

Le *white list*: il Consiglio di Stato mette di nuovo mano al delicato equilibrio tra protezione del privato e anticipazione della soglia di difesa sociale.-

La *white list* è, come noto, quell'elenco "di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa" operanti in delicati settori delle opere pubbliche, istituito presso le Prefetture, che rientra nel novero delle misure volte ad anticipare la "soglia di difesa sociale", rispondendo ad una logica di prevenzione del fenomeno mafioso in quegli ambiti dove la criminalità organizzata si fa "imprenditrice" (cfr. O. MORCAVALLO, *L'informazione interdittiva antimafia*, in *Officina del Diritto*, Milano, 2019).

L'iscrizione nella *white list*, come ribadito dalla sentenza in commento del Cons. Stato, sez. III, 26 maggio 2021, n. 4061, "è disciplinata dagli stessi principi che regolano l'interdittiva antimafia, in quanto si tratta di misure volte alla salvaguardia dell'ordine pubblico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della P.A.", formando tali elenchi un "corpo unico" con le disposizioni dettate dal codice antimafia.

In particolare, il livello probatorio richiesto per il procedimento di iscrizione nella *white list* è il medesimo di quello richiesto per il rilascio dell'informazione o della comunicazione antimafia, ovvero il raggiungimento della soglia del "più probabile che non", in riferimento agli elementi posti alla base di tali provvedimenti, che possono essere anche soltanto sintomatico-presuntivi dai quali, alla luce di un giudizio prognostico, sia deducibile un pericolo di collusione o di infiltrazione mafiosa. Il tutto sebbene il diniego di iscrizione in una *white list* consegua ad un procedimento promosso su istanza del privato, mentre l'interdittiva antimafia sia emessa all'esito di un procedimento avviato d'ufficio dalla Prefettura competente.

Sulla base di detto parallelismo, spia di un evidente intreccio funzionale, il Consiglio di Stato ha ritenuto che il termine di 90 giorni di cui dispone il Prefetto per pronunciarsi sulla domanda di iscrizione in *white list* sia di natura ordinatoria. La violazione del termine, pertanto, non comporta la consumazione del potere in capo alla Prefettura.

Tuttavia, come nel caso delle interdittive antimafia, in caso di mancata pronuncia nel termine, le stazioni appaltanti possono comunque procedere alla stipulazione dei contratti, ben potendosi avere sia una documentazione antimafia "sopravvenuta" alla stipulazione del contratto, sia un diniego di iscrizione nella *white list*, dopo il decorso dei rispettivi termini per il rilascio.

Inoltre, il Collegio aggiunge un altro tassello al parallelismo sin qui tracciato, che trova un precedente concettuale nella sentenza dell'Adunanza Plenaria, 26 ottobre 2020, n. 23, evidenziando

che il privato ben può attivarsi avverso l'inerzia amministrativa attraverso gli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento, su tutti l'azione avverso il silenzio *ex art. 117 c.p.a.*-

Nonostante questo innovativo approdo, restano però irrisolti tasselli importanti, tra cui quello che già il Tar Puglia, sez. III, 13 gennaio 2020, n. 28 aveva rimesso, senza esito però favorevole, alla Corte di Giustizia dell'UE per contrasto del procedimento in esame, nella parte in cui non garantisce le garanzie partecipative in favore del soggetto nei cui confronti l'Amministrazione si propone di adottare un'informazione interdittiva antimafia, con il principio del contraddittorio, così come riconosciuto dall'Unione europea, degli artt. 91, 92 e 93 del codice antimafia.

Al riguardo, infatti, il Collegio richiama la sentenza della Corte di Giustizia UE, 9 novembre 2017, C-298/16, la quale ha affermato che l'assenza di una necessaria interlocuzione procedimentale non costituisce una lesione al principio di buona amministrazione, perché il diritto al contraddittorio procedimentale e al rispetto dei diritti della difesa può soggiacere a restrizioni che *“rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi”*. Deve ritenersi, quindi che l'eventualità che si instauri un contraddittorio endoprocedimentale nel procedimento di rilascio della documentazione antimafia dipenda ancora dalla valutazione discrezionale del Prefetto.

Del pari, non è stato sciolto il nodo circa la necessaria presupposizione che il diniego di iscrizione di un'impresa in una delle *white list* debba essere sempre preceduto dall'emissione di un'interdittiva antimafia, oppure possa essere adottato anche in assenza di tale preliminare informazione ostativa (ad es. il problema sorge quando la Prefettura competente al rilascio della certificazione antimafia non corrisponda alla Prefettura di presentazione della domanda di iscrizione nella *white list*).

Ciò su cui il Consiglio di Stato resta invece granitico è nel confermare che le informazioni antimafia “generiche” (e in questo caso anche il diniego di iscrizione in *white list*) non abbiano natura penale né in senso formale, né in senso materiale, stando ai c.d. *Engel criteria* elaborati dalla CEDU, bensì esse rispondono ad una logica strettamente preventiva-amministrativa.

Pertanto, alla luce di queste considerazioni andrebbe letta l'affermazione del Consiglio di Stato nella sentenza in commento allorché reputa *“non appropriato l'uso dell'espressione, utilizzata dall'appellante, secondo cui l'informativa antimafia comporta la morte dell'impresa, essendo la limitazione circoscritta ai soli rapporti economici con la P.A., nulla impedendo all'imprenditore di continuare la propria attività nei rapporti con privati”*, volta a fugare il pericolo dell'esportabilità dei principi partoriti dalla CEDU in materia di misure di prevenzione nella sentenza *De Tommaso c. Italia* del 23 febbraio 2017 n. 43395/09, alla documentazione antimafia e al diniego nelle *white list*.

Pur consci che l'infiltrazione mafiosa nel tessuto economico e nei mercati comprometta, oltre alla sicurezza pubblica, il valore costituzionale di libertà economica, quale espressione della trasparenza e di una corretta competizione tra i soggetti dell'ordinamento, resta che vada evidentemente trovato un bilanciamento, da parte del legislatore o del giudice, che consenta comunque la tutela del privato imprenditore pur nell'ambito della tutela di interessi pubblici così alti. E ciò perché, in ogni caso, la funzione pubblica deve restare unitaria, affinché il controllo del corretto esercizio del potere sia presidio, nel contempo, della realizzazione della volontà pubblica e della garanzia delle situazioni soggettive dei privati in essa coinvolte.

Milano, 16 giugno 2021