

***Audiatur et altera pars*: la necessità del contraddittorio anticipato con l'impresa destinataria della proposta di applicazione di una misura di prevenzione**

di **Serena Miceli**

*"Qui statuit aliquid, parte inaudita altera,
Aequum licet statuerit, haud aequus erit."
[Seneca in Medea].*

Sommario. 1. Premessa. – 2. L'audizione facoltativa prima dell'emissione dell'interdittiva antimafia. - 3. La novella legislativa. - 4. Il recente approdo del Tribunale di Milano, Sezione Misure di Prevenzione

1. Premessa

Audiatur et altera pars.

Il 7 gennaio 2000 è entrata in vigore la Legge Costituzionale 23 novembre 1999, n.2, rubricata "Inserimento dei principi del giusto processo nell'art. 111 della Costituzione".

Il secondo comma prevede che *"Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata."*

Si tratta di una garanzia processuale enunciata dalla Carta Costituzionale, peraltro già codificata dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo proclamata dalle Nazioni Unite nel 1948 e dal successivo Patto sui diritti civili e politici, approvato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966. In Europa, è sancita dalla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) siglata a Roma il 4 Novembre 1950.

L'instaurazione del contraddittorio con il destinatario del provvedimento giurisdizionale ha assunto storicamente un carattere di sacralità, specialmente nel processo penale in cui è ritenuto baluardo dello stato di diritto.

Ebbene, quando una misura è etichettata come non sanzionatoria ma preventiva, questo diritto diviene una facoltà che non sempre è garantita. Ed infatti, uno dei problemi principali riguardanti le misure di prevenzione di cui

al codice antimafia riguarda ed ha riguardato l'assenza in alcuni casi di dialogo con il destinatario prima dell'emissione delle suddette misure.

Con assenza di dialogo si fa riferimento alla mancata previsione del contraddittorio, richiesto invece e tassativamente previsto per la corretta applicazione delle misure di cui al codice di procedura penale e al D.Lgs. 231/01.

Giova ricordare, infatti, che il procedimento applicativo delle misure cautelari interdittive del sistema 231 è in gran parte disegnato sulla base del modello delineato dal codice di procedura penale, nonostante la natura della responsabilità degli enti nascente da reato sia stata da sempre oggetto di acceso dibattito¹. In questo caso, il contraddittorio anticipato con l'ente destinatario è garantito e può consentirgli anche di evitare l'apposizione del vincolo.

Il Pubblico Ministero, infatti, presenta al giudice che procede la richiesta della misura allegando gli elementi su cui la stessa si fonda, unitamente a quelli a favore dell'ente. Il contraddittorio si svolge in udienza, celebrata secondo le forme di cui all'art. 127 c.p.p.

Ebbene, l'ente può adottare gli adempimenti di cui all'art. 17 D.Lgs. 231/01 prima che venga emesso il provvedimento cautelare ed ovvero:

- a) risarcire integralmente il danno ed eliminare le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero essersi efficacemente adoperato in tal senso;
- b) aver eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;
- c) aver messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca.

In questo caso, se il giudice ritiene valido il ravvedimento operoso dell'ente potrà giungere alla conclusione che siano venuti meno i presupposti di applicazione della misura.²

La previsione di cui all'art. 17 D.Lgs. 231/01 - a maggior ragione se applicato prima dell'emissione del vincolo - premia il comportamento proficuo e virtuoso dell'impresa e risponde ancora una volta alla logica del bastone e della carota che anima l'intero sistema 231 che spazia in un continuo bilanciamento fra esigenze repressive e preventive.³

¹ Per un'analisi puntuale e comparatistica circa la natura della responsabilità ex d.lgs. 231/01, cfr. G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, cit., p. 324 ss.

² Non solo: l'ente può decidere di effettuare gli adempimenti di cui all'art. 17 D.Lgs. 231/01 anche nel corso dell'esecuzione della misura ed in questo caso essa potrà essere sospesa se ricorrono le condizioni di cui all'art. 49 D.Lgs. 231/01. Se il giudice ritiene di accogliere l'istanza di sospensione presentata dall'ente, sentito il Pubblico Ministero, dispone la sospensione della misura, indica all'ente un termine per la realizzazione degli adempimenti previsti e fissa una cauzione pecuniaria.

³ C. SANTORIELLO, *Il procedimento penale per l'accertamento della responsabilità amministrativa degli enti collettivi*, Plenum, cit., p. 57.

Nell'architettura del sistema delle misure di prevenzione di cui al Codice Antimafia, un meccanismo analogo non è stato previsto dal legislatore, ma la dottrina e la giurisprudenza hanno operato affinché si raggiungesse un quantomeno parziale recupero delle garanzie partecipative.

2. L'audizione facoltativa prima dell'emissione dell'interdittiva antimafia.

Il problema si è posto in primo luogo con riguardo all'informazione antimafia interdittiva.

Il comma 6 dell'art. 91 del Codice Antimafia dispone che il Prefetto possa adottare la misura in esame sulla base di *"concreti elementi da cui risulti che l'attività d'impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata"*.

L'interdittiva costituisce, quindi, uno dei principali strumenti di contrasto di tipo preventivo al coinvolgimento di organizzazioni criminali mafiose nell'ambito dei rapporti economici tra Pubblica Amministrazione e privati. Si pone in un'ottica di bilanciamento tra la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, da un lato, e la libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.) dall'altro, rispetto a tentativi di infiltrazione mafiosa tesi a condizionare le scelte e gli indirizzi della Pubblica Amministrazione.

Si tratta di una misura dagli effetti potentissimi, descritta più volte quale un vero e proprio ergastolo imprenditoriale. Basti pensare che *"quando emerge la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa, di cui all'articolo 84, comma 4 ed all'articolo 91, comma 6, nelle società o imprese interessate, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2 cui sono fornite le informazioni antimafia, non possono stipulare, approvare o autorizzare i contratti o subcontratti, né autorizzare, rilasciare o comunque consentire le concessioni e le erogazioni"*.

Eppure, sino a poco tempo fa vi era totale assenza di dialogo fra le imprese e l'organo prefettizio nelle fasi di istruttoria precedenti all'emissione dell'informazione antimafia interdittiva.

L'art. 93, comma 7, del codice antimafia prevedeva, infatti che *"il prefetto competente al rilascio dell'informazione, ove lo ritenga utile, sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite invita, in sede di audizione personale, i soggetti interessati a produrre, anche allegando elementi documentali, ogni informazione ritenuta utile"*.

Il problema sorgeva a causa dell'inserimento nella norma dell'incidentale *"ove lo ritenga utile"*, peraltro oggetto di discussione in sede di approvazione della stessa, che non rende l'audizione dei soggetti interessati automatica, ma la ancora alla valutazione discrezionale del Prefetto. La prassi ha confermato che le autorità amministrative quasi mai "ritenevano utile" il predetto confronto.

La mancanza del contraddittorio creava un vero e proprio corto circuito in virtù del quale l'impresa non aveva la possibilità di difendersi se non ad interdittiva già emessa e quindi a danno compiuto.

Ebbene, la questione è stata portata financo all'attenzione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea dal TAR Bari.

L'ordinanza del Tar Bari⁴ ha avuto, dunque, il pregio di rimettere questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, affinché la stessa chiarisse se gli artt. 91, 92 e 93 D.Lgs.159/2011 fossero compatibili con il principio del contraddittorio, nella parte in cui non prevedevano il contraddittorio endoprocedimentale in favore del soggetto nei cui riguardi l'Amministrazione si proponeva di rilasciare l'informazione interdittiva.

Il caso esaminato dal TAR pugliese trae origine dal ricorso presentato da un'impresa avverso il provvedimento prefettizio che aveva disposto l'interdittiva antimafia, a causa di alcuni elementi indiziari da cui la Prefettura aveva dedotto il pericolo di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 91 D.Lgs. 159/2011.

L'organo di giustizia amministrativa, tuttavia, proprio a causa del ragionamento indiziario su cui si basava il procedimento, non ha ritenuto rispettato il principio del contraddittorio, poiché se l'impresa fosse stata coinvolta avrebbe avuto modo di fornire delucidazioni e apportare elementi che la Prefettura avrebbe potuto valutare prima di emettere il provvedimento interdittivo.

Il Consiglio di Stato, d'altro canto, ha sempre offerto un salvacondotto al procedimento, definendo la misura interdittiva come di carattere preventivo, di anticipazione della difesa sociale, ragion per cui ben potevano essere omesse le garanzie dell'ordinario procedimento amministrativo che prevede la partecipazione dell'interessato. Il TAR di Bari, invece, afferma che *"non si tratta di misura provvisoria e strumentale, adottata in vista di un provvedimento che definisca, con caratteristiche di stabilità e inoppugnabilità, il rapporto giuridico controverso, bensì di atto conclusivo del procedimento amministrativo avente effetti definitivi, conclusivi e dissolutori del rapporto giuridico tra l'impresa e la P.A., con riverberi assai durevoli nel tempo, se non addirittura permanenti, indelebili e inemendabili"*, soprattutto se si considera che all'interdittiva *"segue il ritiro di un titolo pubblico o il recesso o la risoluzione contrattuale, nonché la sostanziale messa al bando dell'impresa e dell'imprenditore che, da quel momento e per sempre, non possono rientrare nel circuito economico dei rapporti con la P.A. dal quale sono stati estromessi"*. Secondo l'organo di giustizia amministrativa pugliese, dunque, il procedimento amministrativo che conduce all'adozione della misura dovrebbe essere partecipato, onde tutelare il supremo principio del contraddittorio che è *"espressione fondamentale di civiltà giuridica europea"*.

⁴ Da Tar Puglia, sez. III, ord. 13 gennaio 2020, n. 28, in www.giustizia-amministrativa.it.

Rebus sic stantibus, il TAR ha ritenuto che le norme richiamate potessero porsi in contrasto con il principio del contraddittorio, per come sancito dall'art. 41 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e per come espresso anche dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, che, come noto, entra nel diritto dell'Unione tramite l'art. 6, par. 3 del Trattato sull'Unione Europea. Ciò posto, ha rimesso la decisione alla Corte di Giustizia dell'Unione affinché si esprimesse sulla questione pregiudiziale sollevata e sospendesse il procedimento nell'attesa della decisione della Corte sovranazionale.

L'art. 41 della Carta di Nizza, infatti, rubricato "*Diritto ad una buona amministrazione*", attribuisce al soggetto amministrato una serie di garanzie nell'ambito delle vicende relative all'esercizio del potere da parte delle Amministrazioni incardinate presso le istituzioni eurounitarie.⁵

Innanzitutto, sancisce il diritto ad un trattamento imparziale ed equo nell'ambito di un procedimento che abbia una durata ragionevole.

Il secondo paragrafo della norma, peraltro, specifica che il diritto ad una buona amministrazione ricomprende:

- a) il diritto al contraddittorio endoprocedimentale nei procedimenti che possono culminare con un provvedimento limitativo;
- b) il diritto di accesso agli atti amministrativi (da bilanciare con la tutela della riservatezza e del segreto industriale);
- c) l'obbligo di motivazione dei provvedimenti.⁶

La risposta della Corte sovranazionale è arrivata per mezzo dell'ordinanza n. 17/2020 della Sezione IX della Corte di Giustizia, ma ha avuto un esito particolarmente deludente. La Corte di Giustizia, infatti, ha ritenuto la questione "irricevibile" e l'ha rigettata.

Stando ai contenuti della decisione, infatti, il giudice del rinvio non avrebbe dimostrato l'esistenza di un criterio di collegamento tra il diritto dell'Unione e l'informazione antimafia interdittiva adottata dalla Prefettura. Secondo la Corte, dunque, la normativa oggetto del procedimento principale non sembra ricadere nell'ambito del perimetro di applicazione del diritto europeo.⁷

⁵ Va da subito precisato, tuttavia, che solo secondo una parte della dottrina l'art. 41 andrebbe interpretato alla luce dell'art. 51, con la conseguente applicazione anche agli Stati membri. La dottrina maggioritaria, invece, ritiene insuperabile il dato letterale dell'art. 41 che fa espresso riferimento alle sole istituzioni eurounitarie.

⁶ L. BORDIN, *Contraddittorio endoprocedimentale e interdittive antimafia: la questione rimessa alla Corte di Giustizia e se il problema fosse altrove?* in *Federalismi.it Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, p. 47 e ss.

⁷ Invero, il rinvio pregiudiziale è uno strumento previsto dagli articoli 19, paragrafo 3, lettera b), del trattato sull'Unione Europea (in breve «TUE») e 267 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (in breve «TFUE»). Esso ha lo scopo di garantire l'interpretazione e l'applicazione uniformi di tale diritto in seno all'Unione, fornendo ai giudici degli Stati membri uno strumento che consenta loro di sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, in via pregiudiziale, questioni riguardanti

All'arresto suddetto non è rimasto indifferente il Consiglio di Stato che, prendendone atto in una recente pronuncia, aveva compiuto un deciso passo di apertura nei confronti del tanto desiderato contraddittorio.

La III Sezione con la pronuncia n. 4979 del 10 agosto 2020 aveva, infatti, asserito che un recupero almeno parziale delle garanzie procedurali, nel rispetto dei diritti di difesa spettanti all'impresa destinataria del provvedimento, sarebbe stato auspicabile, *de iure condendo*, in tutte quelle ipotesi in cui la permeabilità mafiosa appaia alquanto dubbia, incerta, e presenti per così dire, delle zone grigie o interstiziali, rispetto alle quali l'apporto procedimentale del soggetto potrebbe fornire elementi idonei a chiarire alla stessa autorità procedente la natura dei rapporti tra il soggetto e le dinamiche, spesso ambigue e oscure, del mondo criminale.⁸

Secondo il supremo organo di giustizia amministrativa, l'instaurazione del contraddittorio consentirebbe all'impresa di esercitare in sede procedimentale i propri diritti di difesa e di illustrare le ragioni alternative di determinati atti o condotte, ritenuti dalla Prefettura sintomatici di infiltrazione mafiosa, nonché di adottare, eventualmente su proposta e sotto la supervisione della stessa Prefettura, misure di *self cleaning*, che lo stesso legislatore potrebbe introdurre già in sede procedimentale con un'apposita rivisitazione delle misure straordinarie, quale ad esempio quella prevista dall'art. 32 della L. 114/2014.

Inoltre, in questo modo il Prefetto potrebbe intervenire con il provvedimento interdittivo quale *extrema ratio* solo a fronte di situazioni realmente gravi, limpide ed inequivocabili, all'esito di una istruttoria più completa, capillare

l'interpretazione del diritto dell'Unione o la validità di atti adottati dalle istituzioni, organi o organismi dell'Unione. Il TAR ha richiamato l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che tuttavia si riferisce, con riguardo al principio di "buona amministrazione", solo alle istituzioni dell'Unione europea: non può valere, quindi, nei confronti delle istituzioni e degli organi degli Stati membri. Esiste, del resto, certamente un principio generale del diritto di difesa, in virtù del quale "*i destinatari di decisioni che incidono sensibilmente sui loro interessi devono essere messi in condizione di manifestare utilmente il loro punto di vista in merito agli elementi sui quali l'amministrazione intende fondare la sua decisione. Tale obbligo incombe sulle amministrazioni degli Stati membri ogniqualvolta esse adottano decisioni che rientrano nella sfera d'applicazione del diritto dell'Unione*". Tuttavia, il giudice *a quo* avrebbe dovuto spiegare perché la normativa nazionale relativa all'informazione interdittiva antimafia rientrasse nel raggio di applicazione del diritto europeo. Secondo i giudici di Lussemburgo questo collegamento non è stato fatto. Per tali ragioni, la domanda di pronuncia pregiudiziale è stata dichiarata irricevibile, con buona pace di tutte quelle imprese che aspettavano un esito diverso e una sentenza dirompente che avrebbe potuto alterare le carte in tavola e offrire loro un tavolo paritetico cui sedersi per tentare di evitare la misura interdittiva.

⁸ A. SPECIALE, *Interdittive antimafia tra vecchi confini e nuovi scenari*, pubblicato sulla Rivista online www.segretaricomunaliviggenzi.it.

ed approfondita, che determini poi una motivazione del provvedimento più esaustiva, plausibile e argomentata.

Infine, il contraddittorio endoprocedimentale consentirebbe al giudice amministrativo di esercitare con maggiore pienezza il proprio sindacato giurisdizionale sugli elementi già valutati dalla Prefettura in fase istruttoria, nonché sul conseguente apparato motivazionale del provvedimento prefettizio, e di affinare così ulteriormente, nell'ottica della *full jurisdiction*, i propri poteri cognitori e istruttori in questa delicata materia, punto di incontro di fondamentali valori costituzionali, eurounitari e convenzionali.⁹

3. La novella legislativa

Anche in virtù delle sollecitazioni appena esposte, il 6 novembre 2021 ha visto la luce il decreto legge n. 152/2021, convertito dalla legge n.233/2021, che ha introdotto alcune rilevanti novità nell'ambito delle misure di prevenzione. Ebbene, una delle novità più importanti riguarda proprio la previsione del contraddittorio con l'interessato nei procedimenti prefettizi finalizzati all'eventuale emissione dell'informazione antimafia interdittiva.

Il legislatore ha, dunque, accolto le istanze pervenute sia dalla dottrina che dalla più recente e giurisprudenza e l'art. 48 del decreto legge, rubricato addirittura <<Contraddittorio nel procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia>>, ha profondamente modificato l'art. 92 del codice antimafia, che disciplina il «Procedimento di rilascio delle informazioni antimafia».

Il nuovo comma 2-bis prevede infatti che: *"Il prefetto, nel caso in cui, sulla base degli esiti delle verifiche disposte ai sensi del comma 2, ritenga sussistenti i presupposti per l'adozione dell'informazione antimafia interdittiva [...], ne dà tempestiva comunicazione al soggetto interessato, indicando gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa"*.

Viene, dunque, assegnato un termine - che non può essere superiore ai venti giorni - entro il quale l'interessato può presentare documenti e osservazioni e chiedere un'audizione ai sensi dell'art. 93 che è stato a sua volta modificato. Ancora, il nuovo comma 2-ter dell'art. 92 prevede quali possono essere gli esiti della procedura in contraddittorio:

- a) il rilascio di un'informazione antimafia liberatoria;
- b) l'applicazione delle nuove misure amministrative di prevenzione collaborativa di cui all'art. 94-bis D.Lgs. 159/2011, laddove emerga un'agevolazione di tipo occasionale;
- c) l'adozione dell'informazione antimafia interdittiva, valutando la sussistenza dei presupposti per le misure di cui all'art. 32, co. 10, d.l. 90/2014 (nomina di un commissario o rinnovazione degli organi sociali).

Come è agevole notare, l'introduzione del tanto auspicato contraddittorio consente al Prefetto di poter valutare sin da subito gli elementi addotti

⁹ *Ibidem*.

dall'impresa, tant'è che si prevede persino che all'esito della valutazione degli stessi si decida di non adottare più l'interdittiva antimafia.

E' chiaro che in questa fase la compliance gioca un ruolo decisivo, poiché se la società convocata può dimostrare di aver già un buon modello di controllo, con procedure specifiche volte a limitare il rischio reato nelle fattispecie che avevano destato i dubbi nell'autorità amministrativa, avrà chiaramente una chance in più per affrancarsi dal pericolo interdittiva e ricevere un'informazione liberatoria, oppure ottenere una delle misure di prevenzione collaborativa previste dalla riforma, proponendo anche un'implementazione del modello discussa con il Prefetto.

Si tratta, dunque, di una novità particolarmente importante sebbene sottoposta a due limiti.

Il contraddittorio, infatti, non verrà instaurato *"laddove ricorrano particolari esigenze di celerità del procedimento"*. Inoltre, è in ogni caso preclusa la comunicazione di *"elementi informativi il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose"*.

È d'uopo sottolineare che si tratta di due possibilità di deroga che potrebbero avere un impatto negativo sull'effettiva attuazione del contraddittorio perché, quantomeno nel caso delle esigenze di celerità del procedimento, invocano concetti ad elevato tasso di discrezionalità.

4. Il recente approdo del Tribunale di Milano, Sezione Misure di Prevenzione

Ebbene, proprio sulla base del ragionamento che ha condotto il legislatore all'integrazione del contraddittorio prima dell'emissione dell'interdittiva, è stato di recente emesso un provvedimento particolarmente significativo dal Tribunale di Milano¹⁰.

Il 25 luglio 2023, infatti, il Tribunale di Milano, Sezione Misure di Prevenzione, nella persona del giudice relatore della procedura Dott. Fabio Roia, ha differito la trattazione della proposta di applicazione dell'amministrazione giudiziaria a carico di un'importante impresa italiana.

La vicenda trae origine dalla richiesta di applicazione della misura di cui all'art. 34 D.Lgs. 159/2011 avanzata dal Pubblico Ministero del capoluogo lombardo a carico di una società per azioni per la ricorrenza di due circostanze: l'essersi avvalsa di altra società a sua volta sottoposta a controllo giudiziario perché tacciata di caporalato e di essersi rivolta a serbatoi di personale contiguo alla criminalità organizzata.

¹⁰ Tribunale di Milano, Sezione Misure di Prevenzione, 25 luglio 2023, in www.giurisprudenzapenale.com

Nel quadro descritto, si inseriva poi la richiesta di sequestro preventivo emessa a carico della stessa società per presunti illeciti tributari di rilevanza penale.

Ebbene, lo stesso Pubblico Ministero, dopo aver avanzato la citata richiesta, ha provveduto a depositare una nota con allegazione degli elementi forniti dai difensori della società che attestavano una fattiva collaborazione della stessa con cui ha richiesto al Tribunale di instaurare un contraddittorio anticipato con l'impresa. Tanto *"in un'ottica di favor rei e di garanzia"* prima di emettere la misura *"al fine di monitorare i progressi in un'ottica di legalizzazione"*.

Il Tribunale di Milano, dunque, ha deciso di estendere l'istituto del contraddittorio anticipato previsto dalla novella legislativa citata per l'emissione dell'interdittiva antimafia anche al caso di specie, stante l'assenza di un *"fondamento normativo specifico applicabile alle misure di prevenzione giurisdizionali ex art 34 e 34 bis"*. A maggior ragione, infatti, nei casi in cui il P.M. agisca sia sul fronte della prevenzione che su quello penale - come il caso di specie - andrebbe valorizzata la volontà di rilegalizzazione dell'impresa estrinsecata anche in un programma di rafforzamento delle strutture organizzative.

Il Tribunale precisa, inoltre, che ove non si consentisse tale possibilità e non si attendesse l'esito della stessa, l'applicazione della misura di cui all'art. 34 bis avrebbe un'efficacia afflittivo-sanzionatoria e non preventiva, essendo già stato anticipato il programma prescrizionale di recupero.

L'applicazione dell'istituto del contraddittorio anticipato previsto dal novellato art. 92 per le interdittive antimafia anche alla procedura di emissione delle misure di cui agli artt. 34 e 34 bis, appare percorso in via analogica *in bonam partem*. Tanto poiché, come sostenuto dal provvedimento in esame, non consentire all'impresa di partecipare la Procura ed il Tribunale del programma di rilegalizzazione già predisposto e avviato, svilirebbe la ratio della misura di prevenzione stessa e la sua finalità tipicamente preventiva e, ad oggi¹¹, non sanzionatoria.

Il differimento della decisione sull'applicazione della misura, dunque, operato dal giudice della prevenzione appare favorevole all'ottica di recupero della legalizzazione e di favore verso la continuità d'impresa che costituiscono la vocazione delle misure a carattere rimediabile inserite nel codice antimafia.

Ciò nondimeno, bisognerà comprendere se il precedente del tribunale milanese sarà oggetto di considerazione nel resto della penisola: viceversa, si avrebbe una disparità di trattamento fra le imprese che possono godere di

¹¹ Come noto, la natura delle misure di prevenzione è attualmente sotto le lente di ingrandimento della Corte EDU, a seguito della dichiarata ricevibilità del ricorso proposto dalla famiglia Cavallotti contro Italia. L'attenzione è posta proprio sulla natura penale e afflittiva della confisca di prevenzione e sulla presunta violazione di alcuni articoli della Convenzione, fra cui l'art. 7, il principio di legalità.

questa possibilità e prevenire, dunque, l'applicazione della misura e tutte le conseguenze che essa comporta¹² e le imprese che non possono accedere a tale percorso.

Non pare fondato sostenere che soltanto alcune imprese siano effettivamente in grado di proporre un programma di risanamento e di compliance per poter avviare autonomamente il percorso di bonifica: se da un lato è vero che le aziende di grandi dimensioni possono contare su una struttura organizzativa più sofisticata e su finanziamenti e/o liquidità più ingenti per sostenere il costo di tale bonifica, è d'altro canto altrettanto vero che, banalmente, aziende di dimensioni più modeste necessitano di un sistema organizzativo - a partire dal Modello 231 - più snello per poter raggiungere il medesimo risultato riabilitativo. Sarebbe del tutto ingiusto, inoltre, ed iniquo escluderle *de plano* dal beneficio del tentativo.

Ciò posto, sarebbe auspicabile un'applicazione condivisa ed estesa a tutto il territorio nazionale dell'istituto del contraddittorio anticipato. Probabilmente, per assicurarne l'effettività e la prevedibilità, occorrerebbe un intervento legislativo che positivizzi l'instaurazione del contraddittorio.

A ben vedere, l'approccio all'esperimento di una giustizia negoziata non è nuovo nel tribunale ambrosiano¹³. Un contraddittorio anticipato e partecipato di questo tipo, infatti, era stato già attuato nell'ambito di un procedimento nato anch'esso al fine di colpire lo sfruttamento lavorativo e l'illecito tributario, ma sulla base di una contestazione ex D.Lgs. 231/01.

Anche in quel caso¹⁴ l'impresa ha dimostrato immediata e solerte disponibilità a rimediare alla situazione di illegalità riscontrata, operando le condotte riparatorie di cui all'art. 17 D.Lgs. 231/01 citato. In particolare, l'ente ha provveduto a versare all'Agenzia delle Entrate, mediante ravvedimento operoso, l'imposta complessivamente evasa, comprensiva di interessi e sanzioni previsti per l'illecito tributario ed ha, inoltre, assicurato la stabilizzazione dei lavoratori precedentemente dipendenti delle cooperative che si erano aggiudicate le gare d'appalto. L'organo proponente, dunque, ha rinunciato ad esercitare l'azione penale, in considerazione dell'obiettivo già perseguito, anche perché l'applicazione di ulteriori misure si sarebbe presentata quale una duplicazione sanzionatoria nei confronti dell'ente.

Se da un lato esiste un precedente dalla medesima ispirazione, non si può, d'altro canto, non considerare la portata innovativa del provvedimento della Sezione Misure di Prevenzione. Il precedente citato infatti affonda le sue radici nella previsione normativa dell'art. 17 D.Lgs. 231/01, mentre il

¹² Anche sul piano reputazionale e mediatico.

¹³ A. MERLO, *Alla ricerca della via italiana ai non prosecution agreement. Il caso Esselunga*, in www.sistemapenale.it, 31 luglio 2023.

¹⁴ Procura Trib. Milano, decr. 9 novembre 2022 (dep. 11 novembre 2022), P.M. Storari, DHL, in www.sistemapenale.it, 28 novembre 2022, con nota di M. Scoletta.



differimento della trattazione della proposta della misura di prevenzione non ha fondamento normativo espresso.

Si registra, dunque, una particolare apertura del Tribunale di Milano nei confronti tanto del contraddittorio anticipato e partecipato, apertura che è stata avvicinata anche ai non *prosecution agreement* di matrice statunitense. Soluzioni di questo tipo consentono infatti di attivare percorsi negoziali che consentono di evitare procedimenti che, per quando modulabili, conservano comunque il rischio di tradursi in un aggravio, economico e tempistico, non necessario né all'impresa né alla macchina della giustizia.

Senza tacere, infine, che disporre l'applicazione di una misura di prevenzione in presenza di un percorso di legalità già avviato e di un obiettivo di bonifica già raggiunto, significherebbe, si ricorda, svilire la *ratio* preventiva degli istituti in esame, trasformandoli definitivamente in provvedimenti di natura sanzionatoria ed afflittiva, sulla quale già da tempo ci si interroga.