispetto alla “storia” che ha visto già con l’art. 2 della l. n. 2248/1865, all. E, assegnare alla giurisdizione ordinaria la cognizione delle «cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell’autorità amministrativa». La scelta alla base del riparto di giurisdizione è stata quella di attribuire alla giurisdizione ordinaria la cognizione – *rectius*: l’adozione – dei provvedimenti afflittivi sullo status personale in conseguenza della commissione di illeciti di carattere penale. Soprattutto è in contrasto con l’art. 103 Cost. che assegna al giudice amministrativo la cognizione delle controversie in cui si faccia questione di interessi legittimi e solo in alcune materie anche degli interessi legittimi.

È noto che Corte Costituzionale n. 204/2004 e n. 191/2006 hanno assolutizzato l’assetto giurisdizionale risultante dallo sviluppo storico svoltosi dal 1865 al 1889 ed ha negato legittimità alle modificazioni di attribuzioni giurisdizionali per blocchi di materie. La stessa Corte ha osservato che «nel quadro istituzionale delineato dalla legge fondamentale del nostro Stato, il giudice ordinario è giudice dei diritti e la sua giurisdizione viene meno soltanto nei limitati casi in cui la cognizione, in considerazione dell’intreccio, difficilmente districabile per talune controversie, di figure giuridiche attive riconducibili all’una o all’altra categoria, è attribuita al giudice amministrativo, il legislatore ordinario non potrebbe discostarsi da tale modello, attribuendo determinate materie al giudice amministrativo in considerazione della loro rilevanza pubblicistica. E ciò tanto più che il contesto normativo di riferimento, ancorché caratterizzato dalla progressiva estensione dell’area della giurisdizione esclusiva ... non avrebbe ... affatto obliterato la fondamentale funzione del giudice ordinario quale giudice dei diritti»<sup>40</sup>.

Ma se giudice naturale di «tutte le cause per contravvenzioni», cioè per la pretesa commissione di fatti illeciti, è il giudice ordinario, competente appunto a decidere in tema di libertà ex art. 13 Cost., ciò significa (ancor prima sotto il versante sostanziale)

---

<sup>40</sup> Da Corte cost. n. 204/2004, punto n. 2.2.

che tali competenze non possono essere attribuite alla p.a.

Ciò è confermato nel sistema introdotto dalla Costituzione repubblicana dall'introduzione della riserva di giurisdizione le volte in cui va adottato un provvedimento incidente in qualche modo sulla libertà personale.

Del resto, che in materia di misure interdittive comunque incidenti sullo status personale debba intervenire il giudice con pienezza di poteri di cognizione è regola discendente dall'art. 6 Cedu, ratificata con l. 4 agosto 1955, n. 848; dall'art. 14 Patto internazionale diritti civili e politici, firmato il 19 dicembre 1966 a New York e che è stato reso esecutivo in Italia con l. 25 ottobre 1977, n. 881, e cui Corte costituzionale n. 10/1993 ha riconosciuto natura di fonte atipica idonea a vincolare il legislatore; e dall'art. 47 CDFUE.

In altri termini, l'art. 103 Cost. non consente che la dignità sociale sia "degradata" ad interesse legittimo e sia per così dire resa "disponibile" per l'amministrazione con il conseguente trasferimento di ogni cognizione dalla giurisdizione ordinaria a quella amministrativa. Che la dignità sociale garantita dagli artt. 2 e 3 Cost. sia da intendere non più espressione di diritto soggettivo, ma quale interesse legittimo da esercitare in un campo dominato dal potere di intervento della p.a., risulta in contrasto con l'assetto costituzionale complessivo, e particolarmente con l'art. 103 Cost. nella sua valenza di principio in collegamento con l'art. 102 («La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario») e non di mera regola di distribuzione di competenze.

Lo stesso è da dire per l'iniziativa economica privata, il cui esercizio sarebbe non più esplicitazione di diritto soggettivo (sia pure con i limiti indicati dalla legge in applicazione dell'art. 41 Cost.), ma solo di interesse legittimo.

Si comprende, del resto, che una cosa è richiedere il previo intervento del giudice per l'adozione di una qualsivoglia misura, altra è consentire che il giudice intervenga solo *ex post* con le modalità di un controllo per definizione e per necessità di contenuto estrinseco sulle modalità a mezzo delle quali qualcuno ha esercitato un potere.

Né potrebbe ammettersi un esito in cui l'intera area dei rapporti contrattuali tra cittadini e p.a. (ché a questo si riferisce l'art. 84 d.lgs. n. 159/2011) sia attribuita alle decisioni unilaterali della p.a. ed alla giurisdizione amministrativa, giacché ciò significa ritornare al criterio del blocco per materie rigettato dalle citate sentenze del 2004-2006.

Allora, come rilevato in precedenza, la giurisdizione amministrativa non può estendersi alla cognizione di misure limitative della libertà personale: lo vieta anche l'art. 111 Cost.. Il comma ottavo della disposizione costituzionale limita l'impugnabilità in Cassazione delle decisioni emesse dai giudici amministrativi ai soli motivi inerenti alla giurisdizione, ma perché presuppone l'assetto in cui i problemi relativi alla libertà personale non possono essere attribuiti alla giurisdizione amministrativa. Ad adottare diversa soluzione, sarebbe palese il contrasto all'interno all'art. 111 tra il settimo e l'ottavo comma: il primo che stabilisce una competenza esclusiva della Cassazione limitabile solo in caso di guerra; il secondo che invece apre una breccia senza limite alcuno ed utilizzando la quale il legislatore ordinario potrebbe inventarsi le soluzioni più ardite, solo assegnando ad autorità amministrative di decidere sulle sfere personali e patrimoniali dei cittadini e, di conseguenza, ampliando a dismisura l'ambito della giurisdizione amministrativa (di contro alla sua "storia" ed alla sua "cultura").

*7. Incostituzionalità delle misure interdittive antimafia adottate dall'autorità amministrativa per violazione dell'art. 3 Cost.*

L'assetto che risulta oggi dal d.lgs. n. 159/2011 risulta squilibrato anche sotto il versante per così dire interno alla sua sistematica, in contrasto quindi con l'art. 3 Cost.

Infatti, da tempo (si pensi alla l. n. 1423/1956 e poi alla l. n. 575/1965) l'ordinamento conosce misure di prevenzione personali e patrimoniali la cui adozione è di competenza del giudice ordinario. Il d.lgs. n. 159/2011 ha riordinato l'intera disciplina e prevede misure di prevenzione personali (art. 4 ss.) e patrimoniali (artt. 16 ss.), adottate dall'autorità giurisdizionale a seguito di apposito procedimento. La misura patrimoniale può arrivare alla confisca (art. 24), così come può procedersi al sequestro in via d'urgenza (art. 22), ma sempre all'interno di giudizi che vedono la partecipazione dell'interessato e gli assicurano il diritto di difesa.

Accanto a tale procedimento del tutto giurisdizionalizzato e fondato sull'apparato probatorio offerto anche dalle indagini patrimoniali (art. 19), il procedimento amministrativo previsto dagli artt. 84 e 91 è fondato «su elementi fattuali più sfumati di quelli che si pretendono in sede giudiziaria, perché sintomatici e indiziari», sempre Corte Costituzionale 57/2020, punto n. 4.1. Eppure paradossalmente quest'ultimo risulta conseguire un esito piuttosto prossimo al primo, giacché comporta l'esclusione

dal mercato di un soggetto imprenditoriale.

Se poi si aggiunge la potestà, ricordata all'inizio, attribuita sempre al prefetto di provvedere direttamente a mezzo di commissari alla gestione di un'impresa esecutrice di un appalto pubblico «in presenza di rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un appalto», ai sensi dell'art. 32 d.l. n. 90/2014, conv. in l. n. 114/2014, si rafforza una conclusione assai vicina al sequestro di un'azienda deciso in via giurisdizionale, ma appunto senza le garanzie tipiche del processo.

Il riferimento alle misure di prevenzione personali e reali adottate a mezzo di provvedimenti giurisdizionali (anche in via d'urgenza, art. 22) mostra che la tutela di beni di interesse pubblico assai elevati quale è la lotta contro la criminalità mafiosa ben può essere realizzata a mezzo di procedimenti nei quali sono assicurati le garanzie di istituto della «libertà personale» a seguito dell'approfondimento istruttorio e quindi basati su un solido apparato probatorio e nel contraddittorio con gli interessati. Ciò dà la conferma dell'incostituzionalità di una disciplina, specie per come applicata, che attribuisce alla p.a. l'adozione di misure così incidenti sulla sfera personale e patrimoniale senza le garanzie previste in Costituzione per provvedimenti di tal contenuto ed in patente violazione del principio di eguaglianza.

*8. La fuga dalla giurisdizione. La tutela dall'infiltrazione criminale nel settore economico e le necessità di soluzioni rispettose dello Stato di diritto*

Il punto, in fondo, è la capacità dell'ordinamento di rinvenire e praticare efficaci soluzioni di contrasto alla criminalità organizzata nel settore economico senza rinnegare i presupposti dello Stato di diritto. L'esperienza mafiosa è indubbiamente una sfida alla tenuta dei principi a fondamento di una democrazia liberale. Sotto questo profilo la lotta alle mafie è un problema di natura politica prima ancora che di carattere penale, giacché appunto concerne il mantenimento della democrazia economica ed il funzionamento delle istituzioni politiche: mercati corrotti dalla disponibilità di risorse finanziarie illecite mettono a rischio le medesime libertà democratiche. Epperò, come già per il terrorismo negli anni '70 ed '80 dello scorso secolo, tale lotta non può utilizzare strumenti che non siano coerenti con le coordinate di sistema di un ordinamento liberale. Le misure a mezzo delle quali si tenta di

combattere le “deviazioni” politiche ed i comportamenti criminali segnano la qualità di uno Stato: se fossero a loro volta al limite della legalità costituzionale finirebbero per debordare e divenire regole istituzionali ritenute “normali”, presupposto a loro volta per ulteriori slabbramenti di sistema. Soluzioni che vedano la fuga dalla giurisdizione (a siffatto esito conducono, infatti, sia l’attribuzione all’autorità amministrativa dell’adozione di misure incidenti sulla libertà personale, sia il sindacato debole di fatto esercitato dal giudice amministrativo) sarebbero presto generalizzate in forza di una o di un’altra emergenza, ma da qui – di necessità in necessità - il passo sarebbe breve per la trasformazione sostanziale dell’intero ordinamento.

*dirittifondamentali.it*