



DE IUSTITIA

RIVISTA GIURIDICA

ISSN 2974-7562
ISBN xxx-xx-xxxxx-xx-x



Libellula

WWW.DEIUSTITIA.IT

Rivista scientifica Anvur

Rivista n° 3 / Luglio 2022 Trimestrale

DE IUSTITIA - Rivista giuridica scientifica – www.deiustitia.it

Fondata da: Avv. Carlo Giordano - Dott.ssa Fabiana Iorio - Dott. Angelo Rubano

Diretta da: Dott. Francesco Boccia (Direttore scientifico) - Avv. Carlo Giordano (Condirettore Scientifico) - Dott. Angelo Rubano (Vicedirettore)

Direttore responsabile: Avv. Francesco Boccia

Comitato scientifico: Prof.ssa Carla Acocella - Prof. Amedeo Arena - Dott. Pierpaolo Arganelli - Dott. Alessandro Auletta - Prof. Adrian Bedford - Dott. Francesco Boccia - Avv. Emilio Boccia - Prof. Fernando Bocchini - Pres. Francesco Caringella - Prof. Avv. Gianluca Cascella - Avv. Gabriella De Maio - Dott. Mattia Di Florio - Dott.ssa Antonia Foglia - Dott. Marco Fratini - Prof. Rosaria Giampetraglia - Avv. Carlo Giordano - Cons. Roberto Giovagnoli - Avv. Pasquale Guida - Prof.ssa Laura Gutiérrez-Masson - Dott.ssa Fabiana Iorio - Avv. Luigi Lalla - Prof. Vincenzo Maiello - Pres. Luigi Maruotti - Dott.ssa Daniela Messina - Dott. Andrea Napolitano - Prof.ssa Anna Papa - Dott. Giacomo Palombino - Dott. Simone Petralia - Dott. Angelo Rubano - Prof.ssa Laura Solidoro - Dott.ssa Alessia Tomo - Avv. Silvia Tuccillo - Dott. Francesco Zappatore – Dott. Pierluigi Zarra

Comitato di referaggio: Prof.ssa Francesca Angiolini - Prof.ssa Maria Consiglia Botta - Prof. Antonio Cilento - Prof. Alberto De Vita - Prof. Fabrizio Ripa - Prof.ssa Francesca Salerno - Prof. Vincenzo Verdicchio

Comitato di redazione: Dott.ssa Abruzzi Leandra - Avv. Francesco Bottiglieri - Dott. Flavio Alessio Clemente - Avv. Gaetano del Giudice - Dott. Giuseppe Di Meglio - Avv. Davide Giordano - Dott. Francesco Iazeolla - Dott.ssa Paola Iazeolla - Dott. Vincenzo Iazzetta - Dott. Alessandro Iovino - Dott.ssa Viviana Francesca Ippolito - Dott.ssa Annamaria La Marca - Dott.ssa Iliaria Manna - Dott. Lorenzo Maruotti - Cons. Andrea Migliozi - Avv. Ferdinando Migliozi - Dott.ssa Edda Napolitano - Avv. Gianluca Pirozzi - Avv. Nicolò Rubino - Avv. Marina Sfarzo

Redattori: Dott.ssa Fabiana Iorio - Avv. Luigi Lalla - Dott. Flavio Alessio Clemente

Amministrazione: www.youcanprint.it selfpublishing
via Roma 73 - 73039 Tricase (Le)

Registrazione: presso il Tribunale di Napoli con decreto n. 2683 del 11.02.2015

Per ciascun articolo è effettuato un procedimento di revisione tra pari almeno a singolo cieco (one-side blind)

INDICE

PARTE I – DIRITTO AMMINISTRATIVO

Nota a sentenza del Consiglio di Stato, Sezione v, n.1615 del 7 marzo 2022
di Benedetto Marsili **Pag. 3**

Comunicazione di avvio del procedimento ed attività vincolata. Un pendolo che oscilla tra tutela del privato ed efficienza dell'azione amministrativa. (commento alla sentenza del Consiglio di Stato 14 settembre 2021, n. 6288)
di Emanuela Della Corte **Pag. 13**

PARTE II – DIRITTO CIVILE

Introduzione alle Smart City. Criticità e prospettive nel panorama italiano.
di Francesca Pedace **Pag. 35**

PARTE III – DIRITTO PENALE

L'omicidio seriale nel quadro normativo e trattamentale italiano.
di Irene Iezzi **Pag. 48**

Spunti di riflessione sul delitto di violenza sessuale: cenni evolutivi e risvolti giurisprudenziali sull'abuso di autorità
di Nicola Ascoli **Pag. 75**

**Nota a sentenza del Consiglio di Stato, Sezione v, n.1615 del 7 marzo
2022
Di Benedetto MARSILI***

SOMMARIO: **1.** Fatti di causa. **2. Iter logico della decisione.** **3.** Contratti pubblici e beni sottoposti a verifica di interesse culturale. **3.1.** La disciplina del consorzio stabile e il cumulo alla rinfusa. **3.2.** Il consorzio stabile e il cumulo alla rinfusa negli affidamenti dei beni culturali. **3.3.** La tutela dei beni culturali negli appalti.

ABSTRACT: With the sentence of March 7, 2022, n. 1615, the Council of State expressed itself on the possibility for a stable consortium of companies to apply the so-called "bulk accumulation" mechanism in the event of participation in a tender for object an asset protected by the cultural heritage code.

The Council of State then analyzed a series of issues that the decision required to resolve.

First, in fact, the judges of Palazzo Spada tried to clarify the hypotheses that fall within the application of the rules set out in Chapter III of the procurement code, containing the rules on procurement in the cultural heritage sector.

Secondly, they focused on the interpretation of the provisions relating to the participation requirements required of companies carrying out works relating to cultural heritage.

1. Fatti di causa

La vicenda che ha dato luogo alla sentenza in commento può essere così sintetizzata.

Era stata indetta una gara dal Comune di Caserta per i "lavori di recupero architettonico e miglioramento strutturale della Scuola Media Giannone".

Risultava vincitore della gara un Consorzio stabile di imprese. L'aggiudicazione veniva impugnata innanzi al TAR Campania.

Con il ricorso si contestava la possibilità di utilizzare il meccanismo del "cumulo alla rinfusa" da parte del consorzio stabile vincitore e, conseguentemente, il possesso da parte dello stesso dei requisiti di qualificazione richiesti dal bando, in quanto si trattava, a parere della ricorrente, di una gara avente ad oggetto un bene culturale, beni per i quali il codice dei contratti pubblici prevede una

* Dottore in Giurisprudenza

disciplina specifica, anche e soprattutto per ciò che attiene ai requisiti di qualificazione delle imprese.

Il Tar Campania con sentenza n.03780/2021 rigettava il ricorso ritenendo che non si applicasse al caso specifico la disciplina dettata dal codice dei contratti pubblici per gli appalti nel settore dei beni culturali e, dunque, fosse applicabile il meccanismo del "cumulo alla rinfusa".

La sentenza veniva impugnata innanzi al Consiglio di Stato.

I giudici di palazzo Spada accoglievano il ricorso e annullavano l'aggiudicazione.

2. Iter logico della decisione.

Il Consiglio di Stato muove dalla possibilità di applicare al caso di specie la disciplina speciale degli appalti dei beni culturali.

Secondo il Consiglio di Stato, il bene per cui si era svolta la gara rientrava in quelli tutelati dal codice dei beni culturali.

Infatti, nella nota della Soprintendenza di Caserta e Benevento, allegata in primo grado dalla ricorrente, veniva espressamente indicato che sul bene era in corso un procedimento di verifica dell'interesse culturale ex art.12 dei beni culturali, ed inoltre, anche nel bando di gara era richiesta alle imprese la qualifica OG2, qualifica necessaria per le "opere di restauro e manutenzione dei beni immobili sottoposti a tutela ai sensi delle disposizioni in materia dei beni culturali e ambientali".

Data tale premessa, il Consiglio di Stato ha ritenuto applicabili gli articoli 145 e ss. del d.lgs. 50/2016, disciplina che, come vedremo, indirettamente esclude la possibilità di avvalersi per un consorzio del meccanismo del "cumulo alla rinfusa".

3. Contratti pubblici e beni sottoposti a verifica di interesse culturale.

La sentenza offre dunque un utile contributo al fine di comprendere in quali casi trovino applicazione le disposizioni speciali¹ per gli appalti nel settore dei beni culturali.

Una breve ricostruzione del quadro normativo di riferimento consente di inquadrare meglio la questione.

Il comma primo dell'art.145 d.lgs. n.50/2016 statuisce che "le disposizioni del presente capo dettano la disciplina relativa a contratti pubblici concernenti i beni

¹ S. ANTONIAZZI, Contratti pubblici e beni culturali: specialità della disciplina e obiettivi di tutela, di conservazione e valorizzazione, in *Giustamm.*, n.7, 2019, paragrafo 4.

culturali tutelati ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, recante il Codice dei beni culturali e del paesaggio².

É chiaro, quindi, che le disposizioni in parola trovano applicazione ogni qualvolta si è in presenza di beni che secondo il d.lgs. n.42/2004 devono considerarsi rientranti nella tutela dallo stesso apprestata.

Sicuramente sono oggetto di tutela i beni indicati dall'art. 10 del codice dei beni culturali³, ma non solo.

L'articolo 12 del d.lgs. n.42/2004, oltre a disciplinare l'iter per il procedimento di verifica dell'interesse culturale del bene in esame⁴, al primo comma stabilisce: "le cose indicate all'articolo 10, comma 1, che siano opera di autore non più vivente e la cui esecuzione risalga ad oltre settanta anni, sono sottoposte alle disposizioni della presente parte fino a quando non sia stata effettuata la verifica di cui al comma 2".

La norma, quindi, dispone chiaramente che la tutela prevista dal codice dei beni culturali ricomprende i beni rispetto ai quali è in corso un procedimento di verifica dell'interesse culturale e tale tutela viene apprestata fino a quando l'iter per la verifica dell'interesse culturale non si conclude con esito negativo⁵. Quindi, è certamente condivisibile la soluzione adottata dal Consiglio di Stato secondo cui anche ai beni sottoposti alla verifica dell'interesse culturale ex. art.12 va applicata la disciplina speciale dettata per le gare di lavori aventi ad oggetto beni culturali⁶.

Dunque, le regole degli articoli 145 e ss. del d.lgs. n.50/2016 saranno applicate sia ai beni su cui già esiste il vincolo di bene culturale, sia ai beni per cui è in corso il procedimento di verifica dell'interesse culturale, ai sensi dell'articolo 12 del d.lgs. n.42/2004 e fin quando la verifica non si concluda con esito negativo.

² M.ALTERIO, Individuazione e regime giuridico dei beni culturali, in M.A. CABIDDU-N. GRASSO (a cura di), *Diritto dei beni culturali e del paesaggio*, Torino, 2021, pag. 33 e ss.

³ C.VOLPE, Articolo 10, Beni culturali, in G. LEONE-A.L. TARASCO (a cura di), *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, Padova, 2006, pag.105 e ss.

⁴ In argomento: A. FERRETTI, La verifica dell'interesse culturale prevista nel Codice dei beni culturali e paesaggistici, in *Diritto e Formazione*, 4, 6, 2004, pag. 897 ss.; G. SCIULLO, La verifica dell'interesse culturale (art. 12), in *Aedon*, n.1/2004.

⁵ "La sottoposizione a tutela disposta dal comma 1 dell'art. 12 [...]si fonda su una presunzione legale di sussistenza dell'interesse culturale" così: N. AICARDI, *Commentario al Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio. Art. 12, Verifica dell'interesse culturale*, in *Le nuove leggi civili*, volume 5-6, 2005, pag. 1138.

⁶ Sul punto è chiarissimo anche il TAR LAZIO, sez. III, 8 luglio 2019, n.9038, in www.giustiamministrativa.it. Il tribunale amministrativo statuisce che le disposizioni speciali si applicano ove l'appalto abbia ad oggetto beni tutelati dal d.lgs. n.42/2004, tra cui i beni che si presumono culturali fino alla verifica negativa di sussistenza di tale interesse.

3.1. La disciplina del consorzio stabile e il cumulo alla rinfusa.

Sciolti i dubbi sulle ipotesi in cui trova applicazione il capo III del codice dei contratti pubblici, è necessario approfondire il tema dei consorzi stabili e del "cumulo alla rinfusa".

L'articolo 45 del d. lgs. n. 50/2016, co.2, lett. C), intende per consorzi stabili i consorzi formati da non meno di tre imprese consorziate, che abbiano stabilito di operare nel settore dei contratti pubblici per un periodo non inferiore a cinque anni e che, pertanto, abbiano istituito una comune struttura d'impresa.

I consorzi stabili⁷ hanno autonoma personalità giuridica, distinta dalle imprese consorziate, a differenza del consorzio ordinario che invece deve ritenersi soggetto con identità plurisoggettiva⁸, operante in qualità di mandatario delle imprese della compagine⁹.

L'aspetto problematico riguarda la possibilità per i consorzi stabili di sfruttare il cosiddetto meccanismo del "cumulo alla rinfusa".

Il "cumulo alla rinfusa" permette al consorzio stabile di qualificarsi tramite i requisiti delle proprie consorziate, qualora il consorzio sia privo di tali requisiti. L'articolo 47 comma 1 del d. lgs. n.50/2016 dispone che "i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi con le modalità previste dal presente codice, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate".

La formulazione odierna dell'articolo 47 è il frutto di una modifica del decreto sblocca cantieri¹⁰.

Il vecchio articolo 47, infatti, prevedeva che i consorzi di cui agli articoli 45, comma 2, lettera c) e 46, comma 1, lettera f), al fine della qualificazione potessero utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, sia quelli posseduti dalle singole imprese consorziate designate per l'esecuzione delle prestazioni, sia, mediante avalimento, quelli delle singole imprese consorziate non designate per l'esecuzione del contratto.

⁷ Sulla disciplina dei consorzi stabili si veda S. ABRATE, *Consorzi stabili*, in *L' Amministrativista*, bussola del 6 maggio 2020.

⁸ Consiglio di Stato, sez. V, 6 ottobre 2015, n.4652.

⁹ R. CHIEPPA-R. GIOVAGNOLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano, 2021, pag.882.

¹⁰ In argomento, M. VALENTE, *Il cumulo alla rinfusa e l'Araba fenice*, in *Appalti e contratti*, 5/05/2021.

Le modifiche introdotte dallo sblocca cantieri sono state lette diversamente da dottrina e giurisprudenza.

Infatti, da un lato è stato sostenuto che la modifica introdotta non abbia in realtà fatto venire meno la possibilità di un utilizzo del cumulo alla rinfusa da parte dei consorzi stabili¹¹, questo perché il cumulo sarebbe giustificato dalla comune struttura di impresa che con il consorzio stabile si viene a realizzare¹².

D'altro canto, la tesi opposta sostiene che la nuova formulazione dell'articolo 47 va letta nel senso di un enorme ridimensionamento del cumulo alla rinfusa. Secondo questa teoria, l'istituto sarebbe limitato alla sola "disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo", i quali sono "computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate", come previsto dall'art. 47 comma secondo nella originaria formulazione del d.lgs. n.50/2016¹³.

La questione rimane aperta¹⁴, anche in attesa delle eventuali novità che saranno introdotte dal governo in attuazione della legge delega approvata il 9 marzo 2022.

3.2. Il consorzio stabile e il cumulo alla rinfusa negli affidamenti dei beni culturali

In realtà, però, non occorre arrivare ad una lettura in senso restrittivo dell'art.47 per escludere l'operatività del "cumulo alla rinfusa" nel caso in esame¹⁵.

Infatti, come sostenuto dalla sentenza in commento, nel momento in cui vi è partecipazione ad una gara di affidamento di lavori nel settore dei beni culturali,

¹¹ Consiglio di Stato, sez. V, 29 marzo 2021, n. 2588; TAR LAZIO, sez. I, 19 aprile 2021, n. 4540.

¹² R.DE NICTOLIS, Appalti pubblici e concessioni dopo la legge "sblocca cantieri", Torino, 2020, pag.638.

¹³ In questo senso si è espresso Il Consiglio di Stato: Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 18 marzo 2021, n.5.

¹⁴ Per una lettura in senso restrittivo: TAR LAZIO, 3 marzo 2022, n.2571.

La dottrina, invece, anche sulla base di recenti sentenze (vedi nota 12), sembra propendere per una lettura ampia dell'istituto: "Invero, l'analisi della Relazione illustrativa della legge di conversione del d.l. n. 32/2019 fornisce la conferma che la volontà del legislatore era quella di mantenere e, anzi, potenziare l'operatività del meccanismo del cumulo alla rinfusa. Detta Relazione nell'illustrare la modifica apportata all'art. 47 comma 2 del Codice osserva che essa "è tesa a chiarire la disciplina dei consorzi stabili onde consentire l'operatività e sopravvivenza di tale strumento pro-concorrenziale" mentre, con riferimento al comma 2 bis, l'intento è stato quello di "colmare un vuoto normativo" relativo a servizi e forniture" così: M. VALENTE, Il cumulo alla rinfusa, op.cit. pag.5.

¹⁵ T.A.R. EMILIA-ROMAGNA (Parma), sez. I, 27 maggio 2021, n.139.

prevale sempre la disciplina speciale dettata dall'art.146, comma 1 e 2, del d.lgs. n.50/2016¹⁶.

Si è già detto in precedenza come nella sentenza sia stato evidenziato che i commi in questione pongano un ineliminabile rapporto tra effettiva esecuzione dei lavori e relativa qualificazione¹⁷, per cui, solo l'operatore effettivamente qualificato per lavori di una determinata categoria e di un determinato importo è abilitato alla loro esecuzione¹⁸.

Da ciò, non solo deriva l'assoluta impossibilità di applicare il cumulo alla rinfusa¹⁹, ma anche l'obbligo per il consorzio stabile che partecipa alla gara di indicare specificamente le quote di esecuzione di lavori da affidare a ciascuna impresa. A questa conclusione il Consiglio di Stato giunge anche facendo riferimento ad importanti pareri dell'ANAC (delibera n.1239 del 6 dicembre 2017, delibera n.710 del 23 luglio 2019 e delibera n.822 del 26 settembre 2019).

L'ANAC ha osservato che, in ragione del particolare interesse pubblico alla tutela dei beni culturali, la disciplina della qualificazione in questo speciale settore deve necessariamente essere volta a garantire che solo chi è in possesso effettivamente della qualifica richiesta possa eseguire i lavori.

L'interpretazione della normativa operata dal Consiglio nella sentenza in questione sembra essere particolarmente attenta alle istanze di tutela su cui si basa la disciplina degli appalti di beni culturali e dunque pienamente condivisibile.

3.3. La tutela dei beni culturali negli appalti

Il rapporto tra norme in tema di tutela dei beni culturali e quelle sulle regole dei contratti pubblici ha del resto rappresentato una questione di grande interesse che ha trovato declinazioni diverse nel corso del tempo: tutte utili per evidenziare la centralità e l'importanza strategica di entrambi i settori.

Fino agli anni Novanta del secolo scorso, in realtà, non erano previste regole eccessivamente stringenti per la pubblica amministrazione, che godeva di ampia discrezionalità per l'affidamento delle commesse nel settore dei beni culturali. La

¹⁶ M.CHIARELLI, Il divieto di "cumulo alla rinfusa" nel settore dei beni culturali, dopo il decreto "Sblocca cantieri", in *L'amministrativista*, 15 ottobre 2020.

¹⁷ Consiglio di Stato, sez. V, 16 gennaio 2019, n.403.

¹⁸ T.A.R. SICILIA (Palermo), sez. III, 26 maggio 2020, n.1091.

¹⁹ La non applicabilità del meccanismo al settore dei beni culturali è stata confermata da un'altra sentenza dei giudici di palazzo Spada: Consiglio di Stato, Sez. V, 17 marzo 2022, n. 1950, commentata da F.LAUDANI, Il meccanismo del cumulo alla rinfusa non può operare negli appalti del settore dei beni culturali, in *L'amministrativista*, 29 marzo 2022.

P.A. poteva, infatti, affidare i lavori direttamente in economia o a trattativa privata²⁰.

Con la legge Merloni nel 94', invece, la disciplina degli appalti relativi ai beni culturali veniva interamente ricondotta nella disciplina generale degli appalti²¹. Nonostante ciò, è proprio in questo periodo che inizia a svilupparsi l'idea di rendere gli appalti dei beni culturali un settore speciale²² con regole derogatorie rispetto alla disciplina generale.

Veniva così adottato il d.lgs. n.30/2004²³, una normativa esclusivamente dedicata agli appalti nel settore dei beni culturali, assolutamente indipendente dalle regole generali in materia di contratti pubblici.

Infine, il quadro cambiava nuovamente con il Codice De iure, Codice degli appalti adottato nel 2006²⁴, infatti, in questo caso la disciplina degli appalti nel settore dei beni culturali, pur mantenendo una propria specificità, confluiva interamente nel Codice dei contratti e non veniva più regolata da un'autonoma legge.

Lo stesso approccio ha avuto il legislatore con il d.lgs. n.50/2016.

Nella legge delega n.11/2016²⁵ veniva sottolineata la necessità di un "riordino e semplificazione della normativa specifica in materia di contratti relativi a beni culturali" ma in egual modo si precisava l'esigenza di considerare la "particolare natura di quei beni e delle peculiarità delle tipologie di interventi".

Nell'impianto attuale, dunque, pur essendoci una tendenza a "normalizzare"²⁶ il settore appalti dei beni culturali, come dimostra l'articolo 145, il cui comma 3 dispone che "per quanto non diversamente disposto nel presente capo, trovano applicazione le pertinenti disposizioni del presente codice", sono comunque

²⁰ Per una chiara ricostruzione della normativa di settore: R. LEONARDI, Contratti relativi a beni culturali, bussola del 20 agosto 2018, in L'Amministrativista, 20 agosto 2018, paragrafo 2.

²¹ P. CARPENTIERI-P. UNGARI, I contratti relativi ai beni culturali, in M.A. SANDULLI -R.DE NICTOLIS-R. GAROFOLI (a cura di), Trattato sui contratti pubblici, Milano, 2008, pag.2975 ss.

²² "Troppe peculiarità qualificano già a prima vista il settore dei beni culturali rispetto all'ambientazione tipica dei "lavori pubblici" tradizionali ed ambigua è la riconduzione "forzata" del restauro in un corpus disciplinare già formato compiutamente nei propri fondamenti" così: G. SANTI, Il restauro e la manutenzione dei beni culturali mobili del d.p.r. 21 dicembre 1999, n.554, in Aedon, 2/2001.

²³ C.VITALE, La realizzazione dei lavori di restauro dei beni culturali, in Giornale Dir. Amm., 2005, 2, pag. 219.

²⁴ T. PAPARO, Contratti relativi ai beni culturali, in M. CLARICH (a cura di), Commentario al Codice dei contratti pubblici, Torino, 2010, pag.982.

²⁵ Sul codice dei contratti pubblici del 2016 tra i tanti: C. DEODATO, L'attuazione normativa del codice dei contratti: configurazione giuridica, struttura e questioni applicative, in foro amministrativo, 1° dicembre 2018, fasc.9.

²⁶ Sull'ambivalenza della disciplina dettata per gli appalti di beni culturali si veda F.G. ALBISINNI, Il nuovo codice dei contratti pubblici- i contratti pubblici concernenti i beni culturali, in Giorn. Dir. Amm., 2016, 4, pag. 436.

previste molte norme speciali per la necessità di apprestare un'adeguata e seria tutela a questi beni²⁷.

Ed in particolare, è proprio sulla qualificazione delle imprese che insiste il legislatore²⁸.

L'art.146 prevede, difatti, il necessario possesso di requisiti "specifici ed adeguati ad assicurare la tutela del bene", facendo riferimento, tra l'altro, agli articoli 9 bis e 29 del d. lgs. n.42/2004 in base ai quali questi interventi di tutela e di valorizzazione dei beni devono essere affidati alla responsabilità e all'attuazione di archeologi, archivisti, bibliotecari ecc.

Nello specifico, l'attuazione della disciplina della qualificazione degli esecutori dei lavori e dei direttori tecnici è stata rimessa dal codice dei contratti pubblici al regolamento adottato con decreto ministeriale 22 agosto 2017²⁹ n.154 dal Mibact di concerto con il ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

Il regolamento ha posto una distinzione tra i requisiti di qualificazione di cui devono essere in possesso le imprese che partecipano a gare di lavori aventi importo pari o superiore a 150.000, rispetto ai lavori di importo inferiore.

Per i lavori sopra la soglia individuata, i requisiti speciali attestati dalle SOA, si sostanziano in "adeguata idoneità tecnica", "adeguata idoneità organizzativa" e "adeguata capacità economica e finanziaria".

Per ciò che concerne l'idoneità tecnica, l'art.13 del regolamento prescrive come necessaria una specifica abilitazione professionale o un idoneo titolo accademico per i soggetti componenti della direzione tecnica, inoltre il direttore tecnico deve essere un dipendente dell'impresa stessa o ad essa legato mediante contratto d'opera professionalmente registrato.

Sempre in tema di qualificazione, il comma 3 dell'art.146, d.lgs. n.50/2016, pone un divieto di utilizzo dell'istituto dell'avvalimento³⁰, divieto che rafforza la tesi per cui in questo settore è imprescindibile il collegamento tra il possesso della qualifica ed effettiva esecuzione dei lavori.

²⁷ In argomento A.SAU, La disciplina dei contratti relativi ai beni culturali tra esigenze di semplificazione e profili di specialità, in *Aedon*, 1/2017.

²⁸ P.CARPENTIERI, Appalti nel settore dei beni culturali(e archeologia preventiva), in *Urb. App.*, 2016, pag.1020.

²⁹ Il suddetto regolamento doveva essere sostituito ai sensi dell'ormai famoso comma 27-octies, art. 216 del d.lgs. 50/2016 da un nuovo ed unico regolamento attuativo del codice dei contratti, sostitutivo di regolamenti ministeriali e linee guida ANAC a cui era stata demandata l'attuazione del d.lgs. 50/2016 nel progetto originario. Tale regolamento ad oggi non è stato ancora adottato. Per cui il regolamento 154/2017 rimane, con tutte le problematiche del caso, ancora in vigore.

³⁰ La giurisprudenza si era espressa prima dell'introduzione del divieto espresso di avvalimento in senso favorevole all'applicazione dell'istituto anche nel settore dei beni culturali, nello specifico: TAR VENETO, sez. I, 6 novembre 2008, n.3451.

La giurisprudenza ha poi sottolineato come l'istituto dell'avvalimento si sostanzia in un rapporto molto simile a quello del cumulo alla rinfusa³¹, per cui se un espresso divieto è previsto per il primo, difficilmente si può immaginare che operi il secondo.

Sempre nel senso di un necessario collegamento tra possesso della qualifica ed esecuzione dell'appalto, è possibile fare riferimento anche al divieto di affidamento congiunto di lavori rientranti nella categoria generale OG2³² e di opere rientranti nelle categorie speciali OS 2-A, OS 2-B, OS 24 e OS25³³, divieto espressamente previsto dall'art. 148 del d.lgs. n.50/2016, ma già in precedenza ritenuto operante dalla giurisprudenza³⁴.

Ancora una volta, dunque, il legislatore si muove nel senso di garantire un'adeguata tutela ai beni culturali oggetto di lavori.

Tutti questi elementi portano ad una conclusione abbastanza chiara: le norme previste dal capo III del codice dei contratti pubblici devono sempre essere lette in maniera finalisticamente orientata alla salvaguardia del valore culturale dei beni tutelati ai sensi del d.lgs. n.42/2004 ed in questo senso la qualificazione delle imprese esecutrici dei lavori assume un ruolo centrale.

Se è questa la prospettiva da cui guardare e interpretare la disciplina speciale dettata per gli affidamenti di lavori aventi ad oggetto beni culturali, è sicuramente da condividere la conclusione cui giunge il Consiglio di Stato secondo cui per gli appalti in questo settore è fondamentale che solo un operatore effettivamente qualificato per i lavori di una determinata categoria e di un determinato importo possa essere abilitato all'esecuzione degli stessi.

Va ricordato, infine, che il disegno di legge delega al governo in materia di contratti pubblici, approvato il 9 marzo 2022, all'articolo 2, lettera g), indica come criterio direttivo per l'esercizio della delega da parte del governo la "previsione della facoltà ovvero dell'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara, avvisi ed inviti, tenuto conto della tipologia di intervento, in particolare ove riguardi beni culturali".

³¹ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 18 marzo 2021, n.5.

³² OG2- Restauro e manutenzione dei beni immobili sottoposti a tutela ai sensi delle disposizioni in materia di beni culturali e ambientale.

³³ OS-2 A - Superfici decorate di beni immobili del patrimonio culturale e beni culturali mobili di interesse storico, artistico, archeologico etc., OS-2 B.-.Beni culturali mobili di interesse archivistico e libraio, OS24- Verde e arredo urbano, OS25-Scavi archeologici.

³⁴ Consiglio di Stato, Sez. V, 15 aprile 2004, n.2160.

Lo stesso articolo esorta, poi, a revisionare e semplificare il sistema di qualificazione generale degli operatori economici "considerando la specificità del settore dei beni culturali"³⁵.

Dunque, bisognerà attendere le modifiche che interverranno per poter giungere a una conclusione definitiva sulla questione, auspicando un intervento chiaro e completo del legislatore in materia di qualificazione degli operatori economici, in particolare per quanto riguarda gli appalti nel settore dei beni culturali.

A parere di chi scrive, infatti, la giurisprudenza troppe volte è chiamata a chiarire il significato di norme che sembrano costruite volutamente in maniera eccessivamente complessa, in settori, come quello in questione, dove, invece, la complessità è un'incredibile nemica.

In ogni caso, le disposizioni della legge delega sembrano muoversi in un senso di sempre maggiore attenzione alla tutela dei beni culturali.

³⁵ Per una visione di massima sulla legge delega si veda P. PALLESCA, La nuova legge delega in materia di contratti pubblici, in *Diritto.it*, 26 maggio 2022.

Comunicazione di avvio del procedimento ed attività vincolata. Un pendolo che oscilla tra tutela del privato ed efficienza dell'azione amministrativa. (commento alla sentenza del Consiglio di Stato 14 settembre 2021, n. 6288)

di Emanuela DELLA CORTE*

SOMMARIO: **1.** Il fatto. Una vicenda complessa. **2.** La pronuncia del Consiglio di Stato. **3.** Previa comunicazione di avvio del procedimento alla matrice del contraddittorio procedimentale. **3.1** Le deroghe legislative e gli approcci giurisprudenziali. **4.** La controversa introduzione dell'art. 21-octies. **5.** Riflessioni conclusive. Art. 7 della L. 241/1990 e dequotazione dei vizi formali: contrasto inevitabile o solo potenziale?

ABSTRACT: The introduction of Article 21-octies and the possibility for the Judge, under certain conditions, to not annul administrative measures in spite of a breach of procedural or formal rules, has led to a lesser importance of certain categories of vices, to the detriment of the procedural guarantees of the citizen. The increased emphasis on efficiency and speed of administrative action had aroused a considerable debate. Moreover the main jurisprudential guidelines on this matter tends towards large interpretation of a legal provision.

There are, however, judgments of the administrative Court which take a different direction through a moderate reading of the disposition, and they state that it is necessary to ensure the participatory guarantees, even in the of captive measures. The State Council, with the sentence n. 6288 of 2021, agrees with this judicial interpretations, and yet, Yet, the pronouncement is not free from reliefs: the interpretation of the provisions of the art. 21-octies, accompanied by reference to indeterminate legal concepts, it could be hiding undesirable creationist drifting.

1. Il fatto. Una vicenda complessa

Il caso da cui origina la pronuncia in commento, riguarda l'appello, proposto da una farmacia, avverso la sentenza con la quale il giudice di prime cure aveva respinto il ricorso dalla stessa promosso e volto all' annullamento del provvedimento con il quale l'Azienda USL Umbria aveva disposto la decadenza dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività di farmacia svolta, appunto, dalla ricorrente³⁶.

* Dottoressa in giurisprudenza – Università degli Studi di Napoli Federico II

Nel dettaglio, la società, inizialmente costituita in forma di S.a.s., richiedeva all'USL competente il rilascio di un provvedimento strumentale ad attuare il trasferimento di un ramo d'azienda – costituito dalla titolarità e dall'esercizio dell'attività farmaceutica – in favore di una S.r.l.

La vicenda, però, diviene più articolata dal momento che, nelle more del procedimento, sopraggiungeva la dichiarazione di fallimento di una S.n.c. di cui era socio illimitatamente responsabile proprio colui che, nella qualità di accomandatario, ricopriva anche il ruolo di unico amministratore della S.a.s. e di conseguenza – ai sensi dell'art. 2288 c.c. - veniva escluso di diritto dalla menzionata società. La farmacia si ritrovava, a questo punto, sprovvista del legale rappresentante e, così, privata della possibilità di manifestare la propria volontà negoziale, nonché di agire in giudizio.

La USL, al fine di assicurare comunque la continuità delle prestazioni sanitarie e dell'assistenza farmaceutica, procedeva ad emanare provvedimenti contingibili e urgenti e, pertanto veniva dichiarata la decadenza dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività – precedentemente rilasciata alla farmacia - a causa della chiusura non autorizzata dell'esercizio commerciale protrattasi per un periodo superiore a quindici giorni³⁷. Alla luce di ciò, anche l'istanza di trasferimento a favore della neo costituita S.r.l. veniva dichiarata improcedibile.

Impossibilitata ad agire in giudizio, la farmacia presentava le opportune istanze volte ad ottenere la nomina di un curatore speciale, nonché i provvedimenti ritenuti dalla ricorrente necessari ed urgenti. A seguito del provvedimento con il quale il Presidente del T.A.R. adito declinava la propria giurisdizione, la causa veniva riassunta dinanzi al Tribunale ordinario di Perugia, il cui Presidente provvedeva alla nomina del curatore speciale che, seppur in ritardo, accettava l'incarico e presentava ricorso al T.A.R. per ottenere l'annullamento del menzionato provvedimento ablatorio con cui veniva disposta la decadenza dall'attività.

Il giudizio di primo grado, lungi dall'addentrarsi nel merito della questione, si è concluso con una succinta sentenza di rito con la quale il ricorso veniva dichiarato irricevibile poiché tardivo. Avverso tale pronuncia la farmacia ha proposto appello al Consiglio di Stato, deducendo che - considerato il ritardo con il quale il curatore era stato nominato ed aveva accettato l'incarico - il T.A.R. avrebbe dovuto ammettere l'errore scusabile ex art. 37 c.p.a.

³⁶ TAR Umbria, Perugia, Sez. I, 22 dicembre 2020, n. 630, in Giust. Amm.

³⁷ Ai sensi di quanto previsto nell'art. 113, comma 1, lett. d, del T.U. delle Leggi Sanitarie, approvato con R.D. 27.7.1934, n.1265.

I giudici di Palazzo Spada, confutando la pronuncia di irricevibilità del ricorso di primo grado, ritengono sussistenti i presupposti idonei a configurare l'errore scusabile – in particolare il presupposto del "grave impedimento di fatto" – e proseguivano con l'esame delle singole doglianze addotte dall'appellante.

Più precisamente, il ricorrente lamentava la violazione e falsa applicazione dell'art. 113, comma 1, lett. d), R.D. 27 luglio 1934, n. 1265³⁸, nonché degli artt. 7 e 10-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241, ed il conseguente vizio di eccesso di potere per difetto di motivazione, omessa ed errata valutazione dei presupposti e difetto di istruttoria. In particolare, la parte evidenziava che il mancato rispetto delle suddette formalità procedurali avrebbe irreparabilmente viziato i provvedimenti impugnati: la USL, invero, avrebbe impedito l'opportuna istaurazione di un contraddittorio procedimentale – tanto durante il procedimento che si è concluso col menzionato provvedimento di decadenza, quanto in quello che ha condotto l'autorità a rigettare la domanda di trasferimento del ramo d'azienda in favore della S.r.l. – privando il destinatario della facoltà di mettere in luce profili utili ai fini dell'eventuale adozione di provvedimenti aventi contenuto differente.

La USL resistente al fine di contestare quanto affermato nelle doglianze della controparte, ha sostenuto che, nella fattispecie in esame, trattandosi di atti puramente vincolati, ben si sarebbe potuto procedere in assenza tanto della comunicazione dell'avvio del procedimento, ai sensi dell'art. 7, l. n. 241/1990, quanto del preavviso di rigetto, previsto all'art. 10-bis della medesima legge: nel caso di specie, infatti, l'appellante, avrebbe volontariamente chiuso la farmacia, violando le prescrizioni di settore che gli imponevano di tenerla aperta. Alla luce di tali circostanze il vizio del provvedimento sarebbe stato meramente formale e, in quanto tale, superabile ai sensi di quanto disposto dall'art. 21-octies, l. n. 241/1990³⁹, atteso che, secondo la prospettiva fatta propria dall'amministrazione competente, anche in seguito alla partecipazione procedimentale del soggetto

³⁸ La norma prevede che "La decadenza dall'autorizzazione all'esercizio di una farmacia si verifica [...] d) per chiusura dell'esercizio durata oltre quindici giorni, che non sia stata previamente notificata al prefetto, o alla quale il prefetto non abbia consentito in seguito alla notificazione".

³⁹ L'art. 21-octies, l. n. 241/1990 dispone che "È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza. Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto

interessato, l'esito del procedimento non avrebbe potuto essere diverso⁴⁰.

2. La pronuncia del Consiglio di Stato.

Con la sentenza in commento – sintetica, ma densa di implicazioni – il Consiglio di Stato ha smentito a chiare lettere la tesi supportata dall'amministrazione resistente⁴¹.

Secondo il Collegio, proprio in virtù dei singolari connotati del caso di specie – caratterizzato dalla circostanza che la farmacia si era trovata, nelle more della nomina del curatore speciale, nell'impossibilità di impugnare gli atti lesivi della propria sfera giuridica – avrebbero dovuto essere assicurate le garanzie partecipative previste dalla legge sul procedimento amministrativo, prima tra tutte la comunicazione dell'avvio del procedimento ai sensi dell'art. 7, l. n. 241/1990. Detto altrimenti, assodata la complessità della situazione di fatto, accompagnata dall'invasività degli effetti derivanti dal provvedimento decadenziale, prima di addivenire all'adozione di tale atto, sarebbe stato imprescindibile un approfondimento in contraddittorio tra le parti al fine di consentire alla farmacia di rappresentare le proprie ragioni e all'amministrazione di addivenire ad una decisione ponderata, sostanzialmente e formalmente giusta.

Il Collegio ritiene, infatti, che non sussista alcun principio di ordine logico o giuridico che possa impedire al privato, seppur destinatario di un atto vincolato, di rappresentare all'amministrazione l'inesistenza dei presupposti previsti dalla norma, al fine di esercitare preventivamente, ed in ambito procedimentale, il diritto di difesa delle proprie ragioni che, altrimenti, sarebbe costretto ad attuare unicamente ex post, in sede giudiziaria⁴².

essere diverso da quello in concreto adottato. La disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-bis.”.

⁴⁰ Tali argomentazioni avrebbero consentito di respingere anche la doglianza relativa al provvedimento di diniego di trasferimento dell'autorizzazione, adottato in via derivata rispetto al provvedimento decadenziale.

⁴¹ Per un commento sulla pronuncia si veda A. PAIANO, La partecipazione nell'attività vincolata dell'amministrazione, in *Giornale dir. amm.*, 2022, 1, 90.

⁴² Numerosi, sul tema, sono i richiami giurisprudenziali operati dal Collegio: Cons. Stato, Sez. VI, 20 aprile 2000, n. 2443, in *Giust. Amm.*; Cons. Stato, Sez. V, 22 aprile 2004, n. 2307; Cons. Stato, Sez. V, 11 maggio 2004, n. 2953; TAR Campania, Napoli, Sez. II, 19 ottobre 2006, n. 8683, tutte in *Foro Amm.*. Sulla stessa scia, con una recente pronuncia è stato di recente riaffermato dalla giurisprudenza il principio secondo cui “è illegittimo il provvedimento vincolato emesso senza che sia stata offerta al destinatario dello stesso provvedimento la preventiva ‘comunicazione di avvio del procedimento’ ex art. 7, l. n. 241/1990, ove dal giudizio emerga che l'omessa comunicazione del procedimento avrebbe consentito al privato di dedurre le proprie argomentazioni, idonee a

Viene, in definitiva, affermato il principio in base al quale la natura vincolata degli atti impugnati non costituisce valido pretesto per omettere il rispetto delle garanzie partecipative, soprattutto in "situazioni peculiari e giuridicamente complesse" come quella in esame: l'obbligo di avviso dell'avvio del procedimento permane, pertanto, anche nell'ipotesi di provvedimenti a contenuto totalmente vincolato, sulla scorta dell'avveduta considerazione che le istanze partecipative del privato – vertendo sull'accertamento e sulla valutazione di quei presupposti sui quali si deve necessariamente fondare la determinazione amministrativa – ben potrebbero influire sull'iter decisionale, determinando l'emanazione di un provvedimento di contenuto diverso .

Con la pronuncia in esame, il Consiglio di Stato ha avuto l'occasione di affrontare la delicata questione relativa al rapporto che intercorre tra le logiche sottese alla disciplina della partecipazione procedimentale e quelle che emergono nell'ambito dell'adozione di provvedimenti di natura vincolata, specie alla luce della c.d. dequotazione dei vizi formali operata con l'art. 21-octies della l. n. 241/1990. La sentenza, tuttavia, sottende una serie di considerazioni più complesse.

3. Previa comunicazione di avvio del procedimento alla matrice del contraddittorio procedimentale

Il primo tema sul quale sembra doveroso soffermarsi, seppur brevemente, è quello che attiene al ruolo attualmente assunto dalla parentesi partecipativa nell'ambito del procedimento amministrativo, durante la quale l'amministrazione dovrà necessariamente instaurare un effettivo dialogo con i soggetti coinvolti, cercando di raggiungere una sintesi tra diverse istanze, eventualmente anche confliggenti, per meglio perseguire l'interesse pubblico.

Il graduale abbandono dell'impostazione meramente formale del procedimento amministrativo⁴³, a favore di una concezione più evoluta e garantistica⁴⁴, successivamente recepita dal legislatore del '90, ha condotto ad un diverso modo di concepire il rapporto tra cittadini ed amministrazione, tendenzialmente orientato verso l'introduzione di nuove forme "concertate" dell'esercizio del potere, che si affiancano al modello classico maggiormente unilaterale.

La progressiva valorizzazione della dialettica procedimentale rappresenta l'approdo finale del percorso di graduale adeguamento dell'ordinamento interno

determinare l'emanazione di un provvedimento con contenuto diverso", così Cons. Giust. amm. Sicilia, Sez. giurisd., 26 agosto 2020, n. 750, in Giust. Amm.

⁴³ In questo senso, A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1940.

⁴⁴ Si veda, F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in Riv. Trim. dir. Pubbl., 1952, 126 ss.

al principio, di derivazione comunitaria, di "buona amministrazione", consacrato espressamente nell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁰; per quanto riguarda il versante interno, l'apertura del procedimento amministrativo alle istanze private trova un sicuro appiglio costituzionale nell'art. 97 della Cost., in particolare nel principio di imparzialità, il quale – oltre che l'organizzazione – deve informare a maggior ragione l'azione amministrativa⁴⁵. Viene, in questa maniera, attuato quel fondamentale processo di democratizzazione, per cui, alla prassi della definizione unilaterale del pubblico interesse, insuscettibile ed impermeabile ad un controllo o verifica intrinseci, si sostituisce un modello procedimentale che, sottraendo all'amministrazione lo spazio di assoluta libertà di cui godeva, riconosce definitivamente le potenzialità di addivenire ad un dialogo con i soggetti interessati⁴⁶.

La partecipazione al procedimento – a cui è dedicato l'intero Capo III della legge n. 241/1990 – diviene, allora, vero e proprio valore da perseguire, nonché strumento privilegiato per attuare i menzionati principi. Le disposizioni in parola, positivizzando gli istituti partecipativi, divengono manifestazione – a loro volta – del più generale principio del "giusto procedimento", in forza del quale l'azione dei pubblici poteri deve svolgersi nel contraddittorio dei suoi destinatari, poiché solo attraverso tale sinergia, il procedimento potrà divenire il luogo virtuale di composizione preventiva di conflitti fra soggetti pubblici e privati portatori di interessi spesso contrapposti⁴⁷.

Tentare di individuare un'unica chiave di lettura attraverso cui interpretare il fenomeno della partecipazione al procedimento appare particolarmente arduo, oltre che improduttivo. La presenza del privato nel procedimento amministrativo, lungi dall'assumere caratteri unitari, aspira a conseguire finalità eterogenee, ma tutte tra loro compatibili⁴⁸: nella partecipazione, infatti, convivono tanto gli

⁴⁵ Benché la portata del principio in questione sia certamente ampia e suscettibile di assumere molteplici declinazioni, non c'è dubbio che la garanzia di un agire amministrativo imparziale si traduca anche nella circostanza che nell'ambito del procedimento vengano acquisiti e valutati tutte le situazioni e gli interessi in gioco. Si veda, sull'argomento F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Giappichelli, IV ed., Torino, 2015; F. SATTA, *Imparzialità della Pubblica Amministrazione*, in *Encicl. giur.*, XVII, 1989.

⁴⁶ In riferimento risvolti pratici dell'innovativo processo di democratizzazione al quale si è accennato, ed alla possibilità di penetrare e di conformare la cultura amministrativa, si rinvia a M.R. SPASIANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. amm.*, 2002, 2, 283. M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, IV ed., Torino, 2018.

⁴⁷ Così, TAR Campania, Napoli, Sez. V, 23 marzo 2010, n. 1588, in *Giust. Amm.*

⁴⁸ " A ben guardare, del resto, il contraddittorio (ossia contributo a carattere oppositivo) e partecipazione (ossia, contributo a carattere collaborativo) hanno un minimo comune denominatore: il fine di sentire l'altra "voce", ossia di incorporare nel procedimento punti di vista

aspetti garantistici – avuti precipuamente di mira dal legislatore del '90 – che in un'ottica prettamente difensiva, sono funzionali alla tutela delle posizioni giuridiche soggettive del privato che potrà manifestare le proprie ragioni in un procedimento ancora in corso; quanto quelli collaborativi e procedurali⁴⁹, finalizzati all'efficienza della pubblica amministrazione e strumentali "all'arricchimento del proprio patrimonio di conoscenze in relazione alle determinazioni discrezionali che è chiamata ad adottare⁵⁰" per consentire alla stessa "di meglio comparare gli interessi coinvolti e di meglio perseguire l'interesse pubblico principale⁵¹".

Con la sentenza in commento il Consiglio di Stato ha valorizzato entrambi i volti del fenomeno partecipativo, legandoli in un rapporto osmotico: sebbene la questione sottoposta al Collegio – avendo ad oggetto provvedimenti ablatori – appaia prima facie collegata ad un intervento dell'interessato declinato in chiave meramente difensiva, la pronuncia lascia emergere chiaramente anche l'altro versante del fenomeno partecipativo, che consente all'amministrazione di usufruire dell'apporto conoscitivo fornito dal privato al fine di addivenire a decisioni giuste dal punto di vista sostanziale e rispondenti alle esigenze caso concreto, anche nelle ipotesi di attività vincolata.

diversificati rispetto a quelli che si immagina essere propri dell'amministrazione procedente" Così F. SAITTA, in S. COGNETTI, A. CONTIERI, S. LICCIARDELLO, F. MANGANARO, S. PERONGINI, F. SAITTA (a cura di) Percorsi di diritto amministrativo, Giappichelli, Torino, 2014, 250. Nello stesso senso, anche F. CARINGELLA, Manuale di diritto amministrativo – Parte Generale e Speciale, XIV ed., 2021; R. FERRARA, Introduzione al diritto amministrativo, II ed., Roma-Bari, 2005, 133 ss.; G. CORSO, Manuale di diritto amministrativo, Torino, 2003, 211 ss; S. CASSESE, Il cittadino e l'amministrazione pubblica, in Riv. trim. dir. pubbl., 1998, 1015 ss.

⁴⁹ M. RICCIARDO CALDERARO, La partecipazione nel procedimento amministrativo tra potere e rispetto dei diritti di difesa, in Foro Amm., 2015, 5, 1312; F. SATTI, Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo, in Dir. amm., 2010, 307 ss., l'A. evidenzia, diffusamente, le differenze intercorrenti tra contraddittorio e partecipazione: mentre il primo, che si svolge necessariamente tra posizioni antagoniste, si concretizza nel diritto di difendersi contro una pretesa altrui, la partecipazione "è il veicolo attraverso il quale gli interessati possono contribuire all'esercizio della discrezionalità da parte della pubblica amministrazione" nell'ambito di un procedimento, il cui ruolo fondamentale è quello di condurre a decisioni per quanto possibile condivise per la tutela di interessi comuni.

⁵⁰ TAR Sicilia, Palermo, Sez. II, 23 dicembre 200, n. 1999, in Rass. amm. Sic., 2001, 130.

⁵¹ Così, Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2007, n. 36, in Foro Amm.. Del medesimo avviso TAR Sicilia, Catania, Sez. III, 19 luglio 2001, n. 1420, in Rass. Amm. Sic., 2001, 708. Nella menzionata pronuncia si legge che gli istituti partecipativi sono preordinati "non solo ad un ruolo difensivo, ma anche alla formazione di una più completa, meditata e razionale volontà dell'amministrazione". Sulla partecipazione al procedimento amministrativo Cons. Stato, Sez. V, 1° giugno 2013, n. 3402, in Sentenzeappalti; Cons. Stato, Sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 753, in Giust. Amm.; Cons. Stato, Sez. VI, 5 settembre 2011, n. 4993, in Giust. Amm..

La partecipazione al procedimento richiede, in primo luogo che gli interessati vengano posti nella condizione di avere contezza del procedimento stesso. La conoscenza di tale circostanza viene garantita dall'obbligo della comunicazione di avvio del procedimento, previsto dall'art. 7 della l. 241/1990, le cui potenzialità non sembrano esaurirsi nella sola – seppur nobile – possibilità di addivenire ad un provvedimento più aderente alle istanze private, ma sono idonee anche ad assolvere le fondamentali esigenze deflattive del contenzioso, anticipando in sede procedimentale il confronto che potrebbe instaurarsi unicamente in sede processuale⁵².

Da una sommaria lettura dell'art. 7 emerge, tuttavia, l'intenzione del legislatore di modulare l'obbligatorietà della comunicazione di avvio, ovvero di escluderne tout court la necessità in determinate circostanze.

3.1 Le deroghe legislative e gli approcci giurisprudenziali

La pubblica amministrazione, invero, non è obbligata a comunicare l'avvio del procedimento in tutte quelle situazioni nelle quali l'autorità, in ragione della particolare situazione contingente, è tenuta ad attuare un intervento tempestivo e poco conciliabile con tale comunicazione: ci si riferisce, in particolare, ai casi in cui sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità⁵³, ma anche alle ipotesi di procedimenti cautelari, sebbene in tali casi l'onere comunicativo venga solo differito nel tempo.

⁵² Cons. Stato, Sez. V, 21 gennaio 2002, n. 343, in Giust. Amm.. Sul tema, ex multis, M. SANTISE, op. cit. Come recentemente chiarito dal Consiglio di Stato, il rispetto meramente formale della disciplina di legge non esclude l'effetto invalidante scaturito da una condotta amministrativa che, complessivamente valutata, finisce – in concreto - per impedire una partecipazione fruttuosa da parte del privato: «il rispetto delle regole partecipative cristallizzate nella 241/1990 e della ratio che le anima, impone che la comunicazione di avvio del procedimento venga effettuata in tempo e con modalità tali da consentire la partecipazione influente ed efficace dei soggetti interessati al processo decisionale destinato a sfociare nella determinazione finale potenzialmente lesiva» Così, Cons. Stato., Sez. V, 13 giugno 2012, n. 3470, in Foro It; negli stessi termini anche TAR Lazio, Sez. II quater, 14 giugno 2012, n. 5464, in Giust. Amm, secondo cui, è anche dal principio di «...collaborazione procedimentale cui sono tenute entrambe le parti (pubblica e privata) coinvolte nello svolgimento dell'azione amministrativa», che consegue «il superamento dell'esigenza del mero rispetto delle prescrizioni formali imposte dalla normativa in materia, e che, in un'ottica di legalità sostanziale, richiede in una visione unitaria del rapporto amministrativo, che tutti in soggetti che in esso partecipano abbiano la possibilità di evidenziare circostanze di fatto e rappresentare interessi coinvolti in modo tale che lo scambio sia effettivamente utile per entrambi.»

⁵³ Secondo la giurisprudenza, un esempio in questo senso è quello delle ordinanze contingibili ed urgenti emesse dal sindaco, ex art. 54 TUEL; ex plurimis, Cons. Stato, Sez. V, 29 agosto 2006, n. 5058, in Foro It. Per evitare limitazioni eccessive alla partecipazione, si ritiene che non sia sufficiente un generico richiamo ad esigenze di celerità, ma che sia necessario un impedimento

Tra le cause di esclusione dell'obbligo di comunicazione, espressamente previste dalla legge, figura anche l'art. 13 della l. 241/1990, che esonera l'amministrazione da tale onere e, più in generale, dall'applicazione dei classici istituti partecipativi, nei casi in cui l'attività della pubblica amministrazione sia diretta all'emanazione di atti normativi, atti amministrativi generali, atti di pianificazione e di programmazione⁵⁴, nonché ai procedimenti tributari ed a quelli riservati o segreti.

Alle deroghe previste espressamente dal legislatore ve ne si aggiungono altre, di matrice pretoria, individuate nel corso degli anni dalla giurisprudenza amministrativa.

Più nel dettaglio, alla tesi che attribuisce a tale comunicazione valore di adempimento rigorosamente formale, si contrappone il più recente orientamento che ascrive a tale istituto finalità genuinamente sostanziali: si è giunti, in un primo momento, ad escludere l'operatività dell'obbligo di avviso di avvio nei procedimenti instaurati su istanza dei medesimi potenziali destinatari della comunicazione, dal momento che, secondo una tale impostazione, essa rappresenterebbe una superflua duplicazione di formalità, che inevitabilmente finirebbe per appesantire l'iter procedimentale⁵⁵.

oggettivo, capace di compromettere l'interesse pubblico perseguito nel caso concreto. Tali ragioni di celerità devono essere motivate adeguatamente dall'amministrazione, in relazione allo specifico procedimento pendente e al provvedimento da adottare nel caso concreto. In tal senso, Cons. Stato, Sez. IV, 25 settembre 2000, n. 5061, in Giust. Amm., dove si evidenzia che "le ragioni di urgenza che giustificano l'omissione dell'invio dell'avviso del procedimento devono essere obiettive, concrete ed attuali e ciò al fine di non frustrare la ratio della norma"; Cfr. TAR Lazio, Sez. II-bis, 8 ottobre 2001, n. 8271, in Foro It; Cons. Stato, Sez. III, 4 giugno 2013, n. 3048, in www.lexitalia.it; TAR Sicilia, Palermo, Sez. II, 26 aprile 2017, n. 2252, in Giust. Amm.

⁵⁴ L'obiettivo dell'esclusione dell'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento per i provvedimenti, di cui al primo comma dell'art. 13, l. 241/1990, è quello di evitare una duplicazione di modelli partecipativi già previsti da disposizioni speciali. Per questi restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione e, per tale motivo, la deroga non sussiste se non è individuabile una norma speciale che garantisca una forma alternativa di partecipazione – quanto mai opportuna, in questi casi, proprio per la delicatezza degli interessi coinvolti – tornando ad essere applicabile l'art. 7, l. 241/1990. Si veda, M. COCCONI, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, 2010; M. COCCONI, *Garanzie procedurali e atti amministrativi a contenuto generale*, in *Istit. Federalismo*, gennaio/marzo, 2018. Sui potenziali effetti negativi conseguenti all'omessa partecipazione nell'ambito dell'adozione di atti generali, di indirizzo e aventi natura regolamentare, si veda M.R. SPASIANO, op. cit.

⁵⁵ Tale orientamento giurisprudenziale è stato fortemente avversato da quella parte della dottrina che esalta le due anime della comunicazione di avvio del procedimento, strumento non solo idoneo a rendere edotto il soggetto interessato dell'esistenza di un procedimento, quanto a consentire a quest'ultimo di partecipare consapevolmente ed effettivamente allo stesso, conoscendo, da un lato, quale sia l'unità organizzativa competente e, dall'altro, il nominativo del responsabile del procedimento. Si aggiunga, inoltre, che l'istanza di parte costituisce il presupposto necessario, ma non sufficiente affinché si metta in moto il meccanismo procedimentale, ciò poiché se, di regola,

Allo stesso modo, enfatizzando la portata sostanziale e teleologica dell'istituto⁵⁶, parte della giurisprudenza ritiene che la comunicazione d'avvio non sia doverosa qualora il soggetto interessato abbia acquisito aliunde la conoscenza del procedimento⁵⁷, ovvero nei casi in cui abbia ricevuto un atto da considerarsi equipollente alla formale comunicazione, purché ciò sia avvenuto in una fase comunque idonea ad attuare un effettivo esercizio delle prerogative partecipative⁵⁸.

l'inizio effettivo del procedimento dovrebbe coincidere con l'istanza, nella pratica esso coincide con il momento in cui l'amministrazione dà corso all'istanza. In tal senso F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo – Parte Generale e Speciale*, XIV edizione, 2021; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Giappichelli, Torino, 2006; G. VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1998, 34. Tale indirizzo, continua ad essere avallato dalla giurisprudenza maggioritaria nonostante l'intervento legislativo del 2005, con cui alla lett.c ter) dell'art. 8, viene espressamente sancito che la disciplina prevista in tema di comunicazione resta pienamente operante anche ai procedimenti ad istanza di parte. Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 8 febbraio 2011, n. 868, in *Giust. Amm.*; Cons. Stato, Sez. VI, 8 giugno 2010, n. 3624, in www.lexambiente.it; TAR Calabria, Catanzaro, Sez. I, 14 giugno 2010, n. 1148, in *Giust. Amm.*; TAR Sardegna, Cagliari, Sez. II, 14 dicembre 2010, n. 2686, in *Foro It.* Sull'insussistenza di tale obbligo in relazione al rigetto dell'istanza di concessione in sanatoria, essendo il relativo procedimento attivato ad istanza di parte, Cons. Stato, Sez. IV, 21 febbraio 2011, n. 1085, in *Giust. Amm.*.

⁵⁶ Emblematica in quanto fa il punto della situazione in tema di comunicazione di avvio è la sentenza del Cons. Stato, Sez. V, 22 maggio 2001, n. 2823, www.gazzettaamm.it, Sul punto, si veda A. DI MARIO, *La comunicazione di inizio dei procedimenti vincolati: un'interessante novità giurisprudenziale*, in *Urb. app.*, 2002, 1, 78.

⁵⁷ Cons. Stato, Sez. IV, 18 maggio 1998, n. 836, in *Cons. Stato*, 1999, 1, 791, secondo cui "la comunicazione di avvio è superflua quando l'interessato sia venuto comunque a conoscenza di vicende che conducono necessariamente all'apertura di un procedimento con effetti lesivi nei suoi confronti". In tal senso, Cons. Stato, Sez. VI, 21 dicembre 2010, n. 9324, in *Giust. Amm.*, secondo cui "la determinazione di esclusione da una gara, pronunciata a ragione dell'esito negativo del riscontro del possesso dei requisiti proposti dal bando non deve essere preceduta da comunicazione di avvio del relativo procedimento, ai sensi dell'art. 7, l. 7 agosto 1990, n. 241: infatti, la determinazione di esclusione non è idonea a rivestire valenza di atto di autotutela, non possedendo alcuna funzione conclusiva; essa si viene ad inserire in una sequenza procedimentale della cui pendenza il ricorrente deve giocoforza essere a conoscenza, avendo presentato apposita domanda di partecipazione: lo svolgimento degli accertamenti finalizzati a riscontrare l'effettivo possesso, in capo al concorrente provvisoriamente aggiudicatario, dei requisiti dichiarati in sede di presentazione della domanda di partecipazione, costituisce un passaggio procedimentale ampiamente conosciuto dai partecipanti, siccome delineato dal bando di gara e comunque desumibile dai principi generali". Vedi anche Cons. Stato, Sez. VI, 21 dicembre 2010, n. 9324, in *Giust. Amm.*, per cui l'obbligo di dare comunicazione dell'avvio del procedimento sussiste nei soli procedimenti ex officio e per quelli in cui il destinatario non abbia avuto in altro modo conoscenza dell'attività amministrativa.

⁵⁸ In senso difforme rispetto a questo indirizzo giurisprudenziale, D. URANIA GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Giuffrè, 2003, 182, secondo l'A. "La comunicazione di avvio del procedimento non ammette equipollenti: a meno di non voler tradire la lettera e lo spirito della legge sul procedimento."

Sulla medesima lunghezza d'onda si assestano quegli orientamenti secondo i quali la violazione da parte della pubblica amministrazione dell'obbligo in questione risulterebbe irrilevante in tutte le situazioni in cui il soggetto interessato sia stato comunque messo nelle condizioni di decidere se partecipare o meno al relativo procedimento, seppure ciò sia avvenuto in modo irrituale⁵⁹: l'utilità della comunicazione di avvio è stata, ad esempio, considerata superflua nelle ipotesi in cui l'istaurando procedimento sia legato da un rapporto di connessione o derivazione necessaria con una precedente attività amministrativa⁶⁰ e, a fortiori, nelle ipotesi in cui la pregressa attività amministrativa sia stata oggetto di un ricorso giurisdizionale⁶¹.

In definitiva, gli orientamenti menzionati – secondo i quali, opinando diversamente si scadrebbe in un eccesso di dogmatismo che porterebbe all'emanazione di un futuro atto di identico contenuto, a detrimento del principio di economia processuale – sembrano tendenzialmente scaturire dalla stessa matrice: il riferimento centrale è, infatti, il principio processual-civilistico del "raggiungimento dello scopo"⁶².

⁵⁹ In questi termini, ex multis, Cons. Stato, Sez. IV, 2 gennaio 1996, n. 3, in Giust. Amm.; Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2003, n. 5034, in Foro It, 2004, 10, 509.

⁶⁰ In tal senso, Cons. Stato, Sez. VI, 21 dicembre 2010, n. 9324, secondo cui "la determinazione di esclusione da una gara, pronunciata a ragione dell'esito negativo del riscontro del possesso dei requisiti proposti dal bando non deve essere preceduta da comunicazione di avvio del relativo procedimento, ai sensi dell'art. 7, l. 7 agosto 1990, n. 241: infatti, la determinazione di esclusione non è idonea a rivestire valenza di atto di autotutela, non possedendo alcuna funzione conclusiva; essa si viene ad inserire in una sequenza procedimentale della cui pendenza il ricorrente deve giocoforza essere a conoscenza, avendo presentato apposita domanda di partecipazione". Negli stessi termini, non occorre osservare pedissequamente le regole partecipative indicate dalla l.241/90 nel caso in cui un procedimento scaturisca dagli esiti di un'istruttoria svolta nel corso di un altro procedimento amministrativo Cons. Stato, Sez. V, 3 marzo 2004, n. 1018, in AmbienteDiritto.it.

⁶¹ Sull'argomento si rimanda a P. PROVENZANO, op. cit.; D. GIANNINI, Le eccezioni all'obbligo di comunicazione, in Portale Publica, 2018; F. SAITTA, L'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento: profili sostanziali e processuali, in Dir. Amm., 2000, 3-4.

⁶² In tal senso, R. GIOVAGNOLI, M. FRATINI, Le nuove regole dell'azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza. Vol. 2: Invalidità e autotutela, Giuffrè, 2007, 207 ss. Cfr., ex multis, la sentenza del Cons. Stato, Sez. III, 23 febbraio 2015, n. 896, secondo cui – circa il rapporto intercorrente tra diritto di partecipazione ed il secondo comma dell'art. 21-octies, l. n. 241 del 1990 – sebbene le garanzie procedurali previste dalla legge sul procedimento amministrativo siano imprescindibili per l'effettività della partecipazione e del contraddittorio, non se ne verifica la violazione qualora, nel concreto, lo scopo avuto di mira dalle disposizioni – ovvero quello di mettere l'interessato nelle condizioni di prendere parte al procedimento amministrativo - sia stato comunque raggiunto e l'interessato poi non abbia saputo o voluto profittarne; in tali circostanze, l'omissione della comunicazione di inizio del procedimento sarebbe giuridicamente irrilevante, sempre qualora non si voglia usare tale onere procedimentale alle stregua di un grimaldello demolitorio.

Nelle ipotesi accennate – nelle quali la carenza della comunicazione di avvio non implica ex se un minus di tutele per i soggetti coinvolti – la divergenza dalla sequenza procedimentale normativamente prevista non pregiudica tout court l'attitudine del provvedimento a garantire lo specifico interesse alla cura del quale risulta preordinata la normativa sulla partecipazione, sempre qualora si volesse identificare tale interesse con quello di provocare nel destinatario la conoscenza dell'oggetto della comunicazione stessa⁶³.

Sicuramente maggiori preoccupazioni e perplessità ha suscitato in dottrina quell'elaborazione, ancora una volta attuata in sede giurisprudenziale, volta ad enucleare un secondo gruppo di deroghe all'obbligo di cui all'art. 7 della l. 241/1990. L'orientamento in parola – che, in linea con i menzionati precedenti, predilige una lettura c.d. sostanziale degli istituti partecipativi – esclude l'obbligatorietà della comunicazione di avvio del procedimento in tutti quei casi nei quali l'apporto partecipativo dell'interessato non possa, in concreto, aver alcun ascendente sulla determinazione del contenuto finale del provvedimento. Parimenti la comunicazione di avvio del procedimento venne considerata alla stregua di un inutile appesantimento procedurale nelle ipotesi di provvedimenti vincolati concretamente nei presupposti di fatto, per un verso, nei casi in cui tale presupposti fossero verificabili in modo immediato ed univoco, nell'altro verso, in quelli in cui gli stessi non fossero contestati dalle parti⁶⁴.

Detto in altri termini, attraverso tali eversive interpretazioni – pure in assenza di un appiglio normativo testuale in tal senso – si finisce, nel peggiore dei casi quasi con una sorta di automatismo, per limitare ulteriormente la portata applicativa

⁶³ Secondo G. MORBIDELLI, *Invaldità e irregolarità*, in *Annuario Aipda*, Milano, 2002, 79 ss. Le ipotesi di raggiungimento dello scopo sarebbero espressione della categoria della irregolarità, in particolare della irregolarità "per ragionevolezza della non invalidità". Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in *Dir. pubb.*, 2004, 190; G. MANNUCCI, *Il regime dei vizi formali-sostanziali alla prova del diritto europeo*, in *Dir. Amm.*, 2017, 2, 259; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La comunicazione dei vizi del procedimento dopo la l. n. 15/2005. Potenziata nel procedimento, dequotata nel processo*, in *Foro amm.*, 2005, 6, 1963 ss.

⁶⁴ Nei casi in cui la partecipazione del privato interessato non avrebbe apportato alcun serio ed ulteriore contributo collaborativo sarebbe stata necessaria un'applicazione non formalistica dell'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento, in questi termini Cons. Stato, Sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5062 e ancora, Cons. Stato, Sez. III, 4 giugno 2013, n. 3048, tutte in www.giustizia-amministrativa.it, quando afferma che l'omissione dell'obbligo di comunicazione previsto dall'art. 7, l. n. 241 del 1990 non vizia il procedimento ed il provvedimento finale nelle ipotesi in cui il contenuto di quest'ultimo sia interamente vincolato, pure con riferimento ai presupposti di fatto, nonché tutte le volte in cui la conoscenza sia comunque intervenuta, si da ritenere già raggiunto in concreto lo scopo cui tende la stessa comunicazione. Sulla stessa scia, Cons. Stato, Sez IV, 23 giugno 2015, n. 3140, in www.giustiziamministrativa.it; Cons. Stato, Sez V, 26 settembre 2013, n. 4791, in lexambiente.it; TAR Sicilia, Palermo, Sez II, 21 novembre 2013, n. 2230, in www.giustiziamministrativa.it.

degli istituti partecipativi della l. 241/1990, sostenendo che l'apporto partecipativo del privato nel procedimento debba essere considerato imprescindibile solamente qualora lo stesso possa ritenersi fruttuoso ed utile, tanto al privato, quanto alla pubblica amministrazione che procede⁶⁵.

Sulla scorta di tale indirizzo, la logica sottesa alla partecipazione procedimentale sembra essere stata, in sostanza, capovolta: l'interpretazione suggestiva offerta dalla giurisprudenza maggioritaria, ha fatto sì che il coinvolgimento del privato nell'ambito del procedimento, da istituto ad applicazione generale e necessaria, venisse svuotato di significato e degradato a mero onere procedimentale idoneo a trovare concreta applicazione in via residuale ed eventuale, ovvero nelle ipotesi in cui il coinvolgimento del privato potesse essere considerato in qualche modo utile, e sempre che ciò non costituisca intralcio per l'azione amministrativa⁶⁶. Ragionando al contrario, se ne ricava che l'omessa comunicazione di avvio del procedimento produrrebbe effetti invalidanti solo quando la partecipazione dell'interessato avrebbe potuto avere una qualche incidenza sul contenuto sostanziale del provvedimento finale: alla luce di tale ricostruzione si iniziò, pertanto, a considerare l'assolvimento di tale onere comunicativo non obbligatorio in tutti i casi nei quali il contenuto precettivo dei provvedimenti fosse rigidamente prefissato dalla legge, ovvero nelle non rare ipotesi di esercizio di poteri vincolati e nelle ipotesi di adozione doverosa il provvedimento⁶⁷.

⁶⁵ Cfr., TAR Lazio, Roma, Sez. III, 21 dicembre 2018, n. 12481, in *Il Foro Amm.*, 2018, 5, 2279; ex multis, TAR Toscana, Sez. I, 29 ottobre 1992, n. 534, in www.giustizia-amministrativa.it. Con tale pronuncia, superando la portata meramente letterale dell'art. 7 della l. 241/1990, viene ritenuta necessaria un'interpretazione adeguatrice di tale disposizione al principio costituzionale del buon andamento, contemperando - alla luce dell'articolo 97 Cost. - i principi garantisti a tutela del privato con quello del buon andamento e dell'efficienza dell'azione amministrativa.

⁶⁶ In questo senso, P. PROVENZANO, op. cit. 77 ss.

⁶⁷ Tali orientamenti condussero a giudicare l'obbligo ex art. 7 della l. 241/1990 insussistente ed immotivato, ad esempio, nei procedimenti in materia di inquadramento del personale pubblico, in quelli di espulsione dei cittadini extracomunitari (Cons. Stato, Sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1381, in *Giust. Amm.*), e soprattutto nei procedimenti in materia edilizia (TAR Lazio, Sez. II, 31 gennaio 2001, n. 782, in *Riv. Giur. edilizia*, 2001, I, 461; TAR Campania, Napoli, Sez. III, 2 dicembre 2014, n. 6302; TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 25 gennaio 2017 n. 515; TAR Campania, Sez. II, 6 luglio 2021, n. 4645; Cons. Giust. Amm. Reg. sic., Sez. I, 16 novembre 2021, n. 1006, tutte in www.giustizia-amministrativa.it. In senso conforme, Cons. Stato, Sez. II, 1° settembre 2021, n. 6181, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Sicilia, Sez. III, 17 settembre 2021, n. 2794, in *Giust. Amm.*. Nella prevalente giurisprudenza in materia la tendenza è quella di ritenere non sussistente l'obbligo ex art. 7 nelle procedure volte all'emanazione di sanzioni contro abusi edilizi, dal momento che detto procedimento sanzionatorio non prevede alcuna valutazione discrezionale, risolvendosi in un mero accertamento tecnico sulla consistenza delle opere abusivamente realizzate.

Gli accennati orientamenti giurisprudenziali più o meno suggestivi, hanno fatto sì che anche l'attenzione degli operatori si rivolgesse maggiormente alle ipotesi in cui la violazione di norme procedurali non fosse idonea ad incidere sul contenuto della determinazione attizia finale, non influenzando negativamente sulla correttezza sostanziale della sequenza procedimentale e del conseguente provvedimento.

È questo il contesto dottrinario e giurisprudenziale nel quale si colloca l'intervento legislativo del 2005 che, con l'innesto dell'art. 21-octies nel tessuto normativo della legge sul procedimento amministrativo, ha proceduto – a detta di molti – alla sostanziale positivizzazione della precedente elaborazione pretoria sul tema, dando ad essa un autonomo statuto normativo in linea con un'ormai consolidata tendenza volta a mitigare il carattere inderogabile delle norme procedurali.

4. La controversa introduzione dell'art. 21-octies

Con la riforma della l. 241/1990, operata con la l. 15 del 2005⁶⁸, il legislatore ha dettato per la prima volta una disciplina organica dell'invalidità del provvedimento amministrativo.

Ciò che ai fini della presente analisi viene in rilievo è, come anticipato, l'art 21-octies della l. 241/1990 che – dopo aver qualificato come annullabili i provvedimenti amministrativi affetti dai tradizionali vizi di legittimità – introduce al secondo comma un modello innovativo di annullabilità, che frantuma l'ideale equilibrio intercorrente tra il riscontro del vizio di legittimità e la sanzione dell'annullamento. In particolare, la disposizione in esame, per un verso, statuisce che non è annullabile il provvedimento adottato in violazione delle norme sul procedimento o sulla forma qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato; e per altro verso, si prevede che il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per omessa comunicazione dell'avvio del procedimento sempreché, in questa ipotesi,

⁶⁸ Cfr. l. 11 febbraio 2005, n. 15. "Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa". Tra i numerosi contributi sul tema si veda F. SATTA, La riforma della legge 241/1990: dubbi e perplessità, in *giustizia amministrativa*, 2005, 4; G. BACOSI – F. LEMETRE, La legge n. 15 del 2005: ecco il nuovo volto della "241", in *Giust. Amm.*; A. TRAVI, La Legge n. 15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?, in *Corr. Giur.*, 2005, 4, 449.

l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso rispetto a quello in concreto adottato⁶⁹.

Sebbene la norma avrebbe potuto essere formulata in maniera ancora più chiara, la *voluntas legis* non sembra aver dato adito ed eccessivi dubbi: con tale previsione il legislatore ha voluto ribadire, positivizzandolo, il principio di prevalenza della sostanza sulla forma, con il risultato di rendere sterili le mere irregolarità formali prive di riflessi sul contenuto dispositivo del provvedimento⁷⁰; eppure una compiuta ricostruzione della portata sistematica della disposizione è da subito risultata problematica.

L'introduzione dell'art. 21-octies – la cui ratio è in linea con la tendenza manifestatasi a livello comunitario⁷¹ e negli ordinamenti di alcuni stati europei⁷² – ha portato con sé una serie di questioni interpretative. Basti pensare, a titolo meramente esemplificativo, alla tormentata individuazione di quelli che potessero essere qualificati vizi formali e procedimentali; alla problematica

⁶⁹ Con l'opportuna precisazione che mentre con riguardo alla prima parte del comma secondo dell'art. 21-octies, deve essere "palese" che il contenuto dei provvedimenti (vincolati) non poteva essere diverso, per la seconda parte della disposizione, dedicata alla violazione dell'art. 7 della l. n. 241/90, è richiesta all'amministrazione una prova particolarmente rigorosa che il provvedimento non poteva essere diverso, con l'unico limite consistente nell'impossibilità di sottoporre al giudice amministrativo il contenuto di valutazioni discrezionali, rientranti nel merito insindacabile dell'attività amministrativa.

⁷⁰ F.G. SCOCA, op. cit.

⁷¹ Quanto ai rapporti tra la formulazione dell'art. 21-octies e la normativa sovranazionale, può dirsi che, se da un lato la nuova disciplina delle irregolarità procedimentali si colloca nella prospettiva di più ampio respiro dovuta alla generale spinta comunitaria verso una dequotazione dei vizi formali, G. BACOSI – F. LEMETRE, op. cit. gli autori evidenziano la valorizzazione del "processualistico" principio del c.d. raggiungimento dello scopo, espressione della più generale esigenza di conservazione del provvedimento, dando peraltro seguito a precise indicazioni di ascendenza sopranazionale, per gli atti comunitari l'art. 230 comma 2° del Trattato, laddove parla di violazione delle forme "sostanziali"; dall'altro è stato rilevato che essa si pone in contrasto con alcune previsioni comunitarie più specifiche, tendenti, invece, ad una maggiore considerazione del rispetto, anche formale, delle garanzie procedimentali. Cfr., G. MANNUCCI, op. cit.; sul punto, F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve, in www.giustamm.it, gli autori prospettano una difformità tra il contenuto della direttiva 2003/35/CE (che recepisce i contenuti della Convenzione di Aarhus, sottoscritta il 25 giugno 1998 e ratificata dalla l. 108/2001), ratificata dal d. lgs. 372/1999, e la previsione contenuta nell'ultima parte dell'art. 21-octies, relativa all'omessa comunicazione di avvio del procedimento. Il superamento dell'obbligo assoluto di tale comunicazione rappresenterebbe una violazione dei principi espressi nella suddetta direttiva, volti a garantire al massimo grado la partecipazione del pubblico.

⁷² Il riferimento è all'ordinamento tedesco e a quello spagnolo: il legislatore italiano sembra essersi ispirato all'art. 46 della legge tedesca sul procedimento amministrativo del 1976 (VwVfG). Una particolare attenzione alla tematica relativa ai formali ha avuto ed ha ancora luogo anche in Spagna, ove l'articolo 63 della Legge sul procedimento amministrativo (LRJPAC) 30/1992,...Cfr. P. PROVENZANO, op. cit.; D. SORACE, op. cit.

relativa al potere del giudice amministrativo di accertare che il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato; alla possibilità di estendere l'ambito applicativo della disposizione anche all'attività discrezionale⁷³.

Volendo limitare il campo di indagine al rapporto intercorrente tra l'art. 21-octies ed i precedenti giurisprudenziali richiamati, con particolare riferimento al vizio di omessa comunicazione di avvio del procedimento, sembrano opportune alcune precisazioni. Come accennato poc'anzi, in dottrina è dilagata l'opinione secondo cui la previsione in esame abbia codificato quegli orientamenti pretori maturati in ordine alla irrilevanza della mancata comunicazione di avvio del procedimento; tuttavia ad una più attenta lettura della norma sembra possibile rinvenire identità di ratio tra a stessa e la casistica giurisprudenziale relativa alle sole ipotesi in cui l'apporto partecipativo del privato all'interno del procedimento si dimostri, in concreto, ininfluente, a nulla rilevando i casi in cui l'obbligo di comunicazione venga assolto altrimenti o ritenuto insussistente, per i quali, a stretto rigore, nemmeno si ricade nell'ambito applicativo della previsione in esame⁷⁴.

Delimitato in tal modo il campo di indagine è inevitabile compiere una serie di considerazioni: mentre l'applicazione della regola del raggiungimento dello scopo presuppone che – nonostante l'omessa comunicazione di avvio – lo scopo perseguito dalla normativa si ritenga raggiunto quando il privato abbia ricevuto un atto equipollente, o abbia comunque partecipato o, perlomeno, avuto la

⁷³ S. VACCARI, *Atti vincolati, vizi procedurali e giudicato amministrativo*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2019, 2, 481; D. SORACE, "Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo", in *Dir. Pubbl.*, 2007, 419; F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *op.cit.*, P. PROVENZANO, *op. cit.*

⁷⁴ Si veda a tal proposito il T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 6 novembre 2006, n. 2875, in *Comuni Italia*, 2007, 1-2 «...la previsione di cui all'art. 21-octies l. n. 241 del 1990, come novellata dalla l. n. 15 del 2005» appare coerente «... con l'indirizzo giurisprudenziale che ritiene inutile la comunicazione dell'avvio del procedimento in caso di attività vincolata quanto la partecipazione dell'interessato non avrebbe potuto, comunque, apportare elementi di valutazione eventualmente idonei ad incidere sul provvedimento finale». In tal senso, *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, 18 settembre 2006, n. 5419, in *Foro amm.*, 2006, 2601; Cons. Stato, Sez. VI, 20 maggio 2004 n. 3269; *Id.*; in tal senso si esprime chiaramente il TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 4 aprile 2007, n. 1396, in *Foro amm.* 2007, 4, 1240: «In relazione al vizio procedimentale di mancata comunicazione dell'avvio del procedimento è necessario distinguere tra le ipotesi in cui lo scopo della partecipazione del privato sia stato in ogni caso raggiunto anche in difetto della suddetta comunicazione, o vi sia comunque un atto equipollente alla formale comunicazione, nel qual caso va esclusa l'esistenza stessa, sul piano sostanziale, del vizio procedimentale, in applicazione del criterio del raggiungimento dello scopo dalle diverse ipotesi in cui, invece, trova applicazione l'art. 21-octies comma 2, l. n. 241 del 1990, che concerne la non annullabilità di atti, che comunque rimangono viziati, ove sia fornita la prova che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere differente da quello in concreto adottato».

possibilità di partecipare al procedimento, l'art. 21-octies – nel quale la matrice efficientistica è ancora più evidente – sembra piuttosto rifarsi al principio del raggiungimento del risultato, prendendo in considerazione la diversa ipotesi in cui il contenuto dispositivo del provvedimento “non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”, anche in assenza della violazione dell'obbligo comunicativo⁷⁵. In definitiva, attraverso una tale concezione – fatta propria anche dall'amministrazione resistente nel giudizio in esame – la ratio sottesa al secondo comma dell'art. 21-octies, da un lato pare confliggere con il corredo di garanzie partecipative tutelate dagli artt. 7 ss. della l. 241/1990, dall'altro sembra porsi in antitesi rispetto al complesso di innovazioni introdotte dalla stessa l.15/2015⁷⁶.

Occorre, a questo punto, interrogarsi brevemente sulla reale portata di tale affermazione e, in particolar modo, sull'assolutezza del supposto insanabile conflitto tra le menzionate disposizioni; si tenterà, allora, di mettere in luce una possibile interpretazione dell'art. 21-octies che, lungi dal condurre all'inevitabile sacrificio della partecipazione procedimentale, sia capace di porsi in linea di continuità con la necessaria democratizzazione del rapporto tra privato ed amministrazione. Una tale interpretazione, già da tempo presente in una giurisprudenza nettamente minoritaria, è stata recentemente fatta propria dal Consiglio di Stato con la sentenza in commento.

⁷⁵ Si veda Cons. Stato, Sez. VI, 17 ottobre 2006, n. 6194, in Giust. Amm.. Con tale pronuncia il Consiglio di Stato ha in tal senso circostanziato il legame intercorrente tra l'art 21-octies ed il principio del raggiungimento dello scopo: attraverso una puntuale argomentazione logico giuridica il Collegio ritiene che il criterio della portata non invalidante dei vizi procedimentali o formali, nonché del vizio della violazione dell'art. 7 della l. n. 241/90, non possa essere rinvenuta nella regola del raggiungimento dello scopo, quanto piuttosto nella circostanza che il contenuto dispositivo dell'atto “non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”. Sull'argomento si rinvia a R. FERRARA, Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla «liberà dall'amministrazione» alla libertà dell'amministrazione?, in *Diritto e società*, 2000, 1, 101 ss.; G. MORBIDELLI, op. cit., 92 ss.

⁷⁶ Con la novella in esame, il legislatore ha considerevolmente accresciuto i presidi di garanzia del soggetto privato nei confronti dell'amministrazione. Si pensi all'introduzione dell'art. 10 bis che, nello scorporare l'incedere del contraddittorio endoprocedimentale, impone alla parte pubblica, prima di adottare un provvedimento sfavorevole per l'istante, di comunicargli le ragioni ostative alla sua richiesta, al fine di rendere possibile un'integrazione dell'istruttoria tramite la presentazione di osservazioni e documenti. Sulla medesima lunghezza d'onda si innestano le previsioni di cui all'art. 21-septies, che disciplina – generalizzandola - la categoria della nullità provvedimento, così come l'art. 21-bis, ai sensi del quale il provvedimento sfavorevole al privato acquista efficacia solo in seguito alla comunicazione all'interessato nelle modalità previste dalla legge. Sul tema, seppur nell'ambito un'opera di più ampio respiro, si rinvia a S. TUCCILLO, Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere, Napoli, 2016, 86 ss; G. BACOSI, F. LEMETRE, op. cit.

5. Riflessioni conclusive. Art. 7 della L. 241/1990 e dequotazione dei vizi formali: contrasto inevitabile o solo potenziale?

Le prospettazioni pretorie fin qui esaminate – ed ancora sostenute da una certa parte della giurisprudenza amministrativa⁷⁷ – nel bilanciare istanze partecipative e principi di efficienza e speditezza dell'azione amministrativa, tendendo meramente al raggiungimento del risultato finale, sembrano peccare di eccessivo sostanzialismo. Probabilmente sono state proprio tali interpretazioni dell'art. 21-octies ad acuire i pregiudizi e le perplessità che una parte della dottrina ha mostrato verso tale previsione.

Vale, allora, la pena di porre l'accento su un virtuoso orientamento giurisprudenziale – nel cui solco, sicuramente più moderato, pare innestarsi anche la recente sentenza del Consiglio di Stato 14 settembre 2021, n. 6288 – che sembra offrire un'interpretazione più consapevole e garantista delle disposizioni in esame, idonea a fugare i dubbi di compatibilità con i principi generali dell'ordinamento, a partire dalla legge sul procedimento amministrativo e, prim'ancora, col diritto europeo. In definitiva, tale filone giurisprudenziale, in merito alla possibilità di omettere le garanzie partecipative ed in particolare l'avviso di avvio del procedimento, ha affermato il permanere della sussistenza di tale obbligo in capo all'amministrazione anche nell'ipotesi di provvedimenti a contenuto totalmente vincolato, sulla scorta della considerazione che la pretesa partecipativa del privato riguarda anche l'accertamento e la valutazione dei presupposti sui quali si dovrà comunque fondare la determinazione provvedimento conclusiva⁷⁸.

Una lettura del dato normativo come quella appena descritta – evitando di far dire alla norma più di quanto essa effettivamente dica – ridimensiona di molto il paventato conflitto tra il nuovo volto maggiormente garantista e democratico

⁷⁷ Sulla non rilevanza della omessa comunicazione di avvio del procedimento nelle ipotesi di attività vincolata si rimanda alle recenti pronunce del TAR Sicilia, Palermo, Sez. II, 18 gennaio 2016, n. 161; TAR Piemonte, Torino, Sez. II, 09 giugno 2016, n. 765; TAR Sardegna, Cagliari, Sez. I, 6 settembre 2016, n. 715; Cons. Stato, Sez. V, 23 maggio 2017, n. 2403; TAR Campania, Napoli, Sez. VI, 07 novembre 2018, n. 6476; TAR Valle d'Aosta, Aosta, Sez. I, 15 ottobre 2018, n. 49; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 10 aprile 2019, n. 1997; TAR. Emilia-Romagna, Parma, Sez. I, 26 giugno 2020, n. 124; TAR Campania, Napoli, Sez. VI, 11 novembre 2021, n. 7181. In materia di abusi edilizi TAR Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 28 giugno 2016, n. 655; TAR Marche, Ancona, Sez. I, 28 settembre 2017, n. 750; TAR Campania, Napoli, Sez. VI, 10 aprile 2018, n. 2313.

⁷⁸ Cons. St., sez. IV, 7 novembre 2001, n. 5718; Cons. St., Sez. VI, 20 aprile 2000, n. 2443; n. 2953 del 2004; più recenti TAR Campania, Napoli, Sez. II, 19 ottobre 2006, n.8683; TAR Umbria, Perugia, Sez. I, 17 novembre 2016, n. 708; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 23 febbraio 2016, n. 2490; Cons. Stato, Sez. IV, 20 settembre 2005, n. 4836; Cfr. Cons. Stato., Sez. V, 22 dicembre 2012, n. 6235, in Giust. Amm..

assunto dal procedimento amministrativo e la regola enunciata dall'art. 21-octies. Il legislatore, con tale norma, non ha assolutamente scalfito la portata dell'art. 7 della l. n. 241/90, rendendo tout court legittimi i provvedimenti vincolati non preceduti dalla comunicazione di avvio del procedimento, ma – codificando un principio di ordine logico prima che giuridico – ha semplicemente esonerato il giudice dall'annullare provvedimenti vincolati nel caso in cui il contenuto dispositivo "non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato", rendendo così doverosa una specifica valutazione al riguardo⁷⁹. In linea con la progressiva trasformazione del processo amministrativo da giudizio "sull'atto" a giudizio "sul rapporto", il compito del giudice adito sarà quello di calarsi nelle peculiarità del caso concreto e di verificare nel merito l'inutilità "sostanziale" di una pronuncia di annullamento, che rappresenterebbe per l'istante una "vittoria di Pirro", meramente processuale.

D'altronde, sarebbe contraddittorio sul piano eziologico interpretare la regola astratta introdotta al secondo comma dell'art. 21-octies alla stregua di un mero automatismo, essendo essa stessa una disposizione introdotta nell'ottica di evitare approcci connotati da eccessivo formalismo.

Il menzionato orientamento, del tutto condivisibile, è stato puntualizzato, ma – in un certo senso – smorzato dalla sentenza in commento: con particolare riferimento alle ipotesi in cui la situazione di fatto sia caratterizzata dalla complessità degli accertamenti da effettuare⁸⁰, anche nel caso di attività vincolata e, a maggior ragione, ove questa incida sfavorevolmente sulla

⁷⁹ Come rilevato in dottrina, G. MANNUCCI, op. cit, ciò non consentirebbe al giudice di sovrapporre il proprio giudizio a quello dell'autorità, ma solo di dichiarare il non annullamento nelle ipotesi di incontrovertibilità del risultato, contraendo la discrezionalità del giudice. Sul tema, in un'ottica di superamento della partecipazione del privato al procedimento declinata in chiave meramente funzionale alla corretta instaurazione del contraddittorio, osserva S. TUCCILLO, op. cit. «... l'affermazione della non utilità dell'apporto partecipativo non è sufficiente ad esautorare l'amministrazione dall'adempimento del dovere. E ciò proprio per la considerazione secondo la quale il dovere è anche di rendere noto al destinatario che è in corso un procedimento che lo riguarda.»

⁸⁰ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 7 febbraio 2002, n. 686. Per un riferimento al tema della complessità dell'accertamento, si segnala Cons. Stato, Sez. VI, 18 marzo 2019, n. 1759, in Giust. Amm, in cui si afferma che l'avvio del procedimento sanzionatorio per lottizzazione abusiva non può prescindere dalla comunicazione di avvio del procedimento. Pur trattandosi di attività vincolata, infatti, "l'accertamento della lottizzazione abusiva è caratterizzato da un'indubbia complessità fattuale, rispetto alla quale l'aspetto partecipativo del privato ben può rivelarsi non solo utile, ma altresì idoneo a portare ad una differente valutazione dell'amministrazione". In questa ipotesi, tuttavia, la valutazione circa la "complessità" della fattispecie, più che presupposto da accertare caso per caso, sembra essere inteso quale connotato ontologico dei procedimenti volti all'accertamento di una lottizzazione abusiva.

posizione del destinatario⁸¹, la partecipazione dell'interessato continua a rivelarsi imprescindibile, tanto sul piano del contraddittorio, al fine di garantire allo stesso la possibilità di manifestare all'amministrazione le proprie ragioni, quanto in un'ottica collaborativa, funzionale a rappresentare all'autorità competente circostanze o elementi dalla stessa ignorati o non agevolmente acquisibili⁸².

Sembra, ad una prima lettura, in buona parte condivisibile la soluzione prospettata da Consiglio di Stato, il quale, ha scelto un'interpretazione "debole" dell'art. 21-octies, comma secondo, ed ha mostrato uno dei possibili utilizzi equilibrati della norma, funzionale a trarre dalla stessa quelle utilità che è capace di apportare in termini di economicità ed efficacia, restando coerente con i principi generali ed il rispetto delle garanzie partecipative.

Eppure, nonostante la chiara volontà di aderire al filone giurisprudenziale sopra richiamato, la pronuncia in esame contiene un *quid pluris* rispetto ai sopracitati orientamenti. Il riferimento è, in particolare, al concetto di "complessità" della situazione concreta, dirimente ai fini dell'applicazione o meno del secondo comma dell'art. 21-octies, e di conseguenza elemento attraverso il quale vagliare la possibile utilità dell'apporto conoscitivo che il privato avrebbe potuto fornire in sede procedimentale.

Sotto questo aspetto la statuizione del Consiglio di Stato appare opinabile, sempreché non si voglia credere che il legislatore, con l'introduzione del 21-octies, abbia in un certo senso inteso sottovalutare la questione di legittimità di un provvedimento vincolato, ritenendola risolvibile dall'amministrazione "a prima vista", quasi in maniera automatica ed incontrovertibile⁸³.

⁸¹ Cons. Stato, Sez. VI, 9 maggio 2002, n. 2516.

⁸² D'altronde, oggi, a ben vedere, la comunicazione d'avvio può forse sganciarsi da esigenze difensive (procedimentali o giudiziali) per essere semplicemente ricondotta al principio di trasparenza. La mancanza di concrete alternative, dunque, è ininfluenza giacché ciò che conta non è tanto che l'intervento del privato possa modificare il contenuto provvedimento finale, quanto ch'esso sia preannunciato, così da poterne qualificare «trasparente» l'esercizio. Cfr. A. PUBUSA, *Forma e sostanza nel procedimento. Considerazioni sull'art. 21 octies della legge n. 241 del 1990*, in *Diritto pubblico*, 2006, 2; in questo senso anche E. FOLLIERI, *La giurisdizione del giudice amministrativo a seguito della sentenza delle Corti costituzionali 6.7.2004 n. 204 e dell'art. 21 octies della L. 7.8.1990 n. 241*, su www.giustamm.it. Sull'emersione di tale nozione giuridica di partecipazione si rinvia a F. GIGLIONI, S. LARICCIA, *Partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa (voce)*, in *Enc. Dir., Agg. IV*, Milano, 2000, 944.

⁸³ Cfr. D. CORLETTI, *Vizi formali e i "poteri" del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 33 ss, il quale pone efficacemente in evidenza che "In verità pare che l'ingenuo legislatore ritenga che per tutti i provvedimenti vincolati possa risultare "palese" se abbiano o no alternative: ossia se il provvedimento adottato sia o no legittimo. Lo fa pensare la formula "per la natura vincolata, sia palese che ...". (...) Inutile dire che non è proprio sempre così".

Ci si chiede, allora, quanto sia stato opportuno subordinare l'annullamento del provvedimento adottato in difetto delle garanzie partecipative all'accertamento della sussistenza di un puro concetto giuridico indeterminato, quello della "complessità della fattispecie". Se da un lato – in ossequio ad ovvie esigenze di economicità e deflazione del contenzioso – è intuitivo che un tale accertamento debba essere rimesso in primo luogo all'amministrazione competente durante la fase procedimentale, si finisce, in tal modo, per introdurre un momento di discrezionalità non contemplato dalla legge attributiva del potere, onerando l'amministrazione – nell'ambito di un procedimento vincolato – di una valutazione da compiere 'a monte' dagli esiti tutt'altro che scontati.

Paradossalmente è proprio il caso concreto da cui origina la pronuncia in commento ad evidenziare i limiti di un approccio basato su sindacato ex ante, peraltro fondato su un parametro così sfuggente. Invero, la fattispecie sottoposta all'amministrazione competente nel caso in esame – trattandosi di un provvedimento fondato sulla sussistenza o meno di un dato di fatto tipizzato dalla legge e di facile constatazione – non dava adito a particolari incertezze; eppure dalla pronuncia in commento si evince che, a seguito di un approfondimento in concreto operato solo ex post, l'opinione dei giudici sui fatti di causa è risultata diametralmente opposta⁸⁴.

Il semplice riferimento al tema della "complessità" della situazione concreta, ha fatto sì che con tale pronuncia il Collegio si assestasse, più o meno consapevolmente, in una posizione latu sensu mediana: da un lato – confutando le controdeduzioni dell'amministrazione appellata - ha superato l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario in un'ottica più garantista; dall'altro – introducendo un parametro indeterminato strumentale ad individuare i provvedimenti da attrarre nell'orbita dell'art. 21-octies – ha compiuto qualche passo indietro rispetto alle pronunce, dalla stessa sentenza richiamate⁸⁵, che

⁸⁴ Un caso ontologicamente analogo – seppur relativo all'omessa comunicazione del preavviso di rigetto - si rinviene in una pronuncia relativa al diniego del rinnovo del permesso di soggiorno, nella quale la "complessa documentazione prodotta da parte ricorrente" – la cui allegazione e valutazione nel corso del procedimento era stata di fatto impedita - è stata considerata ostativa all'applicazione del primo alinea dell'art. 21-octies: data la necessità di svolgere approfondimenti istruttori sulla base della nuova documentazione prodotta in giudizio, il Collegio ha ritenuto che l'accertamento della legittimità sostanziale del diniego e, quindi, dell'assenza di alternative decisorie, si sarebbe potuto svolgere "solo al compiuto esame" della suddetta documentazione da parte dell'amministrazione, "da effettuarsi nella naturale sede procedimentale" Cfr. TAR Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 15 marzo 2016, n. 92.

⁸⁵ Si pensi, ad esempio al recente TAR Campania, Napoli, Sez. II, 19 ottobre 2006, n. 8683, in Foro amm., 2006, 10, 3290, "La necessità della comunicazione di avvio del procedimento ai destinatari dell'atto finale è stata prevista in generale dall'art. 7, l. n. 241 del 1990 non soltanto

ritengono necessaria l'applicazione delle le garanzie partecipative indipendentemente dalla natura o dalla complessità degli accertamenti che l'amministrazione dovrà effettuare. Si ritiene che solo aderendo in toto a tale ultima interpretazione la partecipazione del privato al procedimento, lungi dall'essere intesa quale possibile fattore appesantimento dell'azione amministrativa, verrebbe piuttosto valorizzata soprattutto nel suo versante collaborativo, diventando al contempo baluardo di garanzia e possibile strumento volto al raggiungimento della stessa efficienza amministrativa⁸⁶.

per i procedimenti complessi che si articolano in più fasi (preparatoria, costitutiva ed integrativa dell'efficacia), ma anche per i procedimenti semplici che si esauriscono direttamente con l'adozione dell'atto finale, i quali comunque comportano una fase istruttoria da parte della stessa autorità emanante. La suddetta fase procedimentale, pertanto, non può essere omessa o compressa per il fatto che si sia in presenza di un provvedimento a contenuto vincolato, atteso che è stata affermata dalla giurisprudenza più recente la sussistenza dell'obbligo di avviso dell'avvio anche nell'ipotesi di provvedimenti a contenuto totalmente vincolato, sulla scorta della condivisibile considerazione che la pretesa partecipativa del privato riguarda anche l'accertamento e la valutazione dei presupposti sui quali si deve comunque fondare la determinazione amministrativa."

⁸⁶ In tal senso, M.R. SPASIANO, op. cit.

Introduzione alle Smart City. Criticità e prospettive nel panorama italiano

di Francesca PEDACE*

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Definizione, caratteri, modelli. 3. Disciplina. 4. Criticità e prospettive.

ABSTRACT: The paper aims to analyze the concept of "smart cities" by defining their characteristics, main models and examples. Then, considered Italian and European law, it explains which could be the possible critical aspects of their application in Italy.

1. Premessa.

La diffusione sempre più capillare di nuove tecnologie, associata alle importanti trasformazioni economico-sociali che si sono succedute dall'inizio del nuovo millennio, ha permesso alle metropoli contemporanee di divenire motori dell'economia. Tutto ciò, tuttavia, al caro prezzo di dover velocizzare lo sviluppo urbano e l'organizzazione amministrativa delle stesse per andare di pari passo con l'evoluzione della comunità che in esse risiede.

Basta pensare a come, nel 2050, l'urbanizzazione a livello mondiale raggiungerà, secondo l'Onu, il 65% della popolazione (con il conseguente aumento di infrastrutture, consumi e fabbisogno di energia) per rendersi conto come anche l'attività di amministrazione dei centri urbani dovrà subire dei mutamenti⁸⁷.

Primariamente, ad esempio, il piano urbanistico dovrà divenire parte di un più generale programma di politiche pubbliche in funzione delle quali ripensare la tipologia e la distribuzione degli spazi pubblici e privati, favorire lo sviluppo economico, ridefinire gli standard, la struttura delle reti e la mobilità.

Obiettivi come la riduzione del consumo di suolo, la promozione della rigenerazione e della riqualificazione urbana andranno inoltre conciliati con la scarsa disponibilità di risorse e con le nuove esigenze di decongestionamento dei centri urbani.

Ciascun territorio dovrà insomma definire, in primis, la prospettiva con la quale guarda alla città⁸⁸.

* Laureata in Giurisprudenza, specializzata Master Interuniversitario in Diritto Amministrativo (MIDA).

⁸⁷ Le nuove città stato tra potere, crescita e disuguaglianze, Rivista Aspenia, Milano, 21/01/2019.

⁸⁸ Il paradigma della smart city, in particolare, si propone di attivare dinamiche positive tra processi di urbanizzazione e modelli di sviluppo facendo riferimento alla «creazione e connessione di capitale umano, capitale sociale e infrastrutture tradizionali o elettroniche (ICT), finalizzata a generare sviluppo economico sostenibile e a garantire migliori condizioni qualitative della vita

La ragione di questo cambio di approccio sta nella consapevolezza che oggi l'introduzione di innovazioni tecnologiche impatta notevolmente sui servizi offerti e quindi sui processi di allocazione di valore pubblico specie perché oggi le istituzioni pubbliche sono tra i principali generatori di big data e l'utilizzo strategico della leva tecnologica è strumentale per l'analisi di questi dati al fine di promuovere politiche e servizi utili ai cittadini⁸⁹.

Va da sé che, lontane dall'essere una moda dettata dallo sviluppo esponenziale delle tecnologie, le smart city sono una necessità finalizzata al perseguimento di un potenziale benessere diffuso delle rispettive comunità che vi abitano.

Non a caso, in Europa, la crescente rilevanza del tema ha portato alla definizione di linee guida per gli stati membri sullo sviluppo urbano sostenibile integrato, alla centralità di questo nel perseguimento della strategia 2020 e al rafforzamento della politica di coesione nel periodo 2014-2020⁹⁰.

Dal punto di vista pratico, tuttavia, l'Italia è indietro rispetto agli altri Stati europei giacché mancano una disciplina chiara ed univoca in materia, informazioni e know how su come sfruttare le risorse dei fondi europei finalizzate alla rigenerazione razionalizzata degli ambienti urbani e delle vere e proprie linee guida su come attuare una pianificazione di tale spessore.

2. Definizione, caratteri, modelli.

Prima di poter affrontare il cuore del problema è bene definire cos'è precisamente una smart city e presentarne qualche modello.

L'espressione "città intelligente" ("smart city") descrive la capacità di elaborazione dell'intelligenza artificiale della città contemporanea.

In questo quadro si possono fornire diverse definizioni del fenomeno la cui caratteristica comune è però, senz'altro, quella di considerare la città come un organismo evoluto in più ambiti.

Il primo, più evidente, è sicuramente legato alla componente tecnologica.

Grazie alla creazione di infrastrutture "intelligenti" e ad alto livello di tecnologia high-tech la città è infatti in grado di migliorare la distribuzione dell'energia, semplificare la raccolta dei rifiuti, ridurre la congestione del traffico, migliorare la qualità dell'aria, aumentare la fruibilità dei servizi sociali, ridurre gli sprechi e promuovere la sostenibilità.

urbana» P. TESTI e G. DOMENICI; *Vademecum per la città intelligente*, Osservatorio Nazionale per le Smart Cities, ANCI.

⁸⁹ M. CUCCINIELLO, G. FATTORE, F. LONGO et al., *Management pubblico*, Egea Editore, 2018, pg. 355.

⁹⁰ M. CUCCINIELLO, G. FATTORE, F. LONGO et al., *Ut supra*, pg. 348.

Secondo Harrison⁹¹, ad esempio, la smart city si caratterizza per le "3 I": Instrumented, ossia la capacità di raccogliere dati in tempo reale da sensori e personal devices; Interconnected, cioè la capacità di integrare i dati raccolti in un'unica piattaforma accessibile ai vari fornitori di servizi urbani; Intelligent, in riferimento alla capacità di analizzare e visualizzare i dati al fine di ottimizzare il processo decisionale⁹².

Anche secondo Washburn e Sindhu «l'uso di ICT di sistema costituisce il substrato infrastrutturale di una città più intelligente, interconnessa ed efficiente»⁹³. In maniera simile, poi, secondo il Massachusetts Institute of Technology (MIT) (2013) «le città sono sistemi di sistemi» poiché esistono numerose opportunità per introdurre meccanismi digitali reattivi e intelligenti, capaci di favorire l'ottimizzazione di ogni componente grazie ad efficaci integrazioni di sistema. In ultimo, Anthopoulos e Fitsilis definiscono una smart city il luogo dove «l'ICT rafforza la libertà di espressione e l'accessibilità alle pubbliche informazioni e servizi»⁹⁴.

⁹¹ C. Harrison è stato il pioniere tecnico di IBM (International Business Machines Corporation) in Smarter Cities e nell'applicazione del Principio più intelligente per aiutare le città a raggiungere i propri obiettivi di sostenibilità. Si è ritirato dall'IBM nel gennaio 2013. Durante il 2007-10 è stato direttore del gruppo di strategia aziendale, guidando lo sviluppo della strategia aziendale per Smarter Cities.

⁹² «Una crescente concentrazione della popolazione in relativamente poche grandi città. Le città grandi e dense possono essere altamente produttive, innovative e pro capite molto verdi e quindi desiderabili per il nostro futuro. Tuttavia, il rapido afflusso di nuovi cittadini presenta sfide schiaccianti per i loro governi. Insieme ai benefici positivi che si accumulano da città dense e diverse, vengono in egual misura gli aspetti negativi come lo sviluppo informale, la congestione del traffico, la gestione dei rifiuti e l'accesso alle risorse e alla criminalità. La domanda di servizi è immediata, ma il gettito fiscale per finanziarli viene dopo. Allo stesso tempo, la globalizzazione ha collegato le città ai lati opposti del pianeta in forme di competizione prima sconosciute: per il capitale, per le risorse e per la Classe Creativa. Queste sfide portano a esperimenti con nuovi approcci alla pianificazione, progettazione, finanza, costruzione, governance e funzionamento di infrastrutture e servizi urbani che sono generalmente chiamati Smart Cities. Alcuni di questi approcci sono legati ai ruoli emergenti della tecnologia dell'informazione. (...) La Smart City fornisce una nuova strumentazione che consente l'osservazione dei sistemi urbani a livello micro. Questo articolo descrive i passi verso un modello che possa unificare le prospettive delle professioni nell'Urban Systems Collaborative. Inizia con esempi di Smart Cities e perché questo movimento è così attivo. Descrive come la tecnologia dell'informazione gioca un ruolo nel plasmare nuove norme di comportamento intese a facilitare la continua crescita di popolazioni dense» C. HARRISON, A Theory of Smart Cities. 55th Annual Meeting of the International Society for the Systems Sciences, 2011.

⁹³ D. WASHBURN e U. SINDHU, HoD Detector, un sistema per creare indicatori sulla felicità dei cittadini in una Smart City: caso di studio — GDL Smart City, Journal of Software Engineering and Applications, Vol.9 No.10, 28 ottobre 2016.

⁹⁴ «Le città digitali si sono evolute da applicazioni web e basi di conoscenza ad ambienti urbani intelligenti. Questa evoluzione si è basata principalmente su reti metropolitane a banda larga e sistemi informativi complessi e suggerisce la forma della città futura che si chiama

Trattasi dunque di un orientamento sostenuto da vari autori che si concentra maggiormente sull'aspetto prettamente tecnico e infrastrutturale dello sviluppo che si contrappone ad un secondo filone che enfatizza invece l'importanza del capitale umano e di altri aspetti "soft" come la partecipazione dei cittadini e l'inclusione sociale (si pensi alla smart city caratterizzata dalle "3T" di Richard Florid -Technology, Talent, Tolerance).

A questo secondo filone di pensiero appartengono anche Caragliu, Del Bo e Tijkamp i quali sostengono sul punto che:

«una città è smart quando gli investimenti in capitale umano e sociale e le tradizionali e moderne infrastrutture comunicative portano ad una crescita economica sostenibile e ad una elevata qualità della vita, con una saggia gestione delle risorse naturali, e attraverso una governance partecipata»⁹⁵.

Parimenti, per U. Haque: «una smart city si deve focalizzare sulla smartness dei cittadini e della comunità sul loro benessere e qualità della vita, e allo stesso tempo incoraggiare i processi che rendono le città importanti per le persone e che possano sostenerne le differenti attività»⁹⁶.

Indipendentemente dagli aspetti sui quali i due filoni si concentrano maggiormente è bene comunque rilevare che entrambi sono utili ad individuare le sei componenti fondamentali di una smart city: una Smart Governance⁹⁷ a capo della città, la connotazione di servizi forniti attraverso la Smart and sharing

wireless/smart/digital o ubiquitous city. Sebbene si stiano sviluppando pratiche comuni in tutto il mondo, vengono definite priorità diverse e vengono seguite architetture diverse», L. ANTHOPOULOS e P. FITSILIS, *Dalle città digitali alle città onnipresenti: definire un'architettura comune per lo sviluppo urbano*, 2010 Sesta Conferenza Internazionale sugli Ambienti Intelligenti, 19-21 luglio 2010.

⁹⁵ A. CARAGLIU, C. DEL BO, P. TIJKAMP, *Città intelligenti in Europa*, Journal of Urban Technology, Volume 18, 2011.

⁹⁶ M. CUCCINIELLO, G. FATTORE, F. LONGO, et al., Op. cit., pp. 355 e ss.

⁹⁷ Intendendosi con essa un approccio più partecipato alla policy making e alla gestione della città. L'obiettivo è duplice: da un lato rendere i cittadini più consapevoli e coinvolti nella pianificazione urbana; dall'altro coordinare il più possibile le istituzioni pubbliche, con le imprese private e con le varie forme organizzate del terzo settore e della società civile in modo da promuovere la visione di una città funzionante come unico organismo integrato, seppur composto da molteplici e diversificati soggetti. Lo strumento principale per l'adozione di un approccio di Smart Governance è lo sviluppo di una piattaforma di connessione ICI-diffusa e integrata; capace di agire come rete di comunicazione e coordinamento tra cittadini, settore pubblico e il privato. Tutto ciò deve essere finalizzato alla strutturazione di partnership tra il pubblico, privato e la società civile per definire e raggiungere congiuntamente obiettivi ritenuti di interesse, M. CUCCINIELLO et al., *Management pubblico*, Egea editore, 2018, pp. 355 e ss..

Economy⁹⁸, un'architettura urbana votata all'idea di Smart Environment⁹⁹ finalizzata allo Smart Living¹⁰⁰ e nuove forme di Smart Mobility¹⁰¹.

In ultimo la stessa popolazione, istruita all'uso delle tecnologie ICT, diventa componente stessa della città (c.d. "Smart People")¹⁰².

È l'interazione fra queste componenti a determinare il grado di sviluppo di una smart city. Ma a quali costi? Con che effetti?

⁹⁸ Una smart city efficiente, i cui servizi si basano sulla condivisione consente l'appianamento di disuguaglianze sociali, limita lo sfruttamento di risorse deperibili, tutela l'ambiente, riduce i costi della vita e attrae imprese che in essa vogliono insediarsi.

⁹⁹ L'approccio si basa su «energie intelligenti con fonti rinnovabili; misurazione, controllo e monitoraggio dell'inquinamento; riqualificazione di edifici e di aree dismesse; diffusione di green buildings; pianificazione urbana sostenibile per determinare la riduzione del consumo di suolo e l'uso efficiente delle risorse». La città smart è, infatti, anche una città sostenibile che ospita una comunità urbana in cui si intrecciano le dimensioni tecnologiche più innovative con gli aspetti dello sviluppo sostenibile e nella quale i criteri di efficienza economica ed equità socio ambientale diventano incipit guida per una città confortevole, sicura e intelligente. Sul punto si cita la città di Toronto che ha di recente affidato a Google più di 3 milioni di metri quadrati di zona portuale da rigenerare, dando alla tech company carta bianca nello sperimentare tutte le ultime soluzioni ingegneristiche e tecnologiche e nel ripensare da zero l'architettura urbana, M. CUCCINIELLO et al., *Management pubblico*, Egea editore, pp. 355 e ss..

¹⁰⁰ Con questa espressione si intende lo sviluppo di uno stile di vita sano e sicuro all'interno di una città che sia stimolante a livello culturale e sociale grazie alla fruizione di molteplici esperienze culturali, sportive e ambientali; M. CUCCINIELLO, G. FATTORE, F. LONGO et al., *Management pubblico*, Egea editore, pp. 355 e ss..

¹⁰¹ La Smart Mobility è lo sviluppo di un sistema logistico e di trasporti integrato basato principalmente sul supporto garantito dalle ICT e su una pianificazione urbana snella e intelligente e su una gestione del traffico volta a diminuire fenomeni quali il congestionamento stradale e l'inquinamento e facilitare l'accessibilità dei cittadini a tutti luoghi della città. È l'aspetto sul quale le città italiane, e non solo, stanno trovando la loro trasformazione più interessante, tanto attraverso grandi investimenti strutturali quanto grazie a iniziative low cost che agiscono sull'innovazione sociale e sulla sensibilizzazione dei cittadini. L'obiettivo è di gestire efficientemente gli spostamenti quotidiani dei cittadini e gli scambi con le aree limitrofe attraverso spostamenti agevoli, buona disponibilità di trasporto pubblico, adozione di soluzioni avanzate di mobility management, G. GHEZZI, *Smart cities fra teoria e pratica*, Assolombarda Confindustria Milano, Ricerca 1/2018, pp. 15-17.

Si pensi a Chicago che ha investito in trasparenza e informazione creando piattaforme dove è possibile consultare e incrociare gli open data sulla città o, ancora, a San Francisco che si propone di diffondere la shared mobility e allo stesso tempo ridurre le emissioni e aumentare la sicurezza in strada.

¹⁰² Con questo concetto ci si riferisce alla capacità dei cittadini, o meglio di tutto il capitale umano presente nel territorio urbano (comprendendo quindi anche le istituzioni pubbliche e private), di sviluppare una conoscenza e un modo di agire e pensare coerente con gli obiettivi di sostenibilità, qualità diffusa e sviluppo socio-economico. In prima battuta questo riguarda lo sviluppo e la diffusione di capacità di utilizzo delle nuove tecnologie e dei nuovi servizi a essi connessi M. CUCCINIELLO et al., *Management pubblico*, Egea editore, 2018, pp. 355 e ss. In tal senso, una città intelligente è una città co-progettata, frutto di un processo partecipativo nel quale gli individui ritrovano la consapevolezza di poter essere co-autori delle politiche pubbliche, G. GHEZZI, *Smart cities fra teoria e pratica*, Assolombarda Confindustria Milano, Ricerca 1/2018, pp. 15-17.

Nel panorama internazionale sono ravvisabili essenzialmente due modelli di riferimento per la realizzazione delle Smart city: il primo fa capo agli Stati Uniti, il secondo ai Paesi dell'Unione Europea trovando però un largo seguito anche al di fuori del vecchio continente.

Si tratta di due linee d'azione completamente opposte: il primo non richiede un ruolo particolarmente attivo da parte degli apparati amministrativi, al contrario del secondo, che, per essere attuato, presuppone investimenti pubblici considerevoli ed un'intensa attività di indirizzo e pianificazione da parte degli organi di governo.

Alla base c'è una differente concezione dell'idea di innovazione: secondo l'approccio statunitense, l'innovazione rappresenta un processo dal basso verso l'alto (c.d. bottom-up), nel cui ambito si verifica un effetto di sostanziale ritrazione delle autorità pubbliche. Queste ultime sono chiamate a promuovere un quadro normativo favorevole alle nuove tecnologie che si affacciano sul mercato in un'ottica di semplificazione degli oneri amministrativi¹⁰³.

Diverso l'approccio europeo, ispirato da una maggior concertazione tra i diversi livelli di governo e gli operatori economici, il quale presuppone di conseguenza un'individuazione dall'alto delle misure da adottare per ottenere un grado elevato di efficienza ed innovazione (c.d. top-down).

In quest'ottica le P.A. vengono incentivate ad impiegare prodotti e tecnologie efficienti dal punto di vista energetico soprattutto nel campo dei trasporti e in quelli della ristrutturazione del patrimonio edilizio preesistente e della creazione di nuove infrastrutture ma trattasi pur sempre di strumenti riconducibili allo schema della Governance e cioè a quel sistema complesso di moduli e modelli di azione e di comportamento che, essendo caratterizzati da un'elevata flessibilità, consentono alle istituzioni di interagire attivamente con i poteri privati.

3. Disciplina.

Il ruolo chiave delle città quali catalizzatori della crescita e dei consumi delle comunità le rende protagoniste delle agende per uno sviluppo sostenibile a livello delle Nazioni Unite e dell'Unione Europea.

¹⁰³ Sul punto si pensi alla start-up Uber, nota per aver creato nel 2010 l'omonima applicazione per mettere in contatto diretto gli automobilisti ed i passeggeri, offrendo così un servizio di trasporto automobilistico distinto dai tradizionali autoservizi pubblici non di linea (taxi e noleggio con conducente).

In quest'ultima il momento di avvio ufficiale della politica di investimento sulle Smart City risale, in particolare, al decennio scorso, in concomitanza con l'avvio del progetto Europa 2020 con cui l'Europa si era proposta di realizzare cinque obiettivi riguardanti l'occupazione, la ricerca e sviluppo, il clima e l'energia, l'istruzione, l'integrazione sociale e la riduzione della povertà da realizzare entro l'anno 2020 nei vari Paesi dell'Unione¹⁰⁴.

La Strategia, in particolare, qualificava l'economia che doveva caratterizzare l'Europa del 2020 come "intelligente", "sostenibile" e "inclusiva", allo scopo di conseguire elevati livelli di occupazione, produttività e coesione sociale rifacendosi all'impiego di strumenti digitali. Da qui la progettazione della European Innovation Partnership for Smart Cities and Communities all'interno del quadro del Piano Strategico Tecnologico dell'Energia (che mette in campo un imponente sistema di misure finanziarie allo scopo di favorire collaborazioni strategiche tra imprese e città europee per lo sviluppo e l'implementazione di sistemi urbani e infrastrutture all'avanguardia) e la immediatamente successiva attivazione del programma Horizon 2020¹⁰⁵.

A complemento della programmazione dei fondi strutturali sono stati costituiti, inoltre, dei fondi "ad hoc". Si pensi al Fondo Europeo per l'Efficienza Energetica (EEEEF)¹⁰⁶, il Programma ELENA (European Local ENergy Assistance)¹⁰⁷ o, ancora,

¹⁰⁴ E. FERRERO, *Le smart cities nell'ordinamento giuridico*, Foro Amministrativo (II), fasc. 4, 2015, pp. 2-6

¹⁰⁵ F. FRACCHIA e P. PANTALONE, *Smart City: condividere per innovare (e con il rischio di escludere?)*, www.federalismi.it, 25 novembre 2015, Fasc. 22/2015, pp. 5-6.

¹⁰⁶ Il Fondo Europeo per l'Efficienza Energetica (EEEEF) è un'innovativa partnership pubblico-privata che prevede il finanziamento di progetti relativi all'efficienza energetica, energia rinnovabile di scala ridotta e progetti di trasporto urbano pulito. I beneficiari del fondo EEEF sono i Comuni, gli enti locali e regionali ma anche gli enti pubblici e privati operanti in nome di questi, come i fornitori di energia locali, le Società di Servizi Energetici (ESCO), le società di produzione combinata di elettricità-calore (CHP) o i fornitori di trasporto pubblico, P. TESTI e G. DOMENICI, *Vademecum per la città intelligente*, Osservatorio Nazionale per le Smart Cities, ANCI.

¹⁰⁷ La Commissione Europea, insieme alla Banca Europea per gli Investimenti (BEI), ha ideato questo strumento di assistenza, finanziato attraverso il programma Intelligent Energy-Europe, al fine di aiutare le città dell'Unione Europea ad implementare i loro progetti in energia sostenibile. Molte città in Europa, infatti, soprattutto quelle di piccole e medie dimensioni, pur avendo valide idee nel campo dell'energia si trovano ancora ad un livello embrionale poiché non hanno la capacità tecnica di sviluppare dei veri programmi per i quali ricercare ed ottenere finanziamenti pubblici o privati. Il fondo Elena offre dunque alle città, ma anche alle regioni e ad altre entità pubbliche o gruppi di esse, l'assistenza necessaria per sviluppare programmi di investimento e progetti nel campo dell'energia sostenibile finanziando interventi di: efficienza energetica degli edifici pubblici e privati (inclusi alloggi privati e illuminazione pubblica); inserimento delle energie rinnovabili negli edifici; investimenti per la costruzione di reti di teleriscaldamento, ecc.; incremento dell'efficienza energetica e integrazione delle fonti rinnovabili nel settore dei trasporti (autobus ad alto rendimento energetico – inclusi autobus ad alimentazione ibrida – propulsione elettrica o a bassa

il programma JESSICA (Joint European Support for Sustainable Investment in City Areas)¹⁰⁸.

A molti di questi hanno fatto affidamento gli stessi comuni italiani i quali - dando seguito agli obiettivi di cui alla Strategia per la crescita digitale 2014-2020 adottata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri¹⁰⁹ hanno approfittato dei fondi mezzi a disposizione dall'Unione Europea per finanziare i progetti di rigenerazione urbana e ammodernamento del contesto urbano di loro competenza.

E dire che, in realtà, il tema delle città intelligenti affonda le proprie radici nel contesto normativo italiano in un passato ben più risalente, ovvero nella deliberazione del CIPE 21 dicembre 2000, n. 150, avente ad oggetto il «Programma nazionale ricerca» per gli anni 2001-2003. In particolare, questo atto contemplava l'adozione di un «Programma strategico Tecnologie abilitanti la Società della conoscenza (ICT)», composto a sua volta di 6 grandi progetti, fra i quali figurava quello relativo alle Smart city, denominato «Sviluppo di piattaforme abilitanti — 'comunità intelligenti'».

Trattavasi di una programmazione che, per quanto specifica sul tema, consisteva però in una vaga enunciazione di principio, alla quale non è stato dato seguito per lungo tempo, perlomeno fino all'emanazione del D.L. 9 febbraio 2012, n. 5 (cd. Semplifica Italia), il cui art. 47¹¹⁰ ha istituito l'Agenda digitale italiana, nel quadro delle indicazioni dell'Agenda digitale europea.

emissione di carbonio, flotte aziendali, ecc.); trasporto intermodale, infrastrutture ICT a favore dell'efficienza energetica, reti per il rifornimento dei veicoli elettrici, ecc. P. TESTI e G. DOMENICI, *Vademecum per la città intelligente*, Osservatorio Nazionale per le Smart Cities, ANCI.

¹⁰⁸ Trattasi di uno strumento che nasce dall'azione congiunta della Banca Europea per gli Investimenti (BEI), della Commissione Europea e della Banca di Sviluppo del Consiglio d'Europa (CEB). L'obiettivo è di realizzare uno strumento finanziario rivolto ad iniziative di risanamento e sviluppo urbano sostenibile, P. TESTI e G. DOMENICI, *Vademecum per la città intelligente*, Osservatorio Nazionale per le Smart Cities, ANCI. - P. TESTI e G. DOMENICI, *Vademecum per la città intelligente*, Osservatorio Nazionale per le Smart Cities, ANCI, pg. 35.

¹⁰⁹ Espressione testuale: «la sfida è quella di costruire un nuovo genere di bene comune, una grande infrastruttura tecnologica ed immateriale che faccia dialogare persone ed oggetti, integrando informazioni e generando intelligenza, producendo inclusione e migliorando la vita del cittadino ed il business per le imprese, anche attraverso azioni di promozione della social innovation», F. FRACCHIA e P. PANTALONE, *Smart City: condividere per innovare (e con il rischio di escludere?)*, www.federalismi.it, 25 novembre 2015, Fasc. 22/2015, pp. 5-6.

¹¹⁰ Il comma 2-bis di questa disposizione, nell'individuare una serie di obiettivi nell'ambito dell'Agenda, alla lett. a) prevede la «realizzazione delle infrastrutture tecnologiche e immateriali al servizio delle "comunità intelligenti" (smart communities), finalizzate a soddisfare la crescente domanda di servizi digitali in settori quali la mobilità, il risparmio energetico, il sistema educativo, la sicurezza, la sanità, i servizi sociali e la cultura».

Fra gli obiettivi principali di quest'ultima vi è il miglioramento dell'alfabetizzazione, delle competenze e dell'inclusione nel mondo digitale dei cittadini attraverso interventi volti a ridurre il divario digitale sviluppando le competenze digitali di base (art. 1, c. 1, lett. c, l. 145/2015).

L'intento di promuovere ulteriormente le smart city è stato altresì ribadito in occasione dell'istituzione, per effetto del D.L. 22 giugno 2012, n. 83 (cd. Decreto Sviluppo), dell'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID), preposta alla realizzazione degli obiettivi dell'Agenda digitale italiana¹¹¹.

Vista la presenza di questi numerosi interventi ci si auspica oggi, però, almeno a livello nazionale, un riordino della disciplina operante per dare principi di massima all'attività delle smart city in un'ottica che deve comunque tener conto dell'attuale situazione italiana.

In questo senso, lungi dal prospettare una mera imitazione italiana del modello di città di ultima generazione asiatica sulla falsariga di Liuzhou¹¹² o delle arabe Neom¹¹³ o Masdar¹¹⁴, una good practise potrebbe consistere nella comparazione

¹¹¹ Più precisamente, l'art. 20, co. 3-bis di tale decreto conferisce all'AgID il compito di promuovere «la definizione e lo sviluppo di grandi progetti strategici di ricerca e innovazione connessi alla realizzazione dell'Agenda digitale italiana e in conformità al programma europeo Horizon2020, con l'obiettivo di favorire lo sviluppo delle comunità intelligenti, la produzione di beni pubblici rilevanti, la rete a banda ultra-larga, fissa e mobile, tenendo conto delle singole specificità territoriali e della copertura delle aree a bassa densità abitativa, e i relativi servizi, la valorizzazione digitale dei beni culturali e paesaggistici, la sostenibilità ambientale, i trasporti e la mobilità, la difesa e la sicurezza, nonché al fine di mantenere e incrementare la presenza sul territorio nazionale di significative competenze di ricerca e innovazione industriale».

¹¹² La "Città Foresta" commissionata dal Liuzhou Municipality Urban Planning nasce da un progetto dell'Arch. Stefano Boeri ed attualmente in fase di ultimazione. Si prospetta che l'insediamento possa ospitare nei propri ambienti - interamente ricoperti di alberi e piante - più di 30.000 abitanti e che sia in grado ogni anno di assorbire circa 10.000 tonnellate di CO2 e 57 tonnellate di polveri sottili restituendo, in cambio, oltre 900 tonnellate di ossigeno. Si aggiungono la piena autosufficienza energetica e gli spazi verdi in grado di ospitare uccelli, insetti e altri piccoli animali che abitano il territorio di Liuzhou, Liuzhou forest city, Stefanoboeriarchitetti.net.

¹¹³ Il progetto di questa città non ancora realizzata ma destinata ad occupare un'area di 26.500 km2 nel nord-ovest dell'Arabia Saudita, nella provincia di Tabuk, si deve all'architetto britannico Norman Foster ed è stato ufficialmente lanciato dal giovane principe ereditario saudita Mohammad bin Salman. Alle spalle di questo importante progetto ci sono non solo scelte di carattere urbanistico e logistico, ma anche a sfondo sociale: più libertà per le donne, più libertà per le imprese, più cultura e più turismo insieme alla ridefinizione dello spazio urbano. Un processo questo che avviene attraverso scelte mirate di carattere urbano, ma orientate verso un radicale processo di mutazione culturale e sociale, obiettivi raggiungibili con scelte precise e determinate, F. CALO', Neom, la smart city dell'Arabia Saudita 33 volte più estesa di NY, Ingenio.it, 2020.

¹¹⁴ Progettata dallo studio di architettura inglese Foster and Partners, Masdar City è il risultato di un progetto che ha avuto inizio nel 2006. Situata al crocevia dei mercati del Medio Oriente e dell'Asia questa città totalmente green e ad impatto zero è stata concepita dalla società Abu Dhabi Future Energy Company, a sua volta presieduta dallo sceicco Mohammad Bin Zayed Al Nahyan, con l'intento di divenire il fulcro di una forte rete logistica e di trasporto globale con epicentro il Medio Oriente. Peculiarità della città sono il consumo di energia solare (generata da una centrale

fra i modelli di smart city presenti attualmente nel contesto internazionale per valutare quale fra questi è quello più efficacemente replicabile in Italia, specie alla luce del fatto che il nostro si palesa essere un territorio già ampiamente urbanizzato.

Coerente con tale necessità è il modello europeo citato nel primo paragrafo che ha per fine quello di applicare tecniche di best governance al tessuto urbano e sociale preesistente tramite iniziative mirate.

Si pensi a come Copenaghen ambisca ad essere la prima città a emissioni zero entro il 2025 sfruttando solo «the smartest and best solutions» o a come Amsterdam stia rendendo i propri quartieri dei Living Labs per testare come ottenere il massimo risparmio energetico.

Non mancano comunque esempi di smart city anche in Italia dove, per quanto in via molto più embrionale e limitatamente ad alcuni quartieri, anche città come Torino, Genova, Bari, Milano e Firenze stanno attuando percorsi strutturati verso la Smart City attraverso meccanismi di governance multilivello fra attori pubblici, e privati¹¹⁵.

4. Criticità e prospettive.

Le iniziative per le Smart city possono sicuramente aiutare a superare i limiti dello sviluppo urbano tradizionale ma permangono numerosi aspetti critici sulla loro introduzione nel contesto nazionale italiano.

Primariamente, funzionale alla definizione di una smart city, vi è il processo di selezione, coinvolgimento e gestione degli stakeholder che interverranno nella regia del processo di pianificazione.

I progetti per la realizzazione di una smart city a livello internazionale sono spesso, infatti, il risultato di un'interazione strategica tra le grandi multinazionali che investono in queste tecnologie e le autorità locali che dispongono di vasti territori non edificati (si riprendano gli esempi di Neom e Masdar).

Come detto in precedenza, tuttavia, ciò non è possibile in Italia vista la mancanza di spazi non edificati e la carenza di investimenti privati di grosso spessore.

poco distante), un sistema di trasporto pubblico driverless su binari magnetici, case con tetti apribili in base alla stagione e un proprio sistema di desalinizzazione e riciclo dell'acqua per la rete idrica urbana. Tutto il piano ha posto l'attenzione verso l'ambiente, la ricerca, lo sviluppo e gli affari. Cuore di tutta la smart city resta non a caso l'Università della Scienza e della Tecnologia il cui personale costituisce oggi la parte preponderante della popolazione cittadina, Masdar City, Masdar.ae.

¹¹⁵ P. TESTI e G. DOMENICI, Op. cit., pg. 7.

In particolare, nel nostro Paese, risulta complesso il coinvolgimento sistemico di soggetti privati in questa attività di vera e propria "rigenerazione urbana" a causa dell'incertezza del quadro normativo e della eccessiva atomizzazione degli stakeholder privati in corpi intermedi (comitati, piccoli partner tecnologici, associazioni, ecc.) che vanno però pur sempre coinvolti nei procedimenti amministrativi di ideazione dei piani urbanistici¹¹⁶.

La seconda criticità sta nel fatto che, nell'avviare un percorso di pianificazione, è essenziale che anche la struttura amministrativa possieda adeguate competenze in materia specie perché, ad oggi, in assenza di investimenti privati su grossa scala, molte attività di rigenerazione urbana finalizzate alla realizzazione di smart city (82%) sono perseguite dalle amministrazioni comunali tramite la partecipazione a PON e POR i cui capitali derivano da fondi europei e che pertanto risultano vincolati ad appositi disciplinari.

Dal 2011 fino ad oggi, ad esempio, le principali opportunità di finanziamento intercettate dalle città sono state i bandi promossi dalla Commissione Europea, (dal Settimo Programma Quadro al programma per la Competitività e l'Innovazione in particolare nel sottoprogramma ICT), i bandi Smart Cities and Communities lanciati dal MIUR nel 2013 e le linee di finanziamento del FESR nei vari POR regionali e nel PON sicurezza.

Tra le poche città che non hanno ancora mai presentato proposte alcune non sono state in grado di elaborare progetti proprio per l'assenza di competenze interne all'amministrazione (5%) e altre per la mancanza dei requisiti di ammissibilità previsti dal bando (13%)¹¹⁷.

La terza criticità sta nel fatto che, per quanto ci sia la consapevolezza che ogni città è diversa dall'altra e non è possibile applicare un modello unico di smart city, risulta comunque indispensabile la creazione di un quadro normativo che indichi delle linee comuni di indirizzo e si ponga come uno schema di riferimento a livello nazionale per il fenomeno delle smart city.

Un'analisi comparata con l'esperienza di Città del Messico - che ha recentemente approvato la legge "Hacia una ciudad inteligente" - potrebbe offrirci una linea di indirizzo interessante. Costruire un quadro legislativo dove si definiscano le linee di intervento, il ruolo degli attori e le finalità etiche, sociali ed economiche potrebbe essere infatti utile per coordinare in modo sistemico le singole iniziative dei soggetti sociali, i progetti delle istituzioni locali e le proposte delle diverse Associazioni.

¹¹⁶ P. TESTI e G. DOMENICI, Op. cit., pg. 19.

¹¹⁷ P. TESTI e G. DOMENICI, Op. cit., pg. 28.

Gli elementi considerati nella legge messicana, ad esempio, concernono i seguenti capitoli: 1) la infrastruttura tecnologica; 2) il governo elettronico; 3) la governabilità digitale; 4) la cybercultura e l'educazione; 5) la salute e l'assistenza sociale; 6) l'utilizzo delle reti sociali; 7) l'economia digitale e della conoscenza; 8) la ricerca, lo sviluppo tecnologico e l'innovazione; 9) l'amministrazione della giustizia¹¹⁸.

Trattasi degli stessi settori che in Italia hanno avuto una disciplina frammentaria attraverso più provvedimenti fra loro talvolta non coerenti.

Fra questi, tra l'altro, proprio il punto relativo all'aspetto prettamente tecnologico dell'urbanizzazione costituisce un'ultima criticità.

Partendo dal presupposto che col paradigma della smart city si riconosce ad una pluralità di piattaforme la natura di infrastrutture fondamentali di connessione del tessuto urbano, diventa necessario assicurare l'interconnessione di tutti quei sistemi e sottosistemi fondamentali. In particolare, risultano decisivi due elementi tecnologici: il substrato informatico di connessione fra tutte le reti di infrastrutture e di servizi e l'Internet of Thing (IoT)¹¹⁹.

L'emergenza epidemica che ci ha recentemente coinvolti ha squarciato un velo in tal senso dandoci un esempio lampante di come un possibile improvement delle infrastrutture di rete pubbliche possa comportare un notevole risparmio in termini di consumo di suolo: secondo quanto riportato da un'indagine di FPA, società del Gruppo Digital 360, il 93,6% dei dipendenti pubblici costretti a casa dalla quarantena, una volta tornato alla normalità, avrebbe voluto continuare a lavorare in questa modalità. Superato infatti l'iniziale problema tecnico dell'assenza di connessione ai server centrali del proprio ufficio o di blocco dei sistemi dovuto all'inadeguatezza della rete di collegamento, lo smart working ha permesso al 69,5% del personale della P.A. di "organizzare e programmare meglio il proprio lavoro", al 45,7% di "avere più tempo per sé e per la propria famiglia", al 34,9% di "lavorare in un clima di maggior fiducia e responsabilizzazione". Inoltre, per oltre la metà degli intervistati la relazione con i colleghi è rimasta invariata, per il 20% addirittura migliorata.

¹¹⁸ R. FERRARA, *The Smart City and the Green Economy in Europe: a Critical Approach*, in *Energies*, 2015

¹¹⁹ Internet of Things - letteralmente «Internet degli oggetti» - è l'espressione utilizzata per definire la rete delle apparecchiature e dei dispositivi, diversi dai computer, connessi a Internet. Possono essere sensori per il fitness, automobili, ma anche elettrodomestici, lampadine, telecamere, pezzi d'arredamento, container per il trasporto delle merci. Insomma, qualunque dispositivo elettronico equipaggiato con un software che gli permetta di scambiare dati con altri oggetti connessi. - M. CUCCINIELLO et al., *Op. cit.*, pp. 352-353

Visti i risvolti sociali così positivi non è poi così errato suggerire allora di implementare, per esempio, le infrastrutture "strategiche" cioè quelle che favoriscano il telelavoro a fronte di una riduzione dell'edificazione urbana finalizzata ad ospitare uffici non destinati al contatto col pubblico¹²⁰.

L'obiettivo dovrebbe essere quello di creare un sistema integrato in cui i vari fattori non costituiscano solo una sommatoria algebrica di utilities e servizi ma, nella loro interazione, un valore aggiunto all'intera società. Tuttavia, siccome questo sviluppo non avviene rapidamente e simultaneamente e siccome richiede ingenti investimenti, sia pubblici sia privati, la capacità di visione di questo percorso di crescita progressivo basato però su una pianificazione d'insieme è una delle leve principali di rallentamento dello sviluppo smart.

¹²⁰ R. FERRARA, Op. cit.

L'omicidio seriale nel quadro normativo e trattamentale italiano di Irene IEZZI*

SOMMARIO: 1. Premessa¹²¹. 2. Riferimenti all'omicidio seriale nel sistema giuridico italiano. 2.1 Il reato abituale. 2.2 Il reato continuato. 2.3 La recidiva 2.4 Altri aspetti riferibili alla fattispecie: l'imputabilità. 3. I nuovi paradigmi del trattamento terapeutico. 4. I limiti delle proposte trattamentali. 5. La perpetuità della pena. 6. Profili da valutare nello studio di idonei correttivi. 7. Individuazione e prevenzione dell'omicidio seriale. 8. Il ruolo delle scienze forensi. 9. Sequenze criminali predittive 10. Brevi conclusioni.

ABSTRACT: Serial murder is a phenomenon of a lack of awareness in Italian legal system, because of its peculiarity and its limited diffusion in the Country. So, the juridical and treatment approach to a serial killer has particularly evident and embedded limits in criminal system, despite the attempt to overcoming proposed in the last decades. Examining different key figures and measures offered by criminal and executive system, some correctives - even if minimal - are identified, to be referred in cases where serial killer's prevention, repression and treatment are necessary. Especially interdisciplinarity assumes a central and decisive role approaching to the phenomenon, recognizing the essential support of forensic sciences, both in criminalistic-criminological stage, when the killer is detected, and in the next treatment stage, with a particular reference to psychiatry in the assessment of imputability.

1. Premessa.

Sebbene si senta parlare di serial killer frequentemente, anche per via della cultura popolare di libri e film sull'argomento, nella realtà scientifica e giuridica questo tipo di criminale viene studiato come entità autonoma solo a partire da un tempo relativamente recente, intorno agli anni '80 del XX secolo. Ovviamente, gli assassini seriali sono sempre esistiti, pur non essendo definiti come tali; la storia ne è piena, basti pensare ad imperatori sanguinari come Nerone o Caligola, che uccidevano per sadismo, al nobile francese Gilles De Rais, omicida

* Dott.ssa in Giurisprudenza presso Università Magna Graecia di Catanzaro, Criminologa Esperta in Scienze Forensi presso "La Sapienza" Università di Roma.

di oltre 800 bambini, che ha ispirato il mito di "Barbablù", o, ancora, alla figura avvolta nella leggenda dell'ungherese Erzsebeth Bathory, la "Contessa dracula", fino ad arrivare al 1888, quando i crimini di Jack lo Squartatore pongono l'attenzione su quello che è effettivamente il primo serial killer in senso moderno. A partire dal XX secolo, quindi, per la prima volta, questa tipologia di criminale trova una definizione: quella, generica, di multiple killer, assassino multiplo, denominazione che però raggruppa tutti gli assassini che uccidono più di una vittima, senza alcuna distinzione circa le modalità e le circostanze.

La prima vera definizione di serial killer è elaborata solo alla fine degli anni '80 dal Dipartimento di Scienze Comportamentali dell'FBI, che lo individua come "un soggetto che uccide tre o più vittime, in luoghi diversi e con un periodo di intervallo emotivo (cooling off period) fra un omicidio e l'altro".

Tra gli studi italiani, quello che maggiormente approfondisce l'inquadramento del fenomeno è l'analisi psichiatrica condotta da De Pasquali¹²², secondo cui il serial killer è quel soggetto che esegue due o più azioni omicidiarie, separate tra loro, in tempi diversi, con l'ulteriore caratteristica per cui tale azione ha sempre una motivazione intrapsichica: la necromania, ovvero il bisogno di un rapporto diretto con la morte, esercitato mediante il dare la morte ed il successivo contatto prolungato con il cadavere. Si tratta di un bisogno patologico compulsivo, che induce il soggetto ad uccidere ripetutamente.

Tra un omicidio e l'altro si ripristina, nel serial killer, lo stato emotivo che gli è abituale. Solo un fattore esterno all'omicida può interrompere la serie delittuosa. Pertanto, sono da escludersi dalla definizione di assassino seriale: i killer professionisti ed i sicari, che uccidono dietro compenso economico; i killer affiliati, membri di qualche organizzazione criminale; i killer situazionali, che uccidono nel corso di altre azioni criminali per fini utilitaristici; i killer a motivazione ideologica, che sono mossi da ragioni di carattere religioso, politico o culturale. Questi soggetti si confermano come rientranti nella definizione di multiple killer, ossia pluriomicidi, la cui caratteristica differenziale rispetto ai serial killer è che possono smettere di uccidere, se viene meno il movente economico, associativo, ideologico o situazionale che li spinge.

Si ribadisce, invece, che il serial killer non smette di uccidere e continua a farlo, a meno che non gli venga imposto da un fattore a lui esterno, come l'arresto, la morte o, ove possibile, la cura.

¹²² P. DE PASQUALI, *I serial killer in Italia*, FrancoAngeli, Milano, 2001, pp. 131 e ss.

2. Riferimenti all'omicidio seriale nel sistema giuridico italiano

Il serial killer è di solito attento a non lasciare tracce sul luogo del delitto. Quando accade è perché ha raggiunto un tale livello di sicurezza e di impunità da diventare temerario, fino a sfidare apertamente l'autorità giudiziaria. Ed è spesso questo il momento in cui il serial killer viene effettivamente catturato.

L'arresto di un assassino seriale è soltanto l'atto iniziale di un lungo percorso investigativo, che dovrà condurre ad un processo ed al relativo verdetto. Mentre l'intervento dello psicologo e del criminologo risulta determinante al momento di tracciare il profilo psicologico del criminale, quando cioè non si conosce ancora l'identità del serial killer, non è invece sufficiente quando si debba ottenere una condanna in sede penale, perché in questo caso servono prove concrete da presentare al giudice.

Negli Stati Uniti, la sentenza più comune è la pena di morte¹²³, dove è ammessa, oppure la condanna all'ergastolo; tuttavia, nel corso degli anni, è accaduto che molti assassini siano stati rimessi in libertà dopo aver scontato pochi anni di carcere, con il ricorso all'istituto giuridico della "parole"¹²⁴, ed abbiano, così, ricominciato ad uccidere.

Inoltre, in alcuni Paesi del mondo, in specie quelli ove vi sono governi di regime totalitario, si osserva la tendenza ad effettuare un'esecuzione veloce, senza processo o a seguito di un giudizio sommario, per dare una risposta forte, che dimostri la capacità repressiva del governo innanzi a crimini di grande impatto per l'opinione pubblica. Deve aggiungersi a tale considerazione l'ulteriore elemento della scarsità di dati certi ed ufficiali sul fenomeno, che con difficoltà vengono comunicati, per fini statistici o di ricerca, da parte di molti tra questi Paesi.

In Italia, vi è stata storicamente una tendenza diffusa a ritenere il Paese immune da questo tipo di crimine, considerando la figura del serial killer una realtà per lo più anglosassone, peraltro quasi mitizzata da film come *Psycho* o *Il silenzio*

¹²³ Negli USA, la pena di morte è ancora regolarmente prevista in Alabama, Arkansas, Carolina del Sud, Dakota del Sud, Florida, Georgia, Idaho, Mississippi, Missouri, Nebraska, Oklahoma, Tennessee e Texas, mentre si applica solo eccezionalmente in Ohio. In questi Stati, la Giuria può decidere per la condanna a morte di un imputato se questi è colpevole di più crimini per i quali è prevista la pena capitale.

¹²⁴ Ci si riferisce alla concessione della libertà sulla parola. Si tratta di una misura concessa all'esito di un periodo – non necessariamente lungo – di pena già scontata, al detenuto che mantenga una condotta esemplare nel periodo di detenzione, della quale dev'esserci prova nei rapporti degli operatori penitenziari. È diffusa in Europa (Grecia, Danimarca, Finlandia, Svezia, Austria, Germania e Regno Unito) e negli Stati Uniti e, nell'ordinamento italiano, presenta profili di affinità con l'istituto della libertà condizionale di cui all'art. 176 c.p.

degli innocenti. Un fenomeno all'apparenza culturalmente estraneo, fino ai drammatici fatti avvenuti nelle campagne fiorentine tra il 1968 e il 1985, noti come i delitti del "Mostro di Firenze".

L'idea stessa era talmente lontana dalla nostra cultura che tuttora, nella lingua italiana non esiste un termine specifico per questo tipo di omicida, che renda il concetto con la stessa efficacia del mutuo anglosassone serial killer.

Un profilo, questo, che si ripercuote nelle lacune che, dal punto di vista legislativo, l'ordinamento italiano presenta a riguardo: infatti, non esiste una specifica norma codicistica che preveda la fattispecie dell'omicidio seriale, né vi si fa riferimento in alcuna legge speciale.

Pertanto, gli unici agganci da considerare come linee-guida nell'analisi giuridica del fenomeno, pur con tutti i limiti del caso, devono riferirsi a taluni istituti previsti dal Codice Penale: il reato abituale, il reato continuato e la recidiva.

2.1 Il reato abituale.

In relazione al reato abituale, deve intendersi tale un reato che esige la ripetizione, anche a distanza di tempo, di una serie di azioni od omissioni con condotte identiche ed omogenee. Il che significa che un singolo atto non integrerà la figura legale del reato in questione: questa si realizzerà solo tramite la reiterazione degli atti e delle condotte che nel loro insieme costituiscono l'offesa. Tuttavia, è evidente che, nel caso dell'omicidio seriale, i singoli omicidi sono già di per sé reati gravi, a cui si aggiunge solo come ulteriore connotato di gravità la ripetizione delle azioni e delle condotte. Deve però osservarsi come, per gran parte degli assassini seriali, l'omicidio è soltanto l'ultima tappa di un percorso criminale iniziato molto presto. Statisticamente, infatti, un numero elevato di essi proviene da ambienti estremamente disgregati, a contatto con l'esempio costante di modelli devianti.

Questi individui intraprendono una vera e propria carriera criminale, che vede il passaggio attraverso caratteristiche e tappe precise: a) provengono da famiglie multiproblematiche e vivono le fasi cruciali del loro sviluppo in ambienti altamente destrutturanti; b) soffrono diversi traumi in età precoce e ciò li porta a scegliere precocemente modalità comportamentali devianti; c) rifiutano l'inserimento nella vita sociale e lavorativa convenzionale; d) di solito, iniziano compiendo reati contro il patrimonio (furto, rapina, incendi dolosi per fini di danneggiamento) per poi passare a reati contro la persona (comportamenti indecenti, molestie, aggressioni, violenze sessuali); un percorso alternativo può anche essere quello riguardante reati di truffa (estorsione, frode, ricettazione).

Il punto di arrivo comune a tutte queste carriere criminali è sempre l'omicidio, attraverso cui tutte le inibizioni interne crollano. Il soggetto prova piacere nel commettere l'azione omicidiaria e subentra un meccanismo di coazione a ripetere. Può sempre accadere che l'escalation criminale si interrompa in una delle fasi precedenti, senza arrivare all'omicidio, ma ciò che differenzia gli assassini seriali è che essi provano il gusto di uccidere e dunque gli altri reati sono solo preparatori, hanno la funzione di avvicinare il soggetto al suo vero obiettivo, cioè l'azione omicidiaria. In questo senso si potrebbe dunque interpretare l'applicabilità della disciplina del reato abituale, non priva da evidenti limiti in relazione alla specificità del fenomeno.

2.2 Il reato continuato.

Il reato continuato è disciplinato dall'art. 81 c.p. Consiste in una pluralità di azioni od omissioni, con più violazioni di legge, commesse con un medesimo disegno criminoso. Il "medesimo disegno criminoso" è l'elemento che caratterizza la fattispecie: la dottrina maggioritaria sostiene che esso, indipendente da un'eventuale previsione iniziale dei reati da compiere, implichi l'unicità dello scopo che il reo si prefigge.

Dunque, la commissione di più azioni od omissioni, che violino più volte la medesima disposizione di legge o anche disposizioni differenti, che integrerebbe un'ipotesi di concorso materiale di reati (punito con cumulo materiale delle pene in base al principio tot crimina, tot poena), è invece soggetta al meccanismo sanzionatorio proprio del concorso formale di reati, con conseguente cumulo giuridico delle sanzioni, laddove le azioni siano esecutive di un medesimo disegno criminoso, anche se commesse in tempi diversi.

Si tratta, dunque, di considerare il reato continuato come reato unico, ragione per la quale è previsto un trattamento più favorevole¹²⁵: nell'ottica del legislatore, chi commette più reati con uno scopo unico dimostrerebbe minore inclinazione criminale di colui che realizza più reati con più scopi diversi.

Nel concreto, in presenza di una pluralità di delitti legati da continuazione, dovrà fare riferimento al massimo edittale e – a parità di pena massima – al minimo edittale più alto, così individuando la violazione più grave.

¹²⁵ Cass. Pen., Sez. I, n. 8513/2013, ha precisato che possono ritenersi indici rivelatori del vincolo di continuazione «a distanza cronologica tra i fatti, le modalità delle singole condotte, le tipologie di reato realizzate, i beni giuridici offesi, l'omogeneità delle violazioni, la causale dei delitti, nonché le condizioni di tempo e di luogo in cui furono commessi, purchè risultino pregnanti ed idonei ad affermare la sussistenza del medesimo disegno criminoso».

Ne consegue che il giudice avrà come riferimento la pena prevista per il più grave reato, mentre le singole sanzioni, previste per ciascuno degli altri reati, confluiranno e si assorbiranno nella pena prevista per il reato più grave, anche laddove questa sia di specie diversa¹²⁶.

Dunque, si applica la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave, aumentata fino al triplo, fermo restando che essa non possa, comunque, superare quella che sarebbe applicabile in base al cumulo materiale.

L'istituto giuridico analizzato, viene spesso chiamato in causa in materia di omicidio seriale; tuttavia, dato l'evidente vantaggio sulla comminazione della pena che ne deriva, ricade con grande facilità nell'alveo della strategia difensiva adottata laddove si assista un indagato o imputato presunto serial killer, non prestandosi, tuttavia, a fornire una concreta risposta sanzionatoria che tenga conto della peculiarità del fenomeno.

È infatti chiaro che, paradossalmente, l'inclinazione criminale dell'omicida seriale viene a profilarsi come minore rispetto a quella di colui che realizzi più reati in assenza di un medesimo disegno criminoso.

Tale strumento, dunque, seppur idoneo ad offrire spunti di riflessione in un'ottica riflessiva e garantista, senz'altro non secondaria, è tuttavia inadeguato alla repressione del fenomeno, in considerazione del un trattamento più vantaggioso che spetterebbe a soggetti caratterizzati da particolare pericolosità criminale.

2.3 La recidiva.

Ulteriore figura codicistica spesso chiamata in causa nei casi di omicidi seriali, è la recidiva, circostanza legata alla persona del colpevole ex art. 99 c.p., in base alla quale il reo "dopo essere stato condannato per un delitto non colposo, ne commette un altro [...]".

In tal caso la pena sarà inasprita in misura crescente, a seconda che si tratti di recidiva semplice, aggravata o reiterata.

La recidiva è semplice (art. 99, comma 1, c.p.) quando il reo, dopo una condanna irrevocabile per un delitto non colposo, ne commette un altro di diversa indole. Il Codice prevede un aumento di pena fino a un sesto della sanzione da infliggere per il nuovo reato;

La recidiva è aggravata (art. 99, comma 2, c.p.) quando un nuovo reato commesso dal reo è della stessa indole di quello precedente (recidiva specifica), quando è stato commesso entro cinque anni dalla condanna precedente (infraquinquennale) o se è stato realizzato durante o dopo l'esecuzione della

¹²⁶ Così Cass. Pen., SS.UU., n.15/1998, nonché Cass. Pen. SS.UU. n. 40983/2018.

pena (c.d. "vera") o nel tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all'esecuzione della pena stessa (c.d. "finta").

Il codice prevede un aumento di pena fino a un terzo e fino alla metà se concorrono più circostanze, quando si tratti cioè di recidiva pluriaggravata (art. 99, comma 3, c.p.).

Infine, è reiterata (art. 99, comma 4, c.p.) quando il nuovo reato – non colposo – è commesso da chi è già recidivo. In questi casi, si applica un aumento della pena fino alla metà se si tratta di recidivo semplice o fino a due terzi se si tratta di recidivo qualificato, e da uno a due terzi se commesso durante o dopo l'esecuzione della pena o nel tempo in cui il condannato si è sottratto volontariamente alla giustizia.

Inoltre, nel 2005 è stata introdotta un'ipotesi di recidiva obbligatoria, riguardante i reati di cui all'art. 407, comma 2, lettera a), del Codice di Procedura Penale¹²⁷, che obbliga il giudice ad aumentare la pena e, se aggravata, pone un limite minimo alla misura dell'aumento applicabile, che non può essere inferiore ad un terzo.

Peraltro, peculiarità dell'istituto della recidiva è che, nell'ordinamento giuridico italiano, i suoi effetti sono molteplici e non influiscono solo sull'aumento della pena da infliggere.

Fra l'altro, la forma reiterata di cui al comma 4 dell'art. 99 c.p.: a) impedisce il giudizio di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle aggravanti (art. 69 c.p.); b) è di ostacolo al cosiddetto patteggiamento allargato (art. 444 comma 1 bis c.p.p.); c) comporta un aumento della pena non inferiore ad un terzo di quella stabilita per il reato più grave, in caso di concorso formale o di continuazione di reati (art. 81 c.p.); d) determina un aumento dei termini massimi di prescrizione di reati (un aumento di minore entità consegue anche alla recidiva aggravata di cui al secondo comma dell'art. 99, c.p.) (art. 161 c.p.); e) rendeva immediatamente efficace l'ordine di esecuzione anche per le pene detentive brevi; detta previsione è stata tuttavia abrogata dal D.L. n. 78/2013; f) limita la possibilità di usufruire di misure alternative alla detenzione (artt. 47ter, 50bis e 58quater L. 26 luglio 1975 n. 354 e art. 94 DPR 9 ottobre 1990 n. 309); g) incide sulla concessione di eventuali permessi premio (art. 30 L. 26 luglio 1975 n. 354).

¹²⁷ I reati in questione sono quelli per i quali è prevista una durata massima delle indagini di due anni, maggiore cioè al termine ordinario di 6 mesi, nonché della massima estensione dello stesso fino a 18 mesi in seguito a proroghe. Si tratta di reati particolarmente gravi come la strage, l'omicidio, la rapina a mano armata, i reati di criminalità organizzata e di terrorismo o di traffico di armi. Si può dunque riferire pacificamente all'ipotesi di omicidio seriale.

Dunque, l'analisi sinora delineata consente di individuare talune caratteristiche della circostanza in esame compatibili con la peculiarità del fenomeno dell'omicidio seriale.

Una prima considerazione riguarda la natura soggettiva della stessa, in quanto è inerente alla persona del colpevole, quale condizione personale del soggetto derivante dall'esistenza di una precedente condanna penale del medesimo che, pertanto, non incide direttamente sulla gravità del fatto di reato.

Essa è fondata, invero, su una presunzione di maggiore capacità a delinquere del recidivo, non individuata, ovviamente, su un'arbitraria valutazione, bensì sugli elementi compiutamente descritti dall'art. 99 c.p.p.

Tuttavia, un immediato limite che si delinea nell'applicazione della norma all'ipotesi omicidiaria in esame deriva dal fatto che la sua contestazione all'indagato sia subordinata alla preesistenza di una condanna per un reato non colposo. È necessario, in sostanza, che il sistema penale-giudiziario abbia già individuato, in una precedente occasione, la punibilità della condotta del serial killer, senza però, evidentemente, riuscire ad incidere sul medesimo sotto il profilo della rieducazione e del trattamento.

Nondimeno, deve pur considerarsi che i "reati della stessa indole" non devono necessariamente consistere in identiche violazioni di una medesima disposizione, in quanto, ai sensi dell'art. 101 c.p.:

«sono considerati reati della stessa indole non soltanto quelli che violano una stessa disposizione di legge, ma anche quelli che, pure essendo preveduti da disposizioni diverse[...], per la natura dei fatti che li costituiscono o dei motivi che li determinarono, presentano, nei casi concreti, caratteri fondamentali comuni».

Ne consegue che l'assassino seriale, per essere ritenuto recidivo, non dovrà obbligatoriamente aver commesso in precedenza altri omicidi, ma potrà ritenersi tale anche con riferimento anche ad altri reati, idonei a presentare profili di comunanza rispetto alla condotta omicidiaria.

Perciò, da un punto di vista criminologico si tratta sicuramente di uno strumento di riferimento, in grado di sottolineare il maggior allarme sociale suscitato dal nuovo reato commesso da persona che è stata già capace di delinquere, per cui è previsto un inasprimento della risposta punitiva.

2.4 Altri aspetti riferibili alla fattispecie: l'imputabilità.

È di immediata suggestione, nelle ipotesi in cui si abbia a che fare con un caso di assassino seriale, il riferimento all'imputabilità¹²⁸.

Spesso, infatti, si tende ad associare l'autore di crimini particolarmente efferati al concetto di follia, per un meccanismo psicologico che impedisce la piena comprensione – e ancor meno l'accettazione –, sul piano razionale, di condotte di tale natura.

Tuttavia, non è affatto scontato il binomio serial killer-infermo di mente: la mente umana è complessa e ciascuna personalità può presentare particolari aspetti di interessante approfondimento sul piano psichiatrico, ma non per questo tali peculiarità sfociano ineluttabilmente in infermità idonee ad incidere sulla capacità di intendere e di volere del soggetto nel momento in cui commette l'azione criminosa.

Il Codice Penale italiano, in relazione alla persona del delinquente, consente di distinguere tra: a) delinquenti responsabili, per i quali è prevista come sanzione la pena stabilita dalle singole fattispecie di reato. Sono quei soggetti ritenuti responsabili dei propri atti perché liberi di autodeterminarsi e comportarsi in modo conforme al diritto; b) delinquenti irresponsabili, che come tali, non possono essere sottoposti a pena. Si tratta di coloro i quali presentano una condizione patologica che incide, in maniera totale o parziale, sulla loro capacità di autodeterminarsi e di comprendere il significato delle proprie azioni.

Ciò in applicazione dell'art. 85 c.p., per cui "nessuno può essere punito per un fatto previsto dalla legge come reato, se al momento in cui l'ha commesso, non era imputabile". È imputabile chi ha capacità di intendere e di volere, cioè è capace di comprendere il valore positivo o negativo degli atti che compie e di autodeterminarsi; più precisamente, si considera la capacità di intendere come l'idoneità psichica a comprendere e a valutare le proprie azioni od omissioni, laddove la capacità di volere corrisponde, invece, alla libertà psichica di criterio selettivo tra due o più azioni ugualmente attuabili.

Per alcuni indirizzi psicologici o psichiatrici, non sarebbe accettabile la distinzione comune ai codici penali, tra soggetti imputabili e non imputabili, perché non

¹²⁸ Nel diritto anglosassone, quando sorge il dubbio che chi ha commesso il reato sia malato di mente, ci si interroga sulla presenza delle c.d. regole di McNaughten, così denominate per un caso che fece scalpore, quello di D.MCNAUGHTEN, che, dopo l'uccisione di un uomo, si rivelò affetto da manie di persecuzione e, riconosciuto malato di mente, fu internato in un manicomio criminale. Tali regole permettono di stabilire in che modo la malattia, al momento del fatto, abbia inciso sulla consapevolezza della natura e della qualità dell'atto e in che misura l'autore del fatto se ne sia reso conto. Per i reati gravi come l'omicidio seriale, si parla di insanity defense: il compito di provare l'esistenza di una malattia mentale spetta sempre alla difesa.

esisterebbe alcun preciso confine tra "normalità" e "anormalità" psichica, ma soltanto una serie di situazioni specifiche da individuo a individuo.

È tuttavia necessario, per esigenze pratiche in sede applicativa del diritto, avere dei criteri di riferimento in base ai quali distinguere tra soggetti sani e soggetti incapaci dal punto di vista medico-psichiatrico, concedendo comunque a tale impostazione scientifica la graduazione intermedia dei semimputabili.

Quindi, non sono imputabili i soggetti che, per infermità, sono privi della capacità di intendere e di volere (art. 88 c.p.). Ad essi si aggiunge la via intermedia del vizio parziale di mente, che riguarda coloro che, sempre per infermità, hanno una capacità di intendere o di volere grandemente scemata (vizio parziale di mente, art. 89 c.p.) e pertanto saranno imputabili, ma la pena sarà loro diminuita. Con l'ovvia precisazione che tale valutazione debba sempre avvenire con riguardo al tempus commissi delicti, dovendo l'eventuale condizione idonea ad incidere sull'imputabilità del soggetto essere sussistente ed attuale al momento della commissione del fatto criminoso¹²⁹.

Sarà dunque necessario inquadrare il serial killer anche da questo punto di vista, con l'ausilio imprescindibile del ruolo tecnico-scientifico rivestito dai consulenti di parte e dai periti del giudice.

Come si è già osservato, reati di questo genere, apparentemente senza movente e spesso commessi su vittime sconosciute, vengono percepiti come afferenti ad una dimensione irrazionale e spingono ad identificarne l'autore come "mostro": generalmente una conclusione tecnica che ne confermi l'infermità di mente è quasi sperata ed attesa, in quanto risulta tranquillizzante, facendo rientrare l'assassino nello stereotipo della follia.

Eppure, nella maggior parte dei casi, i consulenti escludono l'esistenza di una vera e propria malattia mentale.

¹²⁹ Nell'interpretazione degli artt. 88 e 89 c.p. è centrale il concetto di infermità e l'individuazione di quali disturbi mentali possano costituirla. Tale individuazione si fonda su criteri clinici circoscritti e delimitati che U.FORNARI, in Trattato di psichiatria forense, UTET Giuridica, Milano, 2018, fonda sull'esclusione di quei tratti e disturbi della personalità che si costituiscono in modi di essere della persona (stili nevrotici, perversioni, ecc.) e l'inclusione di quadri di evidente scempenso psicopatologico (disturbi psicotici acuti, schizofrenia, ecc.). Specifica inoltre che sarà sempre necessaria la correlazione tra il disturbo psicopatologico e le modalità del fatto di reato. Si dovrà dunque attribuire il vizio totale di mente solo «a quei rari soggetti il cui reato è sintomatico di un grave scempenso psicopatologico acuto o di una consistente compromissione della personalità da deterioramento o destrutturazione psicotica cronica». Ancora FORNARI (2018), in attesa che sia rivista la nozione di cui all'art. 89 c.p., ritiene debba riservarsi convenzionalmente «il non quantificabile vizio parziale di mente [...] a reati sintomatici di quadri c.d. minori rispetto ai precedenti, in cui però sia almeno possibile stabilire un aggancio credibile fra disturbo psicopatologico e reato».

Lo strumento per eccellenza a tal fine utilizzato è la perizia, attività pratica del medico legale e dello psichiatra forense, che si concreta in un parere tecnico, motivato con la chiara e logica esposizione delle ragioni che hanno portato alla conclusione e che siano idonee a ricostruire il percorso deliberativo a monte dell'agire del soggetto, individuando oppure escludendo eventuali processi psichici sintomatici di infermità¹³⁰.

3. I nuovi paradigmi del trattamento terapeutico

Dal raffronto con gli studi americani sul fenomeno¹³¹, si osserva che il serial killer, indipendentemente dalla valutazione in punto di imputabilità al momento in cui compie l'azione, presenta comunemente profili patologici riferibili a diversi disturbi mentali.

Ne deriva che il tentativo di recupero e di supporto terapeutico debba necessariamente tenere conto dei problemi sia fisici che psicologici peculiari al soggetto. Come correttamente osservato da Mastronardi¹³², se si procede all'osservazione di un serial killer da parte di dieci psicologi o psichiatri diversi, si otterranno dieci diagnosi diverse, che spesso si riducono a semplici etichette insufficienti a comprendere seriamente chi si ha di fronte, i suoi reali problemi e come interagire con lui per tentare di modificarne il comportamento.

La peculiarità e la singolarità delle condotte degli assassini seriali, infatti, per quanto costituiscano affascinante oggetto di studio, rappresentano dei limiti notevoli per la repressione e, soprattutto, la prevenzione del fenomeno, da un punto di vista tanto clinico che giuridico.

Taluni psichiatri¹³³, si muovono sul versante di una possibile spiegazione chimico-biologica del comportamento omicidiario seriale, arrivando a prevedere, ad esempio, la somministrazione di una dieta appropriata che favorisca un ripristino

¹³⁰ Ibidem, secondo l'autore esistono una serie di criteri utili da seguire e adottare per rispondere ai quesiti posti dal magistrato, che possono essere così descritti: I criterio: classificazione della patologia di mente, che deve essere lineare, chiara, comprensibile e semplice; II criterio: impostare la classificazione su criteri più rigorosi e obiettivi possibile; III criterio: il termine "malattia" va riservato solo ai disturbi psicotici e ai disturbi gravi di personalità; IV criterio: si deve distinguere tra la formulazione di una diagnosi clinica (complesso di sintomi acuti, subacuti e cronici) e una diagnosi di struttura (individuazione dell'organizzazione profonda della personalità); V criterio – nel conferire valore di malattia ad un'azione o omissione giuridicamente rilevante, ogni sintomo della patologia va contestualizzato e riferito al reato.

¹³¹ Cfr. J. NORRIS, *Serial killers*, Anchor Books, New York, 1988

¹³² V.M. MASTRONARDI, R. DE LUCA, *I Serial Killer – Il volto segreto degli assassini seriali*, Roma, Newton & Compton, 2011, p. 426 e ss.

¹³³ J. NORRIS, *Serial killers*, Anchor Books, New York, 1988

dell'equilibrio ormonale e metabolico, alterato gravemente in molti assassini seriali¹³⁴.

In Italia, una simile proposta di trattamento multilivello è stata avanzata da Ruben De Luca¹³⁵, che ne individua le caratteristiche nella flessibilità e nell'obiettivo di modificare il sistema motivazionale del serial killer. Il trattamento deve iniziare all'interno delle strutture che lo ospitano e proseguire all'esterno, se il soggetto è rimesso in libertà, comprendendo: psicoterapia individuale analitica e comportamentale, terapia familiare, terapia di gruppo, terapia farmacologica, dieta alimentare personalizzata ed assistenza continuata.

Altra tecnica è il metodo dell'immaginazione attiva, con cui il soggetto è sollecitato ad elaborare le proprie raffigurazioni interiori e rappresentarle nello spazio tramite il disegno, la scultura, la scrittura o altri ambienti idonei e favorevoli alla libera espressione delle emozioni; ciò allo scopo di prendere contatto con le proprie immagini interne, per esteriorizzare il vissuto traumatico collegato ad esse.

Diversi trattamenti, ancora di derivazione anglosassone, consistono nell'applicazione della life – course theory¹³⁶, la teoria dell'esperienza di vita, che si occupa dello studio dei fattori che incidono su ciascuna fase della vita (infanzia, adolescenza ed età adulta) e di come essi rivestano un ruolo nella formazione di una carriera criminale. Sono così individuabili le influenze reciproche tra le esperienze di vita dell'individuo, con riferimento al suo contesto di vita ed al suo sviluppo personale, e le sue esperienze criminali.

Di tale teoria deve tenersi conto negli studi longitudinali che riguardano l'osservazione di un soggetto ritenuto serial killer. Questi, invero, hanno origine sociologica e si concentrano sull'individuazione di segnali e meccanismi di rischio alla base delle manifestazioni antisociali e/o criminali.

La loro importanza è fondamentale anche in ambito forense in quanto, seppure sia azzardato pensare di investire il legislatore del compito di tipizzare o sussumere sotto una specifica fattispecie penale l'omicidio seriale, il ricorso a tali strumenti consente di introdurre, dapprima nel processo penale e,

¹³⁴ Su questa impostazione R.KRAUS, lo psichiatra che esaminò il serial killer Arthur Shawcross (14 vittime accertate), scoprì che possedeva un cromosoma Y in più e che nel suo organismo era presente un'elevata quantità di metaboliti biochimici, che a livelli abnormi causava disfunzioni psichiatriche e aggressività. Affiancò dunque al trattamento psicoterapeutico una dieta specifica, con l'apporto di vitamine e zinco, con risultati notevoli su Shawcross, i cui impulsi aggressivi risultavano diradati e meno intensi.

¹³⁵ R. DE LUCA, *Omicida e artista: le due facce del serial killer*, Magi Edizioni, 2006.

¹³⁶ Cfr. K. MANNHEIM, *The Sociological Problem of Generations*, New York, 1920.

successivamente, nel contesto di recupero e trattamento che segue nella fase di esecuzione della pena, criteri efficaci per lo studio e la prevenzione del fenomeno. Lo sviluppo criminale, infatti, attraverso questi studi viene analizzato esplorandone le modificazioni nel tempo, con carattere, eventualmente, anche predittivo.

Per poter sperare di individuare un assassino seriale, si dovrà osservare contestualmente sotto il profilo socio-criminologico, psichiatrico e giudiziario il soggetto criminale secondo un'ottica prospettica, tridimensionale e complessa, partendo dall'individuo, dalla sua storia e dal suo ambiente e contestualizzando le sue azioni criminali.

Si dovrà, inoltre, osservare l'evolversi nel tempo delle fasi comportamentali del criminale, identificando i fattori di rischio o gli elementi concreti che lascino pensare ad una carriera criminale seriale, valutando anche le capacità di desistenza sviluppate dal soggetto osservato.

Si tratta quindi, in generale, di individuare in un criminale con determinate caratteristiche quegli elementi che possano indurre ad una sua classificazione come potenziale serial killer, con lo scopo di prevenire il fenomeno, o, quanto meno, operare un tentativo in tal senso.

Come si è già accennato, negli studi italiani di riferimento¹³⁷, si individua tra questi elementi caratteristici un senso di vuoto esistenziale, legato ad un intimo stato di solitudine e tristezza, fittiziamente colmate dalle uccisioni commesse. Da qui, in termini psichiatrici si individua un disturbo specifico e ricorrente in questi criminali, ovvero la necromania, di cui si è detto in premessa. Questo interesse patologico e morboso per la morte attraversa la duplice fase del procurare la morte e del successivo rapporto prolungato col cadavere¹³⁸. Il carattere compulsivo di tale bisogno, che anela ad un contatto costante con la morte, spingerebbe quindi il soggetto ad uccidere ripetutamente.

Ulteriori spunti di comparazione derivano dalla Russia¹³⁹, dove lo psichiatra Alexander Bukhanovsky, occupandosi della prevenzione dell'omicidio seriale in concomitanza con lo studio del caso di Andrej Chikatilo (53 vittime accertate), ha focalizzato l'attenzione sul controllo degli impulsi omicidiari.

¹³⁷ P. DE PASQUALI, *I serial killer in Italia*, FrancoAngeli, Milano, 2001, pp. 132 e ss.

¹³⁸ P. DE PASQUALI, *I serial killer in Italia*, FrancoAngeli, Milano, 2001, pp. 132 e ss.

¹³⁹ Cfr. K. RAMSLAND, *The Mind of a Murderer: Privileged Access to the Demons That Drive Extreme Violence*, Praeger Pub Text, 2011

Tale studio ha avuto seguito con la creazione di una clinica in cui ha riunito in regime di osservazione dodici soggetti ritenuti assassini seriali potenziali, iniziando una sorta di percorso terapeutico.

Il metodo utilizzato si basava principalmente sul colloquio, con l'obiettivo di far uscire fuori le fantasie di morte dei soggetti attraverso la verbalizzazione di esse ed uno scarico di aggressività. Tra questi, lo studio ha effettivamente riscontrato deliranti fantasie di morte e di controllo o dominio su altre persone, con aggressività verso esseri viventi inferiori (in genere animali, elemento conforme anche alla triade di MacDonald¹⁴⁰), scarsissima autostima e disprezzo per l'altro sesso.

È però evidente come, nonostante i tentativi di approccio sotto profili multidisciplinari e comparati, l'individuazione del fenomeno e, ancor più, la sua prevenzione, fanno emergere profili di profonda criticità.

4. I limiti delle proposte trattamentali

Tutti i trattamenti individuati, che sono in costante fase di perfezionamento, presentano un primo limite di manifesta identificazione, consistente nell'impossibilità, in un sistema garantista e fondato sull'inviolabilità della libertà personale, di sottoporre a qualsivoglia tipo di trattamento i criminali prima del loro arresto, per prevenirne i crimini.

Gli stessi studi condotti in altri Paesi non sono stati esenti da critiche e censure, legate alla condanna del tentativo, seppur giustificato da ragioni di studio e ricerca, di privare della libertà soggetti che non hanno ancora commesso un omicidio, a scopo meramente preventivo.

Altre critiche sono nate dall'eventualità che, nel corso di tali studi, ci si possa imbattere in soggetti che si rivelano essersi già resi autori di crimini, rimasti occulti, la cui perseguibilità sarebbe, però, difficile, essendo inseriti in un contesto terapeutico e non potendosi pretendere dallo psichiatra, in virtù del segreto professionale, la denuncia di precedenti condotte criminose eventualmente rivelate. Ciò comporterebbe una "zona franca" di immunità ingiustificata, inaccettabile per l'ordinamento penale.

¹⁴⁰ Secondo la classica Triade di MacDonald (1963), alcuni serial killer mostrano nella fanciullezza uno o più dei segnali di avvertimento, ossia: la piromania, ovvero la mania di accendere fuochi, invariabilmente solo per il gusto di distruggere le cose; la crudeltà verso gli animali (correlata allo zoosadismo), e sebbene molti bambini possano essere crudeli verso gli animali, per esempio strappando le zampe ai ragni, i futuri serial killer si caratterizzano per uccidere spesso animali più grossi, come cani e gatti, e frequentemente solo per il loro piacere solitario, invece che per impressionare i loro pari; l'enuresi notturna, ovvero fare la pipì a letto oltre l'età "normale" entro cui i bambini cessano tale comportamento.

Identiche problematiche emergono con riguardo all'ipotesi, seppur remota, di un possibile reinserimento sociale del serial killer, o, molto più verosimilmente, nell'ipotesi in cui il soggetto non sia individuato come tale e si ritrovi a scontare una pena di durata non eccessiva, con conseguente rimessione in libertà.

In tal caso, infatti, si palesano le medesime criticità in ordine all'impossibilità di sottoporre il soggetto a qualsivoglia trattamento – fuori dai casi di accertata patologia psichiatrica, che potranno vedere il ricorso a misure di sicurezza.

Si evidenziano, complessivamente, profondi limiti oggettivi nell'applicazione delle varie proposte trattamentali.

Non deve sottovalutarsi, peraltro, che un'osservazione del genere, complessa e multidisciplinare, richiederebbe un lungo periodo di tempo, nonché competenze specifiche e settoriali adeguate e costi sicuramente elevati.

Tuttavia, manca nel sistema dell'esecuzione penale la possibilità di coordinare in maniera permanente e continuata l'attività di diversi professionisti, che dovrebbe concentrarsi su specifiche strutture e che, tuttavia, coinvolgerebbe un numero limitato di soggetti, giacché – fortunatamente – i casi di serial killer attualmente detenuti nel territorio italiano sono circoscritti e limitati.

È, poi, un fattore determinante per il trattamento la collaborazione del soggetto criminale. Si tratta di una variabile di non poca importanza, in quanto questi non potrà certamente essere obbligato a prestarsi al trattamento, né all'osservazione per fini di ricerca, quand'anche si trovi sottoposto al regime carcerario.

D'altro canto, trattandosi di studi dal contenuto e dalla funzione anche e soprattutto predittiva, ci si scontra in ogni caso con la difficoltà di poterne verificare il risultato e, quindi, l'efficacia e l'attendibilità del trattamento stesso.

Duole constatare, in definitiva, che nell'affrontare l'aspetto legato alla possibilità di intervenire in qualche modo su un soggetto serial killer, si deve necessariamente assumere il presupposto che, attualmente, non esiste in concreto alcun tipo di trattamento penitenziario o terapeutico che permetta di modificare il comportamento di un assassino seriale.

È evidente, del resto, che la repressione e l'individuazione del fenomeno, nella sua peculiarità e sporadicità, non possono essere lasciate al legislatore, per l'impossibilità intrinseca dello strumento normativo sia di delineare elementi comuni, idonei a descrivere una fattispecie astratta, sia di punire con un'unica previsione normativa un fenomeno complesso, che si caratterizza per dinamicità e variabilità nel tempo e nello spazio.

In ogni caso, quand'anche si riuscissero ad individuare in un soggetto quelle caratteristiche tipiche della condotta in esame, sulla base delle modalità

descritte, non lo si potrebbe preventivamente sottoporre ad un qualche tipo di misura che ne limiti la libertà di azione.

L'unico criterio attualmente utilizzabile è l'individuare correttamente, tramite il ricorso alle scienze forensi, determinate caratteristiche, che fortemente lascino pensare di trovarsi innanzi ad un potenziale assassino seriale.

Ciò può essere importante per la scelta della misura da applicare qualora questi commetta un reato o, dove possibile, per una terapia che ne controlli gli impulsi. Invero, molte caratteristiche di taluni criminali particolarmente efferati¹⁴¹ permettono il loro inquadramento in un profilo psicopatologico deviante che, pur in assenza di forme di psicosi o di ulteriori infermità psichiatriche, è segnale di allarme per la loro prognosi criminale e rappresenta l'elemento su cui concentrare gli sforzi terapeutici e rieducativi.

Anche sotto tale profilo, invero, si riscontrano contrasti in quanto tali aspetti devono necessariamente essere sottoposti al vaglio di un esperto del settore, in specie di uno psichiatra. Tuttavia, sin dall'esperienza processuale si manifesta la concreta possibilità che in relazione ad un medesimo individuo, esperti differenti siano giunti a diverse conclusioni, in particolare in relazione alla sua capacità di intendere e volere.

Si tratta di un aspetto indubbiamente non secondario nell'eventuale individuazione del trattamento più adeguato, in quanto il sistema del doppio binario prevede l'alternativa tra pena e misura di sicurezza a seconda della diagnosi sull'imputabilità, con notevoli differenze sul regime conseguente.

Né può pensarsi, del resto, che la soluzione possa essere semplicemente quella di rinchiodare il serial killer senza cercare alcun tipo di interazione o di approccio terapeutico con lui.

Peraltro, tale soluzione confliggerebbe con la funzione rieducativa della pena che, pur a fronte di un'evidente irrecuperabilità del reo, non può esimersi dal guardare allo stesso come ad un soggetto da poter potenzialmente reinserire socialmente, promuovendone in ogni caso il recupero.

È chiaro, quindi, che vi sono molteplici ed invalicabili difficoltà sul punto.

¹⁴¹ Si pensi al caso di Angelo Izzo, "mostro del Circeo", le cui caratteristiche della personalità potevano suggerire ab origine un quadro psichiatrico sintomatico di profonde devianze (se non inquadrabile nel profilo di un soggetto già assassino seriale, quantomeno di un potenziale tale) peculiari per il loro concretizzarsi in fantasie di violenza e di morte e che, tuttavia, è stato destinatario di un regime di semilibertà, nel corso della quale si è reso responsabile di un nuovo duplice omicidio.

5. La perpetuità della pena.

Ulteriore aspetto controverso riguarda la punibilità del serial killer che sia risultato imputabile e dunque pienamente capace di intendere e volere.

È evidente che per una serie di reati di tale natura, il regime previsto tenderà ad essere quello maggiormente afflittivo, dunque tendenzialmente la pena dell'ergastolo.

Si precisa che l'omicidio seriale non rientra, ovviamente, nel novero dei delitti per i quali è previsto l'ergastolo c.d. ostativo ai sensi dell'art. 4-bis L. n. 354/1975¹⁴², che, peraltro, non compiutamente riformato dalla pur recente Riforma Orlando¹⁴³, è stato definitivamente taciuto di illegittimità a fronte di pronunce della giurisprudenza sia costituzionale che europea¹⁴⁴.

Invero, prima di tali recentissime decisioni, frutto di un lungo percorso giurisprudenziale nazionale ed europeo fondato sulla valorizzazione della funzione rieducativa della pena, incompatibile con la tendenziale perpetuità della stessa, non è mancata qualche proposta estensiva della disciplina ai casi di omicidi seriale.

Tuttavia, pur in assenza di specifico orientamento giurisprudenziale a riguardo, è stata da subito evidente l'impossibilità di ricorrere ad un'interpretazione estensiva della disciplina senza incorrere nel divieto di analogia (peraltro in peuis), che impedisce di ricondurre un fenomeno non previsto tassativamente nel novero dei reati a cui è applicabile la previsione.

Tale esclusione appare quindi logica in ragione dell'assenza di individuazione del fenomeno in termini normativi e, dunque, della sostanziale assenza legislativa di qualsivoglia richiamo alla serialità omicidiaria, a causa dell'obiettiva difficoltà, già individuata, di offrire unitaria disciplina ad un fenomeno di estrema peculiarità, interdisciplinarietà e variabilità.

¹⁴² Cfr. L. 354 del 26 luglio 1975, c.d. ordinamento penitenziario, "Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti".

¹⁴³ Legge n.203/2017, nata con l'obiettivo di conformarsi ai principi sanciti dalla CEDU, in particolare in relazione al principio di umanità della pena, ha tentato di ovviare a taluni automatismi propri del sistema penitenziario, senza però operare una compiuta eliminazione del meccanismo dell'ergastolo ostativo.

¹⁴⁴ Cfr. Corte Cost. 253 /2019: «la presunzione assoluta di pericolosità sociale del condannato, sulla base dell'assunto che il rifiuto di collaborazione equivalga a perdurante pericolosità, è illegittima, in quanto non solo irragionevole, ma in violazione dell'articolo 27, comma 3, della costituzione, che sancisce la funzione rieducativa della pena ed implica, quindi, la progressività trattamentale e la flessibilità della pena, contro rigidi automatismi».

Cfr. Corte EDU, Marcello Viola c. Italia, 13 giugno 2019: «il regime dell'ergastolo ostativo, implicante l'equazione teorica tra rifiuto di collaborare e presunzione assoluta di pericolosità sociale del condannato, è incompatibile con l'articolo 3 della Convenzione europea e con il principio della dignità umana».

Fuori dal più severo regime dell'ergastolo ostativo, comunque in fase di superamento anche per le ipotesi nelle quali è compiutamente previsto, in ogni caso, tramite il ricorso ai delineati istituti del reato abituale, del reato continuato e della recidiva, è possibile giungere alla condanna del serial killer ed all'applicazione della pena massimamente afflittiva¹⁴⁵.

La pena dell'ergastolo eventualmente comminata sarà quella prevista dall'art. 17 c.p. e disciplinata dall'art. 22 c.p., per il quale essa "è perpetua, ed è scontata in uno degli istituti a ciò destinati [...]".

Chi vi è condannato può, nelle modalità previste, avere comunque accesso a una serie di benefici, come il regime di semilibertà e la libertà condizionale, e godere di permessi. Inoltre, dopo un massimo di 26 anni di espiazione della pena, il condannato potrà essere ammesso alla liberazione condizionale.

Si precisa che anche in questo senso, avuto riguardo al disposto dell'art. 27 Cost. ed alla rieducazione del condannato come fine ultimo della pena, con divieto di farla consistere in trattamenti contrari al senso di umanità, è aperto il dibattito in punto di legittimità dell'ergastolo in ragione della sua natura perpetua, inidonea quindi a realizzare il reinserimento sociale del condannato.

Tale impostazione, per quanto auspicabile in un'ottica garantista e legata ad una ratio rieducativa non solo formale, ma concreta ed effettiva, presenta un evidente profilo di criticità in relazione alla figura del serial killer, del quale, invero, si presuppone la quasi assoluta irrecuperabilità sociale¹⁴⁶.

La diminuzione del tetto massimo di pena, quindi, potrebbe permettere che un serial killer arrestato molto giovane si trovi in libertà ancora nelle condizioni idonee per commettere nuovi delitti, se non sottoposto ad una forma di trattamento veramente adeguata.

La difficoltà, quindi, è quella di operare un giudizio di bilanciamento tra il diritto del reo ad un trattamento penale dignitoso, volto alla reintegrazione sociale, e la necessità di offrire tutela alla generalità dei consociati attraverso la limitazione della libertà personale in capo a soggetti che presentino una pericolosità cronica.

¹⁴⁵ Gianfranco Stevanin, "il Mostro di Terrazzo", è stato condannato nel 2001 all'ergastolo per l'omicidio di sei donne, a seguito di una lunga e travagliata vicenda processuale che ha visto l'alternarsi di differenti conclusioni in termini di imputabilità, sino a giungere a confermarne la piena capacità di intendere e di volere.

¹⁴⁶ Cfr. J. NORRIS, *Serial killers*, Anchor Books, New York, 1988 e P. DE PASQUALI, *I serial killer in Italia*, FrancoAngeli, Milano, 2001.

6. Profili da valutare nello studio di idonei correttivi.

La soluzione alle criticità emerse non è di certo univoca ed immediata, in considerazione di tutti gli aspetti sinora evidenziati.

Vi sono numerose cause di insuccesso nel trattamento dei serial killer in Italia, sulle quali sarebbe auspicabile un intervento al fine di poter prospettare una concreta e realistica gestione del fenomeno.

Si tratta, in effetti, di profili di problematicità generale, non riferibili esclusivamente al trattamento dell'omicida seriale, ma già evidenti come deficit del sistema giudiziario sui quali, tuttavia, si fatica ad intervenire.

Un primo fattore di ostacolo ad un idoneo approccio rieducativo per l'eventuale serial killer è il problema, ben noto¹⁴⁷, del sovraffollamento carcerario.

Il detenuto, infatti si trova in costante contatto con altri criminali che possono alimentare le sue fantasie oltre che sottoporlo ad uno stress costante, il che, nel caso particolare dell'assassino seriale, implica ripercussioni sulle proprie pulsioni istintuali, che lo spingono all'aggressività.

Gli interventi del legislatore nel tentativo di affrontare il problema, susseguitisi fino alla già citata Riforma Orlando del 2017, non sono, ad oggi, sufficienti a consentire di individuare una soluzione che eviti concretamente il verificarsi di situazioni analoghe a quelle già censurate dalla CEDU.

La maggior parte dei rimedi previsti riguarda, invero, misure alternative alla detenzione, con particolare ruolo degli Uffici di Esecuzione Penale Esterna (UEPE), organi periferici dell'amministrazione penitenziaria che, oltre a svolgere attività di controllo e vigilanza, hanno il compito di favorire il reinserimento sociale del condannato e di bilanciare la necessità di garantire un livello di sicurezza sociale con quella di assicurare un trattamento socio-educativo e di prevenzione della recidiva.

Si è già avuto modo di evidenziare, in ogni caso, l'inidoneità di tali rimedi alternativi nei confronti dell'assassino seriale, sicchè il problema del sovraffollamento carcerario si combina inevitabilmente, dal punto di vista di questi criminali, con quello del sistema giudiziario.

La soluzione prospettata per ovviare alla problematica precedente, infatti, può portare all'estrema conseguenza opposta nel caso del serial killer che, nonostante la lunghezza o addirittura la tendenziale perpetuità della pena,

¹⁴⁷ La criticità si è manifestata sin dalla Sentenza Torreggiani, Corte EDU, Sez. II, Causa Torreggiani e altri c. Italia, 8 gennaio 2013, che ha individuato la violazione dell'art. 3 CEDU da parte dell'Italia per aver posto in essere trattamenti inumani e degradanti nei confronti di soggetti sottoposti alla reclusione, in quanto gli stessi condividevano celle triple con meno di 4 metri quadrati di spazio a disposizione per ciascuno.

venga, ad un certo punto, rilasciato o comunque messo nelle condizioni di godere di forme di libertà, in quanto ritenuto non socialmente pericoloso.

Infatti, l'assassino seriale rimesso in libertà tornerà ad uccidere, in quanto non può evitarlo con la sua semplice volontà, in assenza di un fattore esterno che glielo impedisca.

Per di più, prendendo atto di tale aspetto irrisolvibile, deve farsi riferimento ad un ulteriore profilo valutativo.

Anche laddove il serial killer sia riconosciuto come non imputabile, e dunque se ne evidenzi la sua pericolosità con la scelta di sottoporlo a misura di sicurezza, l'alternativa al carcere non è esente da aspetti controversi.

Le strutture preposte al trattamento ed alla cura delle malattie mentali in soggetti pericolosi socialmente¹⁴⁸, non hanno, in genere, né fondi sufficienti né competenze specifiche per prevedere trattamenti adeguati e personalizzati per ciascun paziente, aspetto che si ripercuote in maniera ancor più gravosa per un soggetto particolarmente pericoloso quale l'assassino seriale.

Frequentemente, inoltre, il serial killer è un manipolatore, in grado di mettere in difficoltà, con il proprio comportamento, perfino gli psichiatri e gli esperti del campo, mantenendo anche un basso profilo ed un atteggiamento all'apparenza mite ed inoffensivo, salvo poi tornare ad uccidere alla prima occasione. Perciò, anche se il soggetto viene trattato ab origine presso un istituto di questo tipo, non può escludersi che egli si trovi a reiterare i propri crimini, al termine della misura di sicurezza.

Sono questi, dunque, gli aspetti da approfondire e tenere in conto in sede di applicazione della pena – o della misura di sicurezza – nei confronti dell'omicida seriale, sì da individuare se, nel caso concreto, gli strumenti offerti dal sistema possano essere adeguati alle esigenze di specie.

7. Individuazione e prevenzione dell'omicidio seriale.

Preso atto delle obiettive difficoltà trattamentali posteriori alla commissione di crimini seriali, che inevitabilmente emergono in sede di condanna del criminale autore di tali delitti, è opportuno soffermarsi anche sulle concrete possibilità di intervenire sul fenomeno in una fase precedente.

¹⁴⁸ Residenze per l'Esecuzione della Misura di Sicurezza (REMS), introdotte in sostituzione degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari con la L. n.81/2014, "Disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari".

Un intervento tempestivo in termini di individuazione del serial killer, infatti, consente di arrestarne il prima possibile le azioni criminose e di evitare, quindi, la prosecuzione degli omicidi e di altri eventuali reati ad essi connessi.

L'importanza di individuare l'assassino seriale come tale ab origine, del resto, consente di giungere in sede processuale all'esito della raccolta e della interpretazione, in sede investigativa, di dati univoci e peculiari idonei a qualificare la condotta del soggetto in termini di serialità, permettendo l'applicazione, per quanto possibile, di misure adeguate (anche alla luce dei correttivi individuati) e mirate alle esigenze del caso.

L'attenzione a tale aspetto è stata centrale, invero, all'epoca dell'istituzione dell'UACV, l'Unità di analisi del crimine violento del Servizio di polizia scientifica della Direzione centrale anticrimine della Polizia di Stato¹⁴⁹. Si è infatti compreso, sin dalla sua creazione¹⁵⁰, l'importanza di indirizzare e caratterizzare le indagini, in ipotesi di omicidi particolarmente violenti, sin dal momento delle investigazioni iniziali, allo scopo proprio di collegare casi simili tra loro, per evitare l'inadeguatezza delle indagini e i conseguenti scarsi esiti processuali.

Nelle scienze forensi, del resto, è fondamentale il c.d. principio di interscambio¹⁵¹, in base al quale ogni contatto lascia una traccia: pertanto, il criminale lascerà sempre, inevitabilmente, qualcosa da sé sulla scena del crimine, così come, correlativamente, porterà con sé qualcosa dal contatto con la scena.

L'UACV, costituita da oltre 1500 uomini della polizia scientifica – collegati ad una centrale operativa informatica che consente il monitoraggio in tempo reale di tutte le attività criminali – è organizzata in tre settori: 1. Investigazione sulla scena del crimine, che comprende l'esame ed analisi della scena del crimine (ESC) e gli esperti in raccolta delle tracce (ERT); 2. Analisi criminale e intelligence, che comprende la ricostruzione tridimensionale della dinamica dell'evento criminale (RitriDEC) e l'analisi criminologica vera e propria, con l'impiego del Sistema per l'Analisi della Scena del Crimine, avente lo scopo di individuare eventuali collegamenti o correlazioni all'interno del singolo caso o tra casi distinti; 3. Ricerca, sviluppo e progetti speciali, che comprende lo sviluppo

¹⁴⁹ Cfr. sito web di riferimento www.poliziadistato.it, sezione Unità di analisi del crimine violento.

¹⁵⁰ Nata nel 1994 su idea del funzionario Gianni De Gennaro, ai tempi direttore della Direzione centrale della polizia criminale, con lo scopo di supportare gli organismi investigativi e l'Autorità Giudiziaria in casi di omicidio senza movente apparente, di carattere seriale o di particolare efferatezza.

¹⁵¹ E. LOCARD, *Traité de criminalistique (T I et II), Les Empreintes et les traces dans l'enquête criminelle*, Lyon, Desvigne, 1931.

di sistemi informativi esperti dedicati all'analisi criminale e i progetti di ricerca con le principali Università italiane, nell'ottica di formare esperti nel campo della profilazione criminale.

In particolare, date le peculiarità dell'omicidio seriale, si è individuato tra gli obiettivi anche lo studio della tecnica del criminal-psychological profiling, sul modello della figura professionale del profiler¹⁵² americano.

Lo scopo pensato, dunque, era quello di utilizzare e combinare le tecniche di analisi della criminalistica, della medicina legale, della psichiatria forense e della psicopatologia comportamentale, per ricavare elementi idonei a risalire al profilo dell'autore del reato.

Tuttavia, attualmente, osservando i casi in cui si è ricorso all' UACV, si evince come essa concentri la sua attività principalmente sull' analisi della scena del crimine e sulla ricostruzione della dinamica delittuosa, ricoprendo, così, solo un ruolo parziale rispetto a quello attribuitole e pensato all'epoca della sua creazione.

La prassi seguita in ambito giuridico è quella per cui il PM, in sede di indagini preliminari, ovvero il G.I.P. ove lo ritenga necessario, richieda espressamente l'intervento dell'UACV, che opera quindi solo su specifica delega dall'Autorità Giudiziaria. I medesimi soggetti, appartenenti alle unità di polizia scientifica, potranno assumere un ruolo successivo, in fase dibattimentale, in tal caso in veste di consulenti del PM o di periti del Giudice – mentre è esclusa la possibilità di essere nominati come consulenti di parte da privati.

Non si esclude, inoltre, la possibilità di un loro intervento in una fase ancora successiva, in sede di giudizio di secondo grado, su espressa richiesta della Corte d'Assise d'Appello.

In siffatto contesto, si conferma e si comprende la fondamentale importanza rivestita dall'analisi criminalistica in fase di indagini, al fine di evitare, per quanto possibile, di giungere ad un processo indiziario, ove l'interpretazione dei dati raccolti è, ovviamente, meno obiettiva e più soggetta a dubbi ed incertezze.

Diversamente, infatti, nell'inviolabilità del principio del ragionevole dubbio, è inevitabile che si possa giungere a scagionare un colpevole, laddove le prove raggiunte non siano sufficienti a fondare la colpevolezza del soggetto e, dunque, men che meno a tracciarne la serialità della condotta e la sua particolare pericolosità sociale in quanto potenziale – o già tale – assassino seriale.

Del resto, in crimini di particolare efferatezza quali quelli del serial killer, è essenziale lo studio e la corretta analisi della scena ove si è svolta l'azione

¹⁵² Cfr. M.PICOZZI, *Profiler*, Sperling&Kupfer, 2018

criminosa, sia al fine di individuare e ricostruire il modus operandi dell'omicida, sia per comprenderne al meglio la personalità e le caratteristiche psicologiche. Si tratta di due elementi ugualmente essenziali ed indispensabili, infatti, non soltanto per la sua cattura, ma anche per l'individuazione del più idoneo trattamento nei suoi confronti, dovendosi tenere conto di tali aspetti per tutto l'iter procedimentale, sino alla sua condanna.

8. Il ruolo delle scienze forensi

Le considerazioni sinora avanzate evidenziano il fondamentale ruolo rivestito, nell'ambito del fenomeno, dalle scienze forensi.

È ovvio, infatti, che una serie omicidiaria preveda il ricorso costante alla scienza applicata alle indagini giudiziarie¹⁵³.

In particolar modo in ambito di omicidio seriale, dove il citato principio di interscambio deve intendersi non solo in un'accezione materiale, ma anche psicologica: la scena del crimine offre informazioni sulla personalità del killer di fondamentale importanza per la sua identificazione e, al contempo, l'azione omicidiaria produce effetti sull'omicida, influenzandone la condotta futura.

In ipotesi di assassini seriali, dunque, entrano in gioco, sulla scena di riferimento, differenti aspetti delle scienze forensi: le tecniche di repertazione ed analisi di DNA ed impronte digitali, la BPA¹⁵⁴, la balistica, le tecniche informatiche, le analisi chimiche sulle sostanze eventualmente rinvenute, fino anche all'individuazione di fibre, vernici, terracci.

È evidente, infatti, che più elementi si analizzeranno nel caso di specie, più si fornirà supporto alla formazione dei quadri investigativi e giudiziari.

L'obiettivo, in indagini di tale natura, è quello di delimitare il più possibile il campo dell'incertezza e dell'indeterminazione, al fine di inquadrare correttamente gli elementi riconducibili all'autore delle condotte.

Anche l'autopsia della vittima, inoltre, è indispensabile nei casi di assassini seriale per ricavare informazioni sull'omicida.

Elementi di ritualità, collegamenti tra più vittime, particolari modalità dell'azione omicidiaria, ma anche profili biologici riconducibili all'autore del delitto, lasciano tracce precise sul corpo della persona uccisa.

¹⁵³ Cfr. S. SCHIAVONE, A. NICASO, *Cacciatori di tracce*, UTET, 2014; C. LUCARELLI, M. PICOZZI, *Scena del crimine*, Mondadori, 2018.

¹⁵⁴ Bloodstain Pattern Analysis, consiste nello studio delle tracce ematiche presenti sul luogo di un delitto, con particolare riguardo ai meccanismi fisici con i quali si generano, dunque traiettorie, proiezioni, contatti, gocciolamenti, strofinamenti o lavaggi.

È necessario, dunque, preservare tali elementi sin dal rinvenimento del corpo, nonché nella fase di esame esterno sul cadavere, per conservarli e correttamente individuarli in sala autoptica.

Anche l'individuazione dei mezzi di esecuzione, quindi le eventuali armi impiegate, è oggetto del campo di analisi del medico legale.

Come si è già evidenziato nei paragrafi precedenti, allora, medico legale e psichiatra si confermano i soggetti che rappresentano le figure scientifiche di riferimento nella fase immediatamente successiva all'intervento delle scienze criminalistiche sulla scena del crimine, rivestendo per tutta la durata delle indagini – e, eventualmente, anche in sede processuale – un ruolo indispensabile per adeguare le conoscenze del PM e del Giudice alle peculiarità del caso concreto.

Non è possibile approfondire compiutamente, in questa sede, il particolare ruolo rivestito da ciascuna scienza impiegata, né le tecniche da esse utilizzate al fine di ottenere i risultati descritti.

Ciò che deve evidenziarsi però, è anzitutto il carattere aperto ed assolutamente non tassativo delle scienze forensi a cui ricorrere nei casi di crimini di particolare entità, in specie omicidi seriali.

Infatti, si è dimostrato storicamente e continua a comprovarsi, che le tecniche scientifiche impiegate sia in campo criminalistico, sia in ambito medico legale e psichiatrico, sono in costante sviluppo ed evoluzione.

È chiaro, pertanto, che quelle a cui fare ricorso costituiscono un elenco aperto e in continuo aggiornamento, che deve tenere conto delle nuove frontiere della scienza in ciascun settore di riferimento.

L'ulteriore peculiarità da considerare, poi, è senz'altro la necessaria interdisciplinarietà nell'approccio allo studio del fenomeno criminale seriale.

Ciò implica non soltanto una necessaria ed imprescindibile cooperazione tra tutte le figure professionali coinvolte, ma anche il coordinamento di tali contributi al fine di individuare obiettivi comuni ed univoci, che evitino di giungere a risultati contrastanti o lacunosi ed insufficienti.

A tal fine, dunque, si comprende la necessità di un ruolo di gestione e coordinazione anche in capo alle Autorità Giudiziarie, le quali saranno chiamate poi a valutare le risultanze di tali scelte investigative.

Dunque, un'attenta sincronia delle attività è importante non soltanto nella fase trattamentale, successiva alla sentenza definitiva, ma già sin dalla fase investigativa, con particolare necessità di collaborazione anche, eventualmente tra diverse Autorità Giudiziarie.

Il serial killer, infatti, potrà agire in zone diverse territorialmente, anche distanti tra loro, nonché con intervalli di tempo irregolari, che vedono il trascorrere anche di diversi anni tra un omicidio e l'altro.

Si evidenzia, quindi, l'esigenza di un sistema generale nazionale di coordinamento e cooperazione tra le diverse forze coinvolte, al fine di un corretto e sapiente impiego dei mezzi investigativi allo scopo di individuare il fenomeno criminale e, possibilmente, prevenirne le ulteriori conseguenze delittuose.

9. Sequenze criminali predittive

Come si è accennato nell'esposizione complessiva, sempre in un'ottica di prevenzione e corretta individuazione del fenomeno dell'omicidio seriale, vi sono taluni elementi che, considerati nel loro insieme, devono indurre le autorità, sia nella fase investigativa che in quella processuale, a porre particolare attenzione nell'approcciarsi al soggetto indagato o imputato.

In particolare, ciò che può notarsi sin dagli esordi della carriera criminale di un assassino seriale, è un ordine ed una sequenza temporale nell'estrinsecarsi dei diversi reati. Si è detto che le prime forme delinquenziali nell'assassino seriale possono essere minori, con un esordio precoce e spesso associato al consumo di alcool o droghe¹⁵⁵.

Dunque, si ribadisce che i crimini più gravi e violenti sono anticipati generalmente da alti reati meno cruenti che fungono da esperienza preparatoria all'escalation criminale.

Esaminare, a posteriori, l'esordio criminale di un assassino seriale consente di individuare, in casi con le medesime caratteristiche, quegli elementi tali da collocare un soggetto in questa categoria, anche determinando la probabilità che un comportamento possa essere seguito da un altro.

Spesso, infatti, vi è una ragione per la quale uno specifico comportamento ne precede un altro.

Innanzitutto, atti diversi possono rappresentare manifestazioni criminali differenti dello stesso costrutto psichiatrico-sociologico sottostante, anche associati alle diverse fasi dello sviluppo.

Altra ragione può rinvenirsi nel fatto che diversi atti possono essere indicatori di diversi costrutti sottostanti la psiche del soggetto, che si evolvono e si sviluppano nel momento in cui compie un atto criminale, comportando che, per placare il

¹⁵⁵ R. DE LUCA, Anatomia del Serial killer 2000 - Nuove prospettive di studio ed intervento per un'analisi psico-socio-criminologica dell'omicidio seriale nel terzo millennio, Milano, Giuffrè Editore, 2001.

suo impulso delinquenziale, il criminale necessita di passare ad uno step successivo, aggiungendo qualcosa alla sua condotta per assecondare il suo bisogno criminale; ciò nell'assassino seriale può evolversi fino ad arrivare all'omicidio, punto di non ritorno a partire dal quale questo aspetto confluirà e si ripeterà compulsivamente nella serialità.

In più, talune caratteristiche dell'individuo sono sintomatiche quanto meno di un comportamento aggressivo ed abusante, legato in primis alla percezione della sessualità, aspetto, questo, quasi sempre non secondario nella vita di un serial killer.

I più significativi predittori¹⁵⁶ di una condotta in tal senso sono identificati in alterazioni della condotta, abuso di sostanze stupefacenti, manifestazioni di tendenze aggressive, esperienze di trascuratezza emotiva, contesto di abusi sessuali e psicologici attivi o passivi. La devianza sessuale, infatti, è indicativa di una risposta ai bisogni ed agli impulsi irrisolti, a sentimenti di rabbia incontrollata e sensazioni di impotenza personale.

Peraltro, nella carriera criminale del serial killer possono statisticamente individuarsi elementi di persistenza criminale e di recidiva allarmanti già in una fase che precede la serie omicidiaria, legati a fattori personali o al contesto di vita del soggetto.

Individui il cui esordio criminale si è caratterizzato da eventi di reato aggressivi ed impulsivi, sono più propensi a reagire con violenza rispetto ad eventi frustranti: chi è già predisposto a condotte particolarmente violente ed abusanti, reagisce alla sua inadeguatezza sociale con gli omicidi e la successiva celebrazione degli stessi, fino a realizzare il desiderio di poterli reiterare.

10. Brevi conclusioni.

Dalla complessiva analisi condotta, si delineano in conclusione una serie di aspetti peculiari in relazione all'omicidio seriale in Italia.

Partendo dalla conferma che il nostro Paese era negli anni passati e, sotto molti aspetti, continua tutt'ora ad essere impreparato ad affrontare casi in cui ci si trova di fronte ad omicidi in serie, appare evidente un'inevitabile, forte influenza derivante dal mondo anglosassone nella trattazione del fenomeno. E già la denominazione, non inconsueta, dei serial killer come "mostri"¹⁵⁷ indica la

¹⁵⁶ G. ZARA, *Le carriere criminali*, Giuffrè, 2017, pagg. 551 e ss.

¹⁵⁷ Il "Mostro di Firenze" (mai catturato), il "Mostro di Terrazzo" (Gianfranco Stevanin), il "Mostro del Circeo" (Angelo Izzo, non unanimemente ricondotto alla categoria degli assassini seriali, ma con numerosi profili indicatori della sua riconducibilità al fenomeno); il "Mostro di Foligno" (Luigi Chiatti); il "Mostro di Bolzano" (Marco Bergamo); il "Mostro della Val Polcevera" (Maurizio

tendenza a considerare soggetti di questo tipo come estranei rispetto alla società e a quella che è la "normalità", così come intesa dall'opinione pubblica: colui che se ne discosta ed allontana in maniera tanto aberrante è considerato un individuo alieno con caratteristiche folli ed anomale.

Questo a conferma del fatto che la realtà italiana è stata per lungo tempo estranea a questo tipo di crimini, da cui la difficoltà, nelle ipotesi della presenza di un serial killer in azione sul territorio, nel collegare tra loro gli episodi criminosi attribuendoli ad uno stesso soggetto, nonché a prevenirne l'azione futura intervenendo tempestivamente nei suoi confronti.

Evidenti anche i limiti strutturali sistematici, derivanti dall'assenza di riferimenti normativi al fenomeno che, alla luce del principio di tassatività, appaiono, invero, imprescindibili per un corretto e più efficace approccio fenomenologico.

Le modalità comportamentali dell'omicida seriale, seppur variabili e particolari da un soggetto all'altro, presentano comunque determinate caratteristiche, che dovrebbero essere individuabili ed ascrivibili a specifiche fattispecie, idonee a dare piena tutela nei confronti di criminali di tale efferatezza e, al contempo, a garantire agli stessi l'accesso a trattamenti di recupero e di terapia adeguati e rivolti alla tendenziale rieducazione, pur in costanza degli obiettivi e notevoli limiti evidenziati.

Lungi dall'attribuire al serial killer la parvenza di un personaggio da film, raro ed eccezionale, con un ruolo quasi mitizzato, è necessario allora predisporre un approccio concreto al fenomeno, che tenga conto di tutti gli aspetti di interdisciplinarietà individuati e, al contempo, miri al superamento dell'inadeguatezza del sistema giuridico italiano nella prevenzione, nella repressione e nel trattamento di tali condotte.

Minghella): si tratta solo di taluni esempi di come ogni caso giudiziario avente come protagonista un criminale seriale abbia visto il protagonista balzare alle cronache con l'appellativo di mostro.

Spunti di riflessione sul delitto di violenza sessuale: cenni evolutivi e risvolti giurisprudenziali sull'abuso di autorità di Nicola ASCOLI*

SOMMARIO: **1.** Introduzione **2.** Libertà di determinazione della sfera sessuale e nuova collocazione delle fattispecie incriminatrici **3.** Il reato di violenza sessuale: gli elementi della costrizione e dell'induzione **4.** Atti sessuali e abuso di autorità: le difficoltà interpretative in merito alla previsione dell'ulteriore modalità della condotta coattiva dell'agente **5.** Le Sezioni Unite 27326/2020: risoluzione del contrasto interpretativo e adesione alla nozione estensiva di abuso di autorità nei delitti sessuali commessi mediante costrizione **6.** La violenza sessuale connessa all'utilizzo di sostanze alcoliche e stupefacenti **7.** Riflessioni conclusive

ABSTRACT: This work, has been performed, to add a small contribution to the complex work of some different jurisprudential discords and doctrinal on the huge concept of sexual violence and on the necessity to find this crime inside the relationship of the supremacy and of the prominence inside the interpersonal's relationships where could be possible to find the authority's abuse.

1. Introduzione.

La vita dell'uomo, dalla nascita alla morte e in tutti i momenti del suo svolgimento, si attua attraverso una serie infinita di relazioni e rapporti posti in essere con altri uomini in un andirivieni di interessi, contrasti tra diritti ed obblighi reciproci, con la consequenziale necessità che tutto venga organizzato secondo principi che poi si traducono in norme. È così che l'insieme degli imperativi giuridici vigenti in una determinata comunità costituisce un tutto unitario e composito ordinamento giuridico di uno Stato, il quale ha il compito di assicurare la conservazione dell'ordine. Di qui, la funzione regolatrice del diritto quale cardine del vivere sociale, mai statico e sempre predisposto a fondersi con quelle nuove esigenze e bisogni che, in una società suscettibile di innovazioni e sviluppo, premono per una sua riforma.

* Dottore in giurisprudenza, tirocinante ex art. 73 l. 98/13 presso la Procura della Repubblica di Nocera Inferiore.

Per una migliore comprensione dello scibile giuridico e di ogni dettato normativo teso a regolamentare il vivere civile, appare opportuno comprendere il fondamento storico di ogni istituto giuridico onde meglio circostanziare il perché una situazione giuridica, un fatto oppure un atto, siano, nei tempi moderni, regolamentati in un modo anziché in un altro. Ecco l'importanza dello studio del diritto romano e della sua influenza sulla giuridicità dell'età medievale e moderna. Ciò, a testimonianza di quella mutevolezza del diritto, il quale assume forme diverse a seconda del momento e del contesto storico, economico e culturale in cui il precetto normativo va ad imporsi.

Dalla disamina del diritto romano, dalle XII Tavole sino allo studio dei giureconsulti dell'epoca, sorge il concetto di *regula iuris* a cui è facile legare quella primordiale attività di *interpretatio iuris* posta in essere sin dall'origine dai pontefici quali primi operatori del diritto nell'età precittadina. Tale attività ermeneutica, praticata in un contesto in cui il diritto si vestiva di un alto senso di sacralità, era un *quid pluris* rispetto a quelle regole non scritte e tramandate nel corso del tempo, da cui i romani estrapolavano norme sociali per regolare i rapporti tra le famiglie. Con il processo di laicizzazione del diritto lo scenario giuridico del tempo fu destinato poi a mutare, dove la trasposizione di alcune di queste regole nelle XII Tavole della legge, sancì la nascita dei giuristi laici e del diritto scritto, riordinato durante la tarda età imperiale dall'imperatore Giustiniano. Questi, nel *Corpus Iuris Civilis* ebbe a rivisitare tredici secoli di esperienza giuridica romana.

La disciplina penale concernente i reati sessuali, articolata in quel complesso di norme generate al fine di prevenire o reprimere condotte che hanno una spiccata influenza sulla sessualità dell'individuo, trae origine proprio dal diritto romano, risalendo al periodo storico del Principato. Difatti, con la *lex iulia de adulteriis coercendis et de stupro*, prima legge romana a disciplinare organicamente i delitti sessuali, Ottaviano Augusto rese oggetto di repressione criminale quei comportamenti giudicati lesivi della morale familiare quali l'*adulterium*, l'*incestum*, il *lenocinium* e lo *stuprum*, non attribuendo però ancora nessuna autonomia concettuale alla figura criminosa della violenza carnale¹⁵⁸. Lo *stuprum*, molto spesso non distinto dall'*adulterium*, veniva inteso quale l'unione con una donna di buoni costumi non sposata, configurandosi una circostanza aggravante a carico del responsabile nell'ipotesi di un rapporto altresì violento. Successivamente, nonostante l'uso della violenza su una donna sposata, nubile o vedova onorata, comportò l'irrogazione di pene quali la confisca di parte del

¹⁵⁸ F. BOTTA, *Violenza sessuale e società antiche, profili storico-giuridici*, Lecce, 2003, p.61

patrimonio e la relegatio in insulam¹⁵⁹, si può affermare che la moderna concezione di stupro cominciò a delinearsi quando sorse l'esigenza di reprimere giuridicamente tutto ciò che potesse intaccare la pacifica convivenza. Pertanto, dalla necessità di contrastare qualsiasi tipologia di violenza, a seguito dell'introduzione del crimen vis, la giurisprudenza romana plasmò la categoria dello stuprum per vim, attribuendo rilievo penale alla violenza carnale.

2. Libertà di determinazione della sfera sessuale e nuova collocazione delle fattispecie incriminatrici.

Il Codice Zanardelli del 1889, sotto l'influenza dei codici preunitari, collocava il reato di violenza carnale nella rubrica "Dei delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie", affidando, altresì, la protezione della sfera sessuale alla fattispecie degli atti di libidine violenti non diretti a commettere il delitto di violenza carnale. Nella sistematicità di tale corpus normativo, incentrato su una concezione di sessualità femminile che ancora non si ergeva a libero diritto se non in costanza di matrimonio ed al fine procreativo, il crimine della violenza carnale veniva configurato nell'ipotesi di un costringimento, mediante violenza o minaccia, alla congiunzione carnale. In seguito, con l'originario impianto del vigente Codice Rocco, la continuità della precedente tradizione legislativa e della antica concezione "pubblicistica" della sessualità, venivano accolte con la previsione di un diverso bene giuridico salvaguardato dalle norme in materia di reati sessuali, disciplinate nel titolo IX del secondo libro denominato "Dei delitti contro la moralità ed il buon costume". In tale prospettiva la libertà sessuale veniva tutelata non come valore intrinseco della persona, ma nei limiti della sua corrispondenza al superiore valore della moralità pubblica¹⁶⁰, ritenendo l'offesa derivante da un atto di violenza carnale arrecata inverosimilmente non all'individuo, ma al bene della pubblica moralità.

L'esigenza di conferire alla fattispecie una dimensione individualistica, volta alla preminente protezione della persona, veniva soddisfatta dalla legge n. 66/1996 recante "Norme contro la violenza sessuale", attuativa di quella trasposizione dei reati sessuali dalla sfera della moralità pubblica a quella della libertà individuale. La nuova collocazione degli articoli 609 bis e ss. all'interno del sistema normativo relativo a certi specifici delitti contro la libertà personale, suscitò riflessioni e

¹⁵⁹ F. LUCREZI, La violenza sessuale in diritto ebraico e romano, in studi sulla Collatio, Giappichelli, Torino, 2004, p. 18 – 19.

¹⁶⁰ F. MANTOVANI, Diritto penale, Parte speciale. Delitti contro la persona, 2° ed., Padova, 2005, 329.

critiche da parte della dottrina, quasi a voler sottolineare la rinuncia del legislatore a un riferimento teleologico alla tutela della libertà sessuale¹⁶¹ nell'attimo in cui quest'ultima veniva assunta a diretto ed incontaminato oggetto della tutela penale¹⁶². Per contro, ci fu chi poi ritenne preferibile la soluzione di creare una apposita sezione riservata ai delitti contro la libertà sessuale. Il tutto, per esprimere il disvalore della violenza sessuale alla luce dell'incidenza che essa può avere sulla libertà di autodeterminazione dell'individuo, ovvero su aspetti compromettenti lo sviluppo psichico della vittima - soggetto passivo. Pertanto, fu altresì molto discutibile quella opzione interpretativa prodotta da esponenti dottrinali sulla convinzione che i delitti di natura sessuale dovessero ruotare nell'orbita della libertà morale, essendo intesa la violenza sessuale niente più che una violenza privata qualificata dalla natura dell'atto che la vittima è costretta a subire o tollerare¹⁶³.

Tuttavia, la coerenza della nuova collocazione sistematica dei reati sessuali veniva espressa dalla giurisprudenza di legittimità in molteplici sentenze con le quali si ribadiva che, nell'ottica della novella legislativa, i reati cd. sessuali andavano ad offendere la libertà personale intesa come libertà di autodeterminazione della corporeità sessuale, non la libertà morale della persona oppure il pudore o l'onore sessuale come specificazioni della moralità pubblica e del buon costume¹⁶⁴. Secondo la giurisprudenza, quindi, il legislatore intenzionalmente riconduceva tali reati nell'alveo dei delitti contro la libertà personale, giustificando questa scelta al fine di evidenziarne la fisicità; delitti, il cui perfezionamento si ha solo qualora venga offesa la corporeità sessuale della vittima. Difatti, una aggressione sessuale oltre ad implicare una coazione connessa al momento di formazione della volontà della vittima, non può prescindere dal materiale coinvolgimento del suo corpo. Ad ogni buon conto, se quanto affermato è indubbiamente riscontrato anche nelle altre fattispecie della violenza sessuale di gruppo (609 octies) e degli atti sessuali con minorenni (609 quater), lo stesso non può affermarsi in merito al reato di corruzione di minorenni (609 quinquies), fattispecie che, non prevedendo alcun coinvolgimento corporeo della vittima, probabilmente non doveva essere

¹⁶¹ In tal senso v., tra gli altri, BERTOLINO, in Commentario breve al codice penale, a cura di Crespi, Forti, Zuccalà, 5° ed., Padova, 2008, 1678.

¹⁶² CADOPPI, in Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia, 4° edizione, Padova, 2006, 433.

¹⁶³ Così PADOVANI, in Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia, a cura di Cadoppi, 4° ed., Padova, 2006, 433.

¹⁶⁴ Così, tra le altre, Cass. Pen., 2-7-2004, n. 37395, in Guida dir., 2004, n. 39, 74 ss. (Sentenza Albano); Cass. Pen., 12-2-2004, n. 15464, in Riv. Pen., 2004, 603 ss. (Sentenza Marotta)

inquadrata tra i reati concernenti la libertà sessuale. Sebbene il legislatore non abbia optato per la preferibile soluzione di creare una sezione ad hoc dedicata ai delitti contro la libertà sessuale, non può dirsi che lo stesso abbia impropriamente collocato i reati sessuali tra i delitti contro la libertà personale. In tale contesto, ciò che prevale è l'accezione negativa della libertà sessuale, tenuto conto che il diritto penale limita il suo intervento solo a quelle ipotesi in cui la libertà della persona venga oppressa da sopraffazioni esterne coinvolgenti la corporeità del soggetto passivo, non potendo le norme penali influenzare la libertà di autodeterminazione della sfera sessuale di un individuo. Nondimeno, la libertà sessuale della persona offesa è lesa anche nell'ipotesi in cui, invece della propria, è coinvolta la corporeità sessuale dell'autore del reato su cui cade l'azione che la vittima è costretta a compiere.

La Suprema Corte di Cassazione, Sez. III, con la sentenza n. 66551 del 5 Giugno 1998, precisava che "con la nuova disciplina introdotta dalla legge 66/1996, l'illiceità dei comportamenti deve essere valutata alla stregua del rispetto dovuto alla persona umana e della loro attitudine a offendere la libertà di autodeterminazione della sfera sessuale; questa, pertanto, è disancorata dall'indagine sul loro impatto nel contesto sociale e culturale in cui avvengono, in quanto punto focale è la disponibilità della sfera sessuale da parte della persona che ne è titolare".

La novella legislativa del 1996, oltre a rafforzare la tutela dell'individuo e della sua dignità personale, conferì nuova linfa ai reati sessuali con l'introduzione dell'unico delitto di violenza sessuale, nato dalle ceneri della contestuale abrogazione dei previgenti delitti di violenza carnale (art.519) ed atti di libidine violenti (art.521), nonché di congiunzione carnale commessa con abuso della qualità di pubblico ufficiale (art.520).

3. Il reato di violenza sessuale: gli elementi della costrizione e dell'induzione.

L'obiettivo principale della novella del 1996 fu quello di immaginare maggiore protezione per il soggetto passivo, mostrando di tenere in particolare considerazione la casistica secondo cui a subire certe condotte criminose erano donne e bambini. Di qui, la nuova previsione del reato di violenza sessuale. Tale delitto, così come canonizzato nell'articolo 609 bis del codice penale, contempla in sé varie fattispecie incriminatrici aventi quale comune denominatore il compimento di atti sessuali in violazione del volere del soggetto passivo, con la peculiare distinzione compiuta dal legislatore tra la violenza sessuale per

costrizione e quella per induzione. La costrizione è tale quando chi agisce compie l'atto sessuale contro la volontà della vittima dissenziente con quelle modalità che il legislatore cristallizza nella violenza, minaccia o abuso di autorità.

Il legislatore del 1996, nonostante diverse contrapposizioni in dottrina ed in giurisprudenza, inspiegabilmente scelse di dare continuità all'originario impianto del Codice Rocco conservando la violenza e la minaccia quali requisiti della condotta, implementando la previsione normativa con la fattispecie della violenza sessuale mediante abuso di autorità. Tanto, nonostante si notò che i requisiti di violenza e minaccia ben si potessero sostituire col mero dissenso ovvero con la previsione della mancanza di consenso anche alla luce di un netto contrasto che sorgeva analizzando le oggettività giuridiche tutelate dai reati di violenza sessuale e violazione di domicilio. Difatti, appariva, e tutt'oggi appare controverso, che mentre per l'integrazione del delitto di cui all'art. 614 c.p. basti la volontà espressa o tacita del titolare del diritto, nell'ipotesi di violenza sessuale occorra il preventivo confronto con una violenza o minaccia in atto per punire la condotta dell'agente¹⁶⁵. Allo stato, è da considerarsi lineare ed accoglibile il ragionamento secondo cui per configurarsi un delitto di violenza sessuale basti la sola volontà contraria, dove la mera violenza fisica o psichica è da considerarsi quale elemento costitutivo la gravità del reato e non anche la sua sussistenza. L'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale in tema di violenza sessuale ha comportato uno snellimento di quello che deve essere il lavoro valutativo di dette specifiche fattispecie criminose.

La giurisprudenza, liberando il requisito dell'esplicazione della forza fisica, arrivava ad intendere per violenza qualsiasi comportamento che limitasse la libera determinazione della vittima nella sfera sessuale, lasciando rientrare nella più ampia nozione di violenza sessuale anche il compimento di atti fugaci, repentini, consistenti in toccamenti e palpeggiamenti di zone erogene; atti repentini, che vanificano qualsiasi tentativo difensivo della vittima, non posta in condizione di poter esprimere nell'immediatezza il proprio dissenso. Questo orientamento giurisprudenziale suscitò scalpore in quella parte di dottrina ancora legata ad un concetto meramente fisico e corporale della violenza, laddove essa andava ancorata al danno corporeo procurato, di guisa tale che gli atti furtivi non potevano e non dovevano accostarsi al concetto di costrizione, che presuppone la contraria volontà del soggetto passivo. Gli esponenti di tale minoritario orientamento, semplicisticamente, liquidavano la questione

¹⁶⁵ PADOVANI, Violenza carnale e tutela della libertà, in RIDPP, 1989, 1301; e in Studi in memoria di P. Nuvolone, II, Milano, 1991, 127.

ritenendo che nell'ipotesi di atti furtivi, repentini o a sorpresa, non essendoci il tempo materiale perché nel soggetto passivo si formasse una volontà, questa stessa volontà, non ancora formatasi, non poteva essere coartata. A parere di chi scrive, una riforma che si possa considerare esaustiva e pienamente rispondente ai principi generali del diritto penale sostanziale e procedurale di stampo accusatorio, dovrà incentrare la fattispecie sulla mancanza del consenso quale elemento essenziale perché si possa giudicare sulla configurabilità o meno dell'ipotesi delittuosa. Ciò, senza dimenticare che scegliere tale risoluzione non significa automatica equivalenza tra mero racconto della vittima persona offesa e responsabilità dell'imputato, laddove il racconto della persona offesa, anche se logico e coerente, necessita sempre di essere riscontrato da elementi obiettivi esterni. Tuttavia, resta ferma la convinzione di chi scrive che anche le forme minime di violenza, quelle apparentemente più superficiali, vanno considerate atto violento di natura sessuale.

La condotta repentina, rientrando comunque nel raggio della sopraffazione della vittima, è anch'essa atto di violenza penalmente rilevante non curandosi del consenso della persona, ovvero della prevedibilità del suo dissenso¹⁶⁶.

Questo approccio ermeneutico deve essere condiviso anche perché, al contrario, si rischierebbe di emarginare dall'ambito del penalmente rilevante alcune forme di violenza sessuale che oggi, non di rado, sono note alla cronaca giudiziaria come le violenze sessuali aggravate dall'utilizzo di sostanze stupefacenti ed alcoliche.

In generale, un rapporto sessuale deve svolgersi nella delimitazione del consenso prestato, costituendo il dissenso della vittima il presupposto per la configurazione del fatto tipico punito dalla legge. Il consenso deve perdurare nel corso dell'interrelazione sessuale senza soluzione di continuità, integrandosi il reato di cui all'articolo 609 bis c.p. nell'ipotesi di prosecuzione di un rapporto dove il consenso originariamente prestato venga ad interrompersi in costanza dell'atto stesso. Si pensi al semplice ripensamento o alla mancata condivisione delle modalità con cui si chiede di consumare un amplesso, rammentando che il reato de quo va a configurarsi anche nell'ipotesi in cui il dissenso della vittima venga meno in itinere per rassegnazione alla violenza o per evitare l'aggravamento della situazione di pericolo. Pertanto, la Suprema Corte ha

¹⁶⁶ Così la Corte di Cassazione con la sentenza n. 6945 del 19 febbraio 2004 confermava la responsabilità penale del medico che, approfittando di dover effettuare nel proprio ambulatorio una iniezione ad una paziente, la induceva a spogliarsi palpeggiandole repentinamente i seni e avvicinando il proprio organo genitale a quello della donna.

affermato in varie sentenze la non necessità che il dissenso si manifesti per tutto il periodo di prosecuzione del rapporto essendo sufficiente che si estrinsechi all'inizio della condotta anti-giuridica, prevedendo, allo stesso modo ed in linea mediana, che ai fini della configurabilità del delitto di violenza sessuale sono prive di rilevanza le circostanze relative all'assenza di lesioni personali sul corpo della vittima, il comportamento remissivo della stessa, anche successivo ai fatti, e le esitazioni nello sporgere denuncia, in quanto tali circostanze sarebbero facilmente riconducibili allo stato di terrore ingenerato nella vittima. Così, anche ribaltando la famosa e tanto discussa "sentenza dei jeans"¹⁶⁷ dove pericolosamente il consenso alla congiunzione carnale fu tratto dalla mancata resistenza della vittima, desunta dalla sua collaborazione nello sfilare l'indumento.

Ulteriore modalità con la quale la costrizione può esplicarsi è rappresentata dalla condotta minacciosa posta in essere dal soggetto agente, volta alla prospettazione di un male futuro ai danni del soggetto passivo costretto a subire o compiere atti sessuali. La violenza sessuale mediante minaccia è stata rinvenuta nell'ipotesi di chi, alla luce del mancato consenso al rapporto, prospettava di riferire al marito della vittima le prove della sua precedente infedeltà, e di chi costringeva la persona offesa a subire rapporti sessuali non protetti prospettando lo sfratto da un appartamento concesso in locazione se non avesse saldato i debiti anche attraverso prestazioni sessuali¹⁶⁸. Peraltro, con l'introduzione della violenza sessuale mediante l'abuso di autorità di cui si discorrerà in seguito, si è alleggerita quella forzatura che molto spesso era posta in essere sussumendo ipotesi criminose nelle sole condotte costrittive mediante violenza e minaccia.

La violenza sessuale mediante induzione dell'agente è contemplata dall'articolo 609 bis c.p. cpv. Il riferimento alla condotta dell'induzione è una novità assoluta nell'ambito del ragionamento sul delitto di violenza sessuale perché attribuisce rilevanza al consenso della vittima, anche se invalidato in ragione dell'inganno o dell'abuso delle sue condizioni di inferiorità da parte del soggetto attivo. Le fattispecie inquadrate dal secondo comma sono la violenza sessuale commessa mediante abuso delle condizioni di inferiorità fisica o psichica e la violenza sessuale indotta mediante inganno da sostituzione di persona, delitti che presentano molteplici differenze rispetto alle ipotesi criminose costrittive. L'induzione, infatti, così come già accennato, richiede la cooperazione della parte

¹⁶⁷ Cass. Pen., Sentenza n. 1636 del 06.11.1998

¹⁶⁸ Cass. Pen., Sentenza n. 37251 del 11.06.2008

offesa, la quale, diversamente dalle fattispecie costringitive che presuppongono il dissenso del soggetto passivo, presta il proprio consenso al rapporto sessuale in quanto pervasa dall'operato del soggetto agente, facendo o subendo qualcosa che vuole, ma che non avrebbe fatto o subito se non indotta. In questo paragrafo, si ritiene doveroso esaltare la scelta del legislatore di consentire a tutti, liberamente, di avere una propria vita sessuale.

Difatti, con l'introduzione della fattispecie prevista dall'articolo 609 bis, II comma, n. 1, anche chi versa in una situazione di minorazione sia fisica che psichica, ha visto riconosciuto un proprio diritto alla sessualità che per molto tempo gli era stato negato.

La riforma ha permesso a soggetti non dotati psichicamente e fisicamente ogni esperienza sessuale, evitando di essere sottoposti a qualsiasi sopraffazione da parte di terzi tesi a soddisfare solo la propria concupiscenza, superando quella odiosa ed insensata asserzione secondo cui impedire al minorato di avere rapporti sessuali risultava l'unica soluzione per proteggerlo. Per l'ipotesi di cui al nuovo articolo 609 bis, II comma, n. 2 si discorre invece della violenza sessuale commessa da chi, sostituendosi ad altra persona, trae in inganno la persona offesa. Per stabilire quando si abbia sostituzione di persona che induca la vittima ad errare circa l'identità dell'agente appare logico riferirsi, non mancando opinioni contrarie, al dettato normativo dell'art. 494 c.p.

La norma in questione, prevede la punizione per chiunque "induce taluno in errore, sostituendo illegittimamente la propria all'altrui persona o attribuendo a sé o ad altri un falso nome o un falso stato, ovvero una qualità a cui la legge attribuisce effetti giuridici". È questo il caso di chi si finge medico per visitare una donna e perseguire scopi sessuali.

Volendo, sia pure momentaneamente, concludere la disamina della norma di cui all'articolo 609 bis c.p. che prevede una attenuante ad effetto speciale per i casi di minore gravità, non essendoci la previsione di una tipizzazione dei casi ove detta attenuante possa e debba applicarsi, si ritiene che ogni valutazione in merito sia stata lasciata alla discrezionalità con l'applicazione dei principi previsti dall'articolo 133 del codice penale. Detto ragionamento, sembrerebbe quasi svilire i lavori giurisprudenziali e dottrinali tesi all'ammodernamento delle previsioni normative sulle ipotesi di delitti sessuali, lasciando cadere nuovamente l'attenzione sulla rilevanza della qualità, ovvero della quantità dell'atto sessuale compiuto.

4. Atti sessuali e abuso di autorità: le difficoltà interpretative in merito alla previsione dell'ulteriore modalità della condotta coattiva dell'agente.

Il complesso di norme che prevedono di contrastare i fatti di violenza sessuale, in merito al nuovo concetto di "atti sessuali" esortavano la Suprema Corte ad intervenire per esplicitare che "la nozione di atti sessuali è la risultante della somma dei concetti di congiunzione carnale ed atti di libidine, previsti dalle previgenti fattispecie di violenza carnale ed atti di libidine violenti, per cui essa viene a comprendere tutti gli atti che, secondo il senso comune e l'elaborazione giurisprudenziale, esprimono l'impulso sessuale dell'agente con invasione dell'altrui sfera sessuale. Devono pertanto essere inclusi i tocamenti, palpeggiamenti e sfregamenti sulle parti intime delle vittime, suscettibili di eccitare la concupiscenza sessuale anche in modo non completo e/o di breve durata, essendo irrilevante, ai fini della consumazione del reato, che il soggetto attivo consegua la soddisfazione erotica"¹⁶⁹.

Ecco che, nel tentativo di specificare ancor più puntualmente tale nozione, si ebbe ad affermare che "nel concetto di atti sessuali di cui all'art. 609 bis c.p. bisogna far rientrare non solo gli atti che involgono la sfera genitale, bensì tutti quelli che riguardano le zone erogene su persona non consenziente; pertanto, tra gli atti suscettibili di integrare il delitto in oggetto, va ricompreso anche il mero sfioramento con le labbra sul viso altrui per dare un bacio, allorché l'atto, per la sua rapidità ed insidiosità, sia tale da sovrastare e superare la contraria volontà del soggetto passivo"¹⁷⁰. Dunque, la giurisprudenza ha così ricompreso nel concetto di atti sessuali tutti quegli atti che involgono la corporeità della persona offesa¹⁷¹, benché posti in essere con coscienza e volontà di pervaderne la sfera sessuale. Il riferimento giurisprudenziale al sesso è estendibile a tutte quelle parti del corpo che la scienza medica ritiene, da un punto di vista psicologico ed antropologico – sociologico, stimolanti l'istinto sessuale, ben potendo anche un bacio o un abbraccio compromettere la libertà sessuale

¹⁶⁹ Cass. Pen., Sez. III, n. 44246 del 18.10.2005, Boselli, Rv. N. 232901

¹⁷⁰ Cass. Pen., Sez. III, n. 12425 del 26.03.2007; conformemente Cass. Pen., IV, n. 3447 del 03.10.2007.

¹⁷¹ La Suprema Corte, con sentenza del 18 luglio 2012, stabiliva la non necessarietà del contatto fisico tra vittima ed aggressore ai fini della configurazione del reato di cui all'art. 609 bis. Nel caso di specie, la condotta di un soggetto che utilizzava i social network per contattare ragazze minorenni obbligandole ad inviare foto a contenuto pornografico e a praticare atti di autoerotismo, induceva gli Ermellini ad evidenziare la possibilità di configurazione della c.d. violenza sessuale "a distanza", ritenendo tale condotta, seppur in un contesto virtuale, idonea a coinvolgere la corporeità sessuale della vittima.

dell'individuo. Ciò, qualora, tenuto conto della globale valutazione della condotta, del contesto in cui si svolge l'azione e dei rapporti che intercorrono tra i soggetti coinvolti, emerga una indebita prevaricazione sulla sessualità del soggetto passivo.

Fatta tale breve premessa, novità assoluta introdotta dalla legge n. 66/1996 fu la previsione della fattispecie degli atti sessuali commessi mediante abuso di autorità; ipotesi criminosa, che costituisce la terza ed alternativa modalità per mezzo della quale si manifesta la condotta coattiva dell'agente e si realizza il dettato normativo di cui all'articolo 609 bis, I comma, c.p., posto in linea di continuità con i precedenti articoli 520 e 521 del codice penale.

Siffatte disposizioni di ristretta portata applicativa punivano la condotta del pubblico ufficiale quando questi si congiungeva carnalmente o compiva atti di libidine nei confronti di una persona arrestata o detenuta, posta sotto la propria custodia in ragione del suo ufficio, ovvero a lui affidata in esecuzione di un provvedimento dell'Autorità competente.

Dette previgenti norme, erano caratterizzate, tra l'altro, dalla mancata previsione di una vera e propria forma di abuso da parte del soggetto agente, il quale, si vedeva perseguito a seguito della semplice condotta di congiunzione carnale con un detenuto o arrestato anche nelle ipotesi in cui a sedurlo era la stessa vittima. Pertanto, a seguito di una vera e propria opera di estensione dell'ambito applicativo di tali fattispecie e sotto l'impulso di travalicare la tutela della libertà sessuale dei soggetti in stato di detenzione, già dai lavori preparatori emergeva quella chiara *voluntas legis* atta a tutelare la libertà sessuale di chi è parte debole nell'ambito di quei particolari rapporti interindividuali connotati da una forte posizione di supremazia esercitata da altri.

Invero, con la previsione dell'abuso di autorità nell'ambito dei reati sessuali per costrizione sembra voglia dimostrarsi da parte del legislatore che siano possibili forme di costrizione non sempre legate a modalità violente o minacciose della condotta, anche se in dottrina (Antolisei, Nappi) si è sempre ritenuto della inutilità di detta ipotesi criminosa soprattutto nel momento in cui si è pensato all'abuso di autorità come species del più ampio genus della violenza psichica, riconducibile alla condotta costrittiva mediante minaccia.

Peraltro, sull'assunto della mancanza di costrizione in assenza di una autentica vis, alcuni esponenti dottrinali, tra cui Mantovani, hanno sostenuto l'errore del legislatore nell'utilizzare il termine costrizione in luogo del termine induzione, intendendo l'abuso di autorità un particolare tipo di abuso induttivo.

Appare chiara la sofferenza, per dottrina e giurisprudenza, di coniare una esatta definizione del concetto di abuso di autorità, con evidente difficoltà a reperire le coordinate ermeneutiche utili ad ogni lavoro di sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta.

Si riteneva, pacificamente, che il riferimento all'abuso di autorità fosse per il legislatore diretta intenzione a punire la condotta di chi, ricoprendo una posizione forte e preminente all'interno di un rapporto interpersonale, sottoponeva il soggetto c.d. debole ad una sorta di soggezione psichica, costringendolo a compiere o subire atti sessuali, pur non essendoci però univoca posizione in merito alla fonte dalla quale il soggetto attivo dovesse attingere la propria autorità

Sul punto, l'interpretazione minoritaria, la quale faceva rientrare nel concetto di abuso di autorità ogni forma del rapporto di supremazia, sia esso di natura pubblica o privata, così come sostenuta dalla ampia nozione di abuso di autorità di cui all'art 61 n. 11 e di cui al dato letterale 609 bis che pur non circoscrive la nozione di autorità, veniva fronteggiata da un secondo approccio più restrittivo che presupponeva all'abuso di autorità stesso una posizione di supremazia di tipo formale e pubblicistico. Detto ultimo orientamento, ponendosi in sintonia con il previgente articolo 520 c.p. che però faceva riferimento al pubblico ufficiale quale soggetto attivo del reato, riteneva che solo l'abuso di autorità pubblica desse luogo al perfezionamento della fattispecie.

Pertanto, non tutte le situazioni di ordine interpersonale, ambientale, sociale, culturale caratterizzate da uno stato di soggezione di una persona nei confronti di altra potevano dar luogo all'abuso di autorità sanzionato dall'articolo 609 bis c.p. Questo orientamento veniva accolto anche dalla Suprema Corte di Cassazione, la quale, a Sezioni Unite, nelle sentenze n. 13 del 31.05.2000 e n. 32513 del 19.06.2002, escludeva la configurabilità dell'abuso di autorità per la mancanza in capo al soggetto agente di una posizione di tipo pubblicistico, trattandosi nello specifico di un insegnante privato di sostegno a cui i genitori avevano affidato il figlio minore di anni tredici per ragioni di educazione ed istruzione e di un insegnante di una scuola professionale che aveva particolari attenzioni nei confronti dell'allieva minore degli anni sedici. Tuttavia, la sentenza n. 32144 del 07.06.2002 sembrava riconoscere un'ipotesi di abuso di autorità privata nell'ambito dei rapporti familiari. Detta sentenza, statuiva la responsabilità del soggetto attivo ai sensi degli articoli 609 bis e 609 ter per aver il reo costretto, con abuso della sua autorità di genitore, la figlia minore di dieci anni a subire atti sessuali.

Da ultimo, si ritiene che l'obiettivo di conferire maggior tutela alla libertà sessuale della persona non sia perseguito nel momento in cui si accolga un'interpretazione restrittiva del concetto di autorità volta ad escludere i rapporti di natura privatistica o di mero fatto. A sostegno di tale affermazione, si rileva, altresì, che la scelta del legislatore di eliminare dal dato letterale della norma qualsivoglia riferimento ad una posizione di preminenza di natura pubblicistica o derivante da pubbliche funzioni sia indicativa della propria volontà di punire chiunque ingeneri quel metus reverenziale trovandosi in una particolare posizione autoritativa sia pubblica che privata al fine di costringere il soggetto passivo a compiere o subire atti sessuali.

5. Le Sezioni Unite 27326/2020: risoluzione del contrasto interpretativo e adesione alla nozione estensiva di abuso di autorità nei delitti sessuali commessi mediante costrizione.

Dopo le brevi riflessioni sul concetto di violenza sessuale e di ciò che rappresenta il coacervo di elementi in base ai quali si individua il delitto di violenza sessuale stesso, è stato necessario ricercare attraverso i contributi dottrinali e giurisprudenziali una nozione univoca che potesse fornirci gli strumenti esatti per valutare il delitto di cui all'art. 609 bis in relazione all'annoso concetto di abuso di autorità. Il tutto, per meglio compiere quel lavoro accertativo e valutativo di una fattispecie di reato tanto complessa quanto di difficile soluzione ermeneutica. Ad intervenire con sentenza a Sezioni Unite è stata la Corte di Cassazione, la quale, nel tentativo di risolvere i contrasti interpretativi sul punto della natura pubblicistica o privatistica del c.d. rapporto di preminenza del soggetto attivo sul soggetto passivo, ha lasciato intendere che l'abuso di autorità è tale sia in presenza di una relazione formale di superiorità, di preminenza, che in costanza di un rapporto privatistico dove il soggetto attivo, quale potrebbe essere un precettore privato, commette abuso di autorità sfruttando quella sorta di timore reverenziale della vittima assoggettata e coartata fisicamente e psichicamente, senza alcuna distinzione di sorta.

La sentenza in questione, nel rigettare il ricorso proposto avverso la decisione della Corte di Appello di Caltanissetta, pur attraversando con la sua parte motiva l'avvicinarsi dei contrasti interpretativi, si preoccupava di stabilire se l'autorità privata fosse solo quella derivante dalla legge o anche una autorità di fatto, laddove nell'ambito di detta analisi ebbe a ritenere corretta l'ipotesi secondo cui la coartazione della volontà della vittima non fosse legata ad una specifica qualità del soggetto agente, dando corpo ad una ampiezza del concetto di abuso di

autorità e senza che esso fosse tipicizzato nello stretto alveo del rapporto formale pubblicistico. Detto iter logico - argomentativo seguito dalle Sezioni Unite, andava in sintonia con le finalità della legge 66 del 1996 di assicurare la massima tutela a tutti quei soggetti che per caratteristiche personali, o in ragione del contesto ambientale o relazionale, venivano indotti o costretti a compiere o subire atti sessuali. Di qui, una nozione del concetto di autorità coerente con gli scopi perseguiti dal legislatore.

I fatti oggetto della pronuncia delle Sezioni Unite originavano dalle condotte poste in essere da un insegnante di inglese che nell'impartire lezioni private costringeva due alunne minori di quattordici anni a subire ed a compiere su di lui atti di natura sessuale. Pertanto, Il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Enna, all'esito di un giudizio abbreviato condizionato, affermava la responsabilità penale dell'imputato per il reato di cui agli artt. 609 quater, 4 comma, e 81 co. 2 c.p., qualificando il fatto in termine di lieve entità e determinando il Procuratore generale e le parti civili a proporre appello avverso tale statuizione. La Corte di Appello di Caltanissetta, nel novembre dell'anno 2018, riformava parzialmente la decisione di prime cure ribadendo la colpevolezza dell'imputato e riqualificando i fatti ai sensi degli artt. 609 bis, 609 ter n. 1 e 81 co. 2, così determinando un più aspro trattamento sanzionatorio. Avverso tale pronuncia l'imputato presentava ricorso per Cassazione lamentando la non corretta applicazione dell'articolo 609 bis c.p., sostenendo un'interpretazione restrittiva della nozione di abuso di autorità che avrebbe imposto una riqualificazione del fatto in un meno grave reato. Il ricorso, assegnato alla Terza sezione penale che rilevava la sussistenza di un ampio contrasto interpretativo, veniva rimesso alle Sezioni Unite, le quali, tra l'altro, oltre a rammentare la strumentalità dell'abuso di autorità rispetto alla condotta costrittiva, individuavano il confine tra lo stesso abuso di autorità e la minaccia, entrambe modalità funzionali alla costrizione e contemplate dal primo comma della norma incriminatrice di cui all'art. 609 bis. Tale distinzione concettuale, giustificata dall'esigenza di ampliare l'ambito di operatività del primo comma, veniva affermata in quanto "mentre la minaccia determina un'efficacia intimidatoria diretta sul soggetto passivo, costretto a compiere o subire l'atto sessuale, la coartazione che consegue all'abuso di autorità trae origine dal particolare contesto relazionale di soggezione tra autore e vittima del reato determinato dal ruolo autoritativo del primo, creando le condizioni per cui alla seconda non residuano valide alternative di scelta rispetto al compimento o

all'accettazione dell'atto sessuale che, consegue, dunque, alla strumentalizzazione di una posizione di supremazia".

6. La violenza sessuale connessa all'utilizzo di sostanze alcoliche e stupefacenti.

Tema delicato e di cronaca giudiziaria, appare quello della violenza sessuale consumata e perpetrata previa fruizione delle sostanze psicoattive, anche somministrate alla vittima a sua insaputa. Violenza, questa, ancor più rilevante dal punto di vista del disvalore sociale quando posta in essere con la partecipazione di più persone riunite al fine di portare a compimento l'atto sessuale. Tanto, permetteva la denominazione del nuovo genere criminoso dei Drug-Facilitated-Crimes, ossia delitti agevolati dall'impiego di sostanze atte a provocare negli assuntori la depressione e/o l'eccitazione delle funzioni psichiche, oltre a veri e propri disturbi della percezione.

La rilevanza penale appare ancora più pregnante e meritevole di attenzione da parte degli operatori del settore quando si discerne di azioni criminose del tipo violenza sessuale e violenza sessuale di gruppo commesse e portate a compimento attraverso la somministrazione di sostanze psicotrope quali la Ketamina, l'MDA, l'alcol o il Gamma-idrossibutirrato (GHB), quest'ultimo considerato da taluni studi statunitensi "droga da stupro" per eccellenza visti i suoi effetti sedativi. La pericolosità sociale di dette sostanze è tale nella misura in cui pone l'aggressore, soggetto attivo del reato, nelle condizioni di poter influire sul ricordo della vittima, facendola franca da una eventuale denuncia per stupro. La sostanza del GHB, più specificatamente, è finalizzata proprio ad evitare che la vittima perda la percezione di ciò che ha subito mostrandosi restia a denunciare le violenze e gli abusi patiti perché pervasa ed assalita dal dubbio sulla eventuale aggressione. Nei rapporti sessuali, quando si fa uso di sostanze psicotrope, a poco rileva la direzione dell'elemento psicologico, ovvero che l'assunzione sia stata volontaria o dolosamente provocata dall'esecutore materiale dell'abuso, laddove, ciò che rileva, invece, è sempre la valutazione circa la sussistenza o meno del consenso libero ed incondizionato della vittima. È esso consenso libero ed incondizionato che permette di circoscrivere l'aria del penalmente rilevante. Pertanto, se la condotta del soggetto agente è diretta a somministrare le sostanze per facilitare lo stupro, è fuor di dubbio che tale condotta rientri nell'alveo del primo comma dell'articolo 609 bis c.p., trattandosi in questo caso di violenza coattiva, dove la induttiva, invece, si verifica solamente nella fattispecie del soggetto passivo che volontariamente assume

droghe ed alcol restando vittima inerme nelle mani di chi, approfittando di tale inferiorità fisica o psichica, si determina per consumare l'abuso.

Proprio a sostegno e conferma di detta argomentazione, interveniva la Suprema Corte di Cassazione con sentenza n. 10596 del 24 marzo 2020, nella quale gli Ermellini - chiamati a pronunciarsi sulle varie problematiche sorte in relazione alla circostanza aggravante di cui all'art. 603 ter, I comma, n. 2 c.p., disposizione normativa che prevede un aumento di pena di un terzo per chi pone in essere gli atti di cui all'art. 609 bis c.p. mediante l'uso di armi, sostanze alcoliche, narcotiche o stupefacenti, - stabilirono un ulteriore ed importante principio di diritto. I giudici di legittimità, nell'accogliere il ricorso proposto dall'imputato¹⁷², ribadivano che l'assunzione volontaria di sostanze alcoliche da parte della vittima prima dello stupro, non facendo venir meno il configurarsi della violenza sessuale, escludeva l'applicazione della predetta aggravante. La stessa, è contestabile al reo solo quando l'uso di sostanze stupefacenti o alcoliche dipenda dalla sua volontà e sia strumentale all'aggressione sessuale.

Per completezza argomentativa, si ritiene doveroso affrontare, di giustizia, anche quelle fattispecie dove, prima dello stupro, è lo stesso soggetto agente a trovarsi in preda ad uno stato di incapacità di intendere e di volere, di deficienza psico-fisica, conseguente all'assunzione di alcol e/o di stupefacenti. Sotto quest'aspetto, non possono non considerarsi i dettati normativi degli articoli 91 e 92 del codice penale che disciplinano, rispettivamente, l'ubriachezza derivante da caso fortuito o forza maggiore, ovvero lo stato di incapacità conseguente ad ubriachezza volontaria o colposa. Da un'interpretazione sistematica di queste norme, è facile giungere alla conclusione che lo stato di ubriachezza, se non dovuto a caso fortuito o forza maggiore, non esclude né diminuisce l'imputabilità del soggetto attivo, con l'aggravante che laddove l'assunzione di alcolici (o stupefacenti) dovesse compiersi con la precipua finalità di agevolare la commissione del reato o di "prepararsi una scusante", sarà consentito all'ordinamento giuridico di prevedere una pena più elevata, trattandosi, nella specie, di actio libera in causa. Non alleggerisce questa stretta normativa neppure il dettato dell'art. 94 stesso codice, quando si discorre di ubriachezza abituale. Di qui, addirittura un aumento di pena con l'applicazione di una misura

¹⁷² Nel caso di specie la persona offesa aveva fumato uno spinello cedutogli da un terzo, lungi da ogni accordo con il ricorrente. La droga, veniva assunta senza alcuna istigazione o agevolazione dell'imputato, il quale, approfittava dello stato di alterazione della vittima per compiere gli atti sessuali.

di sicurezza quando il soggetto che fa abitualmente abuso di alcol e droga venga riconosciuto socialmente pericoloso.

7. Riflessioni conclusive.

La novella normativa che dava corpo al dibattito dottrinale e giurisprudenziale, risolto poi dall'intervento delle Sezioni Unite sulla stigmatizzazione del concetto di consenso, dissenso ed abuso di autorità, allo stato, appare di importante valorizzazione della figura centrale della persona e dei suoi momenti di discernimento ed autodeterminazione rispetto a frangenti critici quali azioni di abuso e di violenza. I reati di genere, definiti tali proprio perché relativi a fenomeni di devianza a sfondo sessuale, atti a colpire le cosiddette fasce deboli della società, non potevano che essere previsti quali reati comuni spesso accertati con difficoltà e senza la certezza, per quanto possibile nell'ambito dell'accertamento penale, di dare sempre torto a chi ha torto e ragione a chi ha ragione. Al di là della casistica più o meno ampia, si rendeva necessario un intervento legislativo puntuale che desse sollievo ai due momenti essenziali del procedimento di accertamento penale, quello della prevenzione e repressione e quello procedimentale dell'individuazione e graduazione delle responsabilità. I reati di genere, portano con sé l'urgenza di una ricerca scientifica applicata al diritto penale e la necessità di approcciarsi a tali fenomenologie con la giusta precisione e tensione emotiva, utilizzando tutti quegli strumenti investigativi conati ad hoc anche grazie ai protocolli internazionali, indubbiamente finalizzati ad evitare rotte di collisione pericolose tra il momento investigativo e quello repressivo-punitivo di uno Stato. Pertanto, alla luce delle mirate e rilevanti novità apportate dal legislatore del 1996, l'auspicio è che sia intrapresa una ulteriore rivisitazione globale della disciplina che assicuri una tutela generalizzata a tutti i soggetti che possono vedersi sottoposti ad un eventuale procedimento per reati di genere, non dimenticando la vigenza, all'interno del nostro ordinamento, della presunzione di innocenza e dell'inciso relativo al primo comma dell'articolo 533 del codice di procedura penale, il quale prevede che il giudice deve pronunciare sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio.