

Note (critiche) in tema di informativa antimafia

Andrea Ciulla

Avvocato. Master in Politiche Pubbliche e Sviluppo del Territorio

Sommario: 1. Premessa - 2. Comunicazione ed informativa antimafia - 3. L'informativa antimafia: natura e funzioni - 4. Natura discrezionale o vincolata dell'attività amministrativa conseguente ad un'informativa positiva - 5. Segue: verifica di legittimità dell'informativa - 6. Brevi riflessioni conclusive

1. Premessa

Il tema relativo al sistema delle comunicazioni antimafia, con specifico riferimento alle informative prefettizie, è stato oggetto di alcuni interventi dottrinali e di molteplici pronunciamenti pretori.

L'argomento suscita tra gli operatori non poche perplessità sotto molteplici aspetti che involgono sia la natura di tali strumenti di prevenzione sia i risvolti meramente processualistici legati alla loro qualificazione ed ai loro effetti.

Aspetti questi che risultano intimamente collegati e che, nei loro risvolti pratici, si tenterà di analizzare nel prosieguo provando ad evidenziare alcune perplessità che nascono dalla lettura dei pronunciamenti giurisprudenziali in materia.

2. Comunicazione ed informativa antimafia

Un primo significativo apporto alla lotta alla criminalità organizzata di tipo mafioso veniva introdotto con la Legge 31 maggio 1965, n. 575, il cui art. 10, nella sua originaria formulazione, stabiliva alcune sanzioni contro coloro i quali erano già stati assoggettati a misure di prevenzione quali, ad esempio, la decadenza da licenze o concessioni ovvero la cancellazione dagli albi dei costruttori ¹.

Tuttavia, il trascorrere del tempo e l'acuirsi dell'infiltrazione della criminalità organizzata tra i meandri della pubblica Amministrazione, unitamente all'avvertita percezione, anche

¹ Legge 31 maggio 1965, n. 575, *Disposizioni contro la mafia*, art. 10 (testo storico): "Divenuti definitivi, ai sensi dell'art. 4 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, i provvedimenti di cui all'art. 3 della legge stessa, decadono di diritto le licenze di polizia, di commercio, di commissionario astatore presso i mercati annonari all'ingrosso, le concessioni di acque pubbliche o di diritti ad esse inerenti, nonché le iscrizioni agli albi di appaltatori di opere o di forniture pubbliche di cui fossero titolari le persone soggette ai detti provvedimenti".

a livello nazionale, della gravità del fenomeno, determinavano la convinzione del Legislatore a favore dell'adozione di una normativa maggiormente restrittiva nella lotta al fenomeno mafioso e, soprattutto, ai suoi risvolti economici.

A partire dagli anni Ottanta, durante il periodo noto come "seconda guerra di mafia", venivano adottati alcuni significativi strumenti a sostegno della lotta alla criminalità organizzata con il principale obiettivo di contrastare la dilangante corruzione tra mafia, imprenditoria, politica e, conseguentemente, pubblica Amministrazione.

Con due distinti atti normativi (Leggi 13 settembre 1982, n. 646 e 23 dicembre 1982, n. 936) si introducevano, dunque, alcune misure innovative tra le quali indubbio valore assumeva la previsione di una vera e propria "certificazione" antimafia che permettesse alle pubbliche Amministrazioni di verificare la situazione giudiziaria del privato che entrava in contatto con essa.

La certificazione, pertanto, la cui compilazione era affidata direttamente alle locali Prefettura in collegamento con i casellari dei Tribunali, permetteva alle Amministrazioni di avere immediata contezza circa l'eventuale applicazione o la proposizione, in capo al privato, di misure restrittive o di prevenzione ovvero di condanne anche con riferimento a soggetti a questi legati da vincoli di parentela o economici.

A distanza di circa otto anni, anche in ragione della necessità di precisare sia i soggetti passivi oggetto della certificazione sia le Amministrazioni tenute a richiedere detta certificazione, veniva adottata una nuova significativa riforma delle c.d. cautele antimafia ad opera della Legge 13 marzo 1990, n. 55.

Tale riforma, che introduceva tra l'altro specifiche norme in tema di contratti pubblici e *sub*-contratti, permetteva di individuare con chiarezza sia i soggetti verso i quali dovevano essere svolte le verifiche in tema di provvedimenti giurisdizionali sia le specifiche ipotesi in cui scattava la preclusione al contatto tra p.A. e privato escludendo, per esempio, tra tali ipotesi quella di semplice proposizione del privato ad una misura di prevenzione.

Ebbene, la brevissima ricostruzione normativa sin qui effettuata permette di cogliere un primo, significativo, dato distintivo rispetto alle novità che saranno successivamente introdotte dal Legislatore.

Invero, come si è avuto modo di anticipare, l'intero sistema delle c.d. cautele antimafia si fondava su un duplice binario: da una parte, vi era l'accertamento della presenza di almeno un *fumus* di appartenenza al sodalizio mafioso effettuato dalla competente Autorità Giudiziaria la quale, nell'ambito di un procedimento regolato dal contraddittorio, irrogava la specifica sanzione al proposto; d'altra parte, invece, vi era l'accertamento meramente rico-

gnitivo compiuto dalla Prefettura competente per territorio inerente la presenza di eventuali provvedimenti dell'Autorità Giudiziaria a carico del soggetto interessato.

Il sistema appena delineato permetteva di tutelare sia il contraddittorio nell'accertamento del sospetto di appartenenza al sodalizio mafioso sia l'ordine pubblico nel contrasto al fenomeno delle infiltrazioni delle organizzazioni criminali nelle pp.AA. e nel tessuto economico.

Le gravissime stragi del 1992, in cui persero la vita magistrati ed appartenenti alle Forze dell'ordine, gli attentati del 1993 che hanno coinvolto, per la prima volta, località dell'Italia continentale, la dilagante corruzione della politica e dei pubblici amministratori, unita ad un progressivo smantellamento della classe dirigente della c.d. Prima Repubblica, gettavano le basi per un nuovo approccio alla lotta al sistema mafioso ed ai connessi canali mafiosi.

Con la Legge 17 gennaio 1994, n. 47, il Legislatore delegava al Governo l'adozione di nuove disposizioni in tema di certificazione antimafia anche attraverso il riordino della normativa esistente dettata, principalmente, dalla Legge 31 maggio 1965, n. 575 come modificata ed integrata tra l'altro dalla Legge n. 55/1990.

Sia la Legge delega che il successivo decreto attuativo (D.Lgs. 8 agosto 1994, n. 490) introducevano nuove norme in tema di certificazione, prevedendo, ad esempio, uno stretto collegamento tra il sistema informativo delle Amministrazioni pubbliche e le Prefetture, ma soprattutto introducevano nuove soglie di valore dei contratti pubblici o dei contributi erogati superate le quali per l'Amministrazione interessata scattava l'obbligo di acquisire dalla competente Prefettura una più dettagliata "informativa" che, in aggiunta alle ipotesi tipiche già contemplate dalla normativa relativa alla certificazione antimafia, effettuasse un attento esame circa *"eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate"*.

La normativa in esame, dunque, ampliava lo spettro d'indagine di competenza degli organi della Prefettura al fine di rendere una informativa antimafia completa.

In altri termini, si passava da una certificazione antimafia sostanzialmente ricognitiva rispetto a sanzioni già comminate da un'Autorità Giudiziaria, ad una "informativa" molto più pregnante la quale, partendo dai dati tipici della certificazione, aggiungeva un'analisi complessa circa eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa, verificati tramite accertamenti di polizia, la cui ponderazione e valutazione veniva interamente rimessa agli organi della Prefettura.

Un ulteriore correttivo al sistema venne introdotto con il D.L. 25 marzo 1997, n. 67, con il quale si modificarono le norme in tema di rilascio di certificazioni consentendo alle Camere di Commercio di poter emettere certificati camerati con la c.d. "dicitura antimafia" ed aumentando altresì la durata di tale certificazione fino a sei mesi dal rilascio; veniva

altresì introdotta la possibilità per le Amministrazioni, nel caso in cui fosse necessaria l'acquisizione dell'informativa, di procedere allorché le comunicazioni non fossero pervenute entro il termine di legge.

L'ultimo correttivo veniva previsto nell'ottica di una semplificazione normativa con la c.d. Legge "Bassanini" del 15 marzo 1997, n. 59, successivamente integrata dalla Legge 15 maggio 1997, n. 127.

In particolare, per ciò che concerne l'argomento che ci occupa, era prevista l'adozione di uno o più regolamenti che semplificassero le procedure in tema di procedimento per il rilascio di certificazioni antimafia, distinguendo tra comunicazioni, autocertificazioni ed informazioni ^{2 3}.

Il regolamento veniva approvato il successivo anno - D.P.R. 3 giugno 1998, n. 252 - ed attualmente rappresenta la normativa quadro di riferimento in tema di certificazioni ed informative antimafia unitamente alla Circolare del Ministero dell'Interno 18 dicembre 1998, n. 559 ^{4 5}.

2 Cfr. G. Zgagliardich - E. Mengotti, *La nuova certificazione antimafia. Il D.P.R. n. 252/1998 e la nuova disciplina vigente dal 28 settembre 1998*, Milano, 1998; A. Cianflone, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1999, p. 244.

3 A conferma della distinzione tra comunicazioni ed informative antimafia si veda, da ultimo, il contributo dei Giudici del T.A.R. napoletano secondo i quali "Non possono essere assimilate, sul piano giuridico, due fattispecie, quali sono, da un lato, la certificazione antimafia della Camera di Commercio (di cui agli artt. 6 e 9 del D.P.R. n. 252/1998) e, dall'altro, la informativa prefettizia (di cui al successivo art. 10), le quali sono preordinate ad assolvere a funzioni diverse, consistenti rispettivamente nell'accertamento della sussistenza o meno delle situazioni ostative di cui all'art. 10 della legge 31 maggio 1965 n. 575 (decadenza, sospensione o divieto, determinati dalla definitiva applicazione di misure di prevenzione antimafia, da sentenze penali di condanna o da altri provvedimenti giudiziari), e nell'acquisizione di notizie inerenti ai tentativi di infiltrazione mafiosa. Pertanto, la circostanza che il certificato camerale rechi la dicitura antimafia, volta ad attestare l'inesistenza delle situazioni ostative di cui all'art. 10 della legge n. 575/1965, non può assumere alcun rilievo per inferire l'illogicità o la contraddittorietà della diversa ed autonoma situazione ostativa rappresentata dai tentativi di infiltrazione mafiosa, descritti nell'informativa prefettizia", T.A.R. Campania, Sez. I, 24 settembre 2009, n. 5058.

4 Per una disamina completa sul panorama della normativa antimafia e della sua evoluzione, vd. G. Zgagliardich - E. Mengotti, *La nuova certificazione antimafia*, cit..

5 A margine della breve disamina normativa effettuata occorre senz'altro rilevare che con la L. 15 luglio 2009, n. 94, è stata introdotto l'art. 5 bis al D.Lgs. n. 490/1994 già citato. In particolare, detta norma prevede che "1. Per l'espletamento delle funzioni volte a prevenire infiltrazioni mafiose nei pubblici appalti, il prefetto può disporre accessi ed accertamenti nei cantieri delle imprese interessate all'esecuzione di lavori pubblici, avvalendosi, a tal fine, dei gruppi interforze di cui all'articolo 5, comma 3, del decreto del Ministro dell'interno 14 marzo 2003, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 54 del 5 marzo 2004. 2. Con regolamento da emanare ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri e del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, di concerto con il Ministro dell'interno, il Ministro della giustizia, il Ministro dello sviluppo economico e il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sono definite, nel quadro delle norme previste dal regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 giugno 1998, n. 252, le modalità di rilascio delle comunicazioni e delle informazioni riguardanti gli accessi e gli accertamenti effettuati presso i cantieri di cui al comma 1".

3. L'informativa antimafia: natura e funzioni

L'informativa antimafia, così come delineata dalla normativa sopra richiamata, costituisce un efficace strumento per la lotta alla criminalità organizzata ed alle contaminazioni, dirette o indirette, di tali organizzazioni nel tessuto economico.

Essa può qualificarsi, almeno formalmente, come provvedimento a carattere amministrativo che esprime una manifestazione di giudizio - la presenza o meno di tentativi di infiltrazione mafiosa - rimessa alla valutazione del Prefetto che incide riduttivamente sui diritti soggettivi dei destinatari ⁶.

Tale strumento consente alle Pubbliche Amministrazioni, ed agli enti ad esse equiparati, di tutelarsi efficacemente dal contatto con operatori economici collegati al sistema mafioso.

Un ruolo fondamentale nella formazione del contenuto dell'informativa antimafia è attribuito agli organi della Prefettura i quali, attraverso un coordinamento complessivo ed articolato tra tutte le informazioni ottenute dalle Forze dell'Ordine (Polizia, Carabinieri, Guardia di Finanza, Gruppi Interforze ed altri), verificano la presenza di eventuali tentativi di condizionamento mafioso con riferimento all'operatore economico interessato dal controllo.

Dalla lettura della norma di cui all'art. 10, settimo comma, del D.P.R. n. 252/1998 è possibile ricavare il coacervo di informazioni di base dalle quali ricavare un'informativa prefettizia a contenuto positivo.

Invero, la norma individua tre macro aree dalle quali ottenere le informazioni per la predisposizione dell'informativa di cui le prime due, lettere a) e b), consentono di ricavare in via sostanzialmente automatica i possibili condizionamenti della criminalità organizzata nei confronti dell'operatore economico.

Si tratta di casi in cui, ad esempio, in presenza di sentenze anche non definitive per alcune tipologie di reato già adottate nei confronti di alcuni soggetti componenti gli organi direttivi dell'operatore economico, l'informativa assume i caratteri di un documento sostanzialmente ricognitivo di un'attività avviata dalla competente Autorità Giudiziaria e che accerta la presenza di determinate circostanze già oggetto di procedimenti penali.

Tali informative, in ragione del loro contenuto, possono essere definitive, così come insegnato dalla giurisprudenza, come informative tipiche ricognitive.

In altri termini, dunque, tali informative riducono notevolmente il margine valutativo degli organi della Prefettura i quali, sostanzialmente, riprendono circostanze già dedotte ed affrontate nell'ambito di un procedimento penale caratterizzato, com'è noto, da un rapporto contraddittorio nella formazione della verità processuale.

⁶ Cfr. F. Grimaldi, *Il sistema delle certificazioni antimafia nella Pubblica amministrazione*, Roma, 1997, p. 34 e ss., richiamato in nota da G. Stumpo, *Appalti pubblici e legislazione antimafia*, in Riv. Trim. Appalti, 2000, 582.

L'informativa tratta dagli accertamenti disposti dal Prefetto ai sensi dell'art. 10, comma 7, lett. c), del D.P.R. n. 252/1998 presenta invece un margine di apprezzamento discrezionale da parte degli organi della Prefettura su circostanze e fatti non sottoposti alla preventiva valutazione di un'Autorità Giudiziaria.

La necessità di combattere le infiltrazioni della criminalità organizzata nel tessuto economico, con particolare riferimento agli appalti pubblici, ha costituito il presupposto per l'adozione di un sistema, introdotto, come si è già visto, dal D.Lgs. n. 490/1994, per consentire alla p.A. di salvaguardarsi prontamente da possibili contaminazioni con operatori economici corrotti dal sistema mafioso.

Tale necessità è pertanto la chiave di lettura delle informazioni prefettizie di cui alla menzionata lettera c) dell'art. 10, settimo comma, del D.P.R. n. 252/1998.

Il Prefetto, infatti, potendo agire con maggiore celerità rispetto ai normali canali degli accertamenti effettuati dall'Autorità Giudiziaria, rappresentava, e continua a rappresentare, l'organo che avrebbe potuto effettuare una verifica approfondita sulla eventuale sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa dell'operatore economico.

La Prefettura, dunque, attraverso i rapporti informativi redatti dalle Forze dell'Ordine in merito a frequentazioni, parentele, collusioni ovvero altri elementi sintomatici relativi a rapporti tra gli organi direttivi dell'operatore economico ed esponenti della criminalità organizzata, elabora l'informativa valutando e ponderando i dati raccolti.

Informativa che, conseguentemente, non presenterà più una veste meramente ricognitiva di quanto già accertato dall'Autorità Giudiziaria ma che, al contrario, proporrà un proprio modello valutativo inerente le circostanze o i fatti relativi ad una o più persone sottoposte a controllo.

Per tali ragioni, pur mantenendo la caratteristica di tipicità in quanto prevista dalla norma di cui al D.P.R. n. 252/1998, tale informativa si presenta come accertativa e non più, appunto, ricognitiva di eventuali tentativi di infiltrazioni mafiosa nei confronti di un determinato soggetto.

Una terza categoria di informativa antimafia è costituita dalla c.d. informativa supplementare atipica.

Tale informativa, prevista dall'art. 1 *septies* del D.L. 6 settembre 1982, n. 629, convertito dalla Legge 12 ottobre 1982, n. 726 come modificata dall'art. 2 della Legge 15 novembre 1988, n. 486, richiamato comunque dall'art. 10, comma 9, D.P.R. n. 252/1998, si risolve in un grado di accertamento di eventuali tentativi di condizionamento mafioso che non raggiungono il livello di guardia, interdittivo, previsto dall'informativa tipica.

In altri termini, nell'ipotesi in cui il sospetto di possibili condizionamenti da parte della criminalità organizzata nei confronti dell'operatore economico oggetto di accertamento non risulti di gravità tale da compromettere irrimediabilmente l'affidabilità dello stesso operatore economico, in una sorta di gradualità nell'applicazione degli schermi protettivi dalla contaminazione mafiosa, l'ordinamento prevede l'adozione di una nota prefettizia la quale fornisce all'Amministrazione pubblica richiedente un background informativo sulla presenza di alcuni elementi non perfettamente limpidi nella gestione dell'impresa, elementi comunque non in grado di far scattare il livello di protezione massimo attraverso un'informativa tipica.

L'adozione di un'informativa atipica o supplementare comporta, come si vedrà successivamente, l'ampliamento del margine discrezionale dell'Amministrazione pubblica richiedente l'informativa nella valutazione circa l'opportunità di sciogliere o meno il rapporto con l'operatore economico oggetto, appunto, di un'informativa c.d. atipica ⁷.

Dalla breve analisi sin qui effettuata, ed a completamento della verifica circa la natura dell'informativa prefettizia, è possibile evidenziare come detta informativa, nelle tre tipologie esistenti, mantenga sì la caratteristica formale di un provvedimento amministrativo, e dunque astrattamente soggetto alle regole ed ai principi posti in tema di procedimento amministrativo, ma si posiziona in realtà in un limbo a metà tra il diritto amministrativo ed il diritto penale essendo fortemente intrisa di elementi di tipo poliziesco e inquisitorio che difficilmente sembrano potersi conciliare con la natura, formalmente amministrativa, ad essa riconosciuta ⁸.

4. Natura discrezionale o vincolata dell'attività amministrativa conseguente ad un'informativa positiva

Ferma restando la possibilità per le pubbliche Amministrazioni, e gli altri Enti ad esse equiparati, di richiedere le informative anche in altre ipotesi (ad esempio in esecuzione di protocolli di legalità ⁹), è la stessa normativa sopra richiamata che indica la soglia di valore del contratto (o della sovvenzione da corrispondere) superata la quale scaturisce l'obbligo per la p.A. di richiedere alle competenti Prefetture l'informativa relativa al soggetto privato interessato.

⁷ In tema di distinzione tra le diverse tipologie di informative antimafia cfr. *ex multis*, C.G.A., Sez. Giurisdiz., 28 dicembre 2006, n. 873; da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI, 8 giugno 2009, n. 3491 e 25 novembre 2008, n. 5780.

⁸ Condivisibile sul punto quanto rilevato con riferimento alla normativa antimafia in tema di informativa prefettizia la quale "è orientata da una forte logica di sospetto, inconciliabile, in linea teorica, con il principio di stretta legalità e le esigenze garantistiche cui si ispira, in ambito penalistico, il nostro sistema; il che non ha mancato di alimentare, nel tempo, forti dubbi di legittimità costituzionale". Vd. P. Nunziata, *La sentenza del Consiglio di Stato 24 ottobre 2000, n. 5710: le certificazioni antimafia atipiche*, in *Riv. Giur. Mezzogiorno*, Bologna, 1-2, 2001, p. 194.

⁹ Vd. nota 16.

Ora, in ragione della tipologia di informativa e del momento in cui la stessa perviene, è possibile distinguere gli effetti che l'informativa prefettizia produce in relazione all'attività amministrativa da cui è scaturita la richiesta proprio di quell'informativa.

Come si è già anticipato, l'informativa c.d. tipica produce un effetto caducante nel rapporto tra privato e p.A..

Infatti, sia che trattasi di informativa tipica ricognitiva sia nell'ipotesi di informativa tipica accertativa, chiaramente ove le stesse siano a contenuto positivo, la p.A. non potrà entrare in contatto con il soggetto privato interessato dalla predetta informativa positiva così come chiaramente stabilito dall'art. 10, secondo comma, D.P.R. n. 252/1998 ¹⁰.

In tali casi, la stessa p.A. dovrà adottare tutti gli atti più opportuni affinché il rapporto contrattuale ovvero sovvenzionale ovvero qualsivoglia altro rapporto in essere cessi immediatamente.

A conforto di tale evidente esigenza di tipo pubblicistico, la stessa giurisprudenza amministrativa ormai consolidata ha ritenuto, da una parte, come non sia necessaria la comunicazione di avvio del procedimento di revoca o recesso rispettivamente del contributo e/o concessione e dal contratto ¹¹, e d'altra parte, come non possa ritenersi adottato in violazione al generale obbligo motivazionale quell'atto di interruzione del rapporto con il privato oggetto di informativa positiva che faccia riferimento *per relationem* alla medesima informativa ¹².

In altri termini, nel caso di informativa tipica positiva, il margine di apprezzamento discrezionale della pubblica Amministrazione in ordine all'eventuale mantenimento del rapporto con il privato interessato dalla predetta informativa è sostanzialmente inesistente, riducendosi ad una presa d'atto di un accertamento di circostanze ostative al mantenimento del predetto rapporto, accertamento operato in altra sede.

L'attività amministrativa si sostanzia, dunque, nell'immediata interruzione del rapporto con il privato oggetto di informativa tipica positiva escludendo la possibilità per quest'ultimo soggetto di intervenire nel procedimento avviato per la interruzione del contatto pubblico-privato, pretermettendo altresì lo stesso soggetto da qualsivoglia conoscenza circa il contenuto dell'invocata informativa.

In altri termini ancora l'informativa prefettizia, in una ipotetica scansione temporale, si pone quale atto prioritariamente lesivo dal quale, a cascata, deriva la successiva presa d'at-

¹⁰ "Quando, a seguito delle verifiche disposte dal prefetto, emergono elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa nelle società o imprese interessate, le amministrazioni cui sono fornite le relative informazioni, non possono stipulare, approvare o autorizzare i contratti o subcontratti, né autorizzare, rilasciare o comunque consentire le concessioni e le erogazioni" (vd. art. 10, comma 2, D.P.R. n. 252/1998).

¹¹ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 29 febbraio 2008, n. 756; 5 giugno 2006, n. 3337; 29 ottobre 2004, n. 7047.

¹² Cfr. T.A.R. Campania, Sez. I, 24 settembre 2009, n. 5058; vd. anche Cons. Stato, Sez. VI, 29 febbraio 2008, n. 756 ed 11 settembre 2001, n. 4724.

to dell'evento interruttivo da parte dell'Amministrazione e ciò attraverso un'attività che si pone come meramente consequenziale all'intervenuto accertamento operato dalla competente Prefettura.

Conclusioni queste cui si perviene dalla lettura sia del dato normativo di riferimento più volte richiamato sia dai consolidati arresti pretori che più volte hanno confermato la naturale consequenzialità tra informativa positiva e interruzione del rapporto tra privato ed Ente pubblico.

Sul punto non possono, tuttavia, non effettuarsi alcune brevi riflessioni.

Sebbene possa parzialmente ritenersi condivisibile l'indirizzo giurisprudenziale, invero consolidato, che esime l'Amministrazione dalla comunicazione di avvio del procedimento di revoca del contributo o di rescissione contrattuale, non parimenti condivisibile appare l'identica esenzione riconosciuta al Prefetto prima dell'adozione di un'eventuale informativa positiva.

È, infatti, proprio in sede di formazione del convincimento degli Organi della Prefettura che l'apporto del privato, oggetto di indagini, utilmente informato circa la possibile adozione di un'informativa positiva a proprio carico, potrebbe fornire ulteriori informazioni utili non solo per l'adozione di un provvedimento completo e complessivo ma anche a fini deflattivi del contenzioso innanzi al Giudice Amministrativo.

Ad oggi, tuttavia, si assiste ad un pieno avallo della totale pretermissione del privato dalla formazione del convincimento degli Organi del Prefetto¹³ e della conseguente, naturale, estromissione del privato destinatario di informativa positiva da qualsivoglia contatto con la pubblica Amministrazione.

Parzialmente diversa è, invece, l'ipotesi in cui l'informativa, sempre riconducibile a quelle c.d. tipiche, pervenga quando il contatto tra soggetto privato e p.A. sia in fase avanzata o, addirittura, pressoché giunto alla conclusione.

Com'è noto, infatti, l'art. 11 del D.P.R. n. 252/1998 prevede che, trascorsi quarantacinque giorni dalla data in cui è stata inoltrata la richiesta di informativa alla Prefettura, la p.A. può liberamente avviare la propria attività con il privato, sia essa, ad esempio, la conclusione di un contratto ovvero la concessione di un contributo.

È altresì possibile per la p.A. avviare immediatamente l'attività con il privato quando ragioni di particolare urgenza lo richiedano sempreché, in ogni caso, sia stata già inoltrata la richiesta di informativa alla competente Prefettura¹⁴.

¹³ Cfr., tra le altre, Cons. Stato, sez. VI, 11 settembre 2001, n. 4724: *“La comunicazione di avvio del procedimento prevista dall'art. 7, l. 7 agosto 1990 n. 241 non è necessaria per l'informativa prefettizia in materia di infiltrazioni mafiose ex art. 4, d.leg. 8 agosto 1994 n. 490”*.

¹⁴ Esempio calzante è la necessità di corresponsione di contributi pubblici entro una determinata scadenza pena la loro inutilizzabilità, scadenza non conciliabile nemmeno con i quarantacinque giorni previsti dalla normativa.

In tali casi, pertanto, potrebbe verificarsi che nel corso di svolgimento del rapporto tra privato e p.A. pervenga un'informativa positiva.

Ebbene, da un punto di vista normativo, occorre rilevare un'apparente discrasia tra l'art. 10, comma 2, del D.P.R. n. 252/1998, il quale sancisce l'impossibilità di contrarre, o comunque di concedere contributi o rilasciare autorizzazioni o concessioni, *“quando, a seguito delle verifiche disposte dal prefetto, emergono elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa nelle società o imprese interessate”*¹⁵, ed il successivo art. 11, secondo comma, dello stesso Decreto il quale rimette alla valutazione discrezionale dell'Amministrazione la possibilità di continuazione del rapporto con il privato interessato prevedendo che *“l'amministrazione interessata può revocare le autorizzazioni e le concessioni o recedere dai contratti”*.

L'antinomia si appalesa in realtà apparente solo ove si consideri sia il dato pragmatico sia, chiaramente, la ratio del sistema normativo nel suo complesso.

Non sfugge, infatti, come l'allarme sociale che desta la presenza di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa sia talmente, e giustamente, alto da non poter che determinare una forte presa di posizione da parte della p.A. interessata nel senso di un'immediata interruzione del rapporto con l'operatore economico oggetto di informativa positiva.

L'interesse pubblico al mantenimento di una soglia elevata di allerta contro il sistema mafioso, dunque, prevale sull'interesse particolare alla realizzazione di una determinata opera ovvero alla fornitura di un particolare servizio.

Tale sistema, tuttavia, non poteva rimanere totalmente rimesso ad un mero e semplice automatismo¹⁶.

¹⁵ Vd. anche art. 4, comma 6, D. Lgs. n. 490/94.

¹⁶ In realtà, a seguito di adozione di un'informativa antimafia, specie se a contenuto tipico, difficilmente la p.A. proseguirà il rapporto con il privato destinatario dell'informativa. A ciò si aggiunga che, in esecuzione di Protocolli di Legalità stipulati tra Amministrazioni locali e Ministero dell'Interno, è la stessa Amministrazione firmataria dei predetti Protocolli che si impegna ad interrompere immediatamente qualsivoglia rapporto con il privato destinatario di un'informativa positiva. Si veda, ad esempio, il Protocollo di Legalità *“Carlo Alberto Dalla Chiesa”* sottoscritto tra la Regione Siciliana, il Ministero dell'Interno, gli Uffici Territoriali del Governo di tutte le Province siciliane, l'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici (ora sui Contratti Pubblici), l'INAIL, l'INPS ed al quale hanno aderito numerosi Comuni siciliani. Detto Protocollo prevede che le Amministrazioni appaltanti si impegnino ad inserire delle clausole di salvaguardia dal fenomeno mafioso già nella predisposizione degli atti di gara. Con riferimento specifico alle ipotesi di informativa antimafia pervenuta successivamente alla stipula del contratto è previsto che *“oltre ai casi in cui ope legis è previsto lo scioglimento del contratto di appalto la stazione appaltante recederà, in qualsiasi tempo, dal contratto, revocherà la concessione o l'autorizzazione al sub-contratto, cottimo, nolo o fornitura, al verificarsi dei presupposti stabiliti dall'art. 11, comma 3, del DPR 3.6.98 n. 252”*. In altri termini, il ricevimento dell'informativa positiva successiva comporta l'immediata interruzione del rapporto con il privato interessato e ciò in ottemperanza alla sopra menzionata clausola al cui rispetto si è autovincolata l'Amministrazione.

Ecco, quindi, che interviene la norma di cui al menzionato art. 11 il quale consente, previa valutazione da parte dell'Amministrazione interessata, la possibilità di mantenere attivo il rapporto con il privato.

In tali casi, però, è necessario che la p.A. motivi ampiamente sulla determinazione assunta circa la necessità di mantenere attivo il rapporto con il privato oggetto di infiltrazioni mafiose ¹⁷.

In entrambi i casi, nell'ipotesi di rapporto contrattuale, sia ove si decida di interromperlo ovvero di mantenerlo, parrebbe utile svolgere alcune riflessioni, ma non in questa sede, sulla sorte che dovrà essere riservata alla percentuale di denaro già corrisposto e che rientra nel c.d. utile d'impresa e se possa ritenersi o meno corretto la corresponsione di detto utile a delle imprese quantomeno sospettate di collusione mafiosa ¹⁸.

Diversa è, invece, l'ipotesi in cui venga adottata un'informativa c.d. supplementare atipica.

Dette informative, emesse nel caso in cui non venga raggiunta la soglia di allerta per l'adozione di un'informativa tipica, ampliano nuovamente il margine discrezionale della p.A. ¹⁹ la quale dovrà autonomamente valutare l'opportunità o meno di intrattenere rapporti con soggetti privati sospettati o eventualmente vicini a centri di potere collusi con il sistema mafioso.

Ora, non bisogna sottacere come, in realtà, difficilmente una p.A. in presenza di un'informativa prefettizia supplementare atipica decida di mantenere il rapporto con il privato con ciò riconoscendo, nella prassi, efficacia interdittiva anche alla menzionata informativa c.d. atipica.

¹⁷ "La stazione appaltante, a seguito del ricevimento di una informazione (tipica) antimafia, deve valutare l'opportunità, per l'interesse pubblico, della prosecuzione del rapporto contrattuale già in corso di svolgimento solo allorché il rapporto contrattuale sia in corso di esecuzione già da un cospicuo lasso di tempo e sussistano concrete ragioni che rendano del tutto sconveniente per l'amministrazione l'interruzione della fornitura, del servizio o dei lavori che formano l'oggetto del contratto revocando (nella specie della sovvenzione). Ne deriva che la motivazione dovrà essere ampia a supporto di dette circostanze, ma non per l'opposto caso in cui, in assenza di queste ultime, non vi siano ragioni per vanificare la portata dell'informazione interdittiva. In quest'ultimo caso, invero, a giustificare l'adozione del provvedimento è sufficiente il rinvio alla stessa" (cfr. C.G.A., ult. cit., che richiama Cons. Stato, Sez. VI, 30 dicembre 2005, n. 7619).

¹⁸ Cfr. Tribunale di Palermo, Sez. distaccata di Monreale, ord. 12 aprile 2007.

¹⁹ "Mentre l'informativa prefettizia tipica ha carattere interdittivo di ulteriori rapporti negoziali con le amministrazioni appaltanti una volta presenti i presupposti previsti dall'art. 4, d.lgs. n. 490/1994 (sussistenza di cause di divieto o di sospensione - tentativi di infiltrazione tendenti a condizionare le scelte della società o dell'impresa), l'informativa prefettizia atipica invece non ha carattere interdittivo, ma consente l'attivazione degli ordinarî strumenti di discrezionalità nel valutare l'avvio o il prosieguo dei rapporti contrattuali alla luce dell'idoneità morale del partecipante alla gara di assumere la posizione di contraente con la p.A.; pertanto, l'informativa atipica non necessita di un grado di dimostrazione probatoria analogo a quello richiesto per dimostrare l'appartenenza di un soggetto ad associazioni di tipo camorristico o mafioso e si basa su indizi ottenuti con l'ausilio di particolari indagini che possono risalire anche a eventi verificatisi a distanza di tempo perché riguardano la valutazione sull'idoneità morale del concorrente e non producono l'esclusione automatica dalla gara" (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 25 novembre 2008, n. 5780).

5. Segue: verifica di legittimità dell'informativa

Nel procedimento amministrativo volto all'interruzione del rapporto tra la p.A. ed il soggetto privato oggetto di informativa positiva, il ruolo centrale, oltre che propulsivo, è senza dubbio svolto dalla stessa informativa prefettizia.

Da quanto sin qui argomentato, invero, emerge come l'atto che in realtà determina la cesura del rapporto con la p.A. sia senz'altro l'informativa prefettizia e quanto in essa contenuto.

Ebbene, proprio partendo da tale conclusione è possibile effettuare alcune riflessioni con riferimento alla giurisprudenza amministrativa formatasi in tema di impugnazioni aventi ad oggetto l'informativa prefettizia.

Secondo quanto chiaritoci dai più recenti arresti pretori, l'informativa prefettizia non sarebbe un atto autonomamente impugnabile e, conseguentemente, il ricorso avente ad oggetto esclusivamente l'annullamento di un'informativa sarebbe inammissibile²⁰.

Tale conclusione, tuttavia, non sembra condivisibile e ciò sotto almeno tre distinti profili.

Come si è già detto, l'attività amministrativa successiva al ricevimento di un'informativa prefettizia, quantomeno nell'ipotesi di informative cc.dd. tipiche, si caratterizza per essere di tipo vincolato: la p.A. dovrà necessariamente interrompere il rapporto con il privato oggetto di informativa interdittiva.

Ed infatti, proprio a conferma della vincolatività dell'attività amministrativa successiva all'adozione di un'informativa interdittiva, la stessa giurisprudenza ha chiarito come non risulti necessario né la comunicazione di avvio del procedimento né motivare ulteriormente l'atto interruttivo del rapporto se non attraverso un mero rinvio *per relationem* all'informativa²¹.

Ora, delle due l'una. O dovrà dichiararsi illegittimo quel provvedimento interruttivo del rapporto a seguito di informativa che non rispetti i ben noti principi in tema di procedimento amministrativo quali la comunicazione di avvio del procedimento e l'onere motivazionale, oppure dovrà essere riconosciuto all'informativa stessa, così come sembra più corretto, la qualifica di atto autonomamente impugnabile anche a prescindere dal successivo, consequenziale e dovuto, provvedimento di interruzione del rapporto tra privato ed Ente pubblico.

²⁰ Si veda da ultimo, T.A.R. Palermo, Sez. I, 13 luglio 2009, n. 1287.

²¹ Cfr., da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 2 marzo 2009, n. 1148, in tema di comunicazione di avvio del procedimento, e T.A.R. Campania, Sez. I, 24 settembre 2009, n. 5058, in tema di motivazione *per relationem* dell'atto interruttivo alla informativa prefettizia.

Tale conclusione sembra trovare ulteriore conferma anche in ragione del consolidato orientamento pretorio che fissa saldamente in capo al Giudice amministrativo la giurisdizione in tema di revoca di contributi ovvero di rescissione contrattuale a seguito di informativa interdittiva ²².

Ora, da un'attenta lettura della giurisprudenza formatasi in tema di riparto giurisdizionale, emergerebbe chiaramente come il giudizio in ordine alla legittimità dell'interruzione del rapporto della p.A. con il privato abbia ad oggetto non già aspetti del rapporto sinallagmatico ma, al contrario, investe direttamente profili di opportunità pubblicistica che hanno condotto l'Amministrazione all'adozione di quel determinato atto interruttivo.

Da ciò ne consegue, dunque, anche in ragione di quanto sin qui rilevato con riferimento alla natura vincolata dell'attività amministrativa conseguente ad un'informativa interdittiva, che oggetto del giudizio innanzi al G.A. sarà esclusivamente la legittimità o meno proprio dell'informativa, residuando per l'atto interruttivo adottato dalla p.A. una eventuale valutazione di mera illegittimità derivata.

Ulteriore profilo a sostegno della tesi circa l'autonoma impugnabilità dell'informativa si ricava dai principi che regolano il processo amministrativo ed i collegati oneri decadenziali di impugnazione degli atti.

Com'è noto, infatti, sebbene per gli atti c.d. endoprocedimentali, qual è un atto presupposto, non sussista l'onere della loro immediata impugnazione se non al termine dell'intero procedimento, tale principio trova una deroga nel caso in cui detti atti presupposti siano di per sé lesivi ed idonei a determinare definitivamente l'iter procedimentale ²³.

²² *“Va dichiarata la giurisdizione del giudice amministrativo in ordine ad una controversia avente ad oggetto l'annullamento di una delibera con la quale un Comune ha dichiarato di recedere dal contratto di appalto di lavori pubblici a seguito di una informativa antimafia del Prefetto dalla quale risultavano tentativi di infiltrazione mafiosa nei confronti dell'impresa affidataria dei lavori. In tal caso, infatti, il recesso dal contratto di appalto non trova fondamento in inadempienze verificatesi nella fase di esecuzione del contratto, ma è consequenziale all'informativa del Prefetto ai sensi dell'art. 10 del D.P.R. n. 252/1998, e quindi è espressione di un potere di valutazione di natura pubblicistica diretto a soddisfare l'esigenza di evitare la costituzione o il mantenimento di rapporti contrattuali fra i soggetti indicati nell'art. 1 del D.P.R. citato, e imprese nei cui confronti emergono sospetti di collegamenti con la criminalità organizzata”* (cfr. Cass., SS.UU., 29 agosto 2008, n. 21928).

²³ *“La regola secondo la quale l'atto endoprocedimentale non è autonomamente impugnabile, giacché la lesione della sfera giuridica del suo destinatario è normalmente imputabile all'atto che conclude il procedimento, incontra eccezione nel caso di atti di natura vincolata, quali i pareri e le proposte, idonei, come tali, ad imporre un indirizzo ineluttabile alla determinazione conclusiva ed in presenza di atti interlocutori, idonei a cagionare un arresto procedimentale capace di frustrare l'aspirazione dell'istante ad un celere soddisfacimento dell'interesse pretensivo prospettato ovvero ancora allorché gli atti soprassessori, rinviando ad un avvenimento futuro ed incerto nell'an e nel quando il soddisfacimento del suddetto interesse pretensivo, determina un arresto del procedimento che lo stesso privato ha attivato con la sua istanza (Cons. Stato, IV, 4 febbraio 2008 n. 296)”* (cfr. Cons. Stato, 7 settembre 2009, n. 5235).

Ebbene, anche sotto tale ulteriore profilo, l'informativa prefettizia antimafia assume tutte le caratteristiche di atto autonomamente lesivo immediatamente impugnabile nel termine decadenziale di sessanta giorni dalla sua adozione ovvero, più probabilmente, dalla sua conoscenza.

Fatte tali brevi notazioni, pare utile soffermarsi brevemente proprio sul tema della conoscibilità dell'informativa antimafia, in quanto documento, e degli accertamenti in essa contenuti.

Molto spesso, se non nella totalità dei casi, infatti, il soggetto privato viene a conoscenza dell'esistenza di un'informativa interdittiva emessa a proprio carico solo al momento dell'adozione del provvedimento interruttivo del rapporto che lo stesso intratteneva con la p.A..

Ora, in disparte la non condivisibile totale assenza di contraddittorio nella formazione del convincimento della Prefettura, deve rilevarsi come frequentemente le Amministrazioni pubbliche declinino la visione e l'accesso all'informativa prefettizia denunciando la sua natura di documento riservato.

Tale convinzione nascerebbe dalla qualificazione di "riservata amministrativa" spesso contenuta nella stessa nota prefettizia inviata all'Amministrazione richiedente ma anche in ragione del richiamo effettuato al D.M. 10 maggio 1994, n. 415, del Ministro dell'Interno recante *"Regolamento per la disciplina delle categorie di documenti sottratti al diritto di accesso ai documenti amministrativi, in attuazione dell'art. 24, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241"*.

Ebbene, dalla lettura di tale decreto emerge invece come l'informativa prefettizia non possa ritenersi sottratta all'accesso ma come, dall'accesso, debbano giustamente ritenersi sottratti i riferimenti alle fonti di polizia o giudiziarie dai quali trae origine l'accertamento prefettizio.

In altri termini, appare del tutto logico e coerente con le finalità di riservatezza a tutela dell'ordine pubblico che restino doverosamente sottratte all'accesso gli atti relativi, ad esempio, ad indagini in corso ovvero ad informatori di polizia, ma, d'altra parte, non può ritenersi condivisibile che, in ragione di tale principio, venga sottratta complessivamente all'accesso l'informativa nella sua interezza.

Conclusione questa che si riverbererebbe sulla possibilità di spiegare compiutamente, da parte del privato colpito dall'informativa, le proprie difese comportando un'insopportabile compressione della libertà dell'individuo in violazione, tra l'altro, degli artt. 24 e 27 della nostra Carta costituzionale.

Fortunatamente tale prassi, niente affatto condivisibile, sembrerebbe risultare ormai cassata dalla più recente giurisprudenza amministrativa la quale ha chiarito che l'informati-

va è un atto pienamente ostensibile ²⁴ anche se, tuttavia, contrariamente al chiaro indirizzo dettato da tale recente giurisprudenza, è possibile ancora oggi leggere sentenze che si pronunciano in senso opposto ²⁵.

Una volta ottenuta una copia dell'informativa il soggetto privato potrà, dunque, verificare i motivi che hanno condotto alla sua adozione ed eventualmente sottoporli alla verifica di legittimità tramite la proposizione di un giudizio innanzi al Giudice amministrativo.

Altra strada potrebbe essere quella di richiedere alla stessa Prefettura, ai sensi dell'art. 10, comma 8, del D.P.R. n. 252/1998, di aggiornare il contenuto dell'informativa ²⁶.

Concentriamoci sul rimedio giurisdizionale.

Mentre le informative cc.dd. ricognitive riportano circostanze già oggetto di esame da parte di un'Autorità Giudiziaria, circostanze comunque interdittive per legge, i problemi più insidiosi si presentano al momento di verificare la legittimità di informativa tipica accertativa ovvero nel caso di informativa supplementare atipica.

Ed infatti, proprio in tali ipotesi, come si è più volte evidenziato, il Prefetto svolge alcuni accertamenti attraverso dati raccolti dalle Forze dell'Ordine compiendo, dunque, una valutazione altamente discrezionale di tali risultanze.

Tuttavia, pur non potendo che condividere senza alcuna riserva l'interesse pubblico alla lotta alla criminalità organizzata, alcune osservazioni meritano di essere svolte con riferimento al potere discrezionale del Prefetto e della sua possibile verifica giurisdizionale innanzi al G.A..

²⁴ *"E' illegittimo il provvedimento con il quale la Prefettura nega alla ditta interessata l'accesso al testo di una informativa antimafia dalla quale risulta che sussistevano "elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa", assumendo che "la documentazione richiesta appartiene alla categoria dei documenti inaccessibili ai sensi dell'art. 3 del D.M. 10 maggio 1994, n. 415, regolamento attuativo dell'art. 24, comma IV della legge 7 agosto 1990 n. 241". Una informativa antimafia infatti non può essere considerata sempre e comunque riservata, atteso che il Ministero dell'interno, in sede di redazione dell'art. 3 del cit. D.M. n. 415/1994 non ha incluso l'informativa antimafia tra gli atti tout court integralmente inaccessibili, per motivi di ordine e sicurezza pubblica o di prevenzione e repressione della criminalità"* (cfr. C.G.A., Sez. Giurisdiz., 11 maggio 2009, n. 406).

²⁵ Cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 11 agosto 2009, n. 789: *"Sulla base della costante giurisprudenza che si è pronunciata sul punto, che il Collegio condivide, l'informativa prefettizia è sottratta all'accesso (T.A.R. Roma, sez. III, 1.3.06 n. 1532, 31.7.08 n. 7786; Napoli, sez. I, 28.2.05 n. 1319; Liguria, sez. I, 13.7.06 n. 827)"*.

²⁶ Attraverso tale strumento, il privato potrà richiedere di aggiornare i dati o gli accertamenti contenuti nell'informativa chiedendo, conseguentemente, la modifica della sua natura interdittiva. Tra l'altro è stato altresì chiarito come sussista l'obbligo per la Prefettura di dare seguito alla richiesta di aggiornamento: *"Illegittimamente il Prefetto omette di provvedere su di una istanza di aggiornamento dell'informativa antimafia, così come previsto dall'art. 10, comma 8, del D.P.R. n. 252/1998 (secondo cui "la prefettura competente.....anche sulla documentata richiesta dell'interessato, aggiorna l'esito delle informazioni al venir meno delle circostanze rilevanti ai fini dell'accertamento dei tentativi di infiltrazione mafiosa"); infatti, in presenza di una istanza di aggiornamento da parte del soggetto interessato, il Prefetto non può legittimamente sottrarsi all'onere di riesaminare la vicenda alla luce dei nuovi dati fornitigli"* (cfr. da ultimo Cons. Stato, Sez. VI, 20 maggio 2009, n. 3092).

La valutazione che compiono gli organi della Prefettura consta di un elevato margine discrezionale, spesso fondato su semplici accertamenti di polizia, la cui ampiezza risulterebbe condivisibile ove detta valutazione potesse essere sottoposta al controllo di un'Autorità Giudiziaria titolare anche del potere di apprezzarne il merito e non solo di valutarne l'eventuale illogicità o contraddittorietà manifesta ²⁷.

In altri termini, stante i delicati interessi coinvolti dall'adozione di un'informativa interdittiva, interessi di natura anche costituzionale quale la tutela della libertà personale e di iniziativa economica, sembrerebbe più armonioso con l'intero sistema che anche i controlli prefettizi, prima di sfociare in un provvedimento gravemente lesivo ²⁸ qual è l'informativa, venissero valutati nel merito da un'Autorità Giudiziaria.

Non può invero sottacersi come l'accertamento dei fatti e le valutazioni elaborate dal Prefetto esulino da un controllo contraddittorio con ciò arrecando un significativo *vulnus* ai principi in tema di diritto di difesa e di libertà personali ed economiche sanciti, tra l'altro, dagli artt. 24, 27, 41, 103 e 111 della Costituzione ²⁹.

27 È stato, infatti, evidenziato, anche sulla scorta di consolidati orientamenti giurisprudenziali, come l'opzione legislativa che ha introdotto la generica verifica circa la presenza di tentativi di infiltrazione mafiosa debba ritenersi "coerente con le caratteristiche fattuali e sociologiche del fenomeno mafioso che non necessariamente si concreta in fatti univocamente illeciti, potendosi arrestare alla soglia della intimidazione, della influenza e del condizionamento latente di attività economiche formalmente lecite; la formulazione generica, più sociologica che giuridica, del tentativo di infiltrazione mafiosa giuridicamente rilevante implica l'attribuzione al Prefetto di un ampio margine di accertamento e di apprezzamento che ne spiega la sindacabilità in sede giurisdizionale solo in caso di manifesti vizi di eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza e travisamento dei fatti". Cfr. V. De Gioia, *Le garanzie in materia di informazioni prefettizie antimafia*, in Nuova Rass., 21, 2007, p. 2173. L'Autore esprime un giudizio di coerenza tra opzione normativa e natura dell'organizzazione mafiosa, giudizio assolutamente condivisibile. Tuttavia, a differenza di quanto sostenuto dall'Autore, tale giudizio sembra meno condivisibile con riferimento alla scelta di aver affidato detti poteri ricognitivi ad un organo dell'Amministrazione piuttosto che ad un organo della Giurisdizione.

28 Si veda sul punto quella giurisprudenza che ha iniziato a sanzionare l'illegittimità di un'informativa non solo con la declaratoria di illegittimità ma anche condannando l'Amministrazione al risarcimento dei danni patiti (cfr. da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 28 marzo 2008, n. 1310; 12 febbraio 2008, n. 491).

29 Sul punto si veda anche S. Cimini, *La nuova documentazione antimafia: le «informazioni» del prefetto* (Nota a Cons. Stato, sez. VI, 11 settembre 2001, n. 4724), Foro it., 2002, III, 291, il quale, affrontando la delicata questione circa il coordinamento tra la normativa in tema di informazioni prefettizie antimafia e le norme ed i principi costituzionali, rileva altresì come, in realtà, il sistema delle informative sembrerebbe creare una disparità di trattamento tra operatori economici italiani ed o.e. non italiani in quanto la richiesta di informativa riguarderebbe solo i primi lasciando i secondi indenni dalla sottoposizione a tale forma di controllo pregnante. Circostanza questa che, sempre secondo il citato autore, renderebbe la normativa non pienamente conforme ai principi di cui agli artt. 3 e 97 Cost., oltre che ai principi di ragionevolezza.

Il ruolo di controllore della legittimità e fondatezza di un'informativa prefettizia è, dunque, interamente rimesso al Giudice amministrativo il quale non potrà che utilizzare i limitati poteri istruttori³⁰ allo stesso riconosciuti trattandosi, tra l'altro, di materia che esula dall'alveo della sua giurisdizione esclusiva.

Ora, tenendo a mente tali considerazioni, è possibile verificare i limiti elaborati dai Giudici amministrativi proprio in tema di informazioni prefettizie.

Da un'analisi complessiva della giurisprudenza amministrativa che più volte è stata chiamata ad esprimersi sulla legittimità delle informative del Prefetto, è possibile tracciare alcuni tra i più significativi limiti che incontra l'attività prefettizia nella materia che ci occupa.

L'accertamento compiuto dal Prefetto circa l'eventuale presenza di possibili interferenze mafiose non può essere compiuto attraverso un mero rinvio ad un legame parentale tra il soggetto interessato all'accertamento prefettizio ed altro soggetto, legato al primo, appunto, da vincolo parentale di affinità o coniugio³¹.

Il limite individuato dalla giurisprudenza con riferimento al vincolo parentale pare condivisibile e conforme ai principi posti in tema di responsabilità personale e di tutela del diritto di difesa, principi questi più volte richiamati e tutelati dalla nostra Carta costituzionale.

Al fine dunque di adottare un'informativa interdittiva, la Prefettura dovrà indicare ulteriori indizi che consentano di evidenziare l'esistenza di un effettivo sodalizio tra il parente, sospettato di contiguità mafiose ovvero rientrante nelle previsioni di cui all'art. 10, comma 7, lett. a) e b), D.P.R. n. 252/1998, ed il soggetto direttamente interessato dall'accertamento prefettizio.

Tale ulteriore precisazione non sembrerebbe però potersi ritenere vincolante nell'ipotesi di adozione di un informativa c.d. supplementare atipica la quale, in ragione dell'effetto non automaticamente preclusivo, permetterebbe di informare l'Amministrazione circa le possibili "frequenzazioni" del soggetto interessato dall'accertamento.

In realtà, così come si è avuto modo di precisare sopra, anche le informative atipiche producono, nella prassi amministrativa ovvero in applicazione di Protocolli di Legalità a cui

³⁰ Condivisibile sul punto quanto affermato da autorevole dottrina: *"la soluzione più aderente alla realtà del processo amministrativo e che cerchi di conciliarne le caratteristiche formali con la natura essenzialmente documentale del relativo sistema probatorio e dei connessi oneri esibitori posti dalla legge a carico tanto della parte ricorrente quanto dall'amministrazione già al momento della costituzione del rapporto processuale, è quella che considera la fase istruttoria nel processo amministrativo solamente eventuale, ossia formalmente inesistente ma a volte necessaria"*, N. Saitta, *Sistema di Giustizia Amministrativa*, Milano, 2005, p. 177. In questa sede non possono chiaramente essere affrontati i risvolti problematici legati all'istruzione nel processo amministrativo; tuttavia, la lucida analisi sopra riportata permette di evidenziare le difficoltà che si incontrano nel contestare il contenuto di un'informativa prefettizia in un giudizio, quale quello amministrativo, di tipo prettamente documentale.

³¹ Cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 26 novembre 2008, n. 5846; Cons. Stato, Sez. VI, 29 febbraio 2008, n. 756; Cons. Stato, sez. V, 2 maggio 2007, n. 1916; Cons. Stato, sez. VI, 7 marzo 2007, n. 1056.

si autovincola l'Amministrazione, effetti interdittivi dovendosi pertanto estendere anche a queste le considerazioni svolte con riferimento alle informative tipiche.

Ulteriore, significativo, limite che incontra l'attività accertativa del Prefetto in *subiecta materia* trae origine proprio dall'applicazione delle basilari regole poste a tutela della libertà personale e d'impresa.

Ed infatti, è apparso sin da subito evidente come, nell'ipotesi in cui i fatti richiamati nell'informativa prefettizia fossero stati oggetto di adeguati riscontri ed accertamenti in sede penale, dette risultanze non potessero essere trascurate dal Prefetto nell'adozione dell'informativa.

Al fine dunque di evitare lo scadimento in uno Stato *poliziesco*³², il Prefetto dovrà valutare attentamente le risultanze ottenute in sede di accertamento dell'eventuale responsabilità penale in sede giudiziaria e difficilmente potrà (o, forse, dovrebbe) discostarsene nell'adozione dell'informativa, specie quando gli accertamenti effettuati in sede penale, attraverso mezzi e strumenti sicuramente più convincenti, non abbiano fornito alcuna indicazione circa il possibile condizionamento da parte della criminalità organizzata³³.

Resta tuttavia da chiarire come, tuttavia, molto spesso possono leggersi informative prefettizie in cui, pur dando atto di assoluzioni piene in sede giudiziaria sui fatti oggetto di accertamento da parte del Prefetto, quest'ultimo ritenga comunque presenti elementi indiziari i quali, pur non raggiungendo la soglia richiesta per la condanna in sede giudiziaria, risultano sintomatici di possibili interferenze mafiose.

Tale conclusione, spesso avallata anche dalla giurisprudenza amministrativa a conferma della "*natura di strumenti con funzione spiccatamente cautelare e preventiva*"³⁴ relativamente alle informative prefettizie, non sembrerebbe perfettamente in linea con i principi costituzionali sopra richiamati in quanto potrebbe assistersi ad una probabile, ed insopportabile, irrogazione di fatto di una sanzione fortemente punitiva pur in assenza di validi riscontri in sede giudiziaria. Tutto aggravato dalla sostanziale impossibilità, per il soggetto interessato, di rimettere alla valutazione del Giudice amministrativo, fortemente limitato nei suoi poteri istruttori rispetto al collega magistrato che opera in sede penale, alcune informazioni e contro-accertamenti positivamente valutati in altra sede giudiziaria.

Infine, limite dalla portata generale, che rientra sostanzialmente all'interno della categoria del tipico vizio dell'eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà e travisamento dei fatti, è

³² Cfr. T.A.R. Sicilia, Sez. II, 19 gennaio 2004, n. 115; T.A.R. Campania, Sez. III, 14 aprile 2003, n. 3820; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 12 febbraio 2007 n. 38.

³³ Cfr., tra le tante, Cons. Stato, Sez. VI, 3 settembre 2009 n. 5194; 25 novembre 2008, n. 5780.

³⁴ Cfr. T.A.R. Campania, Sez. I, 29 gennaio 2009, n. 519. Da ultimo, vd. anche C.G.A., Sez. Giurisdiz., 22 aprile 2009, n. 278.

quello che censura la genericità del contenuto delle informative basate solo su semplici congetture senza un adeguato riscontro dei fatti riportati ovvero carenti del requisito dell'attualità ³⁵.

Tale limite rappresenta una sorta di valvola di sfogo che consente una chiusura logica al sistema dei limiti esterni cui rimane subordinata, secondo gli orientamenti pretori più avveduti, l'attività di accertamento operata dal Prefetto nell'adozione dell'informativa antimafia di cui al D.P.R. n. 252/1998.

6. Brevi riflessioni conclusive

Con la Legge 15 luglio 2009, n. 94, sono state apportate delle modifiche al D.Lgs. n. 490/1994. In particolare, è stata introdotta la possibilità che il Prefetto possa monitorare i cantieri relativi alle opere pubbliche al fine di tenere alto il controllo preventivo verso i fenomeni di infiltrazione, anche attraverso, ad esempio, fornitura illecita di manodopera, da parte della criminalità organizzata di tipo mafioso ³⁶.

Le finalità della predetta novella normativa, unitamente alle considerazioni già espresse con riferimento al sistema delle informative prefettizie, non può che essere pienamente condivisibile. Non sfugge invero come la capillarità e peculiarità del fenomeno mafioso non consenta, spesso, di intervenire con mezzi ordinari ma che, invece, necessita di istituti speciali.

Ciò tuttavia non può consentirci di sottolineare alcune carenze che, in realtà, potrebbero soltanto giovare alle finalità cui la normativa sul punto pare essere ispirata.

In primo luogo, non si comprende come, con specifico riferimento, ad esempio, al settore dell'edilizia, si possa ammettere che le imprese che operano esclusivamente nel settore privato vengano totalmente pretermesse dai controlli previsti per il rilascio dell'informativa prefettizia.

Non deve infatti essere sottovalutato il fenomeno delle grandi, come delle medie e piccole, commesse private in cui senza dubbio si inseriscono eventuali interessi, e capitali, della criminalità organizzata.

In altri termini, se la finalità della normativa antimafia che sin qui si è tentato di illustrare è quella di combattere e contrastare il fenomeno mafioso colpendo i loro interessi finanziari, del pari tali azioni andrebbero svolte nei confronti di quelle imprese che non entrano

³⁵ *"E' illegittima una informativa prefettizia antimafia secondo cui sussisterebbero tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata in una società che si fonda su di un quadro istruttorio lacunoso ed incongruo e su affermazioni apodittiche e sostanzialmente prive di concreti ed attuali riscontri fattuali"*. Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 17 luglio 2008, n. 3603.

³⁶ Vd. nota 5.

in contatto direttamente con la p.A. ma che comunque, attraverso le attività svolte, attuano una significativa incidenza nella gestione del territorio, dalla selezione del personale alla scelta delle imprese fornitrici.

Controllo che potrebbe essere semplicemente attuato attraverso l'indicazione, ad esempio, all'atto del rilascio del titolo edilizio richiesto, dell'impresa che andrà a svolgere i lavori. Ove la stessa, a seguito di accertamenti, dovesse risultare contigua ad ambienti criminali, il titolo edilizio decadrebbe se entro un determinato termine l'impresa stessa non venga sostituita.

Questo sistema consentirebbe di eliminare incomprensibili differenze tra imprenditori dello stesso settore oltre ad un'intollerabile situazione in cui sia consentito che un'impresa, da una parte, venga esclusa da un appalto pubblico, magari di poche decine di migliaia di euro, mentre d'altra parte, la stessa risulti titolare di un commessa, anche di milioni di euro, per la realizzazione di lavori privati.

A cascata ne gioverebbe senza dubbio il controllo statale del territorio attraverso la continua effettuazione di accertamenti su tutte le imprese esecutrici di lavori.

Se, dunque, da un lato, sarebbe auspicabile una significativa estensione delle ipotesi in cui effettuare i controlli informativi antimafia, dall'altro non pochi dubbi solleva la completa delegazione ad un'Autorità amministrativa della competenza in ordine all'adozione di un provvedimento dagli effetti altamente lesivi qual è appunto l'informativa antimafia.

Risulterebbe, invero, maggiormente compatibile con la logica intrinseca dell'intero ordinamento democratico, sottoporre l'adozione definitiva dell'informativa ad un'Autorità Giudiziaria Ordinaria, che nell'ambito dei maggiori poteri accertativi alla stessa riconosciuti, possa valutare complessivamente le informazioni raccolte dall'organo prefettizio. Con la possibilità di ricorrere avverso la stessa, o altra, Autorità Giudiziaria da parte del soggetto interessato dall'adottata informativa al fine di sottoporre alla stessa, senza incontrare i limiti tipici dell'istruttoria nel processo amministrativo, tutti i fatti e i documenti utili per effettuare una rivalutazione complessiva delle circostanze dedotte.