



Andrea Longo*

La Corte costituzionale e le informative antimafia. Minime riflessioni a partire dalla sentenza n. 57 del 2020**

SOMMARIO: 1. Un intervento ambiguo su un tema controverso – 2. La questione – 3. I limiti del “guscio amministrativo” – 4. Un’unica apertura – 5. Il male e la cura

1. Un intervento ambiguo su un tema controverso

Nella decisione n. 57 del 2020 la Corte costituzionale ha negato che l’informazione antimafia interdittiva violi il principio costituzionale della libertà di iniziativa economica privata; pur ammettendo, infatti, il grave sacrificio imposto da tali misure al diritto di cui all’art. 41 Cost., si rinviene la giustificazione di una simile compressione nell’estrema pericolosità del fenomeno mafioso e nel rischio di una lesione della concorrenza e della stessa dignità e libertà umana. Il Giudice delle leggi, dunque, ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale di Palermo sugli articoli 89-*bis*¹ e 92, commi 3 e 4², del D. Lgs. 6 settembre 2011

* Professore associato di Diritto costituzionale presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università degli Studi di Roma “La Sapienza”

** La presente nota viene pubblicata tra i contributi della sezione “Osservatorio sulla Corte costituzionale” curata dai Professori Roberto Borrello e Paolo Carnevale.

¹ Norma rubricata come *Accertamento di tentativi di infiltrazione mafiosa in esito alla richiesta di comunicazione antimafia* e il cui testo recita: «Quando in esito alle verifiche di cui all’articolo 88, comma 2, venga accertata la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, il prefetto adotta comunque un’informazione antimafia interdittiva e ne dà comunicazione ai soggetti richiedenti di cui all’articolo 83, commi 1 e 2, senza emettere la comunicazione antimafia. L’informazione antimafia adottata ai sensi del comma 1 tiene luogo della comunicazione antimafia richiesta».

² Termini per il rilascio delle informazioni. Commi 3 e 4: «Decorso il termine di cui al comma 2, primo periodo, ovvero, nei casi di urgenza, immediatamente, i soggetti di cui all’articolo 83, commi 1 e 2 (*P.A, Enti pubblici, Enti e aziende vigilate dallo Stato o da altro ente pubblico, Concessionari di lavori o di servizi pubblici e contraenti generali di cui all’articolo 176 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*), procedono anche in assenza dell’informazione antimafia. I contributi, i finanziamenti, le agevolazioni e le altre erogazioni di cui all’articolo 67 sono corrisposti sotto condizione risolutiva e i soggetti di cui all’articolo 83, commi 1 e 2, revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l’esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite. La revoca e il recesso di cui al comma 3 si applicano anche quando gli elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa siano accertati successivamente alla stipula del contratto, alla concessione dei lavori o all’autorizzazione del subcontratto».

n. 159, (c.d. “Codice antimafia”), in riferimento agli artt. 3 e 41 della Costituzione.

La decisione in oggetto riveste una certa importanza per gli studi dottrinali, quantomeno perché in essa si affronta, per la prima volta in termini sostanziali, la costituzionalità delle informative interdittive antimafia³. Questione spinosa, dibattuta, radicalmente divisiva, in dottrina, in giurisprudenza, in politica.

I numerosi dubbi, sollevati da più parti, circa la legittimità di tale disciplina, sono fin qui rimbalzati sul muro, freddo quanto tetragono, della giurisprudenza amministrativa che pare essersi appassionata alla difesa di uno strumento considerato la frontiera più avanzata nella lotta alla criminalità organizzata.

Deludendo le aspettative della dottrina più garantista che auspicava la risoluzione dei molti punti di sofferenza costituzionale evocati dalla disciplina in parola, i giudici di Palazzo della Consulta ci lasciano una decisione ambivalente che, nella maggior parte della sua estensione, chiude le porte alle richieste sollevate dal giudice *a quo* e, nella sua parte finale, esprime un monito al legislatore si spera foriero di futuri sviluppi riformatori.

Nelle poche pagine di questo scritto, proverò a dar conto di tali chiusure e dell'unica apertura.

2. La questione

La lunga teoria di dubbi, elaborati dalla dottrina, sfila nel *thema decidendum* della questione, che pare sollevata, dal Tribunale di Palermo, non solo contro una normativa francamente liberticida ma anche contro una cultura politica che, nel corso del tempo, ne ha ampliato l'ambito applicativo, potenziandola in termini di incisività e, conseguentemente, di lesività, inseguendo la vertigine di strumenti sempre più poderosi, apparentemente indispensabili a combattere un nemico percepito (peraltro non a torto) mostruosamente forte e drammaticamente implacabile.

Non mi pare casuale che l'oggetto della *quaestio legitimitatis* riguardi una (non più molto recente) torsione della disciplina in esame che ha comportato il *superamento della vecchia distinzione tra informativa e comunicazione*: l'art. 89-*bis* del d.lgs. n. 159 del 2011 con il quale «si sono estesi gli effetti della informazione antimafia interdittiva agli atti elencati nell'art. 67, comma 1, del d.lgs. n. 159 del 2011 – tradizionalmente incisi dalla comunicazione antimafia interdittiva – e, in particolare, a quelli funzionali all'esercizio di una attività imprenditoriale puramente privatistica, così privando un soggetto del diritto, sancito dall'art. 41 Cost., di esercitare l'iniziativa economica, e ponendolo nella stessa situazione di

³ Il tema delle informative antimafia era stato già incontrato dalla Corte nella precedente decisione n. 4 del 2018: in quell'occasione tuttavia non si affrontarono i problemi di costituzionalità posti dalla sostanza di tale disciplina; se, infatti, le medesime erano le norme-oggetto (anche in quel caso si faceva riferimento all'art. 89-*bis*), ben diverse erano, invece, le norme-parametro invocate (vale a dire gli artt. 76 e 77 Cost.), risolvendosi la questione (alla fine dichiarata infondata) nella sussistenza o meno di un eccesso di delega legislativa. In una decisione ancora precedente (n. 58 del 2010) la questione concernente le informative antimafia era stata dichiarata inammissibile per difetto nell'individuazione delle disposizioni oggetto della questione.

colui che risulti destinatario di una misura di prevenzione personale applicata con provvedimento definitivo»⁴.

La domanda del giudice *a quo* evoca la necessità di un giudizio di ragionevolezza sullo stato della legislazione e la ricerca di un nuovo punto di equilibrio tra interessi contrapposti: la necessità della lotta alla criminalità organizzata e la tutela dei diritti costituzionali dei privati, primo tra tutti quello della libertà di impresa, polverizzato da una vera e propria *capitis deminutio* che consegue all'interdittiva e che impedisce ad un imprenditore di avere qualunque rapporto, concessorio e finanche autorizzatorio, con la pubblica amministrazione⁵. Bilanciamento che appare malamente composto nell'attuale situazione in cui una simile capacità lesiva, assimilabile a quella delle misure di prevenzione, è affidata ad un atto emesso dalla P.A. e, pertanto, privo delle relative garanzie della giurisdizione⁶: «Sarebbe infatti irragionevole ricollegare ad un provvedimento di natura amministrativa gli stessi effetti di una misura di prevenzione applicata con un provvedimento di natura giurisdizionale, incidendo sull'esercizio dell'iniziativa economica»⁷.

A supporto del proprio ragionamento il giudice remittente aggiunge due ulteriori considerazioni: in primo luogo che «l'effetto dell'informazione antimafia interdittiva è immediato ai sensi dell'art. 91, comma 7-bis, del d.lgs. n. 159 del 2011, e non è subordinato alla definitività del provvedimento»; in secondo luogo che «l'autorità amministrativa non può procedere ad alcuna esclusione delle decadenze e dei divieti, a differenza di quanto può fare il tribunale, in ragione della previsione dell'art. 67, comma 5, del medesimo decreto legislativo, “nel caso in cui per effetto degli stessi verrebbero a mancare i mezzi di sostentamento all'interessato e alla famiglia”»⁸.

Riassumendo, tali censure si pongono su *un duplice asse*: a) *uno*, per così dire, *orizzontale* che critica *il troppo esteso ambito applicativo* della disciplina in oggetto; b) *uno verticale* che critica *la natura meramente amministrativa* del provvedimento⁹.

⁴ Punto 1.1 del *Considerato in diritto*.

⁵ Secondo quanto affermato dal Consiglio di Stato, nella sua più autorevole composizione, infatti, essa determina una forma di incapacità giuridica (ancorché parziale e temporanea), ossia «la insuscettività del soggetto (persona fisica o giuridica) che di esso è destinatario ad essere titolare di quelle situazioni giuridiche soggettive (diritti soggettivi, interessi legittimi) che determinino (sul proprio c.d. lato esterno) rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione»; così Cons. di Stato, A.P., 6 aprile 2018, n. 3. Nella medesima decisione si afferma addirittura che, all'impresa attinta da interdittiva, non spettano i risarcimenti, ad essa dovuti per danni subiti in costanza della propria attività, nemmeno se riconosciuti da una sentenza passata in giudicato.

⁶ Il giudice remittente, infatti, «riconosce la pervasività e la lesività dell'infiltrazione mafiosa nell'economia, e la necessità di una risposta efficace e che elimini i soggetti economici infiltrati dalle associazioni mafiose dal circuito dell'economia legale, e non solo da quello dei rapporti con la pubblica amministrazione. Tuttavia, ritiene che una legislazione che affida tale radicale risposta ad un provvedimento amministrativo, quale è l'informazione antimafia prefettizia, ponga dubbi di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 3 e 41 Cost.». Sulla sperequazione nel livello di garanzie tra misure di prevenzione e informative interdittive, ho svolto qualche considerazione in A. LONGO, *La «massima anticipazione di tutela». Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, in *Federalismi.it*, 16 ottobre 2019.

⁷ Punto 1.1 del *Considerato in diritto*.

⁸ Ancora punto 1.1 del *Considerato in diritto*.

⁹ Provvedimenti, tra l'altro, sulla cui legittimità sorgono già dei dubbi, pur essendo presidiati da garanzie di ben maggiore momento rispetto a quelle che circondano le informative interdittive; non casualmente la parte privata, costituitasi nel giudizio di costituzionalità, evoca la lesione dell'art. 117 Cost., in relazione all'art. 2 Protocollo n. 4 della CEDU come interpretato dalle due decisioni della Corte di Strasburgo *Tommaso contro Italia* (del 27 febbraio 2017) e

A) Per ciò che attiene al *perimetro applicativo*, bisogna richiamare, nel novero degli atti interdittivi, la differenza tra *comunicazione* e *informazione*: la prima (*ex art. 84. co. 2. del d.lgs. n. 159 del 2011*) connette gli effetti di decadenza, sospensione e divieto alla ricognizione di cause tipizzate¹⁰; la seconda aggiunge (*ex art. 84, co. 3, del d.lgs. n. 159 del 2011*), anche in mancanza di tali cause tipizzate, la possibilità da parte della autorità prefettizia di emettere il provvedimento a valle di *una valutazione discrezionale*. Stante il maggior tasso di “volatilità” che grava su questo secondo tipo, esso è (*rectius* dovrebbe essere) «richiesto solo per operazioni che superino certe soglie di valore, ovvero che siano poste in essere in settori sensibili»¹¹, dunque, in teoria non al settore delle mere autorizzazioni. Orbene l’art. 89-*bis* ha attribuito all’autorità prefettizia la possibilità di emettere una informativa interdittiva in luogo di una comunicazione, estendendo di fatto al settore delle autorizzazioni gli *effetti* delle informative antimafia¹² ma anche, si può aggiungere, i suoi *presupposti discrezionali*.

B) Per ciò che attiene alla *natura del provvedimento*, il giudice *a quo* si duole che un atto così intimamente lesivo di libertà costituzionali (prima tra tutte quella di cui all’art. 41 Cost.) sia assunto nelle forme dell’atto amministrativo; il remittente osserva, nella relazione tra atti ed effetti, un’asimmetria tanto pronunciata da divenire irragionevole, se non addirittura propriamente discriminatoria: l’informazione interdittiva esercita un’azione limitativa sui diritti, di chi ne è colpito, assolutamente sovrapponibile a quella di una misura di prevenzione definitiva, senza però possederne le garanzie. Qui basta ricordare che la progressiva e notoria opera di giurisdizionalizzazione che ha investito le misure di prevenzione, ad opera di un proficuo dialogo tra Corte costituzionale e legislatore¹³, non ha minimamente toccato

G.I.E.M. contro Italia (del 28 giugno 2018), entrambe rivolte a censurare il sistema di prevenzione italiana, la prima in termini di prevedibilità ed accessibilità, la seconda in termini di proporzionalità.

¹⁰ Che, ai sensi dell’art. 67 del d. lgs. 159 del 2011, sono: a) i provvedimenti definitivi di applicazione delle misure di prevenzione di cui all’art. 5 del medesimo decreto legislativo; b) le condanne con sentenza definitiva o confermata in appello per taluno dei delitti consumati o tentati elencati nell’art. 51, comma 3-*bis* c.p.p.

¹¹ Punto 5 del *Ritenuto in fatto*. Il riferimento normativo è all’art. 91, co. 1, della l. n. 509 del 2011 dove si indicano come sottoposti necessariamente all’informativa antimafia i contratti e i subcontratti il cui valore sia: «a) pari o superiore a quello determinato dalla legge in attuazione delle direttive comunitarie in materia di opere e lavori pubblici, servizi pubblici e pubbliche forniture, indipendentemente dai casi di esclusione ivi indicati; b) superiore a 150.000 euro per le concessioni di acque pubbliche o di beni demaniali per lo svolgimento di attività imprenditoriali, ovvero per la concessione di contributi, finanziamenti e agevolazioni su mutuo o altre erogazioni dello stesso tipo per lo svolgimento di attività imprenditoriali; c) superiore a 150.000 euro per l’autorizzazione di subcontratti, cessioni, cottimi, concernenti la realizzazione di opere o lavori pubblici o la prestazione di servizi o forniture pubbliche».

¹² Ai sensi dell’art. 86 D. Lgs. n. 159 del 2011, la comunicazione antimafia, acquisita dai soggetti di cui all’articolo 83, commi 1 e 2, con le modalità di cui all’articolo 88, ha una validità di sei mesi dalla data dell’acquisizione. L’informazione antimafia, acquisita dai soggetti di cui all’articolo 83, commi 1 e 2, con le modalità di cui all’articolo 92, ha invece una validità di dodici mesi dalla data dell’acquisizione, salvo che non ricorrano le modificazioni di cui al comma 3.

¹³ Si intende fare riferimento alle sentenze nn. 23 del 1964, 76 del 1970, 177 del 1980, 306 del 1997 e 93 del 2010. Per una compiuta analisi di tale giurisprudenza, si rinvia a G. P. DOLSO, *Le misure di prevenzione tra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Archivio penale*, n. 3, 2017; F. MENDITTO, *Presente e futuro delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali): da misure di polizia a prevenzione della criminalità da profitto*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016. Sui problemi evocati dalle misure di prevenzione nel nostro sistema costituzionali rimangono fondamentali le riflessioni di L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962. Su questo complesso tema, è necessario ricordare anche i numerosi interventi della Corte EDU; sul punto ricordiamo la sentenza 13 novembre 2007, nella causa *Bocellari e Rizza contro Italia*, la sentenza 8 luglio 2008, nella causa *Pierre ed altri contro Italia*, la sentenza

la pur simile normativa sulle informative antimafia che, ricadendo sotto il regime degli atti amministrativi, rimangono la forma di compressione (preventiva, cautelare, anticipatoria) in assoluto più svincolata dai normali (quanto necessari) presidi garantistici.

A fini euristici ho descritto separatamente i due argomenti; tuttavia va tenuto presente che dal punto di vista logico e retorico, tra di essi, esiste una connessione profonda: esiste infatti una *relazione incrementale tra i due livelli argomentativi*, in forza della quale tanto più estendiamo l'ambito di applicazione della disciplina, la sua capacità lesiva e la discrezionalità dei suoi presupposti, tanto più inadeguato apparirà il guscio amministrativo (e la, conseguente, mancanza di garanzie previste per gli atti emessi nell'ambito di un procedimento giurisdizionale) a dar conto dell'ampiezza e dell'intensità dei suoi effetti, come della labilità dei suoi presupposti.

3. I limiti del “guscio amministrativo”

Nell'accingermi a commentare le risposte fornite dalla Consulta a tali censure, devo dichiarare un pregiudizio di fondo che connota la mia posizione: come ho già avuto modo di scrivere, sono estremamente scettico rispetto al quadro normativo delle informative antimafia, soprattutto sul punto di bilanciamento tra la loro grande capacità lesiva e la scarsità delle garanzie da cui esse sono presidiate¹⁴. Non può, dunque, stupire il profondo disaccordo con la decisione di rigetto che qui si commenta; inoltre, al di là degli esiti, ci si sarebbe potuto aspettare (quantomeno auspicare) che la Corte avesse affrontato con argomenti ben più solidi (quantomeno più approfonditi) un problema tanto spinoso, invece di appiattirsi, è il caso di dirlo, pedissequamente, sugli arresti della giurisprudenza amministrativa¹⁵.

Mi rendo perfettamente conto della schiettezza di questa mia affermazione, ma è noto, almeno per chi aderisce all'insegnamento di Max Weber, che, proprio perché i nostri pregiudizi non possono essere superati, essi non devono essere celati, ma, necessariamente e, per quanto possibile, onestamente dichiarati¹⁶; di seguito esporrò le mie ragioni, a valle delle quali, voglio sperare (non mi sento di confidare) che il lettore possa comprendere (non dico scusare) l'espressione di una posizione tanto netta.

5 gennaio 2010, nella causa *Bongiorno contro Italia*, nonché la ben più remota sentenza 6 novembre 1980, *Guzzardi contro Italia*. Inoltre, occorre rilevare come nella, oramai nota, sentenza della Grande Camera, 23 febbraio 2017, *De Tommaso contro Italia*, la Corte di Strasburgo abbia censurato, per grave difetto di determinatezza, la normativa concernente alcune prescrizioni imponibili ai soggetti sottoposti a sorveglianza speciale e quella relativa alla fattispecie di pericolosità generica.

¹⁴ Cfr. A. LONGO, «*La massima anticipazione della tutela*». *Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, cit., spec. 25 ss.

¹⁵ Non casualmente, nella motivazione della sentenza, ricorre, più e più volte, la citazione della Relazione annuale del Presidente del Consiglio di Stato, che assume la funzione di una vera e propria “bussola argomentativa” per tutto il ragionamento svolto.

¹⁶ M. WEBER, *Der Sinn der «Wertfreiheit» der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften*, trad. it. *Il senso dell'avalutatività delle scienze sociologiche ed economiche*, in *Saggi sul metodo delle scienze storico sociali*, Torino, 2001.

Il ragionamento della Corte si muove per “blocchi argomentativi” che possiamo tranquillamente isolare: in primo luogo si afferma la *natura preventiva e non sanzionatoria delle misure interdittive* e, conseguentemente, la *naturale vaghezza dei presupposti applicativi* di tali misure in quanto indici fattuali di situazioni indiziarie¹⁷. In secondo luogo si afferma che *la vaghezza di tali presupposti non inciderebbe sul principio di legalità* perché tali valutazioni pur discrezionali sono improntate ad un equo bilanciamento degli interessi contrapposti e benché connotate da una «forte componente tecnica, sono soggette ad un vaglio giurisdizionale pieno ed effettivo»¹⁸; *vaglio non estrinseco ma intrinseco*¹⁹ e, addirittura, fortemente strutturato da una lunga attività pretoria che ne avrebbe tipizzato i presupposti, risolvendo il problema della certezza attraverso l’adesione ad un, quasi *ossimorico, principio di legalità dalla matrice giurisdizionale*²⁰. Infine la risposta amministrativa sarebbe tenuta nei canoni della ragionevolezza proprio dalla *natura transitoria* della misura²¹.

La catena argomentativa risulta, almeno per me, viziata fin dal suo *incipit*; la Corte muove, infatti, da *una concezione meramente formale della distinzione tra sanzione e prevenzione*, e sembra in essa trovare conforto per giustificare il pieno assoggettamento delle interdittive alla logica amministrativa. In realtà, come chiarito, pur in altri contesti, dalla Corte EDU, la distinzione formale tra sanzione penale e misura amministrativa, dovrebbe essere oramai consegnata all’obsolescenza che merita e il legislatore, quanto la cultura giuridica nel suo complesso,

¹⁷ «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. È in questa prospettiva anticipatoria della difesa della legalità che si colloca il provvedimento in questione, al quale, infatti, viene riconosciuta dalla giurisprudenza natura “cautelare e preventiva” (Consiglio di Stato, adunanza plenaria, sentenza 6 aprile 2018, n. 3), comportando un giudizio prognostico circa probabili sbocchi illegali della infiltrazione mafiosa». Pertanto «deriva dalla natura stessa dell’informazione antimafia che essa risulti fondata su elementi fattuali più sfumati di quelli che si pretendono in sede giudiziaria, perché sintomatici e indiziari». «Al riguardo, la stessa giurisprudenza ha anzitutto precisato (*ex plurimis*, Consiglio di Stato, sezione terza, sentenze 9 febbraio 2017, n. 565, punto 12) che “l’equilibrata ponderazione dei contrapposti valori costituzionali in gioco, la libertà di impresa, da un lato, e la tutela dei fondamentali beni che presidiano il principio di legalità sostanziale [...], richiedano alla prefettura una attenta valutazione di tali elementi, che devono offrire un quadro chiaro, completo e convincente del pericolo di infiltrazione mafiosa”».

¹⁸ Punto 5.2. del *Considerato in diritto*.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Punto 5.3 del *Considerato in diritto*: «Il risultato di questo impegno è la individuazione di un nucleo consolidato (sin dalla sentenza del Consiglio di Stato, sezione terza, 3 maggio 2016, n. 1743, come ricorda la sentenza della terza sezione, 5 settembre 2019, n. 6105) di situazioni indiziarie, che sviluppano e completano le indicazioni legislative, costruendo un sistema di tassatività sostanziale. Tra queste: i provvedimenti “sfavorevoli” del giudice penale; le sentenze di proscioglimento o di assoluzione, da cui pure emergano valutazioni del giudice competente su fatti che, pur non superando la soglia della punibilità penale, sono però sintomatici della contaminazione mafiosa; la proposta o il provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione previste dallo stesso d.lgs. n. 159 del 2011; i rapporti di parentela, laddove assumano una intensità tale da far ritenere una conduzione familiare e una “regia collettiva” dell’impresa, nel quadro di usuali metodi mafiosi fondati sulla regia “clanica”; i contatti o i rapporti di frequentazione, conoscenza, colleganza, amicizia; le vicende anomale nella formale struttura dell’impresa e nella sua gestione, incluse le situazioni in cui la società compie attività di strumentale pubblico sostegno a iniziative, campagne antimafia, antiusura, antiriciclaggio, allo scopo di mostrare un “volto di legalità” idoneo a stornare sospetti o elementi sostanziosi sintomatici della contaminazione mafiosa; la condivisione di un sistema di illegalità, volto ad ottenere i relativi “benefici”; l’inserimento in un contesto di illegalità o di abusivismo, in assenza di iniziative volte al ripristino della legalità».

²¹ Punto 6 del *Considerato in diritto*, dove si legge: «In particolare, quanto al profilo della ragionevolezza, la risposta amministrativa, non si può ritenere sproporzionata rispetto ai valori in gioco ... in questa valutazione complessiva dell’istituto un ruolo particolarmente rilevante assume il carattere provvisorio della misura».

dovrebbe orientarsi sul criterio sostanziale della effettiva lesività di una misura per stabilire a quale genere e a quale livello di garanzie essa debba congruentemente essere sottoposta²². A chi conosca l'effetto delle informative interdittive risulta lampante come tali misure siano ben più incisive, ben più sanzionatorie, per un'impresa, un imprenditore o la famiglia di questi, di qualunque misura cautelare personale cui un soggetto possa essere sottoposto. Considerate tali evidenze, *il valore argomentativo della correlazione tra tipologia dell'atto e grado della garanzia appare completamente destituito di ogni fondamento*.

Il secondo punto riguarda il rispetto del principio di legalità ed il suo essere o meno inficiato dalla vaghezza degli elementi posti alla base della valutazione discrezionale del Prefetto. Qui la Consulta propone, come visto, due risposte parallele: in primo luogo tale coefficiente di discrezionalità sarebbe temperato dalla natura tecnica della valutazione prefettizia; in secondo luogo esso sarebbe comunque sottoposto al vaglio della giurisdizione amministrativa.

Entrambi gli argomenti non appaiono convincenti se attentamente osservati.

L'*iter* argomentativo e la stessa scelta dei termini non hanno ovviamente nulla di casuale: da molto tempo si sostiene, nella giurisprudenza amministrativa, la distinzione tra *discrezionalità amministrativa tout court* e la c.d. *discrezionalità tecnica*²³. La prima può essere sottoposta unicamente ad un *sindacato giurisdizionale estrinseco*, concernente cioè la manifesta illogicità o incongruenza dell'atto, pena un indebito debordamento del giudice amministrativo nell'attività della P.A. e la violazione del generale principio della separazione dei poteri. La seconda, che concerne l'applicazione di una norma tecnica, può invece essere sottoposta ad un vaglio maggiormente penetrante, *intrinseco* appunto, declinabile in una

²² Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel e a. c. Paesi Bassi*, § 82; notoriamente in forza dei c.d. *Engel Criteria* si sviluppa il conseguente filone giurisprudenziale del "doppio binario sanzionatorio", su cui si rimanda a EAD., Gr. Cam., 10 febbraio 2009, *Zolotukhin c. Russia*, §52; EAD, Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens contro Italia*; recentemente, in termini parzialmente attenuativi, si veda EAD., Gr. Cam., 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*. In dottrina, su questi temi, si rinvia, per tutti, ad A. GAITO (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Roma, 2016.

²³ Distinzione che, notoriamente, sorge in giurisprudenza intorno alla metà degli anni '90, quando all'originaria idea di una discrezionalità amministrativa pura, consistente nella valutazione di interessi pubblici e sindacabile solo per vizi di manifesta illogicità, si affianca l'idea di una discrezionalità amministrativa *tecnica* che si esprime nell'applicazione di una norma (tecnica appunto) a *fatti complessi*; fatti che pretendono l'ausilio della scienza specialistica per la loro valutazione e gestione la quale, tuttavia, non può sottrarsi ad un controllo sulla propria intrinseca ragionevolezza e che, pertanto, diviene suscettibile di un sindacato più penetrante da parte del giudice amministrativo. La giurisprudenza, sul punto, è copiosa anche se non completamente univoca; tra le molte decisioni, rinvio qui, per il suo particolare nitore, a quella della Sez. III del C.d.S. n. 1645/13 che precisa: «Anche materie o discipline connotate da un forte tecnicismo settoriale sono rette da regole che, per quanto elastiche o opinabili, sono pur sempre improntate ad un'intrinseca logicità e ad un'intima coerenza, alla quale anche la Pubblica Amministrazione, al pari e, anzi, più di ogni altro soggetto dell'ordinamento in ragione dell'interesse pubblico affidato alla sua cura, non può sottrarsi senza sconfinare nell'errore e, per il vizio che ne consegue, nell'eccesso di potere, con conseguente sindacato del giudice amministrativo, che deve poter sempre verificare, anche mediante l'ausilio della C.T.U., se l'Amministrazione ha fatto buon governo delle regole tecniche e dei procedimenti applicativi che essa ha deciso, nell'ambito della propria discrezionalità, di adottare per l'accertamento o la disciplina di fatti complessi e se la concreta applicazione di quelle regole a quei fatti, una volta che esse siano prescelte dalla p.a., avvenga *in iuxta propria principia*», enfasi mia.

modalità, alternativamente, *forte* o *debole*, a seconda che il giudizio possa o meno risolversi nella sostituzione dell'attività amministrativa²⁴.

Non voglio soffermarmi sull'attualità della suddetta tassonomia²⁵; mi interessa, invece, sottolineare come il percorso argomentativo, articolato su queste categorie, sia funzionale a mantenere nei termini di costituzionalità la normativa delle interdittive antimafia. Qualificare l'azione del Prefetto come atto di discrezionalità tecnica vale ad attribuire al Consiglio di Stato la possibilità di un sindacato, ipoteticamente, più penetrante e sostenere la presenza, *in subiecta materia*, di una tutela che abbia le forme e le garanzie di una *giurisdizione piena* (o quanto più piena possibile), onde fugare i dubbi di illegittimità costituzionale e comunitaria. Si pone, dunque, una correlazione logica tra *discrezionalità tecnica, sindacato intrinseco, tutela giurisdizionale, costituzionalità*.

Tuttavia questa sorta di sillogismo, se può apparire valido nella sua struttura inferenziale, si rivela decisamente infondato nei suoi presupposti empirici.

In primo luogo, appare quantomeno *dubitabile* sostenere che il giudizio del Prefetto, sul fondamento fattuale che giustifica una interdittiva antimafia, si fondi su *un atto di discrezionalità tecnica*, quando in realtà esso si risolve in una vero e proprio *giudizio su elementi di fatto, spesso di natura indiziaria e acquisiti* a valle di un'attività solo *nominalmente istruttoria*, ma che spesso si svolge unicamente *per relationem*. Pensiamo alla possibilità da parte del Prefetto di assumere come base della propria decisione i medesimi elementi probatori che avevano condotto il giudice penale ad una sentenza di assoluzione: in buona sostanza il Prefetto riconsidera gli elementi già valutati e da essi trae un giudizio di segno opposto al primo che, autonomizzandosi dalla verità consolidatasi nel processo penale, sembra *condurre ad una scissione tra canone della pericolosità da quello della responsabilità*²⁶. La giustificazione di questa contestabile pratica risiede, ad avviso della giurisprudenza, nel *diverso grado di punibilità* che presidia i due distinti rami del diritto e, conseguentemente, nel *diverso coefficiente probatorio richiesto*: se, infatti, la valutazione penale si fonda sulla stringente regola di una colpevolezza dimostrata «*oltre ogni ragionevole dubbio*», la responsabilità amministrativa deve essere valutata alla luce del ben più lasco principio del «*più probabile che non*»²⁷.

²⁴ Le categorie sopra menzionate sono infatti da più parti oggetto di contestazione che comincia ad essere contestata; ancora la decisione Sez. III del C.d.S. n. 1645/13 sul punto così si esprime: «Il limite del sindacato giurisdizionale sulla c.d. discrezionalità tecnica, *al di là dell'ormai sclerotizzata antinomia forte/debole*, deve attestarsi sulla linea di un controllo che, senza ingerirsi nelle scelte discrezionali della Pubblica autorità, assicuri la legalità sostanziale del suo agire, per la sua intrinseca coerenza, anche e soprattutto in materie connotate da un elevato tecnicismo, per le quali vengano in rilievo poteri regolatori con i quali l'autorità detta appunto le regole del gioco», l'enfasi è ancora mia.

²⁵ Secondo un *iter* che, come abbiamo visto, è comune a Consiglio di Stato e Corte costituzionale.

²⁶ Questa scissione non è ignota al nostro diritto, basti pensare al sistema del “doppio binario” tipico del diritto penale; tuttavia altra cosa è scindere la responsabilità dalla pericolosità quando si parla di “fatto proprio” (e.g. l'incapace di intendere e di volere che non è suscettibile di sanzione vera e propria ma può essere destinatario di una misura di sicurezza), altro è scindere questo circuito quando si parla di subire una conseguenza per “fatto altrui”, e qui penso al caso, purtroppo non infrequente, di imprenditori che denunciano tentativi di infiltrazione mafiosa alla magistratura e divengono essi stessi destinatari di informative interdittive perché oramai la loro impresa viene considerata, per così dire, “contaminata”.

²⁷ Nonostante il Consiglio di Stato affermi di aver svolto, sin dalla sentenza n. 1743, del 3 maggio 2016, una progressiva opera di «tipizzazione» delle possibili situazioni indiziarie, in realtà la sostanza di tale tipizzazione lascia sconcertati. Il Supremo collegio amministrativo, nella sentenza n. 6105 del 2019, ha avuto modo di affermare: «Le sentenze di proscioglimento o di assoluzione, da cui pure emergano valutazioni del giudice competente su fatti che,

È necessario ulteriormente notare che questa valutazione – sia, primariamente, in sede provvedimentale sia, secondariamente, in sede giurisdizionale – pur avendo a proprio oggetto dei fatti concreti, e per di più di natura indiziaria, sconta una assoluta mancanza di mezzi conoscitivi adeguati. Il giudice penale è notoriamente “giudice del fatto” anche e soprattutto perché possiede degli strumenti istruttori che quel fatto gli consentono di conoscere; strumenti che, come tra poco illustreremo meglio, mancano tanto al Prefetto quanto al giudice amministrativo.

Posto, dunque, che difficilmente quello che si risolve in una valutazione “su fatti” possa considerarsi espressione di discrezionalità tecnica, appare meramente strumentale la classificazione del sindacato giurisdizionale come *intrinseco* e ancora meno come *pieno*, tanto più se consideriamo la concreta disciplina processuale che presidia i giudizi sulle interdittive²⁸. Nel processo amministrativo, infatti, prevale tutt’oggi un sistema *probatorio di matrice dispositiva*²⁹, e, in esso, pertanto non trovano spazio quegli strumenti istruttori che consentirebbero al giudice amministrativo, di approfondire autonomamente i fatti, indagandone la reale sostanza come è invece tenuto, e abilitato, a fare il giudice penale. A questo va aggiunto che la disciplina sulle informative contempla diverse eccezioni alla

pur non superando la soglia della punibilità penale, sono però sintomatici della contaminazione mafiosa, nelle multiformi espressioni con le quali la continua evoluzione dei metodi mafiosi si manifesta». Seguendo tale ragionamento il Prefetto, o lo stesso giudice amministrativo in sede di controllo, ha la possibilità di dedurre dalla motivazione di una decisione assolutoria l’indizio di una eventuale infiltrazione mafiosa. Il tutto sulla base di una lettura di valutazioni su fatti che pure non raggiungono la soglia della punibilità, ossia che non conducono ad un giudizio di colpevolezza, come se il valore probatorio dei fatti dovesse mutare, addirittura stravolgersi, a seconda dell’ambito giuridico (penale o amministrativo) nel quale essi sono esaminati. Medesimo tenore ha la decisione del Consiglio di Stato Sez. III, n. 758 del 2019.

²⁸ Dubbio che serpeggia anche in alcune porzioni della giurisprudenza amministrativa; si pensi alla recente ordinanza 28 del 2020 del T.A.R. Bari, con la quale è stata sollevata questione di pregiudizialità comunitaria sulla disciplina delle interdittive in relazione ad una lesione del principio del contraddittorio, proprio partendo dall’idea che il sindacato del giudice amministrativo sul punto sia meramente estrinseco.

²⁹ Sia pure temperato con strumenti acquisitivi, come si evince dall’art. 64, commi I e II c.p.a., che, per lo più, fa ricadere sulle parti l’onere di provare i fatti posti a fondamento delle proprie domande, salvo eccezioni previste dalla legge. Ciò costituisce un’applicazione del più generale principio dispositivo, proprio *in primis* del processo civile così come desumibile dall’art. 2697 c.c. (oltre che dagli artt. 99 e 115 c.p.c.). Si noti che tale conformazione si è affermata con l’emanazione del d. lgs. n.104/2010, in quanto, nella tradizione del processo amministrativo, il generale onere della prova in capo al ricorrente era fortemente temperato dal ricorso al cosiddetto *metodo acquisitivo*, che assegnava al giudice un potere estremamente pervasivo in materia di accertamento, richiedendo al privato solamente la presentazione di un “*principio di prova*”. Questo assetto si originava dal riconoscimento di una sostanziale disparità tra le parti in materia di accesso al materiale probatorio, che portava all’adozione, in giurisprudenza, di un’interpretazione assai estensiva di tale dottrina. Con l’introduzione del codice del processo amministrativo si è assistito, *de facto*, ad un ribaltamento dell’onere probatorio, ora in capo alle parti, seppur limitatamente al materiale di cui il ricorrente ha la effettiva disponibilità. Pertanto, il metodo acquisitivo non viene definitivamente abbandonato, ma risulta recessivo e riesumabile solo nei casi in cui si riscontra una effettiva disuguaglianza delle parti per quel che riguarda la concreta capacità di produrre materiale probatorio. Cfr. T.A.R. Campania, Sez. VIII, n. 26440 del 2010; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, n. 2044 del 2011; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, n. 904/2011. Ad onor del vero, in senso contrario si è espressa una parte, minoritaria, della giurisprudenza amministrativa, che ha ritenuto la natura pubblica della parte motivo sufficiente a riallocare l’onere probatorio: secondo tale indirizzo, la collaborazione nell’istruttoria non obbligherebbe la P.A. in quanto parte processuale, ma data la sua natura di autorità pubblica che soggiace all’obbligo di collaborare col giudice al fine di accertare la verità dei fatti. Cfr. T.A.R. Abruzzo, Pescara, n. 558 del 2012.

disciplina sull'accesso agli atti amministrativi imponendo, spesso, che la predisposizione di un eventuale ricorso avvenga, sostanzialmente, "al buio"³⁰.

Appare, infine, meramente astratto l'argomento giustificativo che fa leva sulla transitorietà delle interdittive, quando è piuttosto noto che tali misure, in concreto, vengono revocate solo quando emergano nuovi elementi a favore dell'imprenditore, determinando una sorta di *inerzia empirica* che, dal punto di vista procedimentale, si traduce in un *illegittimo rovesciamento dell'onere della prova*³¹. E parimenti astratta è l'idea che la c.d. *tipizzazione pretoria* operata dalla giurisprudenza amministrativa possa contenere la discrezionalità della P.A., quando, osservata da vicino, essa non sembra far altro che legittimare l'ampiezza di tale discrezionalità³².

Il quadro fin qui descritto mostra toni a dir poco inquietanti: ad una *estrema discrezionalità della Pubblica amministrazione* corrisponde un profondo *difetto nella capacità istruttoria del giudice amministrativo* che a sua volta ridonda in una *ingiustificata compressione al diritto di difesa della parte privata*.

A fronte di tutto questo, la Corte si trincerava dietro al supposto rispetto del principio di legalità senza approfondire l'essenza teorica del problema: lo stesso principio di legalità, infatti, persino se inteso in senso sostanziale, appare un presidio insufficiente rispetto a limitazioni tanto profonde dei diritti individuali, che dovrebbero, invece, essere inquadrate

³⁰ Per quanto l'art. 3 del D.M. 415 del 1994 non includa espressamente l'informativa antimafia tra gli atti integralmente inaccessibili, bisogna segnalare un andamento ondivago della giurisprudenza che, soprattutto in passato, ha ricondotto l'informativa antimafia alla disciplina di cui all'art. 24, co. 6 della legge n. 241/90 e dell'art. 3, lett. b) del D.M. n. 415 del 1994, in quanto documentazione concernente l'ordine pubblico, la prevenzione e la repressione della criminalità. In tal senso si veda la decisione T.A.R. Lazio Sez. III, n. 7786 del 2008 che esplicitamente considera l'informativa antimafia come «riservata amministrativa». In tempi più recenti la giurisprudenza mostra di aver cambiato il proprio orientamento; sul punto si vedano, ad esempio, le recenti decisioni del T.A.R. Bari Sez. III, n. 151 2018 e del T.A.R. Catania, n.2765 del 2019.

³¹ Cfr. Cons. di Stato, Sez. III, 5 ottobre 2016, n. 4121, ove si legge: «il Prefetto, laddove richiesto dai soggetti di cui all'art. 83 di rilasciare una nuova informazione antimafia trascorso l'anno, potrà (e dovrà) legittimamente limitarsi ad emetterla richiamando quella precedentemente emessa, recependone i contenuti, laddove non sopraggiungano elementi nuovi capaci di modificare o superare, nell'attualità, i fatti posti a base della precedente ... Come si è più volte evidenziato (cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. VI, 30 dicembre 2011, n. 7002; Cons. St., sez. III, 22 gennaio 2012, n. 292; Cons. St., sez. V, 1 ottobre 2015, n. 4602) ... la limitazione temporale di efficacia dell'interdittiva antimafia, prevista dall'art. 86, comma 2, del D.Lgs. n. 159 del 2011, deve intendersi riferita ai casi nei quali sia attestata "l'assenza di pericolo di infiltrazione mafiosa, e non già ai riscontri indicativi del pericolo, i quali ultimi conservano la loro valenza anche oltre il termine indicato nella norma" ... L'art. 2, comma 1, del D.P.R. n. 252 del 1998 (la cui disposizione è stata poi riportata nell'art. 86, commi 1 e 2 del D.Lgs. n. 159 del 2011) deve intendersi riferito, infatti, ai casi di documentazioni che attestino l'assenza di pericolo di infiltrazione mafiosa - cc.dd. informative negative - e non già ai riscontri indicativi del pericolo, i quali ultimi conservano la loro valenza anche oltre il termine indicato nella disposizione (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. III, 22 gennaio 2014, n. 292) ... La sopravvenienza di fatti favorevoli all'imprenditore, come meglio si dirà, impone all'Amministrazione di verificare nuovamente se persistano ragioni di sicurezza e di ordine pubblico tali da prevalere sull'iniziativa e sulla libertà di impresa del soggetto inciso ... L'attualità degli elementi indiziari, da cui trarre la sussistenza dei tentativi di infiltrazione mafiosa, permane tuttavia inalterata fino al sopraggiungere di fatti nuovi ed ulteriori rispetto ad una precedente valutazione di presenza di tentativi siffatti, che evidenzino il venir meno della situazione di pericolo... Il superamento del rischio di inquinamento mafioso è da ricondursi non tanto al trascorrere del tempo dall'ultima verifica effettuata senza che sia emersa alcuna evenienza negativa, bensì "al sopraggiungere di fatti positivi che persuasivamente e fattivamente introducano elementi di inattendibilità della situazione rilevata in precedenza" (così la citata sentenza di questo Cons. St., sez. III, 22 gennaio 2014, n. 292)», corsivi miei.

³² Il valore apparente di tale *tipizzazione* diviene evidente nelle stesse parole del supremo giudice amministrativo il quale, dopo essersi affaticato nel cristallizzare le situazioni indiziarie di infiltrazione mafiosa, giunge ad affermare che tale teoria non può considerarsi un *numerus clausus*, stante appunto l'eterogeneità del fenomeno mafioso. Cfr. Cons. St., sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

nel ben più saldo principio della tutela giurisdizionale. Principio che, in questa materia, si dimostra inesistente *ex ante*, stante la natura amministrativa del provvedimento, e apparente *ex post*, stante la natura del giudizio amministrativo che rimane sostanzialmente *un giudizio sulla legittimità dell'atto e non un giudizio sulla fondatezza del fatto*.

Se, dunque, volessimo ammettere, cosa che qui si contesta, che l'attuale disciplina, considerata a valle delle sue integrazioni giurisprudenziali, rispettasse, sul piano concreto, le garanzie del principio di legalità, dovremmo comunque ammettere che, sul piano delle garanzie costituzionali, tale principio risulta insufficiente e, addirittura, drammaticamente inadeguato.

Ecco allora come, ancora una volta, il “guscio amministrativo” determina un irrazionale sviamento del concreto assetto di garanzie ed il circuito di emanazione e controllo, rispettivamente incarnato dal Prefetto e dai giudici amministrativi, dà vita ad un circolo tutt'altro che virtuoso ma, al contrario, pesantemente vizioso, come, tra l'altro, dimostrato dall'elevatissimo numero di ricorsi, avverso le informative interdittive, respinti dal giudice amministrativo³³.

4. Un'unica apertura

Dato conto delle numerose chiusure argomentative nella quali la Corte si è prodotta, devo ora segnalare quell'unica apertura garantistica che possiamo ritrovare nella decisione.

Con un'interessante intuizione il giudice *a quo* rileva un'ulteriore sperequazione, *in peius*, che il regime delle interdittive sconta rispetto a quello delle misure di prevenzione: l'«impossibilità di esercitare in sede amministrativa i poteri previsti nel caso di adozione delle misure di prevenzione dall'art. 67, comma 5, del d.lgs. n. 159 del 2011, e cioè l'esclusione da parte del giudice delle decadenze e dei divieti previsti, nel caso in cui per effetto degli stessi verrebbero a mancare i mezzi di sostentamento all'interessato e alla famiglia»³⁴.

La Corte mostra una certa sensibilità rispetto a quest'ultimo argomento e conclude che esso «merita indubbiamente una rimediazione da parte del legislatore»³⁵. Tuttavia l'accessorietà della sua deduzione (la mancanza di un collegamento diretto con il caso di specie) determina un difetto di rilevanza che non può mutare l'esito finale della decisione.

In tal modo il giudice delle leggi, dopo aver esposto numerose argomentazioni sostanziali, devia verso un ultimo argomento di natura procedurale, individuando, nel contesto di una decisione di infondatezza, un profilo di inammissibilità³⁶. Non affrontando

³³ M. NOCELLI, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza sulla legislazione antimafia*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2018, 8, afferma che «la percentuale di annullamento di tali provvedimenti, nel secondo e definitivo grado del giudizio amministrativo, risulta allo stato molto bassa e, sostanzialmente, inferiore al 10%».

³⁴ Punto 7 del *Considerato in diritto*. Per completezza bisogna sottolineare che il citato art. 67, co. 5, fa riferimento alle sole autorizzazioni di polizia.

³⁵ Punto 7.2 del *Considerato in diritto*.

³⁶ Sono numerose le decisioni della Corte che correlano un difetto di motivazione nel *petitum* al vizio della irrilevanza; *ex plurimis* si rinvia alle ordinanze nn. 46 del 2017 e 128 del 2016, come alle sentenze nn. 130 del 2016 e 1 del 2014.

nel merito quest'ultimo profilo la Corte può evocare quello che, con tutta evidenza, diviene un monito al legislatore, aprendo così l'ipotesi di una possibile rivalutazione della questione.

Questa porzione della decisione pare, nel suo profilo sostanziale quanto in quello procedurale, difficilmente contestabile: la Corte giustamente valorizza l'intuizione del giudice *a quo* che coglie un profilo di sofferenza costituzionale di grande momento. Vi è infatti un'evidente lesione del principio di eguaglianza (*ex art. 3 Cost.*) verificata dalla disciplina delle informative rispetto a quello delle misure di prevenzione. Vi è però anche un problema, di non poco momento, nel bilanciamento fra valori costituzionali che assume, in questa parte del complesso normativo, una ulteriore torsione non completamente sovrapponibile rispetto a quanto visto finora. Se la Corte è, infatti, piuttosto ferma nell'affermare la recessività della libertà di iniziativa economica rispetto alle esigenze di sicurezza sociale, essa diviene decisamente più prudente quando tale recessione ridonda in una lesione della possibilità di garantire agli imprenditori i minimi mezzi di sostentamento, secondo una formula che evoca quella «esistenza libera e dignitosa», di cui all'art. 36 della nostra Carta fondamentale.

Non mi pare sbagliato suggerire una visione di questo bilanciamento improntato alla dinamica teorica del *Wesensgehalt*, in forza della quale un diritto può essere compresso ma non annichilito nel suo nucleo essenziale³⁷. In questo senso mi pare che la Corte individui il *nucleo fondamentale e incomprimibile* del diritto, di cui all'art. 41 Cost., in ragioni di *sussistenza personale*; ragioni, per l'appunto, non dissimili da quelle di cui all'art. 36 Cost e che vedono il contenuto essenziale del diritto alla retribuzione (nel lavoro dipendente) in «un'esistenza libera e dignitosa».

Se tale ragionamento mi pare seduttivo dal punto di vista dogmatico ed ermeneutico, tuttavia, dal punto di vista assiologico, non riesco a scacciare l'impressione che in esso persista un certo sfavore per il diritto di iniziativa economica, acquisita come principio pienamente imprescindibile solo nella misura in cui si rivela fonte di sostentamento per l'imprenditore stesso e non come declinazione di un'attività intrinsecamente diretta al «progresso materiale e spirituale della società», quasi che il diritto di far impresa sia, ancor oggi, vittima di presupposti ideologici che lo classificano come una forma di lavoro meno nobile rispetto a quello dipendente, addirittura sospetta e che, costantemente, deve essere sorvegliata, per non rischiare di porsi in contrasto con «l'utilità sociale»³⁸. Proiettando questi elementi su un piano squisitamente concreto, non mi pare poi che il punto di equilibrio individuato dalla Corte dia sufficientemente conto della reale connotazione del fenomeno imprenditoriale: dall'attività di un'impresa non dipendono solo le sorti dell'imprenditore o

³⁷ Su questo complesso tema si rinvia al classico lavoro di P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, trad. it. a cura e con saggio introduttivo di P. RIDOLA, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, Roma, 1993, 39 ss.; nella dottrina italiana rimangono fondamentali i lavori di A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989; ID., *Libertà: 1) problemi generali*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1990, entrambe le voci ora in *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 22 ss.

³⁸ Di questa visione che applica in maniera estensiva il bilanciamento ineguale sancito dall'art. 41 Cost. (e si concretizza in una spiccata recessività del diritto di iniziativa economica rispetto ad altri valori costituzionali), la Corte ha dato spesso prova; basti pensare alle recenti decisioni nn. 141 del 2019, 151 del 2018, 47 del 2018.

della sua famiglia, ma anche quella dei suoi dipendenti (e, simmetricamente delle loro famiglie); un danno economico e sociale del quale non credo si sia sufficientemente tenuto conto nello stabilire il punto di bilanciamento.

Questi rilievi meriterebbero un maggior grado di diffusione, ma qui mi limito a questo accenno breve quanto suggestivo³⁹.

5. Il male e la cura

Credo di aver sufficientemente percorso i singoli argomenti sviluppati in questa decisione dal giudice delle leggi e, nella mia esposizione critica, mi pare di aver evidenziato come essi si sovrappongano interamente a quelli sviluppati nel tempo dalla giurisprudenza amministrativa e, pertanto, si espongano alle medesime censure. Rimane da sottolineare un'ultima simmetria, il tessuto connettivo che lega tutti questi argomenti, che li giustifica, che ne fonda la forza e che lega, ancora una volta, il pensiero della Consulta a quello del Consiglio di Stato.

Questo *fil rouge* o, come amano dire alcuni puristi, questo *roter Faden* è ciò che in altra sede ho definito come «un potente elemento di legittimazione»⁴⁰, una sorta di *super-argomento* che pare non ammettere ponderazioni o eccezioni di sorta: la «costante e crescente capacità di penetrazione della criminalità organizzata nell'economia»⁴¹.

Descrivere la mafia come un «cancro» pare essere oramai patrimonio condiviso della nostra cultura politica e giornalistica; osservando la normativa delle interdittive, e la giurisprudenza che ne deriva, questa percezione pare essersi fatta largo anche nelle menti dei giuristi (o in molti di noi). Ed effettivamente l'immane quanto subdola capacità delle organizzazioni criminali di invadere silenziosamente la società civile, mima, persino nelle forme, la nefanda progressione di un cancro il quale, a differenza di un tumore benigno, cresce non «per espansione», rendendo circoscrivibile e visibile la propria massa, ma «per infiltrazione», contaminando silenziosamente le cellule vicine, fino ad immettersi nel flusso ematico della società, per condannarla, irrimediabilmente, alla morte. Di fronte ad una simile prospettiva tanatoide la risposta dell'organismo sociale pare non possa essere che la più estrema, perché, in definitiva, si contempla l'atroce bivio che separa la vita dalla morte.

³⁹ Il “posto” dell’iniziativa economica privata all’interno della c.d. *Costituzione economica* italiana (e dell’equilibrio tra istanze liberali e sociali) è davvero spaventosamente complesso e troppo vasto perché qui se ne possano semplicemente tratteggiare persino le linee fondamentali; in merito all’ampio dibattito suscitato in dottrina sul tema, si può solo rinviare ad alcuni fondamentali contributi, tra cui S. CASSESE, (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2012; C. PINELLI, T. TREU (a cura di), *La Costituzione economica: Italia, Europa*, Bologna, 2010; N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2004; G.U. RESCIGNO, *Costituzione economica*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 2001; M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, 1990, 375 ss.; ID., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983; G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989; V. GALGANO, *Art. 41*, in G. BRANCA e poi di A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1981; A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971.

⁴⁰ Cfr. A. LONGO, «*La massima anticipazione della tutela*», cit., 8 ss.

⁴¹ Punto 3.1 del *Considerato in diritto*.

Personalmente non credo nel valore dimostrativo delle metafore e, memore dell'insegnamento di Hume, diffido, intrinsecamente, del procedimento analogico⁴²; tuttavia, volendo continuare a percorrere, per mera velleità retorica, il solco di questa immagine così frequentemente evocata, mi sento di dire che le cure di un male tanto spietato non possono prescindere dalla piena comprensione del paziente, del suo individuale, peculiare, unico, stato di salute. E la salute della nostra società non riguarda solo la sua sicurezza materiale, la sua prosperità economica, la forza dei controlli a cui è assoggettata, ma anche lo stato dei suoi diritti, delle tutele che li presidiano, della cultura che li genera e li legittima.

Così, si è evocata e si continua ad evocare, con un certo qual compiacimento, singolarmente perdurante in quest'epoca di velocità informativa, una supposta "cultura della legalità", quasi fosse l'arma definitiva contro questo terribile cancro; personalmente ho qualche difficoltà a comprendere come una cultura possa dirsi tale senza rispettare quello stesso «principio di legalità» che ne è l'architrave giuridica oppure «quella grande regola dello Stato di diritto» che garantisce ai cittadini un'equanime tutela giurisdizionale dei propri diritti e che secoli di lotte per la Costituzione ci hanno consegnato affinché la proteggessimo e la tramandassimo alle generazioni future.

⁴² D. HUME, *Dialogues concerning natural religion*, London, 1779, Digital Edition (Reproduction of original from the British Library), dove si chiarisce che la validità del procedimento analogico varia a seconda della prossimità degli enti, «But where-ever you depart, in the least from the similarity of the cases, you diminish proportionably the evidence; and may at last bring it to a very weak analogy, which is confessedly liable to error and uncertainty».