

R

dell'Arma dei Carabinieri assegna



Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A.

Maria C. Perrini inc.

Scuola Ufficiali Carabinieri



R dell'Arma dei Carabinieri **assegna**

3

Anno LXVIII
luglio - settembre 2021

La «Rassegna dell'Arma dei Carabinieri» è istituita per aggiornare la preparazione specifica dei suoi appartenenti offrendo loro argomenti originali sull'evoluzione del pensiero militare e delle discipline giuridiche, professionali e tecnico-scientifiche che più interessano il servizio d'Istituto.

La collaborazione alla Rassegna dell'Arma è aperta a tutti.

La Direzione è lieta di ricevere articoli o studi su argomenti di interesse, per i quali l'autore garantisca il carattere inedito dei contenuti, riservandosi il diritto di decidere la loro pubblicazione.

Gli articoli di collaborazione diretta sono pubblicati sotto l'esclusiva responsabilità degli autori; le idee e le considerazioni sono personali, non hanno riferimento ad orientamenti ufficiali e non impegnano la Direzione della Rassegna.

La Redazione si riserva il diritto di modificare il titolo e l'impostazione grafica degli articoli, secondo le proprie esigenze editoriali.

La Rivista adotta un sistema di referaggio anonimo. La documentazione dell'esame valutativo degli scritti e l'elenco dei componenti del Comitato di Referaggio, sono conservati presso la Redazione.

L'Agenzia Nazionale di Valutazione del sistema Universitario e della Ricerca (ANVUR), ha inserito negli Elenchi delle riviste Scientifiche la «Rassegna dell'Arma dei Carabinieri» includendola tra le riviste classificate in «Area scientifica 12» ovvero delle «Scienze giuridiche».

La presente pubblicazione aderisce e si conforma alle linee guida adottate dal Committee on Publication Ethics (COPE), <http://publicationethics.org/resources/guidelines>, a cui fa rinvio il Regolamento ANVUR per la classificazione delle riviste nelle aree non bibliometriche.

Il periodico è inserito nei database di alcuni siti web dedicati alla condivisione delle pubblicazioni scientifiche [CINECA, DoGi Dottrina Giuridica, Catalogo Italiano dei Periodici ACNP, Scopus e WOS (Web of Science)]. La Rassegna è altresì presente in Academia.edu.

È vietata la riproduzione anche parziale, senza autorizzazione, del contenuto della Rivista.

COMITATO SCIENTIFICO

Presidente

Paola SEVERINO

Componenti

Paolo BARGIACCHI, Umberto BOCCHINO, Michel BOUDOT, Paolo BUSCO, Danilo CECCARELLI MOROLLI, Nando DALLA CHIESA, Andrea DE GUTTRY, Luca DE MARCHIS, Marco DE PAOLIS, Pasquale FIMIANI, Luigi FOFFANI, Oberdan FORLENZA, Maurizio FUMO, Marco GEMIGNANI, Virgilio ILARI, Massimiliano MASUCCI, Georg MEYR, Gian Piero Giuseppe MILANO, Gabriella PALMIERI, Giuseppe PIGNATONE, Franco ROBERTI, Antonio SABINO, Filippo SPIEZIA, Vito TENORE, Francesco VERMIGLIO

ORGANI DELLA RIVISTA

Direttore responsabile: Generale di Divisione Claudio DOMIZI

Redattore Capo: Colonnello Michele LIPPIELLO

Redazione: Luogotenente CS Remo GONNELLA, Luogotenente CS Alessio RUMORI
Appuntato Scelto QS Lorenzo BUONO, Appuntato Scelto Marco PICCIRILLO

COMITATO EDITORIALE

Vittorio CAPUZZA, Silvia DE BLASIS, Carlo FARINA, Andrea GIANNOTTI, Chiara PISTILLI,
Valentina VATTANI, Sirio ZOLEA

COLLABORATORI ESTERNI

Marta CAMPANELLI, Sara CUTRONA, Alfredo GIULIANELLI, Elisa MALANGONE

GENERALITÀ

Direzione e Amministrazione

Via Aurelia, 511 - 00165 Roma, tel. 06-66394680 - e-mail: scufrassegna@carabinieri.it

Grafica, Fotocomposizione e Impaginazione

a cura della Redazione

Fonti iconografiche

Ministero della Difesa - Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri - Scuola Ufficiali Carabinieri

Copertina

a cura dell'incisore e bozzettista Maria Carmela Perrini
Centro Filatelico dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato

CARATTERISTICHE

Periodico trimestrale a carattere tecnico-scientifico-professionale a cura della Scuola Ufficiali Carabinieri

PROPRIETARIO ED EDITORE MINISTERO DELLA DIFESA

Iscritto nel Registro della Stampa del Tribunale di Roma al n. 305/2011 in data 27-X-2011

Diffuso attraverso la rete internet sul sito Istituzionale dal Service Provider "BT Italia" S.p.A. Via Tucidide, 56 - 20134 Milano

www.carabinieri.it/editoria/rassegna-dell-arma/la-rassegna

ISSN (on-line): 2533-3070 - ISSN (print): 0485-3997



**MINISTERO
DELLA DIFESA**

ANVUR
AGENZIA NAZIONALE DI VALUTAZIONE DEL SISTEMA
UNIVERSITARIO E DELLA RICERCA
(AREA 12 - SCIENZE GIURIDICHE)



EDITORIALE



Ancora una volta dedichiamo un inserto speciale a un reparto dell'Arma dei Carabinieri che evoca una storia di eccellenza e di innovazione.

Mi riferisco al Ra.C.I.S., ossia al Raggruppamento Carabinieri Investigazioni Scientifiche che, con i suoi reparti specialistici centrali e le diramazioni periferiche costituite dai RIS, si è affermato, anche in ambito internazionale, nel settore delle investigazioni scientifiche, continuando a rappresentare un qualificatissimo punto di riferimento per la magistratura e anche per gli ambienti accademici e della ricerca con i quali contribuisce in

prima linea allo sviluppo delle scienze forensi.

L'inserto, che si apre con una presentazione del Comandante del Raggruppamento, il Generale di Brigata Riccardo Sciuto, contiene più articoli che mettono a fuoco il *ruolo della biologia e della genetica forense nell'assistenza alle vittime di violenza*, curati dai professori Loredana Buscemi e Fulvio Cruciani nonché dal Maggiore Filippo Barni, in servizio presso il RIS di Roma e dal Sottotenente Chiara Della Rocca, frequentatrice del 3° corso formativo per Ufficiali del Ruolo Tecnico della Scuola Ufficiali.

Proseguendo nella disamina delle tematiche relative alla legge 69 del 19 luglio 2019, meglio nota come *Codice Rosso*, affrontate anche nei precedenti numeri della Rassegna, pubblichiamo gli scritti di dottrina del professore Carlo Farina e del dottor Francesco Pio Lasalvia, che, con alcuni spunti critici, analizzano, rispettivamente, la fattispecie prevista dall'art. 612-ter c.p., mediaticamente nota come *revenge porn*, e quella di cui all'art. 583-quinquies c.p., riferita alle *lesioni personali* dalle quali derivi la *deformazione* o lo *sfregio permanente del viso*.

I dottori Vittorio Capuzza, Arturo Cancrini e Massimo Nunziata e il Maggiore Alfonso Montagnese, in servizio presso la Direzione di Amministrazione del Comando Generale, ci propongono, invece, una rassegna di approfondimenti nel campo degli *appalti pubblici*, corredati degli ultimi aggiornamenti giurisprudenziali.

Nel campo della *legislazione antimafia* si collocano gli studi del dottor Felice Piemontese, che ci riserva un'ampia panoramica sull'istituto delle cosiddette *interdittive antimafia* e sul *controllo giudiziario delle attività aziendali* e le analisi del dottor Davide Spina e dalla dottoressa Silvia De Blasis sull'*applicabilità dell'art. 416-bis c.p. alle mafie non tradizionali*, come, per ultimo, nel caso dei clan Fasciani, Spada e Casamonica, attivi nell'agro romano.

Chiudono la Sezione di Dottrina le riflessioni del professore Giorgio Spangher sulla cosiddetta *Riforma Cartabia*, che si inquadra nell'ampio contesto del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e che mira, tra l'altro, ad un considerevole *abbattimento dell'arretrato della giustizia penale* anche attraverso l'incremento delle risorse umane e materiali, l'informatizzazione dell'organizzazione amministrativa e lo sviluppo del processo telematico.

La Sezione *Agro Eco Ambiente* ospita un articolo del professore Piermaria Corona, che si sofferma sulle prospettive di una *gestione forestale* che, con particolare riferimento ai boschi italiani, possa utilmente sostenerne l'*adattamento ai cambiamenti climatici* e lo scritto del Tenente Colonnello Vitantonio Masi, Comandante del Nucleo Investigativo di Polizia Ambientale Agroalimentare e Forestale di Frosinone, che affronta le problematiche dell'*illecito smaltimento dei residui vegetali* e del connesso regime sanzionatorio.

Gli argomenti che presentiamo nell'*Osservatorio Internazionale* comprendono la prima parte della ricerca dedicata al concetto dello *State Building* nell'esperienza dell'*Amministrazione Fiduciaria Italiana in Somalia* dal 1950 al 1960, condotta dal professore Paolo Bargiacchi e dal Maggiore Paolo Del Giacomo, in servizio presso l'Ufficio Personale Marescialli del Comando Generale e lo studio del professore Pál Dunay, sulla *Guerra Fredda* e la *Competizione tra le Grandi Potenze*.

Tra gli studi militari la quarta parte della ricerca del professore Marco Gemignani sulle vicende storiche delle *Navi Carabinieri* e l'approfondimento del Procuratore militare Antonio Sabino circa l'esclusione dell'applicabilità ai reati militari dell'art. 162-ter c.p., che disciplina l'estinzione del reato per condotte riparatorie.


Concludono il numero le recensioni di due interessanti volumi: *I "Grandi" della Finanza da Quintino Sella ad Augusto Fantozzi*, di Mario Cardillo e *L'occhio di Rubens. Genova, 1600*, di Elena Taddia.

Buona lettura.


*Il Direttore responsabile
Generale di Divisione Claudio Domizi*

 **Editoriale del Direttore responsabile**
GENERALE DI DIVISIONE CLAUDIO DOMIZI3


Dottrina


 **Codice Rosso (Legge 19 luglio 2019, n. 69)**


- Il fenomeno del cosiddetto “revenge porn”: diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti
Carlo Farina7
- Appunti sulla deformazione o sfregio permanente del viso. Note critiche sulle modifiche introdotte con il Codice rosso
Francesco Pio Lasalvia23

 **ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione)**


- Il Collegio Consultivo Tecnico negli appalti pubblici
Arturo Cancrini41
- SOA e appalti pubblici anche alla luce del DL n. 77/2021 (semplificazioni 2021)
Vittorio Capuzza55
- Gli appalti pubblici per l'innovazione quale opportunità per la modernizzazione istituzionale. Quadro normativo, strumenti operativi e spunti per l'adozione di un Piano strategico per il *procurement* innovativo nell'Arma dei Carabinieri
Alfonso Montagnese91
- Brevi notazioni in materia di avvalimento
Massimo Nunziata117


 **Interdittive antimafia alla prova del dialogo tra corti e legislatore**
Felice Piemontese137

 **L'applicazione dell'articolo 416-bis c.p. alle mafie non tradizionali**
Davide Spina, Silvia De Blasis149

 **La riforma Cartabia: primissime indicazioni sulle linee generali della legge**
Giorgio Spangher159

Agro Eco Ambiente

 **Opzioni di gestione forestale per il contrasto e l'adattamento ai cambiamenti climatici**
Piermaria Corona163

 **La combustione dei residui vegetali tra sanzione penale e sanzione amministrativa**
Vitantonio Masi173

Osservatorio Internazionale

- ☛ **Security and state building in the experience of the italian trust administration in Somalia** (prima parte)
Paolo Bargiacchi, Paolo Del Giacomo185
- ☛ **The International System in the Era of Great Power Competition**
Pál Dunay203

Studi Militari

- ☛ **Le navi della Regia Marina e della Marina militare con il nome Carabiniere** (quarta parte)
Marco Gemignani219
- ☛ **Esclusa l'applicabilità ai reati militari dell'art. 162-ter c.p. (Estinzione del reato per condotte riparatorie)**
Antonio Sabino239

Libri

- ☛ **I "Grandi" della Finanza da Quintino Sella ad Augusto Fantozzi**
di Mario Cardillo
Recensione di Domenico La Medica243
- ☛ **L'occhio di Rubens. Genova, 1600**
di Elena Taddia
Recensione di Flavio Carbone246
- ☛ **Elenco Autori**.....249

Inserto

- ☛ **Il ruolo della genetica forense e l'assistenza alle vittime di violenza**
Riccardo Sciuto, Filippo Barni, Loredana Buscemi, Fulvio Cruciani, Chiara Della Rocca,

DOTTRINA



Avvocato
Carlo Farina^(*)

Codice Rosso

(Legge 19 luglio 2019, n. 69)

Il fenomeno del cosiddetto “revenge porn”. Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti

Come più volte accaduto, la realtà socio-criminale impone al legislatore di integrare il sistema di tutela penale con nuove fattispecie, funzionali a “coprire” ambiti evidentemente riconosciuti come privi di strumenti idonei a garantire specifici diritti e interessi. In questa prospettiva, tra le non poche novità contenute nella legge 19 luglio 2019, n. 69, un significativo rilievo assume la nuova fattispecie prevista dall’art. 10, che ha introdotto nel codice penale l’art. 612-ter in materia di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti, reato per il quale si è affermata, quantomeno nei *media*, in modo non del tutto corretto, la definizione di *revenge porn*.

Il contributo procede all’esame di questo “fenomeno”, analizzando la struttura della fattispecie incriminatrice ed evidenziando i limiti dell’intervento legislativo.

Has repeatedly occurred, the socio-criminal reality requires the legislator to supplement the criminal protection system with new cases, functional to “cover” areas evidently recognised as lacking suitable instruments to guarantee specific rights and interests. In this perspective, among the many innovations contained in Law no. 69 of 19 July 2019, a significant importance is assumed by the new case provided in article 10, which introduced in the Criminal Code article 612-ter on the unlawful dissemination of sexually explicit images or videos, an offence for which the definition of revenge porn has been established, at least in the media, in a not entirely correct way.

This contribution examines this “phenomenon”, analysing the structure of the offence and highlighting the limits of the legislative intervention.

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. La struttura della nuova fattispecie incriminatrice. - 3. Le circostanze aggravanti. - 4. Questioni processuali e ruolo della polizia giudiziaria. - 5. Considerazioni conclusive.

(*) Docente di Diritto penale dell’economia presso la facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”.

1. Introduzione

L'art. 10 della legge 19 luglio 2019, n. 69, intitolata «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere» - ma più nota come Codice Rosso - di cui già ampiamente si è scritto in questa Rivista⁽¹⁾, ha introdotto nel codice penale l'art. 612-ter e, con esso, il delitto di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti, che punisce con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro cinquemila a euro quindicimila - salva la sussistenza di circostanze aggravanti speciali, disciplinate nella norma - chiunque: dopo averli realizzati o sottratti, invia, consegna, cede, pubblica o diffonde immagini o video a contenuto sessualmente esplicito, destinati a rimanere privati, senza il consenso delle persone rappresentate; ovvero, avendo ricevuto o comunque acquisito tali immagini o video, li invia, consegna, cede, pubblica o diffonde senza il consenso delle persone rappresentate, al fine di recare ad esse nocumento.

La nuova fattispecie viene comunemente definita *revenge porn* (letteralmente vendetta pornografica): si tratta di un neologismo che evoca la diffusione di immagini ritraenti una persona nuda o intenta a compiere atti sessuali contro la volontà della stessa a fini di vendetta da parte dell'*ex partner*.

Detta definizione, però, come è stato correttamente notato, è fuorviante e, al contempo, vittimizzante nell'utilizzo di entrambi i termini⁽²⁾.

Il fine di vendetta, infatti, è solo uno dei moventi dell'autore del reato⁽³⁾ e rischia di alimentare il cosiddetto *victim blaming*, cioè la colpevolizzazione della vittima, poiché sposta l'attenzione e la responsabilità dall'autore del reato alla persona offesa, la cui condotta, rappresentata dall'esercizio di un diritto di libertà (interrompere una relazione), suggerisce l'idea che l'atto sia in qualche misura "giustificabile"⁽⁴⁾.

(1) Cfr., CIAVOLA A., GOBBI C., MALANGONE E., MORENA D., TAMMARO A., VERRONE F., *Codice Rosso (Legge 19 luglio 2019, n. 69), Contributi vari*, in *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri*, 2, 2021, 11 ss.

(2) Cfr., CALETTI G. M., "Revenge porn" e tutela penale. Prime riflessioni sulla criminalizzazione specifica della pornografia non consensuale alla luce delle esperienze angloamericane, in *Dir. Pen. Conf. Riv. Trim.*, 3/2018, 72.

(3) Studi criminologici dimostrano chiaramente che, spesso, anche colui che commette l'illecito nei confronti di una persona con cui ha intrattenuto una relazione non è mosso dalla sete di vendetta o dalla volontà di recarle danno; le motivazioni che spingono ad agire possono essere anche molto più "banali". Dietro alla divulgazione può, ad esempio, celarsi il desiderio di conseguire un profitto, così come non sono infrequenti i casi in cui la condotta viene realizzata per acquisire notorietà, per divertimento, per scherzo e perfino per noia.

(4) Cfr., Di NICOLA TRAVAGLINI P., MENDITTO F., *Codice Rosso. Il contrasto alla violenza di genere: dalle fonti sovranazionali agli strumenti applicativi. Commento alla legge 19 luglio 2019, n. 69*, Milano, 2020, 282 e ss.

Inoltre, il riferimento alla pornografia, alla quale è generalmente attribuito un significato negativo e stigmatizzante, squalifica la volontà della vittima, negandole la libertà di rappresentarsi o essere rappresentata nuda o in atti sessuali in contesti intimi. La condivisione dei dati avviene per lo più tramite la rete (non solo su “siti di settore”, ma anche sui *social network*) e, soprattutto, tramite le *chat* di messaggistica istantanea, ormai diffuse su tutti i dispositivi di comunicazione di ultima generazione. L’effetto che ne scaturisce - come giustamente osservato - è devastante: anche da una sola condivisione (magari avvenuta inizialmente fra una cerchia ristretta di persone) è facile che si scateni una sorta di aberrante effetto domino, in grado di azionare una scia rapida, insidiosa e incontrollabile di ulteriori condivisioni verso un numero imprecisabile di soggetti estranei (i cosiddetti secondi distributori di immagini previamente pubblicate da altri); così, in poche ore, le immagini e i video diffusi dal primo soggetto possono diventare di dominio pubblico⁽⁵⁾.

Sul piano dell’offensività, le condotte in oggetto presentano conseguenze di estrema gravità, tra le quali spiccano le sofferenze psicologiche patite da chi è ritratto nelle immagini divulgate: stando ai risultati di recenti ricerche, l’ottanta per cento delle vittime svilupperebbe forme acute di stress emozionale ed ansia, mentre il quarantasette per cento penserebbe almeno una volta al suicidio⁽⁶⁾. Le rimarchevoli lesioni della propria immagine e della propria dignità ed i condizionamenti che ne derivano nei rapporti sociali contribuiscono ad avvicinare gli effetti provocati dal *revenge porn* a quelli di una vera e propria violenza sessuale, anche considerando che le immagini sono spesso accompagnate da sufficienti informazioni per identificare il soggetto ritratto⁽⁷⁾.

Il fenomeno, purtroppo, ha visto una crescita esponenziale negli ultimi anni, anche in Italia, dove gli episodi di vendetta pornografica hanno talvolta assunto contorni drammatici, risolvendosi finanche nel suicidio delle vittime, esasperate dalla situazione creatasi a seguito della diffusione dei propri video o scatti privati⁽⁸⁾; si è, dunque, giunti ad assistere a dei veri e propri casi di *cyberbullismo*, secondo un’espressione coniata di recente per additare la prospettiva per lo più giovanile del fenomeno⁽⁹⁾.

(5) MATTIA M., “*Revenge porn*” e suicidio della vittima: il problema della divergenza tra voluto e realizzato rispetto all’imputazione oggettiva degli eventi psichici, in *Leg. Pen.*, 2019, 3.

(6) GILLESPIE A., *Cybercrime, Key Issues and Debates*, Abingdon-New York, 2016, 220.

(7) MATTIA M., *op. cit.*, 5.

(8) Il pensiero non può non andare, ovviamente, a Tiziana Cantone, giovane donna napoletana, i cui video *hard* avevano iniziato a circolare in rete, ma anche su *Whatsapp* e poi su *Facebook*, diffondendosi con quella incontrollabile viralità di cui sopra si è detto. Una vicenda che, nonostante la battaglia legale intrapresa a difesa del proprio “diritto all’oblio”, si è conclusa con il suicidio della vittima nel 2016.

(9) Cfr., MANTOVANI M., *Profili penali del cyberbullismo: la legge 71 del 2017*, in *IP*, 2018, 475-486.

La casistica, purtroppo divenuta corposa, ha fatto emergere le criticità per la tutela giuridica delle vittime: in altre parole, ci si è resi conto dell'inadeguatezza - per contrastare il dilagante fenomeno - delle disposizioni normative esistenti prima della novella del 2019.

Alcune fattispecie di reato - articoli 595, 612-*bis*, 615-*bis*, 617-*septies* c.p., art. 167, D.Lgs. n. 196/2003 - venivano, infatti, applicate nella prassi per reprimere le condotte in oggetto, ma la risposta dell'ordinamento al fenomeno non poteva di certo ritenersi soddisfacente⁽¹⁰⁾.

2. La struttura della nuova fattispecie incriminatrice

Il delitto di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti è collocato, dopo la minaccia e gli atti persecutori e prima dello stato di incapacità procurato mediante violenza, nella Sezione Terza - dedicata ai delitti contro la libertà morale - del Capo III (*Dei delitti contro la libertà individuale*) del Titolo XII del codice penale, incentrato sui delitti contro la persona. Sussistono, invero, perplessità, sulla prescelta collocazione sistematica, poiché da essa discenderebbe un inquadramento della fattispecie tra i delitti *lato sensu* di minaccia, mentre solitamente l'autore agisce per finalità diverse da quella di minacciare.

Di qui la conclusione che sarebbe stata preferibile la collocazione del delitto *de quo* in un autonomo titolo dedicato alla "tutela della riservatezza sessuale", da inserirsi dopo i delitti di violenza sessuale e prima dell'attuale Sezione Terza del Titolo XII⁽¹¹⁾.

L'art. 612-*ter* c.p. esordisce con la clausola di riserva "salvo che il fatto costituisca più grave reato": in accordo con le regole generali del concorso apparente di norme, la clausola di riserva potrà paralizzare l'operatività dell'art. 612-*ter* c.p. solo in quei casi in cui il reato più grave, richiamato dalla clausola, risulti in grado di assorbire effettivamente il disvalore complessivo del fatto e ciò potrà accadere solo quando l'offesa arrecata riguardi il medesimo bene giuridico o, quantomeno, beni giuridici omogenei.

(10) La lacuna più vistosa interessava i casi riguardanti minori degli anni diciotto, poiché la giurisprudenza di legittimità aveva fatto registrare diverse oscillazioni circa la configurabilità del delitto di "distribuzione, divulgazione diffusione, pubblicizzazione di materiale pedopornografico" *ex* art. 600-*ter* c.p. nel caso di diffusione non consensuale di immagini autoprodotte dal minore (cosiddette *sexting*), lasciando dunque una percentuale rilevantisima della casistica sprovvista di tutela nel quadro degli illeciti di pedopornografia.

(11) In tal senso cfr., la *Integrazione alle osservazioni dell'Unione delle camere Penali Italiane* al disegno di legge n. 1200, all'esito dell'audizione innanzi alla Commissione Giustizia del Senato in data 11 giugno 2019, nonché la *Relazione dell'Ufficio del Massimario della Cassazione* del 27 ottobre 2019, 18 ss.

In tutti gli altri casi, la clausola in questione non dovrebbe, pertanto, ritenersi idonea ad impedire il concorso tra il reato di diffusione illecita di contenuti sessualmente espliciti e i reati, anche più gravi, consumati attraverso quelle medesime condotte.

Così, è possibile il concorso formale tra il nuovo delitto e l'art. 612-*bis* c.p. (allorquando, s'intende, l'agente abbia immesso nel circuito digitale, in modo reiterato, immagini o video sessualmente espliciti e tale comportamento abbia determinato uno dei tre eventi descritti dall'art. 612-*bis* c.p.), in quanto i beni giuridici protetti dalle rispettive norme incriminatrici non sono perfettamente sovrapponibili: infatti, mentre il reato di atti persecutori è abituale, componendosi di atti leciti o illeciti, ed è volto a tutelare la persona offesa nella sua serenità psicologica e nella sua integrità fisica, l'art. 612-*ter* c.p. è un reato istantaneo che tutela diversi beni giuridici, tra cui la libertà di autodeterminazione morale, il cosiddetto onore sessuale, la reputazione e la *privacy* e perfino l'integrità fisica, quando i comportamenti illeciti compromettono la salute della vittima.

Da un punto di vista strutturale, il legislatore ha tipizzato una fattispecie di mera condotta articolata su due distinte ipotesi, accomunate dal medesimo trattamento sanzionatorio.

La fattispecie incriminatrice si configura quando, in assenza del consenso delle persone rappresentate, l'agente invia, consegna, cede, pubblica o diffonde immagini o video a contenuto sessualmente esplicito, destinati a rimanere privati (commi 1 e 2).

Le condotte di cui ai commi 1 e 2 hanno, però, un diverso presupposto, che nel primo caso consiste nella realizzazione o nella sottrazione (comma 1), e nella seconda ipotesi risulta, invece, nella ricezione o (comunque) acquisizione (comma 2) delle immagini o dei video a contenuto sessualmente esplicito.

Occorre, dunque, osservare che nel caso del primo comma, pur venendo incriminata una condotta posta in essere da “chiunque”, il reato appare in realtà realizzabile solo da chi rivesta un determinato ruolo: siamo in presenza di una cosiddetta qualifica implicita⁽¹²⁾, idonea a connotare l'ipotesi in commento come un caso di reato proprio, in quanto la sua realizzazione rientra nella sfera di competenza esclusiva del soggetto che ha già previamente realizzato o sottratto le immagini o i video a contenuto sessuale.

La norma sembra disinteressarsi del contesto, lecito o illecito, in cui sia stata posta in essere la condotta di realizzazione, lasciando ad altre norme incriminatrici il compito di sanzionare l'ipotesi che video o immagini siano

(12) Cfr., MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte Generale*, PD, 2007, 108 ss., il quale in questi casi parla di una “legittimazione al reato” in realtà circoscritta soltanto a determinate categorie di soggetti.

stati realizzati tramite fatti penalmente rilevanti, tra i quali assume preponderante rilievo quello contemplato dal primo comma dell'art. 615-*bis* c.p.⁽¹³⁾.

Allo stesso modo, non solleva problemi la condotta di sottrazione, la quale comporta che l'impossessamento di immagini o video avvenga senza il consenso dell'avente diritto, come accade, ad esempio, attraverso l'installazione illecita di *spy-cam* che riprendono momenti di intimità in cui la vittima si trovi in spogliatoi o bagni pubblici, ovvero l'hackeraggio dei sistemi informatici usati dalla vittima; la sottrazione può integrare o meno autonoma fattispecie di reato, con la conseguenza che può operare il concorso con il diverso delitto ravvisabile.

Il particolare legame tra autore del reato e fatto tipico viene meno, invece, nella previsione del comma 2, in cui viene punito chiunque abbia ricevuto o "comunque" acquisito le immagini o i video di cui al primo comma e li abbia successivamente diffusi; in questo caso il fatto è effettivamente realizzabile da "chiunque", così da integrare un'ipotesi di reato comune.

Le due ipotesi disciplinate dall'art. 612-*ter* c.p. si differenziano anche in relazione all'elemento psicologico: mentre la fattispecie di cui al comma 1 richiede il semplice dolo generico, per quella di cui al comma 2 è necessario, invece, il dolo specifico di arrecare nocumento alla persona (o alle persone, se sono più d'una) effigiata o ripresa. Non sarà sufficiente, dunque, provare la compresenza dei presupposti della condotta e volontarietà dell'ulteriore attivazione in modo distributivo, ma sarà necessario, altresì, dimostrare che l'agente - che possiamo definire "*revenger* di secondo grado" - abbia voluto arrecare un danno alla persona offesa.

Tale danno può consistere in qualsiasi lesione alla sfera giuridica della vittima: danno patrimoniale, se dalla pubblicazione (da intendersi in senso lato) la parte lesa abbia ricevuto una *deminutio* suscettibile di valutazione economica - come, ad esempio, l'annullamento di un contratto commerciale - ovvero danno morale, nella misura in cui abbia sofferto nella sfera psicologica, danno alla vita di relazione e così via, secondo le regole e la prassi dei tribunali civili⁽¹⁴⁾.

Per certo, la previsione del dolo specifico finisce per vanificare qualunque possibilità applicativa della fattispecie disciplinata nel comma 2 dell'art. 612-*ter* c.p., proprio per le difficoltà di provare il "fine di recare nocumento"; si tratta di un requisito che svuota le possibilità di applicazione della fattispecie e che contrasta con gli scopi perseguiti dal legislatore.

(13) In questi termini LO MONTE E., *L'art. 612-ter c.p. - Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti. Tra buoni propositi, denegato diritto all'oblio e "morti social"*, Torino, 2021, 75.

(14) Cfr., SORGATO A., *Revenge porn. Aspetti giuridici, informatici e psicologici*, Milano, 2020, 53.

Sul fronte probatorio, invero, non può mutuarsi la giurisprudenza formata in tema di atti persecutori, secondo la quale il giudice può argomentare la sussistenza degli effetti destabilizzanti della condotta dell’agente sull’equilibrio psichico della persona offesa anche sulla base di massime d’esperienza⁽¹⁵⁾: nello *stalking*, infatti, il danno costituisce l’evento prescritto dalla norma per la consumazione del reato, laddove nel *revenge porn* (di cui al comma 2 dell’art. 612-ter c.p.) il danno è lo scopo perseguito dall’agente e rientra, come detto, nell’alveo dell’elemento psicologico del delitto.

Venendo alle modalità della condotta, che abbiamo detto essere le medesime per entrambe le fattispecie della norma, si può notare che il legislatore ha utilizzato gli stessi termini (o sinonimi) che compaiono nel delitto di pornografia minorile, cosicché è possibile mutuare, per l’interpretazione della norma di più recente approvazione, la copiosa produzione giurisprudenziale già disponibile. Il reato si perfeziona quando, in assenza del consenso delle persone rappresentate, l’agente invia, consegna, cede, pubblica o diffonde immagini o video a contenuto sessualmente esplicito, destinati a rimanere privati.

Al riguardo, si è notato come, mentre le prime tre condotte si basano su un contatto diretto tra un soggetto e un altro (o altri, ma determinati), le ultime due modalità realizzative riguardano attività destinate ad una cerchia indeterminata di destinatari, con una potenziale “viralità” della pubblicità e della diffusione delle immagini o dei video⁽¹⁶⁾.

Dunque, nonostante il plurale della rubrica, il delitto, almeno nelle prime tre modalità realizzative, punisce già l’invio, la consegna o la cessione da un soggetto ad un altro, con un tasso di severità comparativamente maggiore rispetto alla repressione della pubblicazione o della diffusione delle immagini o dei video a contenuto sessualmente esplicito⁽¹⁷⁾.

Con specifico riferimento alle condotte di “pubblicazione” e “diffusione”, all’indomani dell’approvazione della legge n. 69/2019 è stata proposta un’interpretazione secondo cui la pubblicazione potrebbe ricorrere nei casi in cui le fotografie o i video vengano “postati” su siti pornografici, *social network* e su altre piattaforme *on line*, mentre la diffusione sembrerebbe richiamare la distribuzione senza intermediari ad un’ampia platea di destinatari, come avviene

(15) Così Cass., Sez. Quinta, 19 gennaio 2016, n. 30334.

(16) CALETTI G. M., “Revenge porn”. Prime considerazioni in vista dell’introduzione dell’art. 612-ter c.p.: una fattispecie “esemplare”, ma davvero efficace, in *Dir. pen. cont.*, 29 aprile 2019.

(17) Sul punto cfr., ROMANO B., *L’introduzione dell’articolo 612-ter del codice penale in materia di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti*, in *Codice rosso. Commento alla legge 19 luglio 2019, n. 69*, in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere, a cura di B. ROMANO, A. MARANDOLA, Pisa, 2020, 107.

nelle ipotesi di inserimento nelle *chat* di messaggistica istantanea, nelle *mailing list* o negli strumenti di condivisione *peer to peer*⁽¹⁸⁾.

Da un punto di vista normativo, il concetto di “diffusione” (più ampio e comprensivo anche della “pubblicazione”) ha un fondamento nell’art. 4, comma 1, lett. m) del Codice della *privacy* (D.Lgs. n. 196/2003, recentemente aggiornato dal DL 35/2019) e individua il dare conoscenza dei dati personali a soggetti indeterminati, in qualunque forma, anche mediante la loro messa a disposizione o consultazione, oppure implica una comunicazione ad un numero indeterminato di persone⁽¹⁹⁾.

Oggetto della condotta devono essere immagini o video a contenuto sessualmente esplicito: la locuzione utilizzata dal legislatore non è né chiara, né precisa. «Del resto - come è stato giustamente osservato - è innegabile che anche l’esposizione di un corpo nudo, per alcuni versi, non è normalmente un’immagine “sessualmente esplicita”; così come esporre un video mentre la persona è intenta a fare la doccia o girare nuda per casa potrebbe non rientrare nell’alveo del tipo descritto dalla norma. Secondo un’altra ottica, entrambi i casi potrebbero concretizzare un’offesa alla dignità, all’onore o alla *privacy* della vittima, e per questa ragione essere in grado di integrare la fattispecie incriminatrice di cui all’art. 612-ter c.p. o, quanto meno, l’ipotesi di diffamazione in presenza dei requisiti previsti da quest’ultima figura criminosa. La differenza sanzionatoria non è di poco conto e quindi il problema resta nella sua interezza»⁽²⁰⁾.

Il riferimento al contenuto sessualmente esplicito è destinato, dunque, a generare non pochi equivoci e, come è intuibile, ad essere risolto dall’interpretazione giurisprudenziale⁽²¹⁾, in spregio dei principi di riserva di legge e tassatività sanciti dall’art. 25, comma 2, Cost.; per tali ragioni, si ritiene che sarebbe stato più rispettoso dei principi innanzi richiamati un riferimento specifico ad “atti sessuali” in senso stretto o a parti intime del corpo della persona⁽²²⁾.

Si deve trattare, in ogni caso, di contenuti destinati a rimanere privati.

(18) V. sul punto CALETTI G. M., “Revenge porn”. *Prime considerazioni*, cit.

(19) Cfr., MONACO L., *Sub art. 615-bis*, in A. CRESPI, G. FORTI, G. ZUCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2008, 216.

(20) LO MONTE E., *op. cit.*, 104.

(21) Un valido ausilio potrebbe essere rappresentato dall’art. 600-ter, ultimo comma, c.p., a mente del quale “per pornografia minorile si intende ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, di un minore degli anni diciotto coinvolto in attività sessuali esplicite, reali o simulate, o qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un minore di anni diciotto per scopi sessuali”.

(22) Cfr., Unione delle Camere Penali, *Audizione Commissione Giustizia del Senato 11 giugno 2019. Integrazione alle osservazioni dell’Unione delle Camere Penali italiane. Disegno di legge 1200*, in www.camerepenali.it.

Qui, invero, ci si riferisce a immagini o video nati nel quadro di rapporti di coppia; tuttavia, può ipotizzarsi anche una creazione sin dall’inizio destinata a nuclei più ampi, ma comunque determinati, di soggetti⁽²³⁾ (si pensi a chi assiste, con il consenso dei “protagonisti”, a condotte sessualmente esplicite poste in essere da altri)⁽²⁴⁾. Infine, l’invio, la consegna, la cessione, la pubblicazione o la diffusione delle immagini o dei video a contenuto sessualmente esplicito deve avvenire senza il consenso delle persone rappresentate.

Il mancato consenso della persona offesa non va confuso con il dissenso, che comporta l’esplicitazione della volontà contraria alla diffusione; il mancato consenso costituisce un elemento oggettivo e strutturale del reato - più precisamente un “elemento negativo di tipicità”⁽²⁵⁾, idoneo ad escludere la stessa configurabilità della dimensione oggettiva dell’illecito - avendo il legislatore ritenuto di indicarlo nella descrizione della fattispecie, cosicché il consenso non costituisce una scriminante ai sensi dell’art. 50 c.p. Trattandosi di elemento costitutivo, neppure può assumere rilievo la disciplina sulla scriminante putativa, di cui all’art. 59 c.p., potendosi applicare al caso di specie la giurisprudenza di legittimità in ordine al delitto di violenza sessuale, secondo cui l’esimente putativa del consenso dell’avente diritto non è configurabile nel delitto di violenza sessuale, in quanto la mancanza del consenso costituisce requisito esplicito della fattispecie e l’errore sul dissenso si sostanzia, pertanto, in un errore inescusabile sulla legge penale⁽²⁶⁾.

Il consenso, per assumere validità e, dunque, per impedire la configurazione del delitto, richiede determinati requisiti: viene in rilievo, in primo luogo, la capacità della persona legittimata a prestare il consenso; poi, deve trattarsi di un consenso espresso, attuale (dovendo sussistere prima che venga realizzata la condotta delittuosa), libero, informato e, da ultimo, specifico, nel senso che la diffusione delle immagini deve essere normalmente acconsentita in limiti pre-determinati⁽²⁷⁾.

(23) ROMANO B., *op. cit.*, 108.

(24) Cfr., PAVICH G., *Le modifiche al codice penale, in Codice rosso. Legge 19 luglio 2019, n. 69*, a cura di A. MARANDOLA, G. PAVICH, Milano, 2019, 21.

(25) Al riguardo GALLO M., *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, 18 ss.; GROSSO C. F., *L’errore sulle scriminanti*, Milano, 1960, 142 ss.

(26) Cass., Sez. Terza, 18 maggio 2016, n. 37166. Negli stessi termini anche Cass., Sez. Terza, 19 giugno 2018, n. 52835.

(27) Ad esempio, se la persona ritratta consente l’invio delle immagini solo ad alcuni amici, una ulteriore diffusione oltre quella cerchia integra il delitto. Il consenso alla diffusione generalizzata e senza limiti potrà assumere rilievo solo nel caso in cui la persona si determini liberamente per esempio a vendere le immagini. Infatti, la disposizione, che fa riferimento a video o immagini destinate a rimanere private, ne esclude l’applicazione ai casi di realizzazione per finalità commerciali.

“La *ratio* della norma e il bene protetto - si è correttamente notato - che pongono in primo piano la tutela della persona offesa nella sua dimensione dell'onore, della libertà sessuale e personale, fanno propendere per una presunzione di mancato consenso della vittima alla diffusione delle proprie immagini. Infatti, la natura di queste, il rapporto sottostante tra la persona ritratta e chi la ritrae, il contesto della eventuale relazione affettiva e sessuale tra costoro, l'essere le immagini destinate a rimanere private, comportano che le riprese con contenuto sessualmente esplicito siano naturalmente destinate ad essere fruite solo dai protagonisti e non da terzi”⁽²⁸⁾.

Deve ritenersi, perciò, che gravi sull'imputato un onere di allegazione serio e riscontrabile sul consenso alla diffusione da parte della persona offesa.

3. Le circostanze aggravanti

I commi 3 e 4 dell'art. 612-ter c.p. disciplinano una serie di circostanze aggravanti.

In particolare, ai sensi del comma 3 della disposizione citata, la pena è aumentata se i fatti sono commessi dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa ovvero se i fatti sono commessi attraverso strumenti informatici o telematici.

La prima ipotesi non pone ovviamente particolari problemi interpretativi, anche se stupisce per certi aspetti la mancata espressa equiparazione ai rapporti di coniugio delle unioni civili; unioni che, peraltro, devono essere certamente ricomprese nel richiamo alle relazioni affettive.

Per quest'ultimo concetto è stata utilizzata una formula che consente margini interpretativi particolarmente ampi: una nozione che non richiama il dato della convivenza - che può presentare connotazioni di stabilità non perfettamente sovrapponibili rispetto al vincolo matrimoniale, ma comunque storicamente verificabili - e che, attraverso il riferimento agli “affetti”, piuttosto che ai rapporti strettamente sessuali o di vita in comune, risulta scarsamente determinata⁽²⁹⁾.

Chiaro anche il riferimento all'impiego di strumenti informatici o telematici, quando le condotte illecite avvengano tramite *social network* o via *internet*.

(28) DI NICOLA TRAVAGLINI P., MENDITTO F., *op. cit.*, 292.

(29) La Cassazione, in tema di atti persecutori, ai fini della configurabilità della circostanza aggravante di cui all'art. 612-bis, comma 2, c.p., ha precisato che per “relazione affettiva” non s'intende necessariamente la sola stabile condivisione della vita comune, ma anche il legame connotato da un reciproco rapporto di fiducia, tale da ingenerare nella vittima aspettative di tutela e protezione, (Cass., Sez. Terza, 9 gennaio 2018, n. 11920).

Si tratta di circostanze speciali ad effetto comune, acriticamente mutuata dal precedente art. 612-*bis* c.p., senza tuttavia che siano state valorizzate alcune importanti differenze fenomenologiche che intercorrono tra *revenge porn* e *stalking*.

Ad esempio, il fatto di prevedere un aumento di pena nei casi di una precedente relazione sentimentale con la persona offesa, ovvero nei casi in cui i fatti siano commessi attraverso strumenti informatici o telematici, lascia intuire come il legislatore abbia trascurato di considerare che ciò che nello *stalking* è eventuale, nel *revenge porn* è la regola⁽³⁰⁾. Così, in merito alla prima circostanza aggravante, mentre le ipotesi di “porno vendetta in senso stretto” riguardano fatti commessi da un *ex partner*, nello *stalking* la vittima può essere anche una persona sconosciuta, che diventa destinataria di morbosa attenzione da parte di un estraneo: è, dunque, evidente come solo per quest’ultimo fenomeno abbia senso prevedere l’aggravante della precedente relazione, in quanto è solo in tale contesto criminologico che essa rappresenta un’eventualità certamente più preoccupante.

Allo stesso modo, in relazione alla seconda circostanza aggravante, se il compimento degli atti persecutori può certamente prescindere dall’utilizzo di strumenti informatici o telematici, la carica offensiva del *revenge porn* si fonda in gran parte proprio sull’uso delle tecnologie digitali, che contribuiscono a renderlo estremamente semplice da realizzare e al contempo devastante nelle conseguenze: dunque, stante l’utilizzo che ormai si fa di tali strumenti, è verosimile ritenere che la quasi totalità della casistica riguarderà la fattispecie aggravata.

Il comma 4 dell’art. 612-*ter* c.p. prevede una circostanza aggravante ad effetto speciale, con aumento di pena fino alla metà, nel caso in cui il delitto sia posto in essere nei confronti di persona in condizione di inferiorità fisica o psichica o in danno di una donna in stato di gravidanza.

L’aggravante ricalca, ma questa volta non “ricopia”, il testo dell’art. 612-*bis* c.p.: manca il riferimento alla vittima minore, e questo deriva dal fatto che, nell’ipotesi di diffusione illecita di contenuti sessualmente espliciti, si azionerà verosimilmente la clausola di salvaguardia prevista nell’*incipit* del comma 1 e verrà contestato il diverso reato di cui all’art. 600-*ter* c.p.; inoltre, è molto diversa la dizione concernente il soggetto “debole”, visto che nell’art. 612-*bis* c.p. si richiama la condizione di disabilità (riconosciuta) ai sensi dell’art. 3 legge 5 febbraio 1992, n. 104, mentre nell’art. 612-*ter* c.p. si adotta una formula più ampia, evocativa di una condizione di inferiorità genericamente intesa.

(30) In tal senso, MATTIA M., *op. cit.*, 16.

Tale stato di inferiorità contemplato dalla norma in esame non discende, dunque, da valutazioni medico-legali, ma si avvicina concettualmente all'aggravante comune di cui all'art. 61, n. 5, c.p. sulla minorata difesa, per cui verranno in considerazione tutte quelle condizioni, permanenti o transeunti, che abbiano posto la vittima in situazione "sperequata" rispetto all'agente: intanto l'età, che la giurisprudenza enfatizza a volte sotto determinate condizioni, altre volte invece *in re ipsa* ⁽³¹⁾; poi le circostanze di tempo e di luogo per la realizzazione del reato. Anche in tema di *revenge porn*, quindi, il riscontro della sussistenza dell'aggravante si fonderà su una valutazione in concreto delle condizioni che hanno consentito di facilitare l'azione criminosa, e non su un affidamento aprioristico, e si ravviserà in tutti i casi in cui le particolari modalità dell'azione, connesse a situazioni oggettive o soggettive, consentano di approfittare della condizione di fragilità della vittima ⁽³²⁾.

4. Questioni processuali e ruolo della polizia giudiziaria

Il quinto ed ultimo comma dell'art. 612-ter c.p. disciplina il regime di procedibilità del reato e ricalca l'ultimo comma dell'art. 612-bis c.p. In particolare, si prevede che, ordinariamente, il delitto sia punito a querela della persona offesa; tuttavia, si procede d'ufficio nei casi in cui i fatti siano commessi in danno di persona in condizione di inferiorità fisica o psichica o in danno di una donna in stato di gravidanza, nonché quando il fatto risulti connesso con altro delitto per il quale si debba procedere d'ufficio. Analogamente a quanto previsto per lo *stalking*, il termine per la presentazione della querela è di sei mesi e l'eventuale remissione può essere soltanto processuale.

La legge n. 69 del 9 agosto 2019, introduttiva dell'art. 612-ter c.p., prevede numerose novità in ambito penalistico, sia sul fronte sostanziale sia su quello processuale, ma (inspiegabilmente) non tutte si estendono anche alla fattispecie oggetto del presente studio. L'art. 1 della legge citata interviene sul comma 3 dell'art. 347 c.p.p., stabilendo che quando si procede per i delitti previsti dagli artt. (572, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies, 612-bis) e 612-ter c.p., (ovvero dagli artt. 582 e 583-quinquies, nelle ipotesi aggravate ai sensi degli artt. 576, comma 1, nn. 2, 5 e 5.1, e 577, comma 1, n. 1, e comma 2, c.p.), la polizia

(31) Cass., Sez. Quinta, 21 febbraio 2019, n. 12796, nella quale si afferma che "Nei reati che presuppongono l'interazione tra l'autore del fatto e la vittima (nella specie, furto con strappo), ai fini del riconoscimento della circostanza aggravante di cui all'art. 61, n. 5, c.p., l'agevolazione all'agire illecito derivante dall'età avanzata della persona offesa è *in re ipsa*, senza che gravi in capo al giudice di merito uno specifico e ulteriore onere motivazionale rispetto al riscontro obiettivo dell'età della persona offesa".

(32) Cass., Sez. Terza, 23 giugno 2015, n. 38785 (in tema di violenza sessuale).

giudiziaria ha l’obbligo di riferire immediatamente, anche in forma orale, la notizia di reato al pubblico ministero⁽³³⁾. La riforma intende, dunque, consentire l’immediato intervento del pubblico ministero in presenza di reati considerati dal legislatore di particolare allarme sociale e che necessitano di una tempestiva direzione delle indagini da parte del pubblico ministero, a salvaguardia degli interessi tutelati; viene, così, configurata una vera e propria corsia preferenziale, che tiene conto della drammaticità della situazione vissuta dalla vittima.

Come espressamente chiarito nella relazione illustrativa della legge n. 69/2019, con l’art. 1 si esclude ogni discrezionalità nella scelta dello strumento comunicativo della notizia di reato: la polizia giudiziaria, infatti, dovrà attivarsi “immediatamente”, senza alcuna possibilità di valutare la sussistenza o meno di ragioni di urgenza. Imponendo l’immediata comunicazione della notizia di reato, infatti, s’introduce una presunzione assoluta di urgenza rispetto a fenomeni criminosi per i quali l’inutile decorso del tempo può portare, e spesso porta, ad un aggravamento delle conseguenze dannose o pericolose.

La disposizione non prevede sanzioni processuali nel caso di omissione dell’immediato adempimento prescritto dall’art. 347, comma 3, c.p.p. L’art. 124 c.p.p., però, impone agli ufficiali e agli agenti di polizia giudiziaria di applicare le norme del codice di rito anche quando l’inosservanza non importi nullità o altra sanzione processuale. Ne consegue l’eventuale responsabilità disciplinare, sia sulla base degli ordinamenti interni, sia nei confronti dell’autorità giudiziaria, ai sensi degli artt. 16 e 17 disp. att. c.p.p.; in presenza di condotte dolose potranno, poi, ricorrere i presupposti del delitto di cui all’art. 361 c.p. (omessa denuncia di reato da parte del pubblico ufficiale). Fermo restando l’obbligo di immediata comunicazione, sarà compito della polizia giudiziaria inoltrare, successivamente, la notizia di reato in forma scritta, con l’ulteriore documentazione; in ogni caso, sia prima che dopo la comunicazione al pubblico ministero, ai sensi degli artt. 348 e ss. c.p.p. sarà consentito alla polizia giudiziaria lo svolgimento delle consuete attività investigative, a condizione che tali attività non siano incompatibili (o, comunque, in contrasto) con le specifiche direttive impartite dalla procura della Repubblica. Si consideri, peraltro, che l’art. 3 della legge n. 69/2019 impone alla polizia giudiziaria un canale preferenziale nella trattazione delle indagini delegate dal pubblico ministero che riguardino i reati in oggetto, introducendo anche in questo caso, come visto a proposito dell’intervento sull’art. 347 c.p.p., una presunzione legale di urgenza per le indagini delegate in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere.

(33) Cfr., RECCHIONE S., *Codice rosso. Come cambia la tutela delle vittime di violenza domestica e di genere con la legge 69/2019*, in *Il penalista*, Focus del 26 luglio 2019, 1.

Sempre sul fronte della polizia giudiziaria - visto il ruolo di particolare importanza dalla stessa assunto nello svolgimento delle indagini in questa materia - l'art. 5 della stessa legge n. 69/2019 introduce l'obbligo di organizzare presso gli istituti di formazione della Polizia di Stato, l'Arma dei Carabinieri e il Corpo di Polizia penitenziaria, specifici corsi destinati al personale che esercita funzioni di pubblica sicurezza e di polizia giudiziaria in relazione alla prevenzione ed al perseguimento dei reati di cui agli artt. 1, 2 e 3 (elenchi in cui il *revenge porn* compare in due norme su tre), o che interviene nel trattamento penitenziario delle persone per essi condannate. La frequenza dei corsi è addirittura obbligatoria per il personale individuato dall'amministrazione di appartenenza.

L'art. 2 della legge n. 69/2019 inserisce all'art. 362 c.p.p. il nuovo comma 1-*ter*, secondo cui il pubblico ministero, entro tre giorni dall'iscrizione della notizia di reato, esamina la persona offesa o chi ha denunciato i reati di violenza domestica e di genere elencati; il termine di tre giorni può essere prorogato solo in presenza di imprescindibili esigenze di tutela dei minori di anni diciotto o per la riservatezza delle indagini, anche nell'interesse della persona offesa.

La nuova disposizione - mossa dalla medesima esigenza acceleratoria posta già a fondamento dell'art. 1 della legge n. 69/2019 - non trova, però, applicazione per il delitto di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti, di cui all'art. 612-*ter* c.p., poiché tale reato risulta incomprensibilmente escluso dal catalogo di quelli elencati nel comma 1-*ter* dell'art. 362 c.p.p.: si tratta di una scelta legislativa che, invero, avrebbe meritato un'adeguata spiegazione.

L'assunzione delle informazioni da parte della persona offesa - attività che può anche essere delegata alla polizia giudiziaria, ai sensi dell'art. 370 c.p.p. - costituisce, infatti, un elemento di valutazione imprescindibile per l'autorità: l'audizione può far emergere fatti e circostanze che la vittima non è stata in grado di riferire al momento della presentazione della denuncia o querela e permette di valutare le reali caratteristiche personali delle vittime, il contesto, la natura e le circostanze del fatto di reato, nonché i suoi eventuali sviluppi.

Orbene, se c'è un delitto suscettibile di una rapida "evoluzione", quello è proprio il reato previsto dall'art. 612-*ter* c.p.: tre giorni dopo aver denunciato il fatto, la parte lesa potrebbe essere in possesso di innumerevoli *screenshots* rappresentativi di diffusioni successive a quelle allegate alla prima querela, di messaggi di ingiuria, di manifestazione di odio, di istigazione alla violenza, ricevuti e patiti in conseguenza del primo *post* e delle successive divulgazioni⁽³⁴⁾.

(34) SORGATO A., *op. cit.*, 123.

5. Considerazioni conclusive

Come sopra si è detto, il delitto di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti è commesso quasi sempre attraverso le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, utilizzando *social network*, *App* di messaggistica, *mailing list*, *chat*, ecc., la cui finalità è quella di diffusione su larga scala delle immagini e dei video: è proprio l'illimitato potere di amplificazione del *web* che attribuisce ai comportamenti in esame un potenziale lesivo gravissimo, con l'impossibilità di impedirne la propagazione. Le caratteristiche della rete *internet* e la rapidissima condivisione dei contenuti immessi nel *web*, per le più svariate ragioni, comportano danni ingenti alle vittime, anche per la difficoltà di arginarne la portata. Non tutte le vittime di questa violenza, infatti, sono psicologicamente forti, non tutte riescono a sopportare il peso di essere oggetto di lussuria di sconosciuti, di essere riconosciute per la vicenda subita, di essere derise o anche solo compatite; molte, per questo motivo, maturano la decisione di porre fine alla loro esistenza con gesti estremi, quale il suicidio.

La giurisprudenza - in merito alle ipotesi di suicidio a seguito di maltrattamenti *ex art. 572 c.p.* - è intervenuta sul tema dei reati aggravati dall'evento, statuendo che “l'evento (il suicidio) deve essere conseguenza prevedibile in concreto della condotta di base dell'autore e non debba invece dipendere dalla semplice capacità di autodeterminarsi della vittima, come tale imprevedibile e non conoscibile dal soggetto agente”⁽³⁵⁾. Orbene, tale principio di diritto potrebbe essere estensibile anche in materia di *revenge porn*, cosicché l'autore di realizzazione e/o diffusione del materiale porno diverrebbe responsabile anche del suicidio del soggetto ritratto in video.

Ai fini di un efficiente contrasto al fenomeno del *revenge porn* bisognerebbe, inoltre, prevedere un maggior coinvolgimento dei gestori dei servizi *internet* nella prevenzione degli illeciti commessi in rete: in effetti, i disegni di legge presentati al Senato in occasione dell'approvazione della legge n. 19/2019 non si limitavano alla mera introduzione del reato di cui all'art. 612-ter c.p., ma allargavano l'angolazione dalla quale affrontare il problema, interrogandosi anche su altri profili, come la collaborazione degli *Internet Service Provider* alla rimozione delle immagini o la creazione di programmi di sostegno per le persone offese. Tuttavia, l'approvazione in tempi rapidissimi del “Codice Rosso” ha comportato, purtroppo, l'abbandono dei tentativi di compilazione di una legge più organica.

Allo stato attuale, pur riconoscendo che a carico del *provider* non sia ipotizzabile un obbligo di sorveglianza sui contenuti immessi nel sistema, né quindi configurabile una posizione di garanzia che comporti un obbligo di impedire i

(35) Cass., Sez. Sesta, 4 dicembre 2012, n. 46848.

reati commessi dagli utenti o da terzi sfruttando i servizi offerti, non può certamente negarsi l'esistenza di un successivo obbligo di attivazione dal momento in cui si abbia conoscenza della realizzazione dell'illecito; laddove, infatti, il *provider* non ottemperi alla diffida di rimozione dei contenuti illeciti, proveniente dalla parte che assuma di essere titolare dei diritti lesi, oppure non ottemperi ad un ordine dell'autorità (giurisdizionale o amministrativa) a cui il titolare del diritto si sia rivolto per ottenere il medesimo effetto, potrebbe (e dovrebbe) concorrere - in virtù di un autonomo titolo - nell'illecito già posto in essere dall'autore (o diffusore) del contenuto⁽³⁶⁾.

Non può certo dubitarsi, del resto, che il diritto alla cancellazione dei dati possa essere attivato anche nelle ipotesi di diffusione di immagini o video destinati a rimanere privati; in altri termini, che anche per i fatti di cui all'art. 612-ter c.p. possa parlarsi di "diritto all'oblio", così come disciplinato dall'art. 17 del Regolamento (UE) 2016/679⁽³⁷⁾. L'aspetto meno soddisfacente della normativizzazione del diritto all'oblio è, però, l'assenza di indicazioni in ordine al tempo entro il quale il titolare del trattamento deve adempiere l'obbligo della cancellazione.

Come giustamente osservato, infatti, il vero *punctum dolens* è rappresentato dalle lungaggini per la rimozione o, almeno, la deindicizzazione del contenuto postato⁽³⁸⁾, cosicché si dovrebbero prevedere meccanismi per accelerare un tale processo, magari attraverso la previsione di una tempistica inderogabile, supportata da un sistema sanzionatorio-amministrativo che obblighi i gestori del sito ad attivarsi.



(36) In tal senso cfr., ordinanza Trib. Napoli Nord, Sez. Seconda, 4 novembre 2016, in *Dir. Inform.*, 2017, II, 2, 243, con nota di MONTANARI M., *Il caso Rosanna (rectius, Tiziana Cantone)*. Per annotazioni adesive in termini di risultati pratici, ma critiche sull'effettiva corrispondenza allo stato dell'arte di tale ordinanza, cfr., BUGIOLACCHI L., *I presupposti dell'obbligo di rimozione dei contenuti da parte dell'hosting provider tra interpretazione giurisprudenziale e dettato normativo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 2, 536.

(37) Il quale stabilisce che *L'interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano senza ingiustificato ritardo e il titolare del trattamento ha l'obbligo di cancellare senza ingiustificato ritardo i dati personali.*

(38) Cfr., LO MONTE E., *op. cit.*, 162.



**Dottore
Francesco Pio Lasalvia***

Codice Rosso (Legge 19 luglio 2019, n. 69)

*Appunti sulla deformazione o sfregio permanente del viso.
Note critiche sulle modifiche introdotte con il Codice Rosso*

Il Codice Rosso - Legge 19 luglio 2019, n. 69 - ha introdotto quale autonomo titolo delittuoso: le lesioni personali dalle quali derivi la deformazione o sfregio permanente del viso (art. 583-*quinquies*, c.p.). La novella, sulla spinta di gravissimi fatti di cronaca giudiziaria, si fa portatrice di un sentimento di repulsione verso una condotta lesiva, oltre che della integrità fisica e psichica della vittima, anche della dignità della persona, degradata a *res* e violata nella sua identità personale. Tuttavia, la formulazione della norma si espone a qualche rilievo critico, sia con riferimento alle tecniche di tutela adottate, sia con riferimento alla lontananza delle scelte politiche operate rispetto alle istanze di un diritto penale costituzionale.

The Red Code, law n. 69 of 2019 - has introduced in the National Penal Code an autonomous criminal title: injuries causing a permanent face scarring or deformation (art. 583-quinquies, criminal code). The norm, motivated in its essence by recent heinous events highlighted in the news, is the bearer of a feeling of repulsion towards a harmful conduct, as well as the physical and mental integrity of the victim, also the dignity of the person, degraded to res and violated in his personal identity. However, the formulation of the law exposes itself to some critical relief, with reference both to the protection techniques adopted, and to the remoteness of the political choices made with respect to the requirements of a constitutional criminal law.



SOMMARIO: 1. Il nuovo delitto e la *ratio* politico criminale. - 2. Dalla aggravante al titolo autonomo di delitto. La mancata previsione della ipotesi colposa - 3. Il trattamento sanzionatorio. Simbolismo, sproporzione, irragionevolezza della pena principale ed accessoria - 4. Conclusioni. Un quadro non ottimale.

1. Il nuovo delitto e la *ratio* politico criminale

Con la riforma del Codice Rosso si punisce quale autonomo titolo delittuoso la condotta di «chiunque cagiona ad alcuno lesioni personali dalle quali

(*) Magistrato ordinario in tirocinio presso il Tribunale di Bologna. Dottore di ricerca in diritto penale presso l'Università di Parma.

derivano la deformazione o lo sfregio permanente del viso»⁽¹⁾.

Il Codice Rocco conosceva tale ipotesi come circostanza aggravante del delitto di lesioni personali, il Codice Rosso la trasforma in un titolo autonomo delittuoso con un proprio e distinto trattamento sanzionatorio: con la previsione di una pena principale *ad hoc*⁽²⁾, di una pena accessoria perpetua⁽³⁾, di circostanze aggravanti che possono implicare financo la irrogazione della pena dell'ergastolo quando dalla condotta incriminata derivi la morte della vittima⁽⁴⁾.

- (1) Legge 19 luglio 2019, n. 69, recante “*Modifiche al codice penale ed al codice di procedura penale ed altre disposizioni in materia di tutela della vittime di violenza domestica e di genere*”, meglio conosciuta come “Codice Rosso”, volendo, tramite ricorso a un lessico di matrice ospedaliera, evidenziare la necessità di un urgente intervento e di una corsia preferenziale per la tutela delle persone vulnerabili. Per un primo commento della novella, VALSECCHI, “*Codice rosso*” e diritto penale sostanziale: le principali novità, in *DPP*, 2020, 165 ss.; BASILE F., *La tutela delle donne dalla violenza dell'uomo: dal Codice Rocco al Codice Rosso*, in *DPU*, 20 novembre 2019; BORASI, *Prime considerazioni sul “Codice rosso”*, in *Riv. Pen.*, 2019, 739 ss.; PIERDONATI, *La tutela penale delle persone vulnerabili con particolare riferimento all'analisi della legge 19 luglio 2019, n. 69 (cosiddetto “codice rosso”)*, in *La Giustizia penale*, 2020, 176 ss.; DE SANTIS, “*Codice Rosso*”. *Le modifiche al codice penale*, in *Studium Iuris*, 2020, 1 ss. Per un primo commento alla nuova previsione incriminatrice, si veda CASALNUOVO, COLELLA, *Il nuovo reato di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso introdotto dal Codice rosso*, in *Riv. Pen.*, 2019, 983 ss.; MANNA, *La deformazione o lo sfregio permanente al viso tra codice penale, Codice rosso e principio di proporzionalità*, in *Arch. Pen. (online)*, 2020; LO MONTE, *Il “nuovo” art. 583-quinquies c.p. (“deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso”): l'ennesimo esempio di simbolismo repressivo*, in *Leg. Pen. (online)*, 22 novembre 2019; PADOVANI, *Lo sfregio, da aggravante a delitto*, in CADOPPI, VENEZIANI, ALDROVANDI, PUTINATI (a cura di), *Legalità e diritto penale dell'economia. Studi in onore di Alessio Lanzani*, a cura di, Roma, 2020, 246 ss.; GIRANI, *Il fenomeno del vitriolage: da circostanza aggravante a fattispecie autonoma di reato*, in *Penale, Diritto e procedura (in corso di pubblicazione)*; per un primo inquadramento, nella manualistica e nelle opere generali, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, V. ed., Bologna, 2020, 103 ss.; TORDINI CAGLI, *Sub art. 583-quinquies*, in PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, VII ed., Milano, 2019, 3710 ss.; utili indicazioni, per una prima lettura delle modifiche, si ricavano dalla Corte di cassazione - Ufficio del Massimario e del Ruolo, *Relazione su “Legge 19 luglio 2019, n. 69, Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere”*, 27 ottobre 2019 (di seguito, per brevità, “*Relazione del Massimario*”), consultabile dal sito istituzionale della Corte (www.cortedicassazione.it); sulla previgente circostanza aggravante delle lesioni personali gravissime e sulle questioni connesse, si veda, principalmente, CRIMI, *Sub art. 583*, in CADOPPI, CANESTRARI, VENEZIANI (diretto da), *Codice penale*, Torino, 2019, 2238 ss.; D'ANDRIA, *Sub art. 583*, LATTANZI, LUPO (diretto da), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*. Vol. VII, *I delitti contro la persona*, Libro II, Milano, 2015, 106 ss.; nonché, MASERA, *I delitti contro l'integrità fisica*, in VIGANÒ, PIERGALLINI (a cura di), *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, Torino, 2011, 87 ss.
- (2) “Chiunque cagiona ad alcuno lesione personale dalla quale derivano la deformazione o lo sfregio permanente del viso è punito con la reclusione da otto anni a quattordici anni”, (art. 583-quinquies, comma 1, c.p.).
- (3) “La condanna ovvero l'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale per il reato di cui al presente articolo comporta l'interdizione perpetua da qualsiasi ufficio attinente alla tutela, alla curatela e all'amministrazione di sostegno”, (art. 583-quinquies, comma 2, c.p.).
- (4) “La pena è aumentata da un terzo alla metà, se concorre alcuna delle circostanze aggravanti previste dall'articolo 576, ed è aumentata di un terzo, se concorre alcuna delle circostanze aggravanti previste dall'articolo 577 ovvero se il fatto è commesso con armi o con sostanze corrosive, ovvero da persona travisata o da più persone riunite”, (art. 585, comma 1, c.p.); “Si applica la pena dell'ergastolo se il fatto preveduto dall'articolo precedente è commesso [omicidio] (...) in occasione della commissione di taluno dei delitti previsti dagli articoli (...) 583-quinquies”, (art. 576, comma 1, n. 5, c.p.).

La *ratio* della nuova previsione incriminatrice si rinviene tutta nella cronaca giudiziaria e in particolare deriva dal verificarsi di gravi fatti delittuosi consistiti nel cosiddetto getto di acido sul viso della vittima con effetti di irrimediabile o difficilmente rimediabile compromissione dei lineamenti del viso o della sua stessa conformazione e quindi in definitiva della identità personale. La vittima della deformazione o dello sfregio permanente subisce un'offesa consistente in un grave danno alla salute sia fisica che psichica vedendo il proprio viso deformato o sfregiato e quindi irriconoscibile la propria persona a sé e al mondo con cui ella si relaziona quotidianamente⁽⁵⁾.

Non a caso, prima della approvazione del testo della riforma, taluni avevano proposto di inserire nel Codice penale il delitto di omicidio di identità volendo, con termine indubbiamente enfatico, sottolineare l'effetto drammatico e irrimediabile per la vittima e lo scopo predominante la scelta del carnefice, ossia quello di annullare o mortificare la vittima quale mera res che siccome il reo non può più possedere - ad esempio per la conclusione di una relazione sentimentale - allora val la pena annientare⁽⁶⁾.

In termini tecnici la *ratio* della nuova incriminazione avrebbe, per tanto, fondamento in un maggior disvalore di evento e in particolare nella notevole gravità delle conseguenze occorse alla vittima in termini di lesione del bene salute e del bene identità personale: la doppia offesa si porrebbe quindi a fondamento del severo trattamento sanzionatorio previsto con il Codice Rosso⁽⁷⁾.

2. Dalla aggravante al titolo autonomo di delitto. La mancata previsione della ipotesi colposa

La deformazione o sfregio permanente del viso non rappresenta un *novum* del nostro ordinamento. Il Codice penale la conosceva quale ipotesi circostanziata del delitto di lesioni personali accanto alle ipotesi di lesioni gravissime consistenti, per esempio, nella perdita di un arto o di un senso.

(5) In tale senso, autorevolmente, PADOVANI, *op. cit.*, 247, "L'offesa che lo sfregio o la deformazione reca alla vittima supera i limiti dell'integrità fisica, per attingere alla sua personalità individuale. Incidendo così violentemente sull'immagine di sé, che dei rapporti interpersonali costituisce un veicolo essenziale, è la dignità stessa della persona a risultare compromessa". Sotto i primi anni del Codice Rocco la pratica si racconta diffusa, specie in alcune province e tra alcune classi della popolazione, per vendetta o per castigo, ma anche per amore "quasi allo scopo di meglio assicurarsi la persona che si vuol far propria", (Relazione al progetto di codice penale del 1889, citazione tratta da MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, VIII, Torino, 1985, 262).

(6) Il volto distrutto e volutamente sfregiato della vittima, si legge nella relazione di accompagnamento alla proposta di introdurre il delitto di omicidio di identità, prodromo del delitto in commento, "ha il valore di una morte civile, inferta con inaudito cinismo e frutto o causa, sopra ogni cosa, della volontà violenta di restare unici padroni dell'io profondo della vittima che si sarebbe voluta possedere", costringe la vittima "a un calvario psichico e medico (...) per riuscire a riottenere la parvenza di un volto", (Relazione al disegno di legge 2757 del 2017, consultabile su www.senato.it).

(7) Così, FIANDACA, MUSCO, *op. cit.*, 104.

Il Codice Rosso non ha quindi colmato alcuna lacuna del sistema ma ha voluto trasformare una circostanza in un titolo autonomo delittuoso ripetendo un *modus procedendi* in passato verificatosi con il furto in abitazione o con strappo e poi con il delitto di omicidio stradale, prima circostanze aggravanti del furto e del delitto di omicidio colposo poi reati autonomi⁽⁸⁾.

Che si sia inteso procedere in tale senso è acclarato dalla *voluntas legis* espressa univocamente nella relazione di accompagnamento al disegno di legge laddove si sottolinea come «la previsione di un nuovo reato è volta a reprimere più efficacemente i casi, tristemente noti e cagione di forte allarme sociale, di persone che sfregiano il volto del *partner* [...] ad esempio con l'uso di sostanze acide e corrosive». In tale senso - e tuttavia occorre evidenziare come la chiara *intentio legis* sarebbe comunque sufficiente a chiusura del discorso - indirizza poi la previsione di un articolato autonomo, la riformulazione del fatto tipico, la previsione di un apparato sanzionatorio *ad hoc*, in breve, la piena autonomia di disciplina dal delitto di lesioni personali⁽⁹⁾.

La scelta operata - la trasformazione da ipotesi circostanziata a ipotesi autonoma - non è irrilevante in punto di disciplina applicabile alla ipotesi delittuosa in esame.

Prima di tutto, il superamento della natura circostanziale esclude il rischio connesso e sotteso ai possibili esiti del giudizio di bilanciamento delle circostanze del reato da parte del giudice, ovvero il rischio che una circostanza attenuante possa essere ritenuta prevalente o equivalente alla aggravante in parola e quindi annullare i connessi effetti di aumento sanzionatorio finendo per tanto

(8) Pacifica la natura di reato autonomo, confermata senza rischio di smentita dalla contestuale abrogazione della precedente e corrispondente ipotesi aggravata di lesioni personali gravissime. In tal senso, si veda, tra i primi commentatori, FIANDACA, MUSCO, *op. cit.*, 104; TORDINI CAGLI, *op. cit.*, 3711; PADOVANI, *op. cit.*, 248. In tale senso anche la Relazione del Massimario: «Il legislatore, con modalità analoga a quella già precedentemente seguita in tema di omicidio stradale, trasforma in autonoma fattispecie di reato il fatto di lesione causativo della deformazione o dello sfregio permanente al viso (...)».

(9) In dottrina si rinviene un annoso dibattito sulla individuazione dei criteri discretivi tra reato autonomo e reato circostanziato, con particolare interesse alle differenze di disciplina in punto di individuazione della disciplina codicistica applicabile, quanto ai criteri di imputazione soggettiva, al giudizio di bilanciamento, alla decorrenza della prescrizione, alla individuazione del *tempus e locus delicti*. Al di là della manualistica, recentemente ripercorre il ricorrente dibattito giurisprudenziale in ordine alla individuazione di sicuri criteri di demarcazione: Cass., Sez. un., 21 giugno 2018, n. 40982, in CED, n. 273937. Vale la pena, tuttavia, evidenziare come, a dispetto dei numerosi criteri via via richiamati dalla giurisprudenza, non esistono criteri ontologici o strutturali che distinguano una fattispecie autonoma da una circostanziata, essendo la scelta puramente discrezionale e affidata al legislatore. Il problema, per tanto, si fa concreto e merita una maggiore trattazione allorquando la *voluntas legis* risulti equivoca imponendo in quel caso uno sforzo interpretativo volto a ricostruire per vie traverse la volontà nascosta o equivoca della legge.

per applicare in caso di condanna una pena sproporzionata per difetto alla gravità del fatto commesso⁽¹⁰⁾.

In effetti la precedente qualificazione quale circostanza aggravante, in caso di prevalenza di attenuanti, avrebbe potuto implicare una cornice edittale con pena minima quattro mesi di reclusione, pena massima due anni di reclusione⁽¹¹⁾.

In tale rischio riposa la *ratio* della scelta tecnica operata dal Codice Rosso insieme alla previsione di una cornice edittale informata a un maggior rigore rispetto a quella prevista per le restanti ipotesi di lesioni gravissime quali la perdita di un arto o di senso.

Tuttavia, la trasformazione in titolo autonomo delittuoso - insieme alla eliminazione della precedente ipotesi circostanziata - implica un secondo evidente effetto al quale, plausibilmente per fretta o per sciatteria normativa, non è stata prestata la dovuta attenzione in sede di redazione e approvazione della novella⁽¹²⁾.

E invero la previsione di un titolo delittuoso autonomo implica che i fatti descritti siano punibili solo a titolo di dolo, anche eventuale, ma non anche a titolo di colpa, salvo che vi sia una previsione espressa che la riforma non ha previsto, si direbbe non volutamente e inopinatamente se si pensa alla *ratio* della riforma, ovvero sia rafforzare i presidi a tutela delle persone deboli e non indubbiamente indebolirne la tutela rispetto al passato. In base alla precedente normativa, a mente della qualificazione come circostanza aggravante delle lesioni personali, la deformazione o sfregio permanente del viso poteva essere punita a titolo di dolo o anche a titolo di colpa.

E invero, in base ai criteri di imputazione delle circostanze aggravanti, «le circostanze che aggravano la pena sono valutate a carico dell'agente soltanto se da lui conosciute [dolo] ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa», (articolo 59, comma 2, c.p., come riformato dalla legge 19/1990).

- (10) In tale senso, anche la Relazione del Massimario: “l'intervento in oggetto (...) intende offrire una risposta ispirata a maggiore rigore e, soprattutto, mira a frustrare il rischio di possibili attenuazioni sanzionatorie, conseguenti al meccanismo del bilanciamento delle circostanze, in una prospettiva di contenimento della discrezionalità del giudice”.
- (11) Ipotizzando la sussistenza di una attenuante ad effetto comune - le attenuanti generiche, per esempio - e la prevalenza di queste sulla aggravante delle lesioni gravissime, la cornice edittale di partenza per operare la commisurazione della pena non è quella prevista per le lesioni gravissime ma quella prevista per il delitto base di lesioni personali (sei mesi - tre anni di reclusione). Sulla cornice edittale del delitto base deve essere operata quindi la diminuzione per la circostanza attenuante ad effetto comune ipotizzata fino a un terzo (nella diminuzione massima di un terzo, quindi: quattro mesi - due anni di reclusione).
- (12) PADOVANI, *op. cit.*, 249; MANNA, *op. cit.*, 6.

Viceversa, come si ricava dalla disciplina sui criteri di imputazione del reato [autonomo e non circostanziato] sappiamo che «nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto se non l'ha commesso con dolo salvi i casi di delitto [...] colposo espressamente preveduti dalla legge» (art. 42, comma 2, c.p.). Il che implica come, allo stato attuale e rispetto alla previsione precedente, si sia ridotto alle sole ipotesi dolose il campo della punibilità della condotta tipica di deformazione o sfregio permanente del viso, lasciando priva di una idonea tutela la vittima nei casi di sfregio o deformazione al viso dovuta a una grave imprudenza, negligenza o imperizia, specie nel settore medico chirurgico. Si tratta a ben vedere di un esito incoerente con la *ratio* di politica criminale voluta dal Codice Rosso - rafforzare la tutela - che ci consente di concludere che il *deficit* riscontrato sia frutto della fretta di provvedere e quindi di sciatteria normativa. Viceversa, questa volta in linea con la *ratio* politico criminale, il delitto viene strutturato come un reato causale puro.

Punendo tutte le condotte che abbiano come effetto la produzione di lesioni personali consistenti nella deformazione o sfregio permanente della vittima senza che rilevino particolari modalità della azione o della omissione, il Codice Rosso si fa espressione della volontà normativa di offrire la più ampia tutela ai beni giuridici offesi.

In tale ottica la struttura del delitto in parola ricalca la struttura dei delitti di omicidio e in particolare dei delitti di lesioni personali tutti a forma libera, di evento, causali puri e punibili anche a titolo di colpa rendendo con ancora maggior forza evidente il *vulnus* di tutela derivante dalla mancata previsione colposa. Il che non implica un mero rilievo critico di politica criminale ma rischia di tradursi in una grave e difficilmente ammissibile irragionevolezza nel sistema delle tutele penalistiche. E invero la irragionevolezza del sistema ossia la sproporzione per difetto che qui si intende denunciare sta nella previsione di una tutela forte - punibilità per dolo e per colpa - per fatti dotati di disvalore minore - ipotesi di lesioni personali anche semplici, punite sia se volontarie sia se involontarie (art. 582, c.p. le lesioni dolose, art. 590, c.p., le lesioni colpose) - e di una tutela debole - punibilità per dolo ma non per colpa - per fatti dotati di disvalore maggiore - le lesioni personali con deformazione e sfregio permanente del viso (art. 583-*quinquies*, c.p.) -.

Quella appena evidenziata - diversamente da quelle che saranno esposte appresso - rappresenta una irragionevolezza, tuttavia, non superabile se non tramite un intervento normativo. E invero come sappiamo, essendo *ius receptum* tratto dai principi fondanti del nostro diritto penale, la Corte costituzionale non sarebbe ammessa a intervenire in caso di riscontro di una irragionevolezza normativa qualora la propria decisione avrebbe effetti in *malam partem*, cioè, come in questo caso, estensivi della punibilità a ipotesi non previste dalla previsione normativa e quindi da presumersi non volute dal legislatore.

In tale senso, nonostante si sia dinanzi a una evidente e irragionevole lacuna, un intervento che sancisca la incostituzionalità della nuova previsione incriminatrice nella parte in cui non prevede la punibilità a titolo di colpa della condotta incriminata sarebbe comunque precluso alla Corte costituzionale stante il principio cardine della legalità penale, in specie della riserva assoluta di legge (articolo 25, comma 2, Cost.).

3. Il trattamento sanzionatorio. Simbolismo, sproporzione, irragionevolezza della pena principale ed accessoria

In linea con la *ratio* di politica criminale è invece il trattamento sanzionatorio previsto dal Codice Rosso per il delitto in parola. Viene aumentata la pena principale della reclusione - da otto a quattordici anni di reclusione in sostituzione della precedente cornice da sei a dodici anni - e viene prevista la pena accessoria della interdizione perpetua del condannato da qualsiasi ufficio attinente alla tutela, alla curatela e alla amministrazione di sostegno.

La scelta votata al rigore sanzionatorio trova plausibilmente fondamento in una sorta di simbolismo penale, ovverosia in quella logica di esasperato aumento delle cornici edittali nella speranza di offrire una risposta alle istanze punitive provenienti dalla collettività e calmare il crescente allarme sociale⁽¹³⁾.

Modus procedendi che, come la recente e infruttuosa esperienza dimostra, non implica alcun serio e concreto effetto positivo nella lotta al crimine per evidenti e ben noti argomenti che qui possiamo esporre solo in sintesi.

In primo luogo, la efficacia del diritto penale non riposa nella durezza o severità ma nella certezza e prontezza della pena, come ci ricorda Cesare Beccaria nel libretto *Dei delitti e delle pene*⁽¹⁴⁾.

(13) In tale ottica, LO MONTE, *op. cit.*, 19; MANNA, *op. cit.*, 4; DE SANTIS, *op. cit.*, 6-7. Così anche, espressamente, in sede di primo commento, VALSECCHI, *op. cit.*, 171: “l'impressione è che ci troviamo in presenza di un intervento normativo dettato principalmente dal desiderio del legislatore di intercettare un sentimento collettivo di allarme suscitato da alcuni (certamente terribili, ma pur sempre numericamente circoscritti) fatti di cronaca (...) piuttosto che dalla reale necessità di rafforzare la risposta sanzionatoria dell'ordinamento rispetto a fatti già in precedenza annoverati fra le ipotesi più gravi di lesione personale”.

(14) BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Edizione Feltrinelli, Milano, 1991, 77, cap. XVII: “(...) Uno dei più gran freni dei delitti non è la crudeltà delle pene, ma l'infallibilità di esse, e per conseguenza la vigilanza dei magistrati, e quella severità di un giudice inesorabile, che, per essere un'utile virtù, dev'essere accompagnata da una dolce legislazione. La certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre una maggiore impressione che non il timore di un altro più terribile, unito colla speranza dell'impunità; perché i mali, anche minimi, quando son certi, spaventano sempre gli animi umani (...); si vedano le ricerche sulla effettività della pena di PAGLIARO, *Le indagini empiriche sulla prevenzione generale: una interpretazione dei risultati*, in RIDPP, 1981, 447 ss.

In secondo luogo, il reo commette il delitto mosso da spinte emotivo passionali e per tanto irrazionali e non da calcoli aritmetici sulla quantità della pena, ovverosia, con altre parole, non si muove calcolatrice alla mano e quindi nessuna funzione di deterrenza o di orientamento culturale può avere in linea di massima un aumento sanzionatorio, a fortiori quando opera su una pena - quale quella in precedenza prevista per le lesioni gravissime consistente nella reclusione dai sei ai dodici anni - evidentemente non di modesta entità⁽¹⁵⁾.

Si potrebbe tuttavia replicare che il fatto di deformazione o sfregio permanente del viso, nelle valutazioni insindacabili del riformatore, sia espressione di un forte disvalore sociale e quindi meriti esattamente quel nuovo e aggravato trattamento sanzionatorio. Tuttavia, considerato che non esiste un calcolo mediante il quale individuare quale sia la pena esatta, la esattezza ovvero la proporzione della pena va verificata tentando di garantire che la qualità e quantità di pena corrisponda al grado di offesa e alla rilevanza del bene leso nella scala dei valori socialmente condivisi. Il diritto penale assolve a una funzione - anche - di orientamento culturale dei consociati di modo che la previsione di pene maggiori per fatti minori e la previsione di pene minori per fatti maggiori finisce con il sovvertire la scala dei valori condivisi e con il dar vita a un sistema del tutto arbitrario e irrazionale⁽¹⁶⁾.

Breve. La scelta di che cosa punire e di come punire spetta alla politica, la quale tuttavia incontra un limite nella Costituzione, e in particolare nei valori della ragionevolezza e della proporzione delle scelte assunte⁽¹⁷⁾.

Sarebbe irragionevole punire un omicidio con la pena della multa e un furto con la pena della reclusione non inferiore nel minimo a ventuno anni. Sarebbe irragionevole punire le lesioni personali colpose con la pena della reclusione fino a tre anni e le lesioni personali dolose con la pena della multa.

(15) In tale senso, anche MANNA, *op. cit.*, 4.

(16) Così, in termini sovrapponibili, anche LO MONTE, *op. cit.*, 21, il quale evidenzia come vi sia il rischio che la previsione di cornici edittali fuori da una logica di sistema possa produrre una percezione alterata nella collettività della scala dei valori socialmente condivisi e per ciò da tutelare con il diritto penale.

(17) *Ex multis*, Corte cost. 222 del 2018: “Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, la determinazione del trattamento sanzionatorio per i fatti previsti come reato è riservato alla discrezionalità del legislatore, in conformità a quanto stabilito dall’art. 25, secondo comma, Cost.; tuttavia, tale discrezionalità incontra il proprio limite nella manifesta irragionevolezza delle scelte legislative, limite che - in subiecta materia - è superato allorché le pene comminate appaiano manifestamente sproporzionate rispetto alla gravità del fatto previsto quale reato. In tal caso, si profila infatti una violazione congiunta degli artt. 3 e 27 Cost., giacché una pena non proporzionata alla gravità del fatto (e non percepita come tale dal condannato) si risolve in un ostacolo alla sua funzione rieducativa” (in questi termini, senza alcuna pretesa di esauritività, significative sono le seguenti decisioni della Corte cost. 40 del 2019, 236 del 2016, 148 del 2016, 5 del 2014, 68 del 2012, 341 del 1994, 50 del 1980).

Sarebbe irragionevole punire le lesioni personali dalle quali deriva la perdita di un arto con la reclusione e quelle dalle quali deriva la perdita di un senso con la multa. Si intende affermare il principio per cui la politica si muove in un campo di discrezionalità ma non di totale arbitrio, soggiace al limite della ragionevolezza delle scelte, a sua volta fondato sulla esatta percezione della rilevanza dei beni tutelati delle norme e dal grado di disvalore sotteso ai comportamenti presi in esame dalla legge in considerazione del fatto che razionalità vuole che siano puniti in modo uguale comportamenti che per disvalore sociale siano uguali o quantomeno assimilabili, e in modo diverso comportamenti che per disvalore sociale non siano collocabili sul medesimo piano. In tale ottica si potrebbe discutere della ragionevolezza del trattamento sanzionatorio previsto per la deformazione o sfregio permanente del viso quale lesione personale gravissima. In particolare della scelta del Codice Rosso di considerare la deformazione o sfregio permanente del viso ipotesi di lesione personale gravissima meritevole di un trattamento sanzionatorio maggiormente severo rispetto a quello previsto dal codice penale per le lesioni personali gravissime dalle quali derivi la perdita di un arto o di un senso, la malattia certamente o probabilmente insanabile, la perdita della capacità di procreare, ipotesi a dire il vero connotate da un notevole e non certo secondario disvalore sociale⁽¹⁸⁾. La perdita di un senso o di un arto può cambiare radicalmente la vita della vittima, la perdita di un organo può compromettere radicalmente la qualità della vita e che dire della perdita della capacità di procreare⁽¹⁹⁾. E, tuttavia, sebbene le lesioni gravissime pocanzi menzionate implicino una grave offesa alla salute della vittima, la deformazione o sfregio permanente al viso implica un *quid pluris*, cioè la lesione della dignità, derivante dalla mortificazione o dallo snaturamento della identità personale e relazionale della vittima: il che potrebbe offrire legittimazione al più severo trattamento sanzionatorio. Sul versante opposto, quello di una sproporzione per difetto del trattamento sanzionatorio previsto per il delitto in parola, evidenziamo come il codice penale punisca il fatto di lesioni personali gravissime a un pubblico ufficiale in servizio di ordine pubblico in occasione di manifestazioni sportive con la pena della reclusione da otto a sedici anni, ovvero con una pena massima più alta di quella che il Codice Rosso ha previsto per la deformazione o sfregio permanente del viso.

(18) Scettici sul punto, MANNA, *op. cit.*, 12; LO MONTE, *op. cit.*, 20; VALSECCHI, *op. cit.*, 171; CASALNUOVO, COLELLA, *op. cit.*, 984: “viene da chiedersi se la perdita dell’autosufficienza, il dipendere per il resto della vita da una sedia a rotelle, da un cane guida, da una bombola di ossigeno, siano per le vittime “meno gravi” della deturpazione del volto” o se le due ipotesi presentino lo stesso disvalore e per ciò richiedano un medesimo trattamento sanzionatorio.

(19) Per un approfondimento sulla casistica giurisprudenziale in ordine alla configurazione delle ipotesi di lesioni gravissime, si veda, D’ANDRIA, *op. cit.*, 117.

Sarebbe ragionevole domandarsi se una lesione della salute fisica o psichica con annientamento della identità di una persona debole sia meritevole di un trattamento meno severo di quello riservato alla lesione della salute fisica e psichica di un agente di pubblica sicurezza in servizio in occasione di manifestazioni sportive oppure se entrambe le condotte, notevolmente intrise di disvalore sociale, meritino un pari trattamento sanzionatorio⁽²⁰⁾.

Chiaro che in un campo rimesso alla *voluntas legis*, in teoria portatrice delle istanze del gruppo sociale di riferimento e dei valori condivisi in un dato momento storico, le nostre valutazioni non possono che offrire spunti di riflessione, indicare eventuali elementi che appaiono sistematicamente disarmonici, in particolare in un momento in cui sulla politica nazionale e internazionale soffia il vento del populismo che porta con sé il rischio di un uso arbitrario e sconsiderato della pena⁽²¹⁾.

Il rischio è che talune anomale previsioni sanzionatorie, se non ben ponderate e ricavate dalla effettiva percezione del disvalore sociale, con la forza di orientamento culturale che la pena porta con sé, possa avere un effetto di sovvertimento della scala di valori che i consociati desumono dal rapporto tra quantità e qualità della pena e fatto incriminato. I rilievi sulla ragionevolezza della pena non sono materia estranea al sindacato della Corte costituzionale⁽²²⁾.

E invero da qualche tempo la Corte, con maggiore incidenza rispetto al passato, valuta la ragionevolezza delle scelte sanzionatorie avendo come parametro di riferimento il principio di proporzione e rieducazione del condannato. La pena, se sproporzionata alla gravità della offesa e quindi al *quantum* di colpevolezza del reo, persegue scopi di prevenzione generale rendendo la persona uno strumento di intimidazione collettiva; essa viene così percepita come ingiusta e genera nel condannato sentimenti di insofferenza verso il sistema e quindi lo indispongono al trattamento rieducativo⁽²³⁾.

(20) Si mostra perplesso, SEMINARA, *Codice penale, riserva di codice e riforma dei delitti contro la persona*, in RIDPP, 2020, 446, evidenziando la assurdità che vien fuori dal confronto tra le due cornici edittali richiamate nel corpo del testo.

(21) La letteratura sul punto è ricchissima. Ci limitiamo per la autorevolezza della fonte e per la esaustività del quadro tracciato a rinviare alle note di PULITANÒ, *Il penale tra teoria e politica*, in *Dir. Pen. Cont.*, Riv. Trim., 2020, 4, 1 ss.

(22) In materia di sindacato sulla proporzionalità della pena, per un quadro esaustivo esposto da una visuale ottimale in quanto interna alla Corte costituzionale, VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, membro della Corte costituzionale ed estensore di sentenze fondamentali sul punto, quali tra tutte, per la attinenza con il tema qui trattato, la sentenza n. 222 del 2018 in materia di pene accessorie fisse nel delitto di bancarotta fraudolenta.

(23) *Turning points* della svolta della giurisprudenza costituzionale: in particolare e senza alcuna pretesa di esaustività, la sentenza che sanziona la illegittimità costituzionale della cornice editale prevista per il delitto di alterazione di stato mediante falso documentale (art. 567, comma 2, c.p.; Corte cost. 236 del 2016); la sentenza che dichiara la illegittimità costituzionale della

La previsione sanzionatoria sulla pena principale consente qualche rilievo critico, opinabile alla luce delle diverse opinioni sulla politica criminale. La previsione sanzionatoria sulla pena accessoria, invece, consente di muovere un rilievo critico di maggiore consistenza in considerazione sia della tradizionale avversione dello studioso di diritto penale alle pene perpetue e alle pene fisse⁽²⁴⁾, sia della recente ma in via di consolidamento presa di posizione della nostra Corte costituzionale⁽²⁵⁾.

Il Codice Rosso ha previsto invero la pena accessoria della interdizione perpetua del condannato da qualsiasi ufficio attinente alla tutela e alla curatela e alla amministrazione di sostegno. Ferma la pertinenza della sanzione prevista in funzione di allontanamento del condannato dal bene giuridico che ha mostrato di non essere capace di rispettare, quel che si critica apertamente sta nella durata fissa e a fortiori nella perpetuità della pena prevista. Il contrasto con il principio di proporzione e di rieducazione del condannato ci appare in effetti evidente⁽²⁶⁾.

La pena fissa - e a maggior ragione quella perpetua - porta seco un indizio di irragionevolezza rispetto al fatto commesso finendo per trattare in modo uguale situazioni diverse e dunque per applicare la medesima pena a fatti che per le circostanze del caso concreto risultano diversi e sono quindi connotati da un disvalore di azione o di evento diverso. Il che implica una sproporzione per eccesso della sanzione quando il fatto sia portatore di un disvalore concreto meritevole di una sanzione minore e conforme al grado di colpevolezza, cioè di rimprovero oggettivo e soggettivo del reo.

pena minima prevista per il delitto di detenzione e cessione di stupefacenti (art. 73, comma 1, DPR 309/1990; Corte cost. 40 del 2019); la sentenza che sancisce la incostituzionalità della pena accessoria fissa prevista per il delitto di bancarotta fraudolenta (art. 216, l. fall.; Corte cost. 222 del 2018); la sentenza che sancisce la incostituzionalità della pena della reclusione per il delitto di diffamazione a mezzo stampa con addebito di un fatto determinato (art. 13, legge 47/1948; Corte cost. ord. 132/2020).

- (24) *Ex multis*, tra i tanti che si sono interessati al tema, PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: vecchi e nuovi argomenti*, in RIDPP, 1981, 725 ss.; MANNA, *Sulla illegittimità delle pene accessorie fisse. L'art. 2641 del codice civile*, in *Giur. Cost.* 1980, 910 ss.
- (25) Corte cost. 222 del 2018, con nota di Pisa, *Pene accessorie di durata fissa e ruolo riformatore della Corte costituzionale*, in DPP, 2019, 216 ss., e di GALLUCCIO, *Pene fisse, pene rigide e Costituzione: le sanzioni accessorie interdittive dei delitti di bancarotta fraudolenta ancora al cospetto del giudice delle leggi*, in RIDPP, 2018, 876; sulla scia delle considerazioni svolte dalla Consulta, e in particolare in relazione alla necessaria mobilità della pena accessoria, mediante ricorso alla discrezionalità giudiziale, Cass., Sez. un., 28 febbraio 2019, n. 28910, in CED, n. 276286, con nota di LARIZZA, *Durata delle pene accessorie: le Sezioni Unite rivedono l'interpretazione dell'art. 37 c.p. (Pene accessorie e determinazione della durata)*, in *Giur. It.*, 2019, 2739 ss.
- (26) Esprime qualche riserva anche la Relazione del Massimario: “in tale ottica [il maggiore rigore sanzionatorio] deve altresì leggersi la disposizione in tema di pena accessoria, non senza rilevare che di recente la Corte costituzionale, con la sent. 222 del 2018, ha formulato rilievi fortemente critici nei confronti delle pene accessorie perpetue”.

Da ciò deriva, a cascata, la violazione della funzione rieducativa della pena applicando al condannato una pena che per una porzione eccede il rimprovero per il fatto commesso e quindi assolve a funzioni di intimidazione collettiva e non certo si pone come base di partenza per un percorso rieducativo del reo contravvenendo al fine costituzionale della pena e al criterio della massima individualizzazione del trattamento sanzionatorio sin dal momento della sua irrogazione. Mentre il sindacato sulla proporzione di una pena elastica, reclama, in qualche modo, il riferimento a un *tertium comparationis*, che consenta di rendere manifesta la irragionevolezza sistematica della cornice edittale prevista⁽²⁷⁾, il sindacato sulla pena fissa non necessita di una valutazione sistematica, giacché mira a rendere manifesta una irragionevolezza intrinseca alla norma censurata, insita nei caratteri della fissità e perpetuità, di per sé in contrasto con i principi cardine sulla pena⁽²⁸⁾.

Tale impostazione viene tradizionalmente condivisa dalla Corte costituzionale secondo la quale “sussiste di regola l’esigenza di una articolazione legale del sistema sanzionatorio, che renda possibile [un] adeguamento individualizzato, ‘proporzionale’, delle pene inflitte con le sentenze di condanna [...] in linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono in linea con il volto costituzionale del sistema penale ed il dubbio di illegittimità costituzionale potrà essere, caso per caso, superato a condizione che, per la natura dell’illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, quest’ultima appaia ragionevolmente proporzionata rispetto all’intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato”, (Corte cost. 50 del 1980). Insomma, le pene fisse sono indiziate di essere in contrasto con i principi costituzionali sulla pena salvo sia accertata nel caso concreto la proporzione della pena fissa in relazione a tutte le ipotesi fattuali riconducibili alla previsione incriminatrice. E invero la posizione della Corte costituzionale viene ribadita in relazione alla pena accessoria prevista per la bancarotta fraudolenta e consistente nella interdizione dall’esercizio di una impresa commerciale e nella inabilitazione ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa per la durata fissa di dieci anni (Corte cost. 222 del 2018). Siccome il delitto di bancarotta fraudolenta consente di punire condotte dotate di un diverso disvalore sociale e punite con pene principali diverse - si pensi alla bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale punite con la reclusione da tre a dieci anni e alla bancarotta fraudolenta

(27) In questo senso, MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, 2110 ss.; PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. Pen. Cont. - Riv. trim.*, 2, 2017, 56 ss.; BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra “rime obbligate” e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *Dir. Pen. Cont. - Riv. trim.*, 2, 2019, 145 ss.

(28) Così anche GALLUCCIO, *Interdizione perpetua*, cit., 942.

preferenziale punita con la reclusione da uno a cinque anni - la previsione di una pena accessoria fissa per tutte quelle ipotesi si pone in contrasto con i principi costituzionali sopra esposti giacché finisce per sottoporre alla stessa pena fatti dalla portata offensiva evidentemente diversi sia nella previsione edittale in astratto che nella realizzazione in concreto potendo i medesimi fatti di bancarotta patrimoniale e documentale essere portatori in concreto di un grado di offesa diverso in relazione al numero delle persone offese, alla entità del danno e alla probabilità della lesione delle ragioni creditorie delle vittime⁽²⁹⁾.

La rinnovata avversione alle pene accessorie fisse trova conferma in una recente ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale di una questione di costituzionalità, ad opera della Corte di cassazione. Si dubita della legittimità costituzionale, in relazione ai principi di proporzione e rieducazione del trattamento sanzionatorio (articoli 3 e 27, Cost.), della norma che prevede la pena accessoria dalla durata fissa e perpetua della interdizione dai pubblici uffici in caso di condanna o patteggiamento a una pena pari o superiore ai tre anni di reclusione per i delitti di peculato, concussione e corruzione, nella formulazione previgente alla “spazzacorrotti”, (articolo 317-*bis*, c.p., nella formulazione precedente alla Legge 3 del 2019, “spazzacorrotti”)⁽³⁰⁾.

Si contesta tanto la automaticità della applicazione - *an* - quanto la fissità della durata - *quantum*. Evidente la irragionevolezza del trattamento sanzionatorio perpetuo e quindi fisso in relazione al diverso disvalore sotteso alle possibili condotte delittuose che possono essere ricondotte alla fattispecie astratta tracciata dal Codice penale. Per fare qualche esempio, sia sufficiente pensare che il tentativo implica un disvalore per definizione minore delle ipotesi consumate, e che i fatti di corruzione, di concussione o peculato possono sottendere un disvalore di azione diverso, in relazione alla entità del danno provocato alla

(29) Corte cost. 222 del 2018, punto 7.2.

(30) Cass., 30 dicembre 2020, n. 37796, con nota di GALLUCCIO, *Interdizione perpetua dai pubblici uffici: una pena fissa incostituzionale?*, in *DPP*, 2021, 938 ss.: «Nelle more della pubblicazione del presente contributo, la Corte costituzionale ha dichiarato le questioni inammissibili. Il giudice rimettente, chiamato a pronunciarsi sul ricorso dell'imputato avverso una sentenza di patteggiamento, pronunciata già nel vigore delle modifiche introdotte al rito speciale dalla “spazzacorrotti” (Legge 3/2019, applicabile dunque *ratione temporis*), avrebbe omesso di considerare come le novelle rimettano l'applicazione della pena accessoria censurata (art. 317-*bis*, c.p.) alla valutazione discrezionale del giudice, eliminandone dunque i caratteri della indefettibilità e della automaticità e quindi così facendo venir meno uno dei profili fondanti le doglianze del giudice rimettente (Corte cost. 232 del 2021). Ci sia consentita, a tal proposito, all'esito di una prima lettura delle motivazioni, una breve considerazione. La decisione della Corte ci pare non condizioni la rilevanza sistematica delle censure sollevate dalla Corte di cassazione; al di fuori del patteggiamento, ove effettivamente esse risultano effettivamente smorzate dalla novella previsione della discrezionalità giudiziale, infatti, la pena accessoria censurata nell'ordinanza di rimessione si applica ancora secondo canoni di automaticità, indefettibilità, fissità e perpetuità».

amministrazione, delle somme introitate, delle modalità di condotta, della posizione del soggetto attivo del reato nella amministrazione, alla caratura criminale dei soggetti coinvolti.

Chiaro che le riserve di ordine costituzionale sulla pena fissa si aggravano quando la pena sia perpetua in considerazione della evidente contraddizione con il principio o fine della rieducazione del condannato e tuttavia sono smorzati dalla previsione di istituti che in fase di esecuzione della pena offrono al condannato la speranza di un reinserimento nel gruppo sociale, come la riabilitazione.

Venendo alla deformazione o sfregio permanente del viso la previsione della pena accessoria perpetua fissa rischia di porsi in tensione con i principi costituzionali sopra esposti e in particolare con la primaria esigenza di individualizzazione del trattamento sanzionatorio.

E invero la pena accessoria ha una portata afflittiva non secondaria, realizza uno scopo di prevenzione speciale quale incapacitazione non trascurabile nella funzione punitiva del diritto penale. In tale ottica come avviene con la commisurazione della pena principale la pena accessoria merita di essere informata al principio della mobilità della pena e quindi di essere individualizzata in relazione alla concreta gravità del fatto commesso e alla personalità del reo sulla base della valorizzazione dei parametri normativi previsti dal Codice per la pena principale⁽³¹⁾.

E invero come si ricava dalla costante giurisprudenza della Corte di cassazione i due eventi alternativi del delitto in commento - la deformazione del viso o lo sfregio permanente del viso - consistono in lesioni personali gravissime ma non dal disvalore identico essendo la deformazione una alterazione della simmetria del viso tale da produrre uno sfiguramento ridicolizzante e sgradevole - la mutilazione delle narici, la paresi facciale, la perdita di quasi tutti i denti, la amputazione del labbro o del mento, la perdita di gran parte di un orecchio, la

(31) “Lo strumento più idoneo al conseguimento delle finalità della pena, e più congruo rispetto al principio d’uguaglianza, [è] la mobilità della pena, cioè la predeterminazione della medesima da parte del legislatore fra un massimo ed un minimo” (Corte cost., 67 del 1963); “l’attuazione di una riparatrice giustizia distributiva esige la differenziazione più che l’uniformità” (Corte cost., 104 del 1968); «Affinché poi la pena inflitta al singolo condannato non risulti sproporzionata in relazione alla concreta gravità, oggettiva e soggettiva, del fatto da lui commesso, il legislatore stabilisce normalmente che la pena debba essere commisurata dal giudice tra un minimo e un massimo, tenendo conto in particolare della vasta gamma di circostanze indicate negli artt. 133 e 133-bis c.p., in modo da assicurare altresì che la pena appaia una risposta - oltre che non sproporzionata - il più possibile “individualizzata”, e dunque calibrata sulla situazione del singolo condannato, in attuazione del mandato costituzionale di “personalità” della responsabilità penale di cui all’art. 27, primo comma, Cost.», (Corte cost. 222 del 2018).

asportazione di un globo oculare - lo sfregio permanente un turbamento irreversibile della armonia e della euritmia delle linee del viso, senza deformazione, che tuttavia abbia determinato un effetto estetico sgradevole o di ilarità, anche se non di ripugnanza, secondo un osservatore comune di gusto normale e di media sensibilità - un taglio sulla guancia, una vistosa cicatrice ⁽³²⁾: il primo implica evidentemente le più gravi conseguenze sulla vittima e quindi è dotato di un sicuro maggiore disvalore sociale⁽³³⁾.

Ci pare, in conclusione, che scelta conforme ai principi costituzionali sulla pena, principale come accessoria - in particolare al principio della individualizzazione del trattamento sanzionatorio - sarebbe la previsione di cornici edittali e il conferimento al giudice del caso concreto del potere discrezionale di valutare quale e quanta sia la pena accessoria di giustizia tenendo conto delle circostanze del caso concreto e della effettiva portata delle conseguenze occorse alla vittima del fatto illecito commesso.

4. Conclusioni. Un quadro non ottimale

In conclusione, la novella con la quale il Codice Rosso ha introdotto la deformazione o sfregio permanente del viso quale titolo autonomo delittuoso con un proprio e autonomo trattamento sanzionatorio porta con sé luci e ombre. Merita consenso la scelta politico culturale effettuata dal Parlamento in recepimento di fondate istanze di sicurezza del cittadino e in favore della tutela delle persone deboli.

(32) In questi termini, Cass., 21 settembre 2020, n. 27564, in *CED*, n. 279471; *Id.*, 16 giugno 2014, n. 32984, *ivi*, n. 261653; *Id.*, 16 gennaio 2012, n. 21998, *ivi*, n. 252912; *Id.*, 4 luglio 2000, n. 12006, *ivi*, n. 217879; *Id.*, 22 settembre 1998, n. 10732, *ivi*, n. 211661: questa la massima trattatizia, “in tema di lesioni personali, integra lo sfregio permanente qualsiasi nocumento che, senza determinare la più grave conseguenza della deformazione, importi un’ apprezzabile alterazione delle linee del volto che incida, sia pure in misura minima, sulla funzione estetico-fisiognomica dello stesso”; in questi termini, per un confronto con la dottrina, D’ANDRIA, *op. cit.*, 120; CRIMI, *op. cit.*, 2241; MASERA, *op. cit.*, 99; *sulla mancanza di precisione e determinatezza delle due definizioni normative, con connesso rischio di arbitrio giudiziale derivante dalla eccessiva discrezionalità valutativa del giudicante nell’inquadramento della lesione al viso come lesione base o come deformazione o sfregio permanente al viso*: DE SANTIS, *op. cit.*, 7.

(33) Il Codice Zanardelli considerava lo sfregio quale ipotesi di lesione personale grave e la deformazione quale ipotesi di lesione personale gravissima, il Codice Rocco invece le unificò in considerazione di una scelta di mera politica criminale “intendendo perseguire, con il massimo rigore, le lesioni con sfregio, che costituiscono la manifestazione di una caratteristica forma di delinquenza, diffusa specialmente in talune regioni di Italia, contro la quale è necessario spiegare la più ferma severità”, (*Relazione ministeriale sul progetto di codice penale*, tratta da MANZINI, *op. cit.*, 262); sulla esatta portata del concetto di deformazione o sfregio permanente al viso, rimesso alla valutazione insindacabile del giudice di merito e sottratta a una indagine peritale, DE SANTIS, *op. cit.*, 7.

La previsione di un severo trattamento sanzionatorio per le condotte di getto di acido al viso contribuisce al formarsi di un dissenso socioculturale contro pratiche fortemente lesive della salute e della dignità della persona offesa. Meno consenso merita, tuttavia, la traduzione tecnica della scelta politica criminale⁽³⁴⁾.

La mancata previsione della incriminazione colposa potrebbe tradursi in un arretramento nella tutela delle vittime e alimentare il sospetto di un diritto penale poco ponderato e per tanto simbolico.

La previsione di un trattamento sanzionatorio aggravato potrebbe suscitare dubbi in relazione alla proporzione della pena in rapporto alla gravità del fatto, in particolare in ottica sistematica e di corretta impostazione della scala dei valori socialmente condivisi nella collettività in un determinato momento storico. La pena accessoria perpetua si pone in evidente controtendenza rispetto alle indicazioni della migliore dottrina penalistica, della giurisprudenza delle Corti supreme, ma non tuttavia del legislatore penale odierno. Si auspica, quindi, che il Parlamento, pur recependo le pressanti e fondate - ma al contempo intrise di emotività - istanze di sicurezza sociale del cittadino, continui a offrire un contributo razionale alla costruzione e al mantenimento di un “volto costituzionale” del nostro diritto penale di ascendenza liberale.

In questo auspicio riposa il senso e la forza del dibattito parlamentare che si pone a fondamento del principio di legalità che domina tutto il sistema dei delitti e delle pene⁽³⁵⁾.



(34) In sostanza, questa è la posizione condivisa da tutti i commentatori della riforma in esame: tra i più autorevoli, PADOVANI, *op. cit.*, 249; MANNA, *op. cit.*, 14; VALSECCHI, *op. cit.*, 171; LO MONTE, *op. cit.*, 22.

(35) Per un quadro sintetico e autorevole sullo stato attuale del diritto penale, si rinvia al *pamphlet* di SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019; sulla irragionevolezza delle scelte assunte dal legislatore penale odierno, PALAZZO, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, in *DPP*, 2019, 1 ss.

Bibliografia

- BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra “rime obbligate” e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *Dir. Pen. Cont. - Riv. trim.*, 2, 2019, 145 ss.;
- BASILE F., *La tutela delle donne dalla violenza dell'uomo: dal Codice Rocco al Codice Rosso*, in *DPU*, 20 novembre 2019;
- BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Edizione Feltrinelli, Milano, 1991;
- BORASI, *Prime considerazioni sul “codice rosso”*, in *Riv. Pen.*, 2019, 739 ss.;
- CASALNUOVO, COLELLA, *Il nuovo reato di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso introdotto dal codice rosso*, in *Riv. Pen.*, 2019, 983 ss.;
- Corte di cassazione - Ufficio Del Massimario e del Ruolo, *Relazione su “Legge 19 luglio 2019, n. 69, Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere”*, 27 ottobre 2019, consultabile dal sito istituzionale della Corte di cassazione (www.cortedicassazione.it);
- CRIMI, *sub art. 583*, in CADOPPI, CANESTRARI, VENEZIANI (diretto da), *Codice penale*, Torino, 2019, 2238 ss.;
- D'ANDRIA, *sub art. 583*, LATTANZI, LUPO (diretto da), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*. Vol. VII, I delitti contro la persona, Libro II, Milano, 2015, 106 ss.;
- DE SANTIS, *“Codice Rosso”. Le modifiche al codice penale*, in *Studium Iuris*, 2020, 1 ss.;
- FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, V ed., Bologna, 2020;
- GALLUCCIO, *Interdizione perpetua dai pubblici ufficiali: una pena fissa incostituzionale?*, in *DPP*, 2021, 938 ss.;
- GALLUCCIO, *Pene fisse, pene rigide e Costituzione: le sanzioni accessorie interdittive dei delitti di bancarotta fraudolenta ancora al cospetto del giudice delle leggi*, in *RIDPP*, 2018, 876 ss.;
- GIRANI, *Il fenomeno del vitriolage: da circostanza aggravante a fattispecie autonoma di reato*, in *Penale. Diritto e procedura* (in corso di pubblicazione);
- LARIZZA, *Durata delle pene accessorie: le Sezioni Unite rivedono l'interpretazione dell'art. 37 c.p. (Pene accessorie e determinazione della durata)*, in *Giur. It.*, 2019, 2739 ss.;
- LO MONTE, *Il “nuovo” art. 583-quinquies c.p. (“Deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso”): l'ennesimo esempio di simbolismo repressivo*, in *Leg. Pen. (online)*, 22 novembre 2019;
- MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, 2110 ss.;
- MANNA, *La deformazione o lo sfregio permanente al viso tra codice penale, codice rosso e proporzione*, in *Arch. Pen. (online)*, 2020;

- MANNA, *Sulla illegittimità delle pene accessorie fisse. L'art. 2641 del codice civile*, in *Giur. Cost.* 1980, 910 ss.;
- MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, VIII, Torino, 1985;
- MASERA, *I delitti contro l'integrità fisica*, in VIGANÒ, PIERGALLINI (a cura di), *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, Torino, 2011, 87 ss.;
- PADOVANI, *Lo sfregio, da aggravante a delitto*, in CADOPPI, VENEZIANI, ALDROVANDI, PUTINATI (a cura di), *Legalità e diritto penale dell'economia. Studi in onore di Alessio Lanzì*, a cura di, Roma, 2020, 246 ss.;
- PAGLIARO, *Le indagini empiriche sulla prevenzione generale: una interpretazione dei risultati*, in *RIDPP*, 1981, 447 ss.;
- PALAZZO, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, in *DPP*, 2019, 1 ss.;
- PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: vecchi e nuovi argomenti*, in *RIDPP*, 1981, 725 ss.;
- PIERDONATI, *La tutela penale delle persone vulnerabili con particolare riferimento all'analisi della legge 19 luglio 2019 ("codice rosso")*, in *La Giust. Pen.*, 2020, 176 ss.;
- PISA, *Pene accessorie di durata fissa e ruolo riformatore della Corte costituzionale*, in *DPP*, 2019, 216 ss.;
- PULITANÒ, *Il penale tra teoria e politica*, in *Dir. Pen. Cont.*, Riv. Trim., 2020, 4, 1 ss.;
- PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. Pen. Cont. - Riv. trim.*, 2, 2017, 56 ss.;
- SEMINARA, *Codice penale, riserva di codice e riforma dei delitti contro la persona*, in *RIDPP*, 2020, 423 ss.;
- SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019;
- TORDINI CAGLI, *sub art. 583-quinquies*, in PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, VII ed., Milano, 2019, 3710 ss.;
- VALSECCHI, *"Codice rosso" e diritto penale sostanziale: le principali novità*, in *DPP*, 2020, 165 ss.;
- VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021.



DOTTRINA



Dottore
Arturo Cancrini^(a)



Dottore
Vito Capuzza^(b)



Tenente Colonnello
Alfonso Montagnese^(c)



Dottore
Massimo Nunziata^(d)

Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC)

Il Collegio Consultivo Tecnico negli appalti pubblici *(Arturo Cancrini)*

SOMMARIO: 1. Natura, regole e funzioni. - 2. Collegio Consultivo Tecnico nei lavori sottosoglia e nella fase di gara.

1. Natura, regole e funzioni

L'istituto del Collegio Consultivo Tecnico è stato introdotto per la prima volta nell'ordinamento dall'art. 207 del D.Lgs. 50/2016 con il precipuo intento di assistere le parti del contratto nella rapida risoluzione delle questioni insorte in corso dell'esecuzione, per poi esserne espunto mediante abrogazione della norma istitutiva (art. 207 del D.Lgs. 50/2016, cit.) ad opera del Decreto Correttivo di cui al D.Lgs. n. 56/2017.

-
- (a) Professore Aggregato di Legislazione delle Opere Pubbliche nell'Università di Roma "Tor Vergata" e fondatore dello "Studio Legale Cancrini e Partners" di Roma.
 - (b) Abilitato alle funzioni di Professore di seconda fascia (Professore Associato) di Diritto amministrativo.
 - (c) Capo 1^a Sezione "Giuridico amministrativa" della Direzione di Amministrazione del Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri.
 - (d) Ricercatore di Diritto amministrativo nell'Università di Roma "Tor Vergata" e avvocato amministrativista in Roma.

Reintrodotta dall'art. 1, commi 11-14, del DL n. 32/2019 (cosiddetto Decreto sblocca cantieri) per gli appalti di lavori, nelle more dell'entrata in vigore del nuovo regolamento unico degli appalti - laddove era configurato alla stregua di strumento di alternative *dispute resolution*, facoltativo e non vincolante, alternativo a quelli già previsti dall'ordinamento (come, ad esempio, l'accordo bonario, dal quale il collegio consultivo si distingue per non essere finalizzato a risolvere una specifica controversia, potendo essere costituito in via generale per l'intera durata del contratto) - il CCT è oggi riproposto dall'art. 6 del cosiddetto Decreto Semplificazioni (Decreto-Legge 16 luglio 2020, n. 76 convertito in legge n. 120/2020 rubricato "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale", che reca, nel Titolo I, Capo I (Semplificazioni in materia di contratti pubblici) alcune rilevanti novità in materia di contratti pubblici, tutte finalizzate a incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché a fronteggiare le ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del Covid-19.

L'istituto, mutuato dal *dispute board* largamente in uso nella contrattualistica internazionale, è qualificabile come strumento di risoluzione alternativa delle controversie che oggi il legislatore ritiene imprescindibile per il raggiungimento degli obiettivi di semplificazione e accelerazione degli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture perseguiti dal Decreto semplificazioni.

Tanto è vero che l'art. 6 del DL 16 luglio 2020, n. 76 convertito in legge n. 120/2020 ha proposto una riscrittura radicale della disciplina del Collegio Tecnico Consultivo (non a caso ai sensi del comma 9, dell'art. 6, cit., sono abrogate in toto le relative disposizioni del decreto sblocca cantieri), la cui costituzione diviene ora obbligatoria per gli appalti di rilievo comunitario e le cui determinazioni sono provviste di una forza e una vincolatività precedentemente non previste.

Il CCT, nell'ottica del legislatore, oltre a svolgere i compiti in materia di sospensione di cui al precedente art. 5 del medesimo DL n. 76/2020 assume funzioni di assistenza tecnica e giuridica per la rapida risoluzione delle controversie di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione dei contratti pubblici (ovvero, in taluni casi, anche nella fase antecedente di selezione del contraente), sia a scopi deflattivi del contenzioso, sia al fine di limitare gli effetti negativi che le dispute "stragiudiziali" di natura tecnica e giuridica generalmente determinano sull'andamento dei lavori e sul rispetto dei tempi contrattuali, sia, in ultima analisi, di risolvere in via anticipata e tempestiva le cause che tradizionalmente determinano l'iscrizione in contabilità delle riserve.

Nell'ambito delle misure eccezionali e largamente derogatorie contenute nel Decreto semplificazioni e fino alla data del 30 giugno 2023, l'istituzione del CCT è, come detto, obbligatoria per tutte opere pubbliche di importo superiore alla soglia di rilevanza comunitaria.

Segnatamente, l'art. 6, comma 1, del citato Decreto, aggiornato con le modifiche temporali operate dal DL n. 77/2021 (secondo Decreto semplificazioni, in vigore dal 1° giugno 2021, convertito in legge n. 108/2021) dispone: "Fino al 30 giugno 2023 per i lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, è obbligatoria, presso ogni stazione appaltante, la costituzione di un collegio consultivo tecnico, prima dell'avvio dell'esecuzione, o comunque non oltre dieci giorni da tale data, con i compiti previsti dall'articolo 5 e con funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto stesso. Per i contratti la cui esecuzione sia già iniziata alla data di entrata in vigore del presente decreto, il collegio consultivo tecnico è nominato entro il termine di trenta giorni decorrenti dalla medesima data".

La norma disciplina compiutamente la procedura di nomina del Collegio e gli aspetti generali del suo funzionamento, senza tuttavia specificare con tassatività le competenze del CCT, la tipologia di questioni che possono essere demandate al parere del Collegio e i rapporti tra le determinazioni del CCT e gli altri strumenti stragiudiziali di risoluzione delle controversie, previste in via ordinaria dal D.Lgs. 50/2016 (accordo bonario e transazione).

Invero, in chiave sistemica, il legislatore non ha voluto introdurre in via definitiva il CCT all'interno del codice dei contratti pubblici, che non viene infatti modificato dal citato art. 6 del Decreto semplificazioni.

Tale scelta risponde evidentemente alla volontà del legislatore di introdurre il CCT nei limiti dell'attuale periodo emergenziale e fino al 30 giugno 2023, nel chiaro convincimento che, attraverso il ricorso a tale istituto, tutte le stazioni appaltanti possano agevolmente e rapidamente procedere alla gestione della commessa, evitando le interruzioni e gli incidenti procedurali tipici di una gestione ordinaria e demandando ad un organo esterno compiti, funzioni e responsabilità sulla risoluzione delle dispute contrattuali ed esecutive.

Sotto altro profilo, l'articolo 6 estende l'obbligatorietà dell'istituzione del CCT a tutte le stazioni appaltanti (al di là della loro qualificazione soggettiva) e a tutti i settori (ordinari e speciali come pure nell'ambito delle infrastrutture strategiche) e a tutti i contratti di appalto da stipulare o già stipulati alla data di entrata in vigore della norma, senza alcuna eccezione.

Al riguardo, il legislatore non ha inteso limitare o circoscrivere l'applicazione dell'istituto ai soli contratti pubblici disciplinati dal D.Lgs. 50/2016, estendendo invece il ricorso al CCT a tutti i lavori pubblici, anche se realizzati attraverso contratti esclusi dal regime ordinario del codice.

Per tali ragioni, il Collegio Consultivo Tecnico va senz'altro qualificato come strumento speciale e derogatorio, propedeutico all'effettiva ripresa del settore delle infrastrutture che, in quanto tale e fino al 30 giugno 2023 è destinato a prevalere sulle procedure ordinarie di risoluzione delle controversie nei contratti pubblici di lavori.

In tale prospettiva va dunque letta la scelta di non inserire la nuova disciplina del CCT nel corpo del Codice dei contratti pubblici né di richiamare all'art. 6 gli istituti canonici dell'accordo bonario o della transazione, evidentemente considerati - nel periodo emergenziale - come strumenti recessivi e subalterni rispetto al primo.

Del resto, la natura speciale e derogatoria dell'istituto in parola è ulteriormente comprovata dalla previsione del legislatore che accorda alle determinazioni assunte dal CCT la natura di lodo contrattuale previsto dall'articolo 808-ter del codice di procedura civile, che rappresenta un'eccezione allo storico divieto per la Pubblica Amministrazione di avvalersi dello strumento del cosiddetto arbitrato irrituale per la risoluzione delle controversie derivanti da contratti di appalto pubblici. È noto infatti che, secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, "la posizione della Pubblica Amministrazione, anche quando la stessa opera su un piano paritetico a quello dei privati, non è comunque equiparabile a quella dei privati; la Pubblica Amministrazione, infatti, è sempre portatrice di un interesse pubblico, al quale deve ispirarsi, sicché le è preclusa la possibilità di avvalersi, nelle controversie con privati, dell'arbitrato cosiddetto irrituale (o libero), atteso che in tal modo il componimento della vertenza verrebbe ad essere affidato a soggetti (gli arbitri irrituali) individuati (pur nell'ambito di una legittima logica negoziale) in assenza di qualsiasi procedimento legalmente determinato, e quindi senza adeguate garanzie di trasparenza e pubblicità, con conseguente attribuzione di poteri dispositivi a soggetti estranei alla Pubblica Amministrazione", (Cass. S.U. 16 aprile 2009, n. 8987; Cass. Sez. Terza, 8 aprile 2020, n. 7759).

Con riferimento invece alle questioni che possono essere rimesse alle determinazioni del CCT, la norma presenta evidenti elementi di generalità delle competenze di tale organo.

Il comma 1 sopra riportato stabilisce infatti che il CCT assume i compiti stabiliti dall'art. 5 del Decreto in tema di sospensione dei lavori, nonché le

funzioni di generale assistenza alle stazioni appaltanti per la rapida risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche di ogni natura che possono insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto.

Ai sensi del comma 5 dell'art. 6, le stazioni appaltanti hanno la facoltà di istituire il CCT anche nella fase antecedente all'esecuzione dei lavori, per "risolvere problematiche tecniche o giuridiche di ogni natura suscettibili di insorgere anche nella fase antecedente alla esecuzione del contratto, ivi comprese le determinazioni delle caratteristiche delle opere e le altre clausole e condizioni del bando o dell'invito, nonché la verifica del possesso dei requisiti di partecipazione, e dei criteri di selezione e di aggiudicazione".

Vista la formulazione della norma, il CCT si configura dunque come organo di costante ausilio della stazione appaltante, con poteri consultivi e deliberativi, per la "rapida" risoluzione e gestione di qualsiasi problematica inerente alla commessa.

L'ampiezza di competenze e la mancanza di limitazioni alle questioni che possono (*rectius*, debbono) essere demandate al CCT è pure confermata dall'art. 6, comma 2, del Decreto che stabilisce: "Il collegio consultivo tecnico è formato, a scelta della stazione appaltante, da tre componenti, o cinque in caso di motivata complessità dell'opera e di eterogeneità delle professionalità richieste, dotati di esperienza e qualificazione professionale adeguata alla tipologia dell'opera, tra ingegneri, architetti, giuristi ed economisti con comprovata esperienza nel settore degli appalti delle concessioni e degli investimenti pubblici, anche in relazione allo specifico oggetto del contratto e alla specifica conoscenza di metodi e strumenti elettronici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture (BIM), maturata per effetto del conseguimento di un dottorato di ricerca, oppure che siano in grado di dimostrare un'esperienza pratica e professionale di almeno dieci anni nel settore di riferimento".

Le competenze richieste ai singoli componenti del CCT inducono evidentemente a ritenere che le questioni demandabili a tale organo possono riguardare dispute tanto di natura tecnica, progettuale, esecutiva, gestionale, quanto di natura giuridica, contrattuale ed economico-finanziaria, senza alcuna limitazione di sorta.

Peraltro, lo stesso comma 5 obbliga le stazioni appaltanti a fornire al CCT, all'atto di nomina, copia dell'intera documentazione inerente al contratto, al chiaro fine di permettere ai membri del Collegio una conoscenza onnicomprensiva dell'opera in vista della risoluzione di qualsiasi problematica tecnica, giuridica ed economica che dovesse insorgere (o già essere insorta) nel corso dell'esecuzione dei lavori e in modo tale da facilitare il costante ricorso all'ausilio del CCT.

Per tali ragioni, si ritiene ammissibile demandare alle deliberazioni del CCT ogni tipo di controversie preesistenti o successive alla sua costituzione, di qualsiasi natura, ivi inclusa la definizione delle riserve iscritte in contabilità; la norma è infatti chiara nel prevedere che il CCT possa essere chiamato a pronunciarsi su tutte le “controversie” in atto e future, intendendosi per tali sia quelle relative agli aspetti progettuali, temporali, tecnico-esecutivi, sia quelle squisitamente contrattuali ed economico-finanziarie nonché risarcitorie.

Non potrebbe del resto condividersi l’interpretazione restrittiva della norma secondo cui le controversie demandabili al CCT siano solo quelle “tecniche” con esclusione delle vere e proprie riserve e/o pretese (economiche o risarcitorie), in quanto da un lato ogni riserva/domanda tecnica determina inevitabilmente una controversia economica e contrattuale tra le parti, che può ostacolare la prosecuzione dei lavori; dall’altro, la norma è chiara nell’estendere il campo di indagine del CCT alle questioni giuridiche, economiche e finanziarie, prevedendo addirittura la necessità di nominarne i membri (anche) tra giuristi ed economisti, le cui competenze non sarebbero mai necessarie ove il Collegio fosse chiamato a dirimere solamente questioni “tecniche”.

D’altra parte, nella volontà del legislatore la nomina immediata e preventiva del CCT (al cui interno è tipizzata la presenza di un membro di nomina da parte dell’appaltatore) dovrebbe avere l’ulteriore finalità di poter risolvere tutte le questioni, prima ancora che esse si traducano in nuove riserve in contabilità da parte dell’appaltatore; parimenti, per i contratti in corso di esecuzione, il CCT nominato dovrebbe poter affrontare anche le controversie pendenti, ivi incluse le riserve già iscritte in contabilità, al fine della relativa risoluzione anticipata, necessaria per la proficua ultimazione dei lavori.

L’estensione delle competenze del CCT anche ad aspetti diversi da quelli di natura squisitamente tecnica e progettuale è altresì confermata dal valore assegnato dalla legge alle determinazioni del Collegio, che ai sensi del comma 3 dell’art. 6 “hanno la natura del lodo contrattuale previsto dall’articolo 808-ter del codice di procedura civile, salva diversa e motivata volontà espressamente manifestata in forma scritta dalle parti stesse”.

Invero, proprio la natura contrattuale del mezzo di risoluzione delle controversie in esame che dà esito ad una pronuncia di un lodo che produce effetti negoziali porta a giungere a tale conclusione.

Al riguardo la giurisprudenza ha chiarito per l’appunto che nell’arbitrato irrituale le parti intendono demandare all’arbitro la soluzione di controversie - insorte o che possano insorgere in relazione a determinati rapporti giuridici - attraverso lo strumento negoziale, con cui le parti si impegnano a considerare

la decisione degli arbitri come l'espressione della propria volontà (cfr., Cass. Civ. sez. Prima, 18 novembre 2015, n. 23629; sez. Seconda, 12 ottobre 2009, n. 21585).

Orbene, considerato che il tratto saliente che connota l'arbitrato irrituale è la volontà delle parti di risolvere la lite insorta o che possa insorgere tra loro mediante decisione che ha natura contrattuale, con il corollario che questa forma arbitrale è espressione e trova fondamento nell'autonomia negoziale delle parti di cui all'art. 1322 c.c., non vi è ragione di escludere che sia ammissibile conferire al CCT la risoluzione e la gestione di qualsiasi problematica controversa che riguarda l'opera, sotto tutti i profili tecnico-progettuali, economico-finanziari e giuridico-contrattuali ivi compresa la res controversa concernente domande/riserve economiche e risarcitorie, ivi inclusi dunque i riconoscimenti economici chiesti dall'appaltatore per effetto della protrazione del termine contrattuale.

Ad ulteriore conferma di quanto sopra sembra inoltre militare quella parte della medesima disposizione contenuta nel comma 3 dell'art. 6 del Decreto semplificazioni, che fa salva la "diversa e motivata volontà espressamente manifestata in forma scritta dalle parti stesse" di sottrarre alla determinazione assunta dal CCT la natura e la vincolatività propria del lodo libero; segno evidente dell'intenzione del legislatore di rimettere in capo alle parti, ed alla loro autonomia negoziale, la più ampia discrezionalità in merito alle questioni da deferire e ai correlati poteri da attribuire al CCT purché siano conseguiti gli obiettivi perseguiti dal Decreto semplificazioni di assicurare, da un lato, la deflazione del contenzioso e la liquidità alle imprese nell'attuale contesto di crisi e di stato emergenziale e, dall'altro, la realizzazione e soprattutto l'ultimazione delle opere pubbliche in corso.

Venendo ora all'analisi delle modalità di costituzione e nomina dei componenti e di funzionamento del CCT, si evidenzia che, ai sensi dell'art. 6, comma 2, del Decreto semplificazioni negli appalti sopra soglia, il Collegio Consultivo Tecnico è formato, a scelta della stazione appaltante, da tre componenti, ovvero cinque in caso di motivata complessità dell'opera e di eterogeneità delle professionalità richieste. La diversa composizione del Collegio (tre-cinque membri) appare l'unica scelta rimessa esclusivamente in capo alla stazione appaltante. Le parti possono nominare di comune accordo l'intero Collegio, ovvero, possono concordare che ciascuna di esse nomini, a seconda della diversa composizione del Collegio (tre-cinque membri), uno o due componenti; il DL n. 77/2021 aggiunge un'importante precisazione: essi dovranno essere individuati anche tra il proprio personale dipendente ovvero tra persone ad esse

legate da rapporti di lavoro autonomo o di collaborazione anche continuativa in possesso dei requisiti previsti dal primo periodo. In tal caso il terzo o il quinto componente, con funzioni di presidente, è scelto di comune accordo tra i componenti nominati dalle parti. In caso di mancato accordo la norma prescrive espressamente che il presidente del Collegio è designato entro i successivi cinque giorni dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per le opere di interesse nazionale.

La disciplina sulla composizione prosegue poi specificando che il collegio si intende costituito con la designazione di tutti i componenti ivi compreso di quello con funzioni di presidente.

I membri del Collegio sono individuati tra professionisti dotati di esperienza e qualificazione professionale adeguata alla tipologia dell'opera, tra ingegneri, architetti, giuristi ed economisti con comprovata esperienza nel settore degli appalti delle concessioni e degli investimenti pubblici, anche in relazione allo specifico oggetto del contratto.

Quanto al funzionamento, va sottolineato che il Collegio Consultivo Tecnico è chiamato ad assumere, almeno a maggioranza, le proprie determinazioni sulla base dei quesiti formulati dalle parti, entro quindici giorni dalla proposizione degli stessi. Le determinazioni devono contenere una succinta motivazione che può essere eventualmente integrata nei successivi quindici giorni. In caso di particolari esigenze istruttorie le determinazioni possono essere adottate entro venti giorni dalla formulazione dei quesiti. Nell'adozione delle proprie determinazioni, il Collegio Consultivo Tecnico può operare anche in videoconferenza o con qualsiasi altro collegamento da remoto e può procedere ad audizioni informali delle parti per favorire, nella risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche eventualmente insorte, la scelta della migliore soluzione per la celere esecuzione dell'opera a regola d'arte. Il Collegio può, altresì, convocare le parti per consentire l'esposizione in contraddittorio delle rispettive ragioni.

In ordine alle disposizioni che regolano la composizione del collegio e gli effetti derivanti dal mancato accordo sulla nomina dei componenti, sembra in effetti emergere uno sbilanciamento in favore della Pubblica Amministrazione nei meccanismi di nomina.

In effetti, qualora non si raggiungesse l'accordo tra i membri per la nomina del terzo (o quinto) membro e dunque il MIT procedesse alla nomina del presidente, il soggetto privato (nella specie il CG) non avrebbe alcuna possibilità di esprimere un gradimento sul presidente, dovendo accettare un collegio composto da due membri su tre di espressione "pubblica".

In caso di incertezza sull'indipendenza e imparzialità del Collegio così composto, residuerebbe tuttavia in capo al soggetto privato la possibilità di non accordare alle determinazioni del CCT la natura e la forza vincolante proprie del lodo contrattuale. Si ritiene infatti che tale facoltà possa essere esercitata dal privato anche in un momento successivo alla manifestazione della volontà di istituire il CCT con la nomina del proprio membro e anche dopo la costituzione medesima del Collegio e sino alla trasmissione dei quesiti.

Poiché ai sensi di legge il collegio deve intendersi costituito con la nomina dell'ultimo componente, il soggetto privato deve avere almeno la possibilità di scegliere quale efficacia (vincolante o meno) attribuire alle determinazioni del CCT in un momento successivo alla costituzione dello stesso.

Tale soluzione ermeneutica sembra essere l'unica coerente con l'attribuzione al MIT della potestà di nomina del presidente del Collegio e l'unica in grado di ricondurre alle parti e alla loro autonomia contrattuale la scelta dell'efficacia vincolante o meno delle determinazioni del Collegio.

2. Collegio Consultivo Tecnico nei lavori sottosoglia e nella fase di gara

L'art. 6 della legge 120 del 2020 e le linee guida per l'omogenea applicazione da parte delle Stazioni appaltanti delle funzioni del Collegio Consultivo Tecnico di cui agli artt. 5 e 6 del DL 16 luglio 2020, n. 76, convertito in legge 11 settembre 2020, n. 120, sottoscritte dal Presidente del Consiglio Superiore dei lavori Pubblici in data 13 gennaio 2121, non escludono, ed anzi prevedono la facoltativa applicazione dell'istituto nella fase di gara per l'affidamento dei lavori pubblici nonché nei lavori sotto soglia comunitaria.

2.1 Lavori Pubblici sotto-soglia

Con riferimento alle opere pubbliche sotto-soglia comunitaria la facoltà di costituzione del CCT si coglie in prima battuta dall'articolo 6, comma 6, della legge 120/2020, in base al quale: "Per le opere diverse da quelle di cui al comma 1 le parti possono comunque nominare un collegio consultivo tecnico...".

Posto che il comma 1 dell'art. 6, fa esplicito ed esclusivo riferimento "alle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie comunitarie", si ricava che per opere diverse da quelle di cui al comma 1, si intendono proprio i lavori sottosoglia.

Le linee guida sono esplicite su tale aspetto laddove all'art. 1.3.2, lett. b) prevedono che: "Il CCT può essere costituito in via facoltativa nei seguenti casi:... b) per lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria...".

In tale ambito risulta d'interesse anche la casistica regolata dal successivo punto 1.3.3 delle Linee Guida. Si riferisce all'ipotesi di appalto di opere pubbliche che per effetto di una modifica, *ex art* 106, D.Lgs. 50/2016, supera in corso d'opera la soglia comunitaria, con conseguente e sopraggiunto obbligo di costituire il CCT in un termine che, stante il comma 1, dell'art. 6, della legge 120/2020, risulta essere pari a trenta giorni dalla modifica.

2.2 Funzioni e questioni da sottoporre al CCT

Con riferimento alle funzioni e compiti del CCT nominato facoltativamente nell'ambito dei lavori sottosoglia residua in capo alle parti ampia discrezionalità.

Le disposizioni che regolano l'istituto (art. 6, comma 4, legge 120/2020 e art. 1.3.2, lett. b) delle Linee Guida), infatti, prevedono che le Parti sono tenute a precisare quali compiti intendono attribuire al CCT: "Tutte o parte dei compiti descritti ai commi da 1 a 3 (della legge 120/2020)... l'applicabilità di tutte o parte delle disposizioni di cui all'art. 5 (della legge 120/2020)".

Di seguito si propone sinteticamente un elenco di tutte le funzioni che competono al CCT rispetto alle quali le parti, per i contratti di lavori pubblici sotto-soglia, possono decidere di investire il Collegio:

- risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto. Sul punto, così come chiarito dalle Linee Guida, per controversie e dispute tecniche si intende ogni vicenda che possa influire sulla regolare esecuzione dei lavori, ivi comprese quelle che possono generare o hanno generato riserve.

- Verifica della sussistenza di una causa tecnica di legittima sospensione dei lavori, con contestuale indicazione delle modalità con cui proseguire i lavori e le eventuali modifiche necessarie da apportare per la realizzazione dell'opera a regola d'arte.

- Verifica della sussistenza di gravi ragioni di ordine pubblico, salute pubblica o dei soggetti coinvolti nella realizzazione delle opere, ivi incluse le misure adottate per contrastare l'emergenza sanitaria globale da COVID-19, idonee a giustificare la sospensione dei lavori.

2.3 Determinazioni e scioglimento

IL CCT nello svolgimento dei propri compiti, anche nell'ambito dei lavori sottosoglia, per i quali non è prevista alcuna deroga, si esprime mediante determinazioni che, ai sensi dell'art. 6, comma 3, legge 120/2020 hanno la natura di lodo contrattuale previsto dall'art. 808-*ter* del codice di procedura civile, salva diversa e motivata volontà espressamente manifestata in forma scritta dalle parti stesse.

Sul punto le Linee Guida (Punto 5.1.4) precisano che tale volontà deve essere manifestata dalle Parti (congiuntamente o disgiuntamente) entro e non oltre la costituzione del Collegio, mediante redazione di apposito verbale, per la quale è prevista la presenza del RUP e del Rappresentante dell'appaltatore.

Le Linee Guida propongono una precisazione, non di poco conto, anche rispetto alla natura delle pronunce del CCT, laddove al punto 5.1 chiariscono che:

> “5.1.1 Le decisioni di cui all’art. 5 del DL 76, con specifico riferimento alla sola fattispecie della sospensione, volontaria o coattiva, dell’esecuzione dei lavori, assumono valore di parere. Le decisioni del CCT pertanto, sono da considerarsi pareri obbligatori ma non vincolanti, ferma la competenza decisionale che la normativa attribuisce al RUP e alla stazione appaltante in materia di sospensioni.

> 5.1.2. Le decisioni di cui all’art. 6 del DL 76 sono, invece, da considerarsi “determinazioni” a carattere dispositivo, adottate al fine di risolvere ogni altra controversia o disputa tecnica, di qualsiasi natura, suscettibile d’insorgere o insorta nel corso dell’esecuzione del contratto”.

Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della determinazione del collegio consultivo, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che non ha osservato la determinazione, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all’entrata del bilancio dello Stato di un’ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Lo stabilisce l’aggiunta al comma 3 operata dal secondo Decreto semplificazioni del 2021.

In merito allo scioglimento del CCT facoltativo, costituito nei lavori sottosoglia, l’art. 6, comma 6, legge 120/2020 dispone che può intervenire in data anteriore rispetto al termine dell’esecuzione del contratto, solamente previo accordo delle parti.

2.4 Fase di gara

Con riferimento al Collegio Consultivo Tecnico in fase di gara, l’art. 6, comma 5, legge 120/2020 dispone che: “Le stazioni appaltanti, tramite il loro responsabile unico del procedimento, possono costituire un collegio consultivo tecnico formato da tre componenti per risolvere problematiche tecniche o giuridiche di ogni natura suscettibili di insorgere anche nella fase antecedente alla esecuzione del contratto”.

La costituzione del CCT in fase di gara è caldeggiata nelle premesse alle Linee Guida, laddove, con riferimento alla costituzione del CCT rappresenta di non “sottovalutare l’opportunità di nominare - a discrezione delle stazioni appaltanti - tale organo consultivo già nella fase antecedente l’esecuzione”.

Tra le problematiche che possono essere devolute al CCT il legislatore cita espressamente: i) le determinazioni delle caratteristiche delle opere; ii) le clausole e condizioni del bando o dell’invito; iii) la verifica del possesso dei requisiti di partecipazione; iv) la verifica dei criteri di selezione e di aggiudicazione.

Le Linee Guida attribuiscono al CCT anche la funzione di rendere pareri di natura tecnica, sulla scelta dell’*iter* approvativo, sulla procedura di gara da adottare e sul bando e sullo schema di contratto.

2.5 Nomina e prosecuzione nella fase esecutiva

Il CCT, eventualmente, nominato in fase di gara si compone di tre soggetti (non è contemplata la composizione a cinque) di cui due componenti sono nominati dalla stazione appaltante e il terzo componente è nominato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per le opere di interesse nazionale, dalle regioni, dalle province autonome di Trento e Bolzano o dalle città metropolitane per le opere di interesse locale.

Nell’ipotesi in cui il CCT nominato in gara proseguisse la sua attività nella successiva fase di esecuzione, è prevista (art. 6, comma 5, terzo periodo legge 120/2020) la sostituzione di uno dei componenti designati dalla stazione appaltante con uno di nomina privata.

Sul punto le Linee Guida, (2.6.1) chiariscono che: “Nei casi in cui sia stato nominato il CCT ai sensi del precedente punto 1.3.2, lettera a) e si proceda alla sua costituzione anche per la fase di esecuzione, sarà necessario un accordo con l’operatore economico aggiudicatario dell’affidamento, che dovrà comunicare se intende sostituire o confermare, in tutto o in parte, i nominativi dei componenti prescelti dalla stazione appaltante nella fase antecedente all’esecuzione delle opere”.

L’estensione dell’incarico ai componenti deve essere formalmente disciplinata con apposito atto aggiuntivo all’incarico conferito in via facoltativa, con l’indicazione altresì dei conseguenti compensi economici.

2.6 Determinazioni e compensi

Le determinazioni assunte dal CCT in fase di gara, ai sensi del punto 5.3 delle Linee Guida, producono effetti di assistenza alla stazione appaltante in merito all’amministrazione del procedimento, ma non vincolano il responsabile del procedimento nell’adozione dei provvedimenti di sua competenza.

Alla luce di quanto sopra si deduce che le determinazioni del CCT nella fase di gara non hanno valore di lodo contrattuale bensì di parere di supporto al RUP. Laddove fosse confermata la valenza meramente consultiva delle determinazioni, dovrebbe parimenti escludersi la loro autonoma impugnabilità dinanzi al TAR, potendo queste essere contestate unitamente all'atto provvedimento della stazione appaltante che aderisca alla soluzione giuridica prospettata.

I Compensi del CCT costituito in via facoltativa, ai sensi del punto 6.3.1., sono riconosciuti al cinquanta per cento rispetto ai criteri di determinazione stabiliti dai precedenti punti 6.1 e 6.2 delle Linee Guida.

2.7 Responsabilità dei commissari

Particolarmente delicato appare il regime della responsabilità dei commissari, soprattutto in relazione alla possibile configurabilità di una loro responsabilità amministrativa.

È noto, al riguardo, che la giurisprudenza della Corte dei conti ha ormai definitivamente affrancato il rapporto di servizio necessario a fondare la responsabilità amministrativa dal rapporto di impiego alle dipendenze della pubblica amministrazione. Non vi è dubbio, infatti, che possano essere perseguiti in tale sede anche soggetti legati alla Pubblica Amministrazione da un rapporto di tipo professionale.

D'altro canto, però, si tende ad escludere l'imputabilità di soggetti titolari di compiti meramente consultivi poiché in tal caso eventuali profili di responsabilità sono assorbiti da parte dell'organo titolare della funzione provvedimento.

In definitiva, il regime di responsabilità dei componenti il CCT non sembra potersi risolvere in modo disgiunto dal tema della natura delle relative determinazioni.



SOA e appalti pubblici anche alla luce del DL n. 77/2021 (semplificazioni 2021)

(Vittorio Capuzzo)

SOMMARIO: 1. I requisiti speciali nei lavori pubblici: le attestazioni di qualificazione. Profili introduttivi. - 2. Le SOA: natura e caratteristiche. - 3. Poteri dell'ANAC sulle SOA. - 4. Requisiti delle SOA e il sistema tariffario. - 5. La fusione fra le imprese SOA e il ruolo dell'ANAC. - 6. La revoca (o decadenza) delle autorizzazioni per una SOA. - 7. Attestazioni. Divieti e interdizioni in via amministrativa agli operatori economici. - 8. Verifiche triennali e quinquennali della SOA. Aspetti di diritto intertemporale. - 9. Analisi delle disposizioni del regolamento: attività delle SOA in relazione alle verifiche dei requisiti generali e speciali dell'operatore economico ai fini dell'ottenimento dell'attestazione. - 10. Questioni relative alle categorie SOA. Novità sul subappalto.

1. I requisiti speciali nei lavori pubblici: le attestazioni di qualificazione. Profili introduttivi

Com'è noto, per l'esecuzione dei lavori è richiesta l'attestazione di qualificazione rilasciata da una delle Società Organismi d'Attestazione e relativa alle categorie delle lavorazioni e ai livelli di qualificazione indicati nel singolo bando di gara.

Per un'impresa non in possesso dell'attestazione di qualificazione è vietata la partecipazione alle gare d'appalto per un duplice ordine di ragioni⁽¹⁾.

(1) Il tema si inquadra nella ricchissima bibliografia esistente in materia di contratti pubblici. Fra le Opere di maggior interesse che sono state consultate per questo scritto: A. ANGELETTI ed al. (a cura di), *La riforma dei lavori pubblici*. Commentario, 2000; A. BARGONE, S. RICHTER (a cura di), *Manuale del diritto dei lavori pubblici: la riforma e i procedimenti di attuazione*, 2001; S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, 2012; L. CARBONE, F. CARINGELLA, G. DE MARZO (a cura di), *L'attuazione della Legge quadro sui lavori pubblici: il D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, il D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 e D.M. 19 aprile 2000, n. 145*. Commentario, 2000; F. CARINGELLA, G. DE MARZO, M. BELLA (a cura di), *La nuova disciplina dei lavori pubblici: dalla Legge quadro alla Merloni-quater, le norme speciali e la nuova potestà regionale*, 2003; A. CARULLO, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, 2005; A. CARULLO, A. CLARIZIA, *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, 2004; A. CARULLO, G. IUDICA, ed altri, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, 2009; V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Verso il nuovo processo amministrativo. Commento alla l. 21 luglio 2000, n. 205, 2000*; A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, XIII edizione Milano 2018; DE NICTOLIS, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, volumi III, 2007; L. FIORENTINO, C. LACAVA, *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici*, 2004; C. FRANCHINI, *I Contratti con la Pubblica Amministrazione*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO e E. GABRIELLI, volumi II, 2007; FRANCHINI, (a cura di) *I contratti di appalto pubblico*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, XIV, 2010; R. GAROFOLI, ed altri, *La tutela in tema di appalti pubblici: il contenzioso alla luce del D.Lgs. 163/2006*, 2007; E. PICOZZA, *Il diritto dell'economia: disciplina pubblica*, vol. II Trattato di Diritto dell'economia diretto da E. Picozza ed E. Gabrielli, 2005; R. GAROFOLI, V. DE GIOIA, *Codice degli appalti di lavori pubblici: annotato con giurisprudenza, determinazioni dell'autorità di vigilanza LL.PP. e riferimenti bibliografici*, 2004; R. GAROFOLI, G. FERRARI,

Il primo divieto generale è sancito appunto dalla legge; da un punto di vista normativo va detto che il sistema di qualificazione degli esecutori dei lavori pubblici (SOA e attestazione) risulta ancora disciplinato dal Titolo III della Parte II del DPR n. 207/2010, in vigore dall'8 giugno 2011 e attualmente vigente - in via transitoria per l'attesa di un apposito decreto ministeriale mai emanato - nonostante l'abrogazione del regolamento stesso operata dall'art. 217 del D.Lgs. n. 50/2016. La previgente normativa *ad hoc* era contenuta nell'abrogato DPR n. 34 del 25 gennaio 2000 e la futura disciplina sarà contenuta nell'emanando nuovo regolamento voluto nel 2019 dal cosiddetto decreto "sbloccacantieri"⁽²⁾. In particolare, l'art. 61 del regolamento del 2010 (categorie e classifiche) stabilisce che:

a) le imprese sono qualificate per categorie di opere generali, per categorie di opere specializzate, nonché per prestazioni di sola costruzione, e per prestazioni di progettazione e costruzione, e classificate, nell'ambito delle categorie loro attribuite, secondo gli importi di cui al comma 4 dello stesso art. 61;

b) la qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto. Per i raggruppamenti temporanei d'impresе e i consorzi ordinari il beneficio del quinto si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara; nel caso di imprese

Codice degli appalti pubblici annotato con la dottrina, giurisprudenza e formule, 2009; R. GAROFOLI, M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella Legge comunitaria n. 62/2005*, 2005; L. GIAMPAOLINO, M.A. SANDULLI, G. STANCANELLI (a cura di), *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici sino alla "Merloni-ter"*, 1999; L. GIAMPAOLINO, M.A. SANDULLI, G. STANCANELLI (a cura di), *Commento al regolamento di attuazione della legge quadro sui lavori pubblici*, 2001; GIURDANELLA, *Commento al Codice dei contratti pubblici*, 2007; M. GRECO, A. MASSARI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, 2006; *idem*, *Il secondo decreto correttivo al codice dei contratti pubblici. Commento al D.Lgs. 31 luglio 2007*, n. 113, 2007; M. MAZZONE, C. LORIA, *Manuale di diritto dei lavori pubblici*, III edizione, Roma 2011, D. RUBINO, *L'appalto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. VASSALLI, 1980; G.L. ROTA, G. RUSCONI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, volumi II, 2007; F. SAITTA (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, 2008; M. A. SANDULLI, R. DE NICCOLIS, R. GAROFOLI (diretta da), *Trattato sui contratti pubblici*, 2019; M. SANINO, *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, 2006; G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. VII; S. BUSCEMA, A. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, 2008; R. VILLATA (a cura di), *L'appalto di opere pubbliche*, 2004; G.F. FERRARI e G. MORBIDELLI, *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, 2013; A. CANCRINI, C. FRANCHINI, S. VINTI, (a cura di), *Codice Commentato degli Appalti Pubblici*, 2014; A. CANCRINI, V. CAPUZZA, *Manuale di Legislazione delle Opere Pubbliche*, n. 01 della Collana Diritto amministrativo, 2015; A. CANCRINI, V. CAPUZZA, M. NUNZIATA, *La gara d'appalto nel nuovo codice alla luce del correttivo*, 2017; G.M. ESPOSITO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza*, Vol. 1-2, 2017. C. CONTESSA (a cura di), *Il contenzioso e la giurisprudenza in materia di appalti pubblici*, 2019.

(2) DL n. 32/2019, convertito in legge n. 55/2019.

raggruppate o consorziate la disposizione non si applica alla mandataria ai fini del conseguimento del requisito minimo del quaranta per cento;

c) le categorie sono specificate nell'allegato A dello stesso regolamento;

d) le classifiche sono state novellate dal regolamento n. 207 e sono attualmente stabilite secondo i seguenti livelli di importo:

I	fino a euro 258.000
II	fino a euro 516.000
III	fino a euro 1.033.000
III- <i>bis</i>	fino a euro 1.500.000
IV	fino a euro 2.582.000
IV- <i>bis</i>	fino a euro 3.500.000
V	fino a euro 5.165.000
VI	fino a euro 10.329.000
VII	fino a euro 15.494.000
VIII	oltre euro 15.494.000

e) l'importo della classifica VIII (illimitato) ai fini del rispetto dei requisiti di qualificazione è convenzionalmente stabilito pari a euro 20.658.000;

f) per gli appalti di importo a base di gara superiore a euro 20.658.000, l'impresa, oltre alla qualificazione conseguita nella Classifica VIII, deve aver realizzato, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, una cifra di affari, ottenuta con lavori svolti mediante attività diretta ed indiretta, non inferiore a 2,5 volte (non più tre volte, come era nel regolamento n. 34/2000) l'importo a base di gara; il requisito è comprovato secondo quanto previsto all'articolo 79, commi 3 e 4, ed è soggetto a verifica da parte delle stazioni appaltanti.

A tal proposito, ai fine del rilascio dell'attestazione da parte delle SOA è noto che i requisiti generali art. 78 (era l'art. 17 del regolamento n. 34/00) e i requisiti speciali dell'art. 79 (era l'art. 18 del DPR n. 34/2000) debbano essere verificati nel corso del procedimento istruttorio regolato dall'art. 76 del DPR n. 207/2010.

In tale contesto, assume rilievo prima di tutto spostare l'oggetto dell'analisi, passando dai risultati dell'attività (attestazione) alle società attestanti (SOA), per le quali il quadro di riferimento normativo risulta composto nei termini che ora verranno qui di seguito esaminati.

2. Le SOA: natura e caratteristiche

Appare necessario premettere che le particolari società per azione che, in materia di qualificazione delle imprese per concorrere in gare di appalti pubblici, assumono la denominazione giuridica di ‘Organismi di attestazione’, cioè di organismi di diritto privato (SOA), accertano ed attestano l’esistenza nei soggetti esecutori di lavori pubblici degli elementi di qualificazione secondo le previsioni di legge. Sulla natura giuridica delle SOA e della loro attività, va precisato che - già prima del Codice dei contratti del 2006 - solo dal 2004 si è delineata la via ermeneutica secondo la quale gli atti di tali società d’attestazione sono atti pubblici e l’operare delle stesse SOA è disciplinato da norme di diritto pubblico.

Infatti, sin dagli anni immediatamente successivi all’emanazione del Regolamento Bargone (2000) la giurisprudenza e la dottrina hanno discusso ampiamente e lungamente intorno alla natura dell’operato delle SOA, riconoscendo anche la prevalenza privatistica; talché in alcune pronunce relative al controllo dell’Autorità per vigilanza sulle SOA, il giudice amministrativo ha pur affermato che nel procedimento di qualificazione delle imprese operanti nel settore dei lavori pubblici, disciplinato dagli art. 14 ss., DPR 25 gennaio 2000, n. 34, il rapporto pubblicistico - di autorizzazione, controllo e vigilanza - dell’Autorità per la vigilanza e la SOA (Società Organismo di Attestazione) è ben distinto dal rapporto tra SOA ed impresa da qualificare, di natura privatistica, derivante dalla sottoscrizione di apposito contratto il cui sinallagma si sostanzia nella prestazione della SOA di verifica della sussistenza delle condizioni per il rilascio dell’attestazione e nella controprestazione del compenso, sul quale ha cognizione il giudice ordinario, competente a valutare il comportamento adempitivo delle parti; pertanto, il giudice amministrativo difetta di giurisdizione sull’impugnazione da parte di un’impresa, destinataria di attestazione di qualificazione, dell’atto di diffida a sostituire tale attestazione con riduzione della classifica, diretto dall’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici alla SOA ed emesso nell’esercizio dei poteri di vigilanza a seguito di un controllo ispettivo, non producente effetti diretti ed immediati sulla medesima attestazione, la cui sostituzione non può che avvenire ad opera della SOA⁽³⁾.

Ed ancora nel 2003: ‘Dal nuovo sistema di qualificazione delle imprese a realizzare opere pubbliche - disciplinato, in attuazione della legge n. 109 del 1994 e successive modificazioni ed integrazioni, dal DPR 25 gennaio 2000, n. 34 - non è ricavabile, in capo all’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, alcun potere che possa estrinsecarsi nella diretta ed immediata invalidazione totale o parziale delle attestazioni rilasciate dalle SOA (Società Organismo di Attestazione), tenuto anche conto che la peculiare caratterizzazione del potere di vigilanza di detta

(3) TAR Lazio, sez. Terza, 16 ottobre 2002, n. 8722.

Autorità sulle SOA mette capo alla distinta e diversa natura attribuita dal legislatore al relativo rapporto - di tipo pubblicistico - rispetto a quella del rapporto tra SOA e imprese, fondato su un contratto di diritto privato”⁽⁴⁾.

La giurisprudenza, solo dal 2004, ha definito pubblico l’agire delle SOA, precisando che: “Le SOA, pur essendo organismi privati, svolgono una funzione pubblicistica di certificazione, che sfocia in una attestazione con valore di atto pubblico, sicché si verifica un’ipotesi di esercizio privato di funzione pubblica. Ne consegue l’interesse pubblico all’attività di certificazione la quale, infatti, è circondata di garanzie e controlli pubblici.

In questo sistema le attestazioni sono destinate ad avere una particolare efficacia probatoria, come confermato dall’art. 1 del DPR 25 gennaio 2000, n. 34 che recita: “l’attestazione di qualificazione rilasciata a norma del presente regolamento costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell’esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell’affidamento di lavori pubblici. Le stazioni appaltanti non possono richiedere ai concorrenti la dimostrazione della qualificazione con modalità, procedure e contenuti diversi da quelli previsti dal presente titolo, nonché dai Titoli III e IV”.

Il legislatore, nell’ottica della semplificazione, ha inteso demandare lo svolgimento di un’attività in passato affidata a soggetti pubblici - la certificazione, a soggetti privati, ma la diversa natura giuridica (pubblica o privata) del soggetto che esercita l’attività di certificazione, non incide sulla natura giuridica dell’attività stessa, che era in passato, e rimane oggi, una funzione pubblica di certificazione, volta a ingenerare pubblica fiducia nel contenuto dell’atto. Ne consegue che le attestazioni rilasciate dalle SOA hanno natura pubblica e sono atti vincolati”⁽⁵⁾.

Il previgente D.Lgs. n. 163/2006, con le modifiche operate dal D.Lgs. n. 113/2007 nell’art. 40, aveva già stabilito inequivocabilmente la natura pubblicistica delle funzioni svolte dalle SOA, sotto il controllo dell’ANAC (che, fino al giugno 2014 con l’entrata in vigore del DL n. 90/2014, era denominata AVCP).

Attualmente, l’art. 84 del D.Lgs. n. 50/2016 ripropone la stessa definizione. Completa questo sommario quadro la sentenza 12 dicembre 2014 della Corte di Giustizia U.E., chiamata a pronunciarsi in merito ai minimi tariffari obbligatori - *ex art. 2 del DL n. 223/2006 convertito in legge n. 248 del 4 agosto 2006* - in relazione alla tutela della concorrenza e alla libertà di stabilimento (causa C-327/12, Ministero dello sviluppo economico e Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture contro SOA Nazionale Costruttori);

(4) TAR Lazio, sez. Terza, 30 giugno 2003, n. 5714.

(5) TAR Lazio, sez. Terza Roma - Sentenza 1° settembre 2004, n. 8214.

in particolare, già il Consiglio di Stato con la Pronuncia n. 3905 del 2012, aveva ritenuto che il riferimento, contenuto all'art. 2, comma 1, lett. a) del decreto legge n. 223/2006, alle attività libero professionali e intellettuali, non potesse estendersi alle attività espletate dalle SOA che integrano una funzione pubblica di certificazione, svolta sotto la sorveglianza e l'autorizzazione dell'AVCP.

Secondo la ricostruzione dall'avvocato generale nella Causa C-327/12, le SOA operano nell'ambito del sistema di qualificazione delle imprese esecutrici di lavori pubblici; tali organismi di diritto privato, appositamente autorizzati dall'ANAC, svolgono l'attestazione di qualificazione necessaria alle imprese per lo svolgimento dei lavori medesimi, obbligatoria per gli appalti di lavori superiori a 150mila euro, ed hanno un compito puramente formale ("notarile") che consiste nell'acquisizione di tutti i certificati di qualità (intesi come documenti cartacei) e di controllo della validità dei medesimi, senza entrare nel merito della certificazione.

Le SOA svolgono la propria attività sotto il penetrante controllo e la direzione dell'Autorità: ed infatti, non solo hanno obblighi di comunicazione all'Autorità dell'avvio del procedimento di accertamento del possesso dei requisiti da parte delle imprese che partecipano agli appalti, ma devono anche segnalare eventuali irregolarità nella presentazione della documentazione da parte delle suddette imprese; sono inoltre responsabili della conservazione della documentazione e degli atti utilizzati per il rilascio dell'attestazione, nonché di verificare il permanere del possesso dei requisiti in capo alle imprese.

Ai sensi del citato Codice appalti, l'attività sopra descritta deve essere svolta nel rispetto del principio di indipendenza di giudizio, garantendo l'assenza di qualunque interesse commerciale o finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori. Sempre ai sensi del Codice, le SOA svolgono funzioni di natura pubblicistica" che tradizionalmente venivano svolte dalla Pubblica Amministrazione italiana e in caso di false attestazioni dalle stesse rilasciate si applicano gli articoli 476 e 479 del codice penale, norme - queste ultime - che configurano due fattispecie di reati commessi da pubblici ufficiali nell'esercizio delle proprie funzioni.

Le SOA sono inoltre sottoposte ad un rigido regime sanzionatorio, come delineato nel regolamento attuativo (di cui al DPR n. 207/2010), che prevede pene pecuniarie e interdittive, fino alla decadenza dell'autorizzazione, per le irregolarità, le illegittimità e le illegalità commesse nel rilascio delle attestazioni nonché in caso di inerzia delle stesse seguito di richiesta di informazioni ed atti attinenti all'esercizio della funzione di vigilanza da parte dell'Autorità.

Questo contesto normativo, come rileva l'Avvocato generale (al punto 31 delle conclusioni), non esclude comunque che le SOA, pur essendo incaricate di fornire un servizio di certificazione tecnica, dotato di una presunzione di legittimità, incidente sullo svolgimento delle gare d'appalto, e che tradizionalmente era svolto dalla Pubblica Amministrazione italiana, siano imprese private con fini di lucro che operano in un mercato concorrenziale. Rileva ancora l'Avvocato generale (punto 49), tali imprese esercitano una "discrezionalità tecnica" che, da un lato, è svolta nell'ambito di rigidi criteri prefissati da norme adottate dal legislatore, dall'altro lato, è sottoposta ad un meccanismo di controllo e sorveglianza da parte dei pubblici poteri (ANAC)⁽⁶⁾.

3. Poteri dell'ANAC sulle SOA

Come ribadito dalla sopra citata sentenza della Corte di giustizia U.E. nella Causa C-327/12, gli artt. 84 del Codice dei contratti pubblici (era l'art. 40 del D.Lgs. n. 163/2006), 71 e 73 del DPR n. 207/2010 rappresentano i cardini normativi dai quali discende il potere di vigilanza e sanzionatorio da parte dell'ANAC nei confronti delle SOA. In particolare, va precisato che l'Autorità, sebbene fosse stata prevista nel vasto programma di riforma del sistema dei lavori pubblici varato dalla legge quadro n. 109/94, è stata effettivamente istituita nel 1999.

La creazione dell'Autorità ha segnato una svolta cruciale nel sistema degli appalti pubblici in quanto, per la prima volta, intorno a questo organismo ed alle sue attribuzioni, il legislatore, sotto la spinta del diritto comunitario, ha voluto far ruotare tutto il grande profilo di riforma del sistema di affidamento ed esecuzione dei lavori pubblici.

Il progetto di riforma ha trovato organico compimento con l'emanazione del decreto legislativo 163/2006 che ha, tra l'altro, esteso la vigilanza al settore dei servizi e delle forniture. L'Autorità vigila sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture al fine di garantire il rispetto dei principi di correttezza e trasparenza delle procedure di scelta del contraente, e di economica ed efficiente esecuzione dei contratti, nonché il rispetto delle regole della concorrenza nelle procedure di gara.

(6) Da tale pronuncia e dalle ampie argomentazioni contenute nelle conclusioni dell'avvocato generale, pare emergere l'intento di chiarire la distinzione tra l'esercizio della funzione di natura pubblicistica, come quella svolta dalle SOA pur sotto la sorveglianza dei pubblici poteri, e le attività che, essendo invece connesse all'esercizio di pubblici poteri, consentono di derogare alla libertà di stabilimento prevista dal Trattato; sul tema, cfr., G. DEMARTINI, B. NASCIBENE, in *www.eurojus.it*, 29 giugno 2014.

Inoltre, segnala al Governo ed al Parlamento, con apposita comunicazione, fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa sui contratti pubblici e formula al Governo proposte in ordine alle modifiche alla legislazione di riferimento e di revisione del regolamento. Infine, predispose ed invia al Governo ed al Parlamento una relazione annuale nella quale si evidenziano le disfunzioni riscontrate nel settore dei contratti pubblici.

Oltre alla vigilanza, all'Autorità fanno capo un potere di regolazione, un potere ispettivo e un potere sanzionatorio. Il potere di regolazione ha l'obiettivo di orientare gli operatori del mercato vigilato mediante la formulazione di regole di comportamento secondo parametri giuridici, economici e di efficienza. Esso non incide sulle scelte politiche o discrezionali della Pubblica Amministrazione, ma interviene nel campo della cosiddetta discrezionalità tecnica laddove vi siano lacune normative o dubbi interpretativi. Una funzione quindi con la quale si intende coniugare l'interesse pubblico alla corretta esecuzione del contratto con l'esigenza di chiarificazione e di semplificazione delle relative procedure, sempre più avvertita dagli operatori del settore.

Il potere ispettivo mira, invece, ad accertare nei casi concreti se vi sia stato il rispetto delle norme da parte degli operatori e ha come sbocco l'emanazione, da parte dell'Autorità, di deliberazioni adottate a seguito di iniziative prese ad istanza degli interessati o d'ufficio. L'attività ispettiva assume un ruolo di estrema rilevanza anche per l'esercizio, da parte dell'Autorità, del potere di vigilanza sul sistema di qualificazione delle imprese partecipanti alle gare d'appalto che si sostanzia nel controllo sulle Società Organismi di Attestazione (SOA) e sulle attestazioni di qualificazione rilasciate da queste ultime.

All'Autorità è poi riconosciuto un potere sanzionatorio correlato al potere ispettivo. Occorre sottolineare che i poteri di regolazione e ispettivo non sono accompagnati da effettivi poteri di intervento nei casi di riscontrata inosservanza della disciplina di settore. Ad eccezione dei poteri sul sistema di qualificazione, infatti, l'Autorità non ha il potere di incidere direttamente né sulle procedure concorsuali, né sulla fase esecutiva dei contratti pubblici, poiché le deliberazioni adottate nei casi concreti hanno il valore di pareri non vincolanti, pareri che si sostanziano, in caso di accertamento di comportamenti difformi dalle discipline di settore, nell'invito al riesame dei provvedimenti adottati, ai fini dell'annullamento o della modifica degli stessi in sede di autotutela. Pertanto, in mancanza di poteri vincolanti/autoritativi, gli atti assunti dall'Autorità, per l'autorevolezza e il ruolo dell'organismo emanante, possono avere solo un effetto indirizzo.

Allo stesso modo, ai provvedimenti adottati sulle singole fattispecie, la giurisprudenza amministrativa riconosce la natura di pareri non vincolanti, in quanto contenenti l'invito al riesame degli atti del procedimento, con eventuale possibilità di annullamento o riforma, in sede di autotutela.

Un organo ausiliario che svolge un ruolo centrale nell'attività svolta dall'Autorità è l'Osservatorio dei contratti pubblici. Questa struttura, che opera anche in collaborazione con altre analoghe strutture della pubblica amministrazione, provvede alla raccolta e all'elaborazione dei dati informativi concernenti i contratti pubblici. Inoltre, ha il compito di determinare annualmente i costi standardizzati su tipo di lavoro, servizio o fornitura, in relazione a specifiche aree territoriali. Presso l'Osservatorio poi, è istituito il Casellario informatico delle imprese qualificate, formato sulla base delle attestazioni trasmesse dalle SOA e delle comunicazioni delle stazioni appaltanti.

4. Requisiti delle SOA e il sistema tariffario

Come s'è detto, l'art. 84, comma 1 del Codice dei contratti stabilisce che il sistema di qualificazione è attuato da organismi di diritto privato di attestazione, appositamente autorizzati dall'Autorità. L'attività di attestazione è esercitata nel rispetto del principio di indipendenza di giudizio, garantendo l'assenza di qualunque interesse commerciale o finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori.

Le SOA nell'esercizio dell'attività di attestazione per gli esecutori di lavori pubblici svolgono funzioni di natura pubblicistica, anche agli effetti dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20 e cioè anche ai fini della responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica, la quale, come si sa, è personale e limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o con colpa grave, ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali.

In caso di false attestazioni dalle stesse rilasciate, come s'è detto, si applicano gli articoli 476 e 479 del codice penale.

In relazione al tema delle responsabilità nella verifica, il TAR Lazio ha riconosciuto che, in ordine alla veridicità della documentazione, gli eventuali errori in ordine alle modalità con le quali i controlli vengono svolti non possono ricadere in danno degli operatori economici che hanno confidato nel diligente operato dei soggetti responsabili: le società organismo di attestazione e l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC). La colpa "grave", quale elemento soggettivo dell'illecito deve incentrarsi in concreto sul comportamento specifico dell'agente.

Il Codice chiarisce, infatti, che l'ANAC deve svolgere un'indagine, nel riscontrare dolo o colpa grave, che deve essere fondata sulla rilevanza o gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione.

Sono dunque i “fatti” specifici ad essere oggetto dell'indagine non l'astratta configurabilità di un mancato controllo, sia pure nell'ambito dei requisiti professionali che connotano l'esercizio dell'impresa, sui dati delle certificazioni in sé considerabili, altrimenti dovendosi configurare sempre e comunque, in presenza di mancata corrispondenza tra documentazione e certificazione, un'ipotesi di gravità della colpa, con esclusione quindi di ogni graduazione e di ogni approfondimento istruttorio specifico che la norma su riportata non sembra prevedere, lasciando invece un margine di discrezionalità all'Autorità di settore che però deve essere reso esplicito sulla base degli specifici fatti alla sua attenzione⁽⁷⁾.

Le Società Organismi di Attestazione sono costituite nella forma delle società per azioni, la cui denominazione sociale deve espressamente comprendere la locuzione “organismi di attestazione”; il capitale sociale deve essere almeno pari a un milione di euro interamente versato.

Il patrimonio netto, costituito dal totale della lettera A del passivo dello stato patrimoniale di cui all'art. 2424 del codice civile dell'ultimo bilancio depositato, deve essere almeno pari al capitale sociale. Il bilancio delle SOA deve essere certificato dalle società di revisione, iscritte nell'apposito albo, secondo i criteri stabiliti dal D.Lgs. n. 58/1998.

Sempre ai sensi dell'art. 64 del regolamento, lo statuto deve prevedere come oggetto esclusivo lo svolgimento dell'attività di attestazione e di effettuazione dei connessi controlli tecnici sull'organizzazione aziendale e sulla produzione delle imprese di costruzione, nonché sulla loro capacità operativa ed economico - finanziaria.

È fatto divieto alle SOA, pena la decadenza dell'autorizzazione, di erogare servizi di qualsiasi natura ad operatori economici, direttamente ovvero a mezzo di società collegate o di società in virtù di rapporti contrattuali.

La composizione e la struttura organizzativa delle SOA deve assicurare, anche in presenza di eventuali situazioni di controllo o di collegamento, individuate secondo quanto previsto dall'art. 2359 del codice civile, il rispetto del principio di indipendenza di giudizio e l'assenza di qualunque interesse commerciale, finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori.

(7) TAR Lazio Roma, sez. Terza, 2 dicembre 2015, n. 13653.

Le SOA devono dichiarare e adeguatamente documentare, entro quindici giorni dal loro verificarsi, le eventuali circostanze che possano implicare la presenza di interessi idonei ad influire sul requisito dell'indipendenza.

Prima del rilascio delle attestazioni, le SOA verificano tutti i requisiti dell'impresa richiedente. Agli organismi di attestazione è demandato il compito di attestare l'esistenza nei soggetti qualificati di:

a) certificazione di sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000 e alla vigente normativa nazionale, rilasciata da soggetti accreditati ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000;

b) requisiti di ordine generale nonché tecnico-organizzativi ed economico-finanziari conformi alle disposizioni comunitarie in materia di qualificazione.

Tra i requisiti tecnico organizzativi rientrano i certificati rilasciati alle imprese esecutrici dei lavori pubblici da parte delle stazioni appaltanti. Gli organismi di attestazione acquisiscono detti certificati unicamente dall'Osservatorio, cui sono trasmessi, in copia, dalle stazioni appaltanti.

Ai sensi dell'art. 70, comma 4, ogni attestazione di qualificazione o di suo rinnovo nonché tutte le attività integrative di revisione o di variazione, sono soggette al pagamento di un corrispettivo determinato, in rapporto all'importo complessivo ed al numero delle categorie generali o specializzate cui si richiede di essere qualificati, secondo le formule di cui all'Allegato C - parte I.

Per i consorzi stabili, il corrispettivo spettante alle SOA per ciascuna attività è ridotto del cinquanta per cento; per le imprese qualificate fino alla II classifica di importo, il corrispettivo spettante alle SOA per ciascuna attività è ridotto del venti per cento.

L'importo del corrispettivo dovuto alla SOA per l'attività di attestazione di qualificazione o di rinnovo, nonché per tutte le attività di integrazione e variazione, è determinato in base all'importo complessivo delle classifiche e al numero delle categorie generali e/o specializzate richieste. In particolare, il corrispettivo spettante alla SOA per l'attività di attestazione o rinnovo è determinato con seguente formula:

$$*P = [C/12.500 + (2 * N + 8) * 413,16] * 1,0413 * R$$

dove:

C = Importo complessivo delle qualificazioni richieste nelle varie categorie;

N = Numero delle categorie generali o specializzate per le quali si chiede la qualificazione;

R = Coefficiente ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati da applicare annualmente e secondo il relativo valore.

Rimane fermo, che il corrispettivo alla SOA può riguardare anche le seguenti attività: verifica triennale, variazioni e integrazioni, nuova categoria, incremento di classifica, diminuzione numero categorie, riduzione classifiche, abilitazione alla prestazione di progettazione, adesione impresa a consorzio stabile, adesione nuova impresa a consorzio stabile nel quale l'operatore è consorziato, rilascio attestazione ad una S.r.L. unipersonale che abbia acquisito una ditta individuale, variazioni requisiti di ordine generale, variazioni inserimento qualità, variazione direttore tecnico, variazioni cessione/conferimento di una impresa, variazioni nel caso di donazione di un'impresa individuale ad un donatario che voglia proseguire l'attività del donante, attestazione a seguito di semplice trasformazione societaria, altre e molteplici ipotesi di variazioni.

5. La fusione fra le imprese SOA e il ruolo dell'ANAC

Sul tema, in primo luogo, vanno dedotti i riferimenti normativi essenziali:

1) l'articolo 64, comma 3, del DPR 207/2010 (corrisponde esattamente all'art. 7, comma 3, del regolamento n. 34/2000) il quale impone che gli statuti delle SOA devono prevedere come "oggetto esclusivo" "lo svolgimento dell'attività di attestazione... e di effettuazione dei connessi controlli tecnici sull'organizzazione aziendale e sulla produzione delle imprese di costruzione, nonché sulla loro capacità operativa ed economico-finanziaria"; e sancisce inoltre al comma 4 "il rispetto del principio di indipendenza di giudizio e l'assenza di qualunque interesse commerciale, finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori";

2) l'articolo 2361 c.c. il quale prevede che l'assunzione di partecipazioni in altre imprese è vietata qualora "per la misura e per l'oggetto della partecipazione ne risulta sostanzialmente modificato l'oggetto sociale determinato dall'atto costitutivo".

L'ANAC ha affrontato la questione già nella Determinazione n. 13/2002 del 13 giugno 2002, fornendo chiarimenti alle SOA in materia di fusione tra SOA ed organismi già accreditati al rilascio di certificazioni del sistema di qualità, e di partecipazione da parte di una SOA autorizzata in altra società il cui oggetto sociale non abbia alcuna attinenza con il settore dei lavori pubblici.

Inoltre, nella Determinazione n. 23 del 7 aprile 2000, l'Autorità aveva già affermato che le SOA sono società per azioni di diritto speciale la cui connotazione particolare discende da una serie di requisiti indispensabili ai fini della relativa autorizzazione e la cui sussistenza deve permanere nel tempo. Questi requisiti fanno ritenere inammissibili investimenti in azioni in altre SOA mentre

non configurano ostacoli all'applicazione delle norme di diritto comune in materia di fusione per incorporazione (articolo 2501 e ss., c.c.).

Alla possibilità per una SOA autorizzata di acquisire una partecipazione azionaria in un'altra società (non SOA), osta la peculiare natura di società per azioni "di diritto speciale" delle SOA (determinazione n. 23/2000).

Tale partecipazione, infatti, aggiungerebbe all'attività di attestazione un'ulteriore attività di natura finanziaria, laddove l'articolo 64 del DPR 207/2010 (così come l'art. 7 del DPR n. 34/2000) prevede che lo statuto delle SOA abbia "come oggetto esclusivo lo svolgimento dell'attività di attestazione" e delle attività di controllo ad essa strumentali.

Deve, invece, ammettersi l'acquisizione di partecipazioni azionarie, da parte di una SOA autorizzata in un'altra SOA quando ciò sia espressamente e univocamente inteso all'obiettivo finale della fusione per incorporazione dal momento che in questa ipotesi non si tratta di "attività finanziaria" che, in quanto tale, esula da quella esclusiva di attestazione, ma di una applicazione dell'articolo 2504-*quinquies* c.c., coerente con la particolare disciplina degli investimenti SOA.

Trattandosi di fusione fra società dello stesso tipo (fusione omogenea) si verificherà l'estinzione della SOA incorporata e l'aumento del capitale sociale di quella incorporante; quest'ultima succederà, *ex* articolo 2504-*bis* c.c., nelle posizioni giuridiche attive e passive dell'incorporata.

Deve essere ricordato che secondo le norme del codice civile la fusione si articola in un procedimento diviso in tre fasi: il progetto di fusione, la delibera di fusione e l'atto di fusione.

La delibera di fusione deve essere assunta da ciascuna delle società che vi partecipano (SOA incorporante e SOA incorporata) secondo le norme del codice civile riguardanti le delibere modificative dell'atto costitutivo e deve stabilire le modalità dell'operazione. Essa deve essere adottata sulla base di un "progetto di fusione" predisposto dagli amministratori e risultante dalle trattative intercorse con le società interessate. Tale progetto va sottoposto "preventivamente" al vaglio dell'Autorità. La necessità di acquisire il preventivo nulla osta dell'Autorità sul progetto di fusione lo si desume, secondo l'ANAC (nella Det. n. 13/02), oltre che in via analogica dall'articolo 66 del DPR n. 207/2010 (era l'abrogato art. 8, commi 3 e 5, del DPR 34/2000), anche dalla previsione secondo cui la partecipazione di una cosiddetta "Società di investimento a capitale variabile (SICAV)" alla fusione è soggetta al preventivo nulla osta della Banca d'Italia, che lo rilascia sentita la Consob (articolo 49, commi 3 e 4, del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58). In assenza di nulla osta, la delibera non può essere depositata per l'iscrizione nel Registro delle Imprese.

Giova precisare che solo dopo il preventivo assenso dell'Autorità al progetto di fusione, le società incorporante e incorporata possono adottare le rispettive delibere di fusione (articolo 2502 c.c.) e provvedere al deposito ed all'iscrizione delle medesime presso il Registro delle Imprese (articolo 2502-*bis* c.c.).

Decorsi i termini di cui all'articolo 2503 c.c. (due mesi dall'iscrizione delle delibere di fusione delle società che partecipano al progetto di fusione nel Registro delle Imprese), le società potranno stipulare l'atto pubblico di fusione di cui all'articolo 2504 c.c. e, quindi, provvedere, ad opera del notaio o degli amministratori delle SOA interessate ed entro il termine di trenta giorni dalla stipula dell'atto pubblico, al deposito dello stesso presso il Registro delle Imprese dei luoghi ove è posta la società incorporante. Anche l'atto pubblico di fusione deve essere trasmesso all'Autorità. A seguito della fusione per incorporazione, la SOA risultante dalla fusione non deve essere sottoposta a nuova autorizzazione⁽⁸⁾.

Rispetto all'assicurazione di cui le SOA devono munirsi ai fini dell'esercizio dell'attività di attestazione - considerati l'articolo 68, comma 2, lettera g), del regolamento del 2010 (corrisponde all'abrogato art. 10, comma 2, lettera g),

(8) L'ANAC ha preso in considerazione anche l'ipotesi di cessione d'azienda fra SOA (si veda la Determinazione n. 12/2003 del 21 maggio 2003), in cui vengono precisati diversi aspetti, fra i quali giova richiamare i seguenti. La cessione del ramo d'azienda di una SOA ad altra SOA non è ipotesi sostanzialmente dissimile da quella della cessione di azienda, stante la esclusività dell'attività svolta, quella di attestazione, e quindi la sua unicità di contenuto. Inoltre, l'ipotesi di cessione ad una SOA dell'intera azienda di proprietà di altra SOA esercente attività di attestazione (art. 2555 e ss. del c.c.) è equiparabile alla fusione per incorporazione vista la sostanziale equiparazione degli effetti, derivanti da entrambe le operazioni, che comportano la "successione a titolo universale" tra il soggetto cedente ed il soggetto cessionario. In tal caso, la cessione deve essere preceduta, o al più tardi accompagnata, dalla comunicazione, da effettuarsi ai sensi dell'art. 66 del DPR n. 207/2010, della SOA alienante all'Autorità di cessazione della propria attività di attestazione, per la conseguente revoca. A sua volta, la SOA acquirente deve comunicare all'Autorità l'operazione di acquisto dell'intero complesso aziendale della SOA alienate; una volta acquisito il nulla osta di questa Autorità, le SOA coinvolte nel conferimento devono trasmettere le rispettive delibere assembleari dalle quali evincere la volontà dei soci di procedere al trasferimento e acquisto d'azienda. In particolare, i contratti stipulati dalla SOA alienante e non ancora conclusi con il rilascio delle corrispondenti attestazioni, si trasferiscono automaticamente alla SOA acquirente, giusto quanto prevede l'art. 2558 codice civile. La SOA acquirente, inoltre, subentra in tutti i contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda che non hanno carattere personale (art. 2558 c.c., commi 1 e 3). Il terzo contraente può tuttavia recedere dal contratto entro tre mesi dall'iscrizione del trasferimento, se sussiste una giusta causa, salvo in questo caso la responsabilità del conferente (art. 2558 c.c., comma 2). Va infine ricordato quanto già precisato per l'ipotesi di fusione per incorporazione e, cioè, che le attestazioni rilasciate dalla società cedente l'azienda (ovvero incorporata) continuano a mantenere la stessa efficacia e durata. Tuttavia, la SOA cessionaria (ovvero incorporante) deve procedere a ritirare le attestazioni rilasciate dalla SOA cedente (incorporata) sostituendole con altre proprie attestazioni che devono riportare obbligatoriamente la dicitura "sostituisce l'attestazione n..../...". Ciò a prescindere dalla eventuale richiesta delle imprese attestate di apportare alle attestazioni le cosiddette "variazioni minime".

del DPR 34/2000), il quale prevede che le SOA debbano munirsi di una polizza assicurativa per il rischio professionale avente “massimale non inferiore a sei volte il volume d'affari”, e la determinazione dell'Autorità n. 50/2000, nella quale si è precisato che il suddetto massimale è soggetto ad aumento con riferimento ai dati della concreta attività di qualificazione posta in essere dalla SOA (consistente nel valore del portafoglio contratti) -, va precisato che la SOA la quale proceda ad incorporazione per fusione deve sempre procedere ad innalzare il proprio massimale assicurativo adeguandolo al nuovo volume d'affari.

Per ciò che concerne i contratti di attestazione in corso di esecuzione, la successione universale in virtù della quale la società incorporante succede in tutti i rapporti giuridici della società incorporata la quale si estingue⁽⁹⁾, comporta che le imprese proseguono i loro rapporti con il nuovo soggetto risultante dalla fusione, sia per i contratti non ancora conclusi con il rilascio dell'attestazione, sia per le attestazioni già rilasciate (es. trasferimento della documentazione, eventuali “variazioni minime” dell'attestazione di cui alla determinazione n. 40/2000).

Va infine ricordato che le attestazioni rilasciate dalla società incorporata continuano a mantenere la stessa efficacia e durata. Tuttavia all'ANAC nella Determinazione n. 13/2002 è parso opportuno stabilire che la SOA incorporante debba procedere a ritirare le attestazioni rilasciate dalla SOA incorporata sostituendoli con altri attestati a propria firma che devono riportare obbligatoriamente la dicitura “sostituisce l'attestazione n..../...”. Ciò a prescindere dalla eventuale richiesta delle imprese attestate di apportare alle attestazioni le cosiddette “variazioni minime”. Sussiste, inoltre, la totale assunzione di responsabilità, sia nei confronti di terzi, sia nei confronti dell'Autorità, della SOA incorporante sulle attestazioni emesse dalla SOA incorporata.

6. La revoca (o decadenza) delle autorizzazioni per una SOA

In relazione alla revoca, che dall'8 giugno 2011, cioè dopo l'entrata in vigore del DPR n. 207/2010, è denominata nelle norme come “decadenza”, occorre precisare che i relativi procedimenti sono svolti dall'ANAC ai sensi dell'articolo 73 del DPR n. 207/2010 (era l'abrogato art. 10, comma 5, del DPR 34/2000); in particolare, l'art. 73 stabilisce ai commi 4, 5 e 6 che è disposta la decadenza dell'autorizzazione, oltre che nelle ipotesi di nuova violazione dopo una precedente sospensione (ai sensi del comma 3), in caso di:

a) venire meno dei requisiti e delle condizioni (previsti negli articoli 64, 65, 66, 67 e 70, comma 3);

(9) Cass. Civ. 9349/97, Cass. Civ. 833/94 e Cass. Civ. 7321/93.

b) mancato inizio dell'attività sociale entro centottanta giorni dalla autorizzazione;

c) interruzione dell'attività per più di centottanta giorni;

d) inosservanza delle disposizioni di cui al comma 8, primo periodo (la SOA è tenuta a comunicare la sospensione e la decadenza dell'autorizzazione, il fallimento e la cessazione dell'attività, alle imprese qualificate e a quelle in attesa di qualificazione entro quindici giorni dal loro verificarsi);

e) inosservanza delle disposizioni impartite con il provvedimento di sospensione di cui al comma 3;

f) inosservanza delle disposizioni relative ai lavori eseguiti dall'impresa affidataria e dall'impresa subappaltatrice, così come indicate nell'articolo 85, commi 1 e 2.

Il procedimento di decadenza di cui al comma 4 è iniziato d'ufficio dall'Autorità, quando viene a conoscenza dell'esistenza, anche a seguito di denuncia di terzi interessati, del verificarsi di una delle circostanze di cui ai commi da 1 a 4 dell'art. 73. A tal fine l'Autorità contesta alla SOA gli addebiti, invitandola a presentare le proprie controdeduzioni ed eventuale documentazione entro un termine perentorio non superiore a trenta giorni, e adotta il pertinente provvedimento entro i successivi novanta giorni. L'Autorità può disporre tutte le audizioni e le acquisizioni documentali necessarie; le audizioni sono svolte in contraddittorio con la SOA interessata e le acquisizioni documentali sono alla stessa comunicate, con l'assegnazione di un termine non inferiore a trenta e non superiore a sessanta giorni per controdeduzioni e documenti; il termine per la pronuncia da parte dell'Autorità rimane sospeso per il periodo necessario allo svolgimento dell'istruttoria.

Nella previgente disciplina contenuta nel DPR n. 34/2000 era prevista la revoca dell'autorizzazione dall'Autorità quando:

> fosse stato accertato il venire meno dei requisiti e delle condizioni (erano previsti negli articoli 7, 8 e 9),

> nonché quando fosse stato accertato il mancato inizio dell'attività sociale entro sei mesi dalla autorizzazione, o quando la stessa attività risultasse interrotta per più di sei mesi;

> nei casi più gravi di violazione dell'obbligo di rendere le informazioni richieste (ai sensi degli articoli 7, 8 e 9) e comunque quando fosse stato accertato che la SOA non svolgeva la propria attività in modo efficiente e conforme alle disposizioni della Legge, del regolamento e nel rispetto delle procedure contenute nel documento di cui al comma 2, lettera f) (cioè un documento contenente la descrizione delle procedure che, conformemente a quanto stabilito dall'Autorità,

sarebbero state quelle utilizzate per l'esercizio dell'attività di attestazione)⁽¹⁰⁾.

Ciò detto, occorre considerare tre ordini di questioni o sequenze che aiutano a definire l'argomento:

- a) sorte delle attestazioni rilasciate dalla SOA revocata;
- b) eventuale riemissione o meno dell'attestazione da parte della nuova SOA indicata dall'impresa e conseguente gestione dell'attestazione;
- c) sorte dei contratti di attestazione in corso con la SOA revocata.

1) Quanto alla prima questione, l'art. 73, comma 7 del regolamento n. 207/2010 prevede che, in caso di revoca dell'autorizzazione ad una SOA, le attestazioni rilasciate ad imprese restano valide a tutti gli effetti. Le imprese qualificate indicano, ai sensi del comma 8, entro trenta giorni (erano novanta giorni nell'art. 10 del regolamento del 2000) dalla data della comunicazione dei suddetti fatti, la SOA cui trasferire la documentazione in base alla quale sono state rilasciate le attestazioni di qualificazione; nell'eventualità di inerzia del soggetto qualificato il trasferimento è disposto dall'Autorità nei successivi quarantacinque giorni (termine previsto solamente dal DPR n. 207/2010).

Occorre evidenziare che la disciplina sull'argomento è alquanto diversificata fra quanto era previsto nel DPR n. 34/2000 e quello che è l'attuale quadro normativo operato dal regolamento del 2010.

L'allora AVCP, con la Determinazione n. 17/2003, aveva ritenuto, in vigore dell'art. 10 del regolamento Bargone del 2000, che la corretta interpretazione o applicazione della suddetta norma fosse la seguente:

> L'Autorità provvedeva a comunicare alle imprese interessate (ossia alle imprese attestate dalla SOA revocata) l'intervenuta revoca, confermando loro la

(10) Il procedimento di revoca e le sue caratteristiche erano disciplinate dai commi 6-10 dell'art. 10 del Reg. n. 34/00: "6. Il procedimento di revoca dell'autorizzazione, è iniziato d'ufficio, quando l'Autorità viene a conoscenza dell'esistenza, anche a seguito di denuncia di terzi interessati, del verificarsi di una delle circostanze di cui al comma 5. A tal fine l'Autorità contesta alla SOA gli addebiti accertati, invitandola a presentare le proprie osservazioni e controdeduzioni entro un termine perentorio non inferiore a trenta giorni, decorsi i quali, entro i successivi novanta giorni, viene assunta la decisione in ordine alla revoca. (...). 8. In via istruttoria l'Autorità può disporre tutte le audizioni e le acquisizioni documentali necessarie; le audizioni sono svolte in contraddittorio con la SOA interessata e le acquisizioni documentali sono alla stessa comunicate, con l'assegnazione di un termine non inferiore a trenta e non superiore a sessanta giorni per controdeduzioni. In tal caso, il termine per le pronuncia da parte dell'Autorità rimane sospeso per il periodo necessario allo svolgimento dell'istruttoria ed alla presentazione delle controdeduzioni. 9. In caso di revoca dell'autorizzazione, ovvero di fallimento e di cessazione della attività di una SOA le attestazioni rilasciate sono valide a tutti gli effetti. Le imprese qualificate indicano, entro novanta giorni dalla data della comunicazione dei suddetti fatti, la SOA cui trasferire la documentazione in base alla quale sono state rilasciate le attestazioni di qualificazione; nell'eventualità di inerzia del soggetto qualificato il trasferimento è disposto dall'Autorità. 10. In caso di revoca dell'autorizzazione, ovvero di fallimento e di cessazione della attività di una SOA, le documentazioni relative ai contratti per il rilascio di attestazioni non ancora conclusi sono trasferite d'ufficio ad altre SOA scelte dalle imprese contraenti".

validità delle attestazioni ed invitandole ad indicare, nel termine di novanta giorni dalla ricezione della comunicazione, un'altra SOA cui trasferire la documentazione;

- l'impresa inviava la comunicazione della sua scelta all'Autorità, alla SOA revocata ed alla nuova SOA;

- la SOA revocata trasferiva poi la documentazione alla SOA prescelta dall'impresa entro il termine di quindici giorni dalla ricezione della suddetta comunicazione.

Con l'entrata in vigore del DPR n. 207/2010 (in vigore, come già detto, dall'8 giugno 2011), la disciplina di riferimento appare meglio proceduralizzata nell'art. 73, comma 8, in cui si dispone che:

- la SOA è tenuta a comunicare la sospensione e la decadenza dell'autorizzazione, il fallimento e la cessazione dell'attività, alle imprese qualificate e a quelle in attesa di qualificazione entro quindici giorni dal loro verificarsi;

- nell'ipotesi di sospensione dell'autorizzazione, le imprese possono indicare un'altra SOA cui va trasferita la documentazione. Nel caso di decadenza dell'autorizzazione, fallimento, cessazione dell'attività, le imprese devono indicare, nei trenta giorni successivi alla comunicazione, la SOA cui trasferire la documentazione;

- se l'impresa non provvede, l'Autorità nei successivi quarantacinque giorni designa la nuova SOA, secondo criteri oggettivi e predeterminati, dandone comunicazione alla SOA designata;

- le SOA sono tenute a trasferire la documentazione alla SOA indicata dall'impresa o, in caso di inerzia, dall'Autorità entro sessanta giorni dalla data di indicazione. Il contratto per l'ottenimento dell'attestazione di qualificazione, sottoscritto dalla SOA e dall'impresa, prevede, in caso di sospensione dell'autorizzazione della SOA all'esercizio dell'attività di attestazione, la possibilità di risolvere detto contratto, su richiesta dell'impresa.

Nel caso di inerzia dell'impresa nell'indicazione dell'altra SOA, la norma in commento prevede soltanto che il trasferimento sia disposto dall'Autorità. A tale riguardo, l'unico criterio prospettabile è - secondo l'ANAC nella Det. n. 17/2003 - quello del sorteggio in pubblica seduta: a seconda del numero delle imprese "inerti" l'Autorità stabilisce una percentuale di attestazioni da trasferire ad ogni SOA man mano sorteggiata, sino all'esaurimento delle attestazioni la cui documentazione è da trasferire. L'Autorità provvederà a classificare e custodire le indicazioni pervenute dalle imprese, in modo da garantire, sia a fronte di eventuali richieste delle stazioni appaltanti, sia a fronte di controlli della stessa Autorità *ex art. 71 del DPR n. 207/2010*, la certezza del soggetto presso cui è custodita la documentazione relativa all'attestazione.

2) La seconda questione relativa all'eventuale riemissione o meno dell'attestazione da parte della nuova SOA indicata dall'impresa e conseguente gestione dell'attestazione, è quella che nel tempo ha presentato le maggiori difficoltà operative.

Il problema che anzitutto si pone, nel silenzio della norma, è quello dell'eventuale riemissione delle attestazioni da parte della nuova SOA indicata dall'impresa.

L'ANAC nella citata Determinazione n. 17/2003 ha ritenuto che quest'ultima SOA non debba rimettere a proprio nome l'attestazione, ma debba limitarsi a custodire la documentazione in base alla quale l'attestazione stessa è stata rilasciata, rispondendo quindi di questa "custodia", soprattutto nel caso di controlli da parte dell'Autorità. Il dato normativo, in quanto privo di previsioni di dettaglio, afferma che le attestazioni rilasciate dalla SOA revocata "sono valide a tutti gli effetti". L'attestazione rimarrà quindi a nome della SOA revocata, con la stessa numerazione, data di emissione e data di scadenza.

In tale cornice, si inserisce un intervento chiarificatore dell'ANAC, che con il Comunicato alle SOA n. 79 del 27 marzo 2013 ha fornito degli utili chiarimenti in ordine all'ipotesi di richiesta di trasferimento ad altra SOA della documentazione ricevuta ai sensi dell'art. 73, comma 8, del DPR 207/2010, a seguito di una prima designazione.

In particolare, va detto che i compiti della "SOA cui trasferire la documentazione" sono quelli corrispondenti agli interessi pubblicistici scaturenti da quanto statuito dal Codice, in base al quale (attuale art. 84) "... Le SOA nell'esercizio dell'attività di attestazione per gli esecutori di lavori pubblici svolgono funzioni di natura pubblicistica ...", e consistono nel permettere alle imprese qualificate dalla SOA "cessata, fallita, ecc." di continuare ad operare nel mercato dei lavori pubblici, tenuto conto che in base all'art. 73, comma 7, "nelle ipotesi di sospensione o decadenza dell'autorizzazione, ovvero di fallimento o di cessazione dell'attività di una SOA, le attestazioni rilasciate ad imprese restano valide a tutti gli effetti". Ciò, a condizione, beninteso, che l'impresa permanga in possesso dei requisiti di qualificazione prescritti dal regolamento.

A tali interessi corrispondono due distinte attività delle SOA subentranti: quella funzionale alla variazione o al mantenimento dell'efficacia dell'attestazione già rilasciata - in quanto finalizzata al perseguimento delle esigenze dell'impresa che si concretizzano nello stipulare con la SOA "subentrante" un contratto avente ad oggetto una qualunque variazione / integrazione / revisione della attestazione già rilasciata - e quella utile all'estromissione dal mercato della medesima impresa, o al ridimensionamento dell'attestato, qualora ricorrano i presupposti previsti dal richiamato Codice.

Ciò premesso, alcune imprese, dopo avere designato una prima volta una SOA, ai sensi dell'art. 73, comma 8, del DPR 207/2010, quale destinataria della documentazione utilizzata ai fini del rilascio dell'attestazione da parte della SOA che ha cessato la propria attività, hanno comunicato di volere annullare la precedente designazione, chiedendo contestualmente alla SOA designata di volere ritrasferire la predetta documentazione ad altra SOA. Tale richiesta non è stata ritenuta meritevole di accoglimento da parte della SOA di prima designazione, in considerazione del carattere perentorio del termine di trenta giorni entro cui le imprese devono effettuare la designazione e della mancata previsione da parte del legislatore della possibilità per le imprese di revocare la scelta già effettuata, essenzialmente per ragioni di certezza connesse alla natura di atto pubblico dell'attestazione. Inoltre, sul piano civilistico, la SOA ha individuato nella designazione una proposta contrattuale (art. 1326 c.c.) che, nel caso di specie, sarebbe stata accettata.

A seguito del ricevimento di diffide da parte delle imprese coinvolte, finalizzate a richiedere un intervento diretto dell'Autorità, in qualità di garante di un pubblico interesse, al fine di imporre alla SOA il trasferimento della documentazione, l'Autorità è stata chiamata a pronunciarsi al riguardo e ha fornito delucidazioni con il Comunicato su citato del 2013, che occorre ripercorrere per gli aspetti di logica sistematica e giuridica valenti anche in vigenza dell'art. 10 del DPR n. 34/2000.

In via preliminare, occorre ricostruire la fattispecie, che si presenta di particolare complessità assommando profili pubblicistici e profili civilistici, caratterizzati, questi ultimi dall'atipicità degli strumenti negoziali utilizzati.

L'art. 76, comma 2, DPR n. 207/20120 introduce il contratto di attestazione come l'apposito contratto che l'impresa, che intende ottenere l'attestazione di qualificazione, deve stipulare con una delle SOA autorizzate. Il contratto è fonte dell'obbligo per la SOA di svolgere l'istruttoria e gli accertamenti necessari alla verifica dei requisiti di qualificazione. L'attestato, o l'eventuale diniego, deve essere rilasciato entro centottanta giorni dalla stipula (art. 76, comma 3). Secondo quanto emerge dagli schemi di contratto utilizzati dalle SOA, il saldo del compenso (in parte anticipato all'atto della stipula) viene corrisposto alla SOA al termine dell'istruttoria, prima del rilascio dell'attestazione. Dopo di che, tutte le attività incidenti sulla validità dell'attestato di qualificazione, poste in essere dalla SOA dopo il rilascio dell'attestazione, richiedono la stipula di un nuovo contratto. Così è per la verifica triennale del mantenimento dei requisiti, effettuata dalla stessa SOA che ha rilasciato l'attestazione originaria previa stipula di apposito contratto (art. 77, comma 1) e così per le variazioni delle attestazioni in corso, che richiedono la stipula di un nuovo contratto e il riconoscimento di specifico compenso (così come desumibile dagli schemi di contratto utilizzati dalle SOA).

Da quanto sopra sembra evincersi che oggetto del contratto di attestazione è l'attività istruttoria - volta alla verifica del possesso dei requisiti da parte dell'impresa - finalizzata al rilascio dell'attestazione. Esauritasi l'efficacia del contratto originario, ogni nuovo intervento sull'attestazione richiede la stipula di un nuovo contratto.

Per ciò che concerne le attività che le SOA continuano a svolgere, per espressa previsione normativa, nei confronti dell'impresa qualificata anche dopo il rilascio dell'attestazione - si fa riferimento, in particolare, alla conservazione della documentazione e al monitoraggio del permanere del possesso dei requisiti - esse trovano la propria fonte non nell'atto negoziale ma direttamente nella legge, senza che essa - né con il regolamento del 2000, né con quello attualmente vigente - ponga vincoli procedurali alla scelta. Invece, alla norma di legge - e non al piano ermeneutico né dell'*Authority* né dei giudici - interessa precisare che si tratta di attività di rilievo pubblicistico che le SOA svolgono in forza di espresse previsioni normative, nella propria qualità di soggetti che, ancorché privati, svolgono funzioni pubbliche di controllo nell'ambito del sistema di qualificazione, utilizzando anche poteri autoritativi in grado di incidere unilateralmente su situazioni giuridiche dei privati (pronuncia della decadenza dell'attestazione in caso di accertamento che la stessa è stata rilasciata in carenza dei requisiti dal DPR n. 207/2010 ovvero che sia venuto meno il possesso di detti requisiti). Dunque, attività che le SOA svolgono non in forza di un vincolo contrattuale ma nell'esercizio di una funzione pubblica riconosciuta loro direttamente dalla legge.

Accogliendo una simile ricostruzione della natura del contratto di attestazione, si dovrebbe ritenere che il trasferimento della documentazione ai sensi dell'art. 73, comma 8, che avviene dopo il rilascio dell'attestazione, si verifica in una fase in cui il contratto ha esaurito i suoi effetti e la SOA agisce in qualità di soggetto preposto allo svolgimento di funzioni pubbliche.

Nel trasferimento della documentazione non sarebbe quindi rinvenibile una successione nel vincolo contrattuale, ormai esauritosi, ma il trasferimento della funzione di controllo ad altra SOA. Ciò dovrebbe permettere il superamento dei limiti posti dall'effetto vincolante del contratto con la conseguenza di consentire all'impresa di scegliere una SOA diversa da quella designata in un primo momento.

Tuttavia, tale facoltà di individuare una SOA diversa cui trasferire la documentazione è esercitabile fino a quando l'impresa non abbia stipulato con la SOA precedentemente scelta un contratto avente ad oggetto un'attività incidente sull'attestato di qualificazione (a titolo esemplificativo, verifica triennale o variazioni minime).

A seguito della stipula di un contratto, infatti, l'impresa risulta vincolata ad un rapporto di natura negoziale da cui non può sottrarsi unilateralmente, con la conseguente impossibilità di "cambiare" SOA.

Pertanto, che nel caso in cui l'impresa, dopo avere designato una prima volta una SOA, ai sensi dell'art. 73, comma 8, del DPR 207/2010, quale destinataria della documentazione utilizzata ai fini del rilascio dell'attestazione da parte di un Organismo che ha cessato la propria attività, rappresenti la volontà di annullare la precedente designazione, chiedendo alla SOA designata di volere ritrasferire la predetta documentazione ad altro Organismo, dandone contestuale notizia al predetto Organismo e alla Autorità, la SOA precedentemente designata non può opporsi ma dovrà provvedere al trasferimento.

3) Quanto, infine, alla sorte dei contratti di attestazione in corso al momento della revoca dell'autorizzazione, l'art. 73, comma 8 del DPR 207/2010 prevede che in caso di revoca dell'autorizzazione, le documentazioni relative ai contratti per il rilascio di attestazioni non ancora conclusi sono trasferite d'ufficio ad altre SOA scelte dalle imprese contraenti, con gli stessi termini indicati per le imprese già qualificate (invece, l'abrogato art. 10 al comma 10 del DPR n. 34/2000 non stabiliva termini).

7. Attestazioni. Divieti e interdizioni in via amministrativa agli operatori economici

Come s'è detto, la disciplina peculiare in materia di qualificazione è attualmente quella contenuta nel DPR n. 207/2010 (artt. 61 e ss.), il quale all'art. 76 regola appunto il procedimento istruttorio e di emanazione del provvedimento di attestazione da parte della SOA⁽¹¹⁾.

Il DPR n. 207/2010 all'art. 8, stabilisce che nel casellario, fra i dati indicati, debbano essere inseriti in via informatica per ogni impresa qualificata:

- lett. r) provvedimenti di esclusione dalle gare, ai sensi delle vigenti disposizioni in materia, adottati dalle stazioni appaltanti;
- lett. s) falsità nelle dichiarazioni rese in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti (simmetricamente con l'art. 80 del Codice, è previsto espressamente anche in tale sede che il periodo interdittivo decorre dalla data di iscrizione nel casellario);

(11) Inoltre, l'art. 18, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241, come sostituito dall'art. 3, comma 6-*octies*, del DL 14 marzo 2005, n. 35, precisa che "...i documenti attestanti atti, fatti, qualità e stati soggettivi, necessari per l'istruttoria del procedimento sono acquisiti d'ufficio quando sono in possesso dell'amministrazione procedente, ovvero sono detenuti, istituzionalmente, da altre pubbliche amministrazioni".

➤ lett. t) le sanzioni di cui all'articolo 74 che conseguono in caso di mancata comunicazione all'Osservatorio, entro trenta giorni dal suo verificarsi, di ogni variazione relativa ai requisiti di ordine generale previsti dall'articolo 78 (ossia l'art. 80 del Codice).

In definitiva, è evidente che in caso di mancato ottenimento dell'attestazione SOA o nelle more del procedimento di attestazione, non vi sono i presupposti per partecipare alle gare, mancando materialmente (e giuridicamente) un certificato SOA valido ed efficace.

Una seconda ragione che vieta ad un'impresa di partecipare alle gare d'appalto pubblico senza una regolare attestazione rilasciata da una SOA è individuabile nella logica previsione contenuta in ogni bando di gara; le "Norme di partecipazione", infatti, indicate nei bandi chiedono ai concorrenti di allegare le attestazioni, in corso di validità, rilasciate da società organismi di attestazione (SOA), regolarmente autorizzate ai sensi di quanto previsto dal codice dei contratti e dal DPR n. 207/2010, comprovanti il requisito della qualificazione in categorie e classifiche adeguate ai lavori da assumere.

Da tutto quanto fino ad ora espresso, ne consegue logicamente che è vietata la partecipazione ad una gara da parte di un'impresa:

- a) se manca l'attestazione SOA;
- b) in caso di decadenza dell'attestazione da parte della SOA, equivalendo la decadenza (come anche l'eventuale revoca) al non possesso dell'attestazione;
- c) durante la successiva verifica ai fini del rilascio di una nuova attestazione (fino all'effettivo rilascio del documento abilitante).

L'art. 91 del regolamento disciplina gli effetti della decadenza dell'attestazione:

- 1) se ne ha traccia nel casellario informatico;
- 2) il contratto in esecuzione si risolve ai sensi dell'art. 108, comma 2, lett. a) del Codice, in cui è previsto che, qualora nei confronti dell'appaltatore sia intervenuta la decadenza dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, risultante dal casellario informatico, la stazione appaltante - se il falso è imputabile all'impresa (pur se questa precisazione non compare formalmente nella lettera della legge) - procede alla risoluzione del contratto;
- 3) se la decadenza dell'attestazione riguarda il subappaltatore, la stazione appaltante pronuncia la decadenza dell'autorizzazione (di cui all'articolo 105 del Codice), e, ovviamente, ne dà contestuale segnalazione all'Osservatorio per l'inserimento nel casellario informatico;

4) l'intervenuta decadenza, comporta la mancanza del requisito soggettivo di cui all'art. 80, comma 5, lett. g) per le future gare e per il periodo temporale massimo di due anni: lo dispone l'art. 84, comma 4-*bis* del Codice; invece, in precedenza, era prevista l'interdizione direttamente pari ad 1 anno, nei modi e nei limiti evidenziati dapprima nella Determinazione n. 3/2010 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici e dopo il Decreto sviluppo 2011 negli artt. 38 e 40 del previgente Codice del 2006. Alla luce di tutto ciò, con riguardo alla possibilità di partecipazione di un'impresa alle relative gare, è proprio il dato incontestabile espresso sia dalla legge sia dalla singola *lex specialis* che attribuisce rilievo, ai fini dell'esclusione, al mancato possesso dei requisiti a causa o della eventuale revoca o dell'eventuale istruttoria ancora non conclusa *ex art.* 76 del regolamento, o anche nelle ipotesi in cui l'attestazione è stata dichiarata decaduta per falsità dichiarate o presentate al fine dell'ottenimento dell'attestazione. Laddove tale falsità sia riscontrata (sussistenza della cosiddetta "rilevanza obiettiva del falso"), l'attestazione è dichiarata decaduta e a tale effetto consegue - se al termine del relativo procedimento l'Autorità per la vigilanza (l'ANAC) abbia accertato l'imputabilità del falso all'impresa medesima - il divieto di conseguire la nuova attestazione per il periodo di un anno; se non sussiste "l'imputabilità del falso", l'impresa può richiedere da subito il rilascio della nuova attestazione. Nelle more di tale procedimento istruttorio, però, l'impresa per le nuove gare non ha di fatto e giuridicamente alcuna attestazione di qualificazione: da ciò l'impossibilità, di partecipare, medio tempore, alle singole gare nel frattempo bandite. In tal senso e in generale per qualsiasi procedimento istruttorio *in subjecta materia*, il fatto che per un'impresa sia in corso il procedimento per l'ottenimento della nuova qualificazione, significa che per essa sia mancante di fatto e di diritto tale requisito speciale; tale mancanza non è assimilabile ad una semplice irregolarità formale e/o errore materiale nella presentazione del documento; dunque, tale situazione attualmente e fino all'emissione dell'attestato della SOA legittima sicuramente l'eventuale esclusione dalle gare, né potrebbe essere, d'altra parte, oggetto di chiarimenti e di integrazioni⁽¹²⁾, neppure ove l'attestazione sopravvenga nelle more della gara.

(12) Per completezza va detto che in applicazione al principio d'integrazione dei documenti la giurisprudenza ha da tempo affermato che con la previsione della possibilità dell'amministrazione di richiedere integrazioni della carente documentazione presentata, il legislatore non ha inteso assegnare alle stesse una mera facoltà o un potere eventuale, ma ha piuttosto inteso codificare un ordinario modo di procedere, volto a far valere, entro certi limiti e nel rispetto della *par condicio* dei concorrenti, la sostanza sulla forma, orientando l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica, coerentemente con la disposizione di carattere generale contenuta nell'art. 6 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (nuove norme) generale sul procedimento amministrativo (per tutte: Cons. Stato, sez. Quinta, n. 2725 del 4 maggio 2004, nonché, Cons. Stato, sez. Quinta, n. 1521 del 24 marzo 2006, e TAR Lazio, sez. Terza, n. 2586 del 26 marzo 2007).

Il divieto di cui qui si tratta, vige anche per l'eventuale affidamento di subappalti ad un'impresa ancora senza attestazione di qualificazione; ciò è vero in forza del seguente disposto di legge. L'art. 105, comma 4, lett. d) stabilisce, infatti, che l'affidamento in subappalto o in cottimo è sottoposto anche alla seguente condizione: che al momento del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante l'affidatario trasmetta altresì la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione prescritti dal Codice in relazione alla prestazione subappaltata e la dichiarazione del subappaltatore attestante il possesso dei requisiti generali di cui all'art. 80.

Con riguardo ancora allo specifico tema della falsità, diverso discorso sembra valere per i contratti in corso d'esecuzione: per essi, una razionale e attenta lettura del comma 2 dell'art. 108 del Codice (che *in parte qua* ricalca quanto era affermato dal comma 1-*bis* dell'art. 135 del D.Lgs. n. 163/06), non vige l'automatica risoluzione del contratto per effetto del falso meramente obiettivo: essa vale solo per il falso dichiarato imputabile dall'Autorità.

8. Verifiche triennali e quinquennali della SOA. Aspetti di diritto intertemporale

Il Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, nella sentenza 18 luglio 2012, n. 27 si è espressa in merito alla validità quinquennale dell'attestazione SOA e alla verifica triennale, *in primis*, ritenendo che se la verifica triennale non venisse richiesta l'attestazione perderebbe efficacia e, in coerenza, che la proroga a cinque anni dell'efficacia delle attestazioni SOA rilasciate prima dell'entrata in vigore della legge n. 166 del 2002 dovesse esser subordinata alla richiesta della verifica triennale ed al suo positivo esito.

Infatti, secondo l'Adunanza plenaria, depongono in tal senso le seguenti considerazioni (i riferimenti normativi sono quelli della previgente legislazione): il presupposto del sistema della qualificazione è la corrispondenza tra qualità e qualificazione, intendendosi con ciò la verificata esistenza in capo all'appaltatore di determinati requisiti atti a garantire un ragionevole affidamento sulla migliore realizzazione dell'opera; il legislatore, che dapprima aveva ritenuto che la durata per tre anni dell'efficacia dell'attestazione di qualificazione, con la sottoposizione a rinnovo alla scadenza, fosse il periodo necessario e sufficiente a garantire il permanere di quella corrispondenza, ha poi valutato, con gli articoli 7 della legge n. 166 del 2002 e 1 del DPR n. 93 del 2004, che la durata dell'efficacia dell'attestazione potesse essere maggiore, portandola a cinque anni; contestualmente ha però disposto che l'attestazione sia oggetto di "revisione" (art. 15-*bis*,

comma 1, del DPR n. 34 del 2000) attraverso la verifica triennale del mantenimento dei requisiti di ordine generale e di capacità strutturale, per prevenire, evidentemente, il rischio della diminuzione del livello qualitativo delle imprese in questo più lungo periodo, configurando la verifica triennale, con ciò, quale componente essenziale della fattispecie normativa della fissazione al quinquennio della durata dell'attestazione.

In questo quadro, perciò, non è stata ritenuta coerente con il sistema l'ipotesi che le attestazioni rilasciate prima dell'entrata in vigore della legge n. 166 del 2002 e prorogate *ex art.* 1 del DPR n. 93 del 2004 potessero avere efficacia quinquennale non sorretta dalla richiesta della verifica e, quindi, dal suo esito positivo sul mantenimento dei requisiti.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato è entrata nel merito di un altro quesito, emerso anche in giurisprudenza, e cioè se l'impresa che abbia fatto la richiesta della verifica possa o meno partecipare alle gare indette in pendenza della sua esecuzione. Al riguardo in vigore della normativa di cui al DPR n. 34 del 2000 (modificata con il DPR n. 93 del 2004) sono emerse due linee interpretative.

Secondo la prima, l'impresa può partecipare alle gare indette in pendenza della verifica soltanto se l'abbia richiesta entro il termine previsto dal comma 1 dell'art. 15-*bis* del DPR n. 34 del 2000 (almeno sessanta giorni prima della scadenza del triennio) e se la verifica è conclusa entro la scadenza del triennio di iniziale validità dell'attestazione, essendo la conclusione positiva della verifica entro il triennio la condizione della ininterrotta efficacia quinquennale dell'attestazione; la detta efficacia altrimenti decorre dal successivo rilascio del certificato, non potendosi perciò partecipare alle gare indette dopo il triennio per effetto della sola richiesta tempestiva della verifica se questa si compia successivamente (Cons. Stato, sez. Quinta: 12 luglio 2010, n. 4477; 18 aprile 2012, n. 2247).

Secondo la seconda interpretazione le imprese che abbiano richiesto la verifica entro il termine possono partecipare alle gare esibendo alla stazione appaltante anche soltanto la domanda di richiesta della verifica, e perciò in pendenza della stessa, restando in gara in caso di verifica positiva anche se compiuta dopo il triennio, "ciò è come a dire che, in tale caso, ai fini della validità della domanda di partecipazione alla gara, la scadenza del triennio o del quinquennio, si ha come non avvenuta"⁽¹³⁾.

Si è altresì ritenuto che l'impresa possa sottoporsi alla verifica anche dopo la scadenza del termine ma in tal caso, qualora la verifica sia effettuata dopo la

(13) Cons. Stato, sez. Quinta: 16 giugno 2009, n. 3878; 8 settembre 2010, n. 6506.

scadenza del triennio di validità dell'attestazione, essa non può partecipare alle gare nel periodo decorrente dalla data di scadenza del triennio alla data di effettuazione positiva della verifica⁽¹⁴⁾.

L'Adunanza Plenaria ha ritenuto corretta la seconda interpretazione, precisando, però, che la legittimazione alla partecipazione alla gara è cosa diversa dalla legittimazione all'aggiudicazione; "a quest'ultimo fine, infatti, rimane indispensabile il possesso effettivo della qualificazione, e pertanto fra i titoli da presentare, ai sensi dell'art. 11, comma 8, del D.Lgs. n. 163 del 2006, perché l'aggiudicazione sia efficace rientra anche l'attestazione dell'esito positivo della verifica.

Ciò non risulta incoerente con il principio consolidato in giurisprudenza della sussistenza dei requisiti lungo la procedura di gara e fino alla sua conclusione poiché la loro verifica positiva, in quanto richiesta entro la scadenza del triennio, decorre appunto da tale scadenza".

Quanto all'impresa che abbia chiesto la verifica fuori termine, non vi è alcuna preclusione a chiederla successivamente, non essendo previste nella normativa sanzioni né decadenze per tale comportamento. Tuttavia, come correttamente previsto nella Determinazione n. 6 del 2004 dell'allora Autorità di vigilanza nonché nella sentenza sez. Quinta, n. 6506 del 2010 cit., l'impresa non può partecipare alle gare nel periodo intercorrente tra tale scadenza e la data della verifica con esito positivo.

Queste conclusioni sono apparse ai giudici di Palazzo Spada avvalorate dalla normativa contenuta nel DPR n. 207/2012, sostanzialmente ricognitiva della evoluzione della disciplina precedente, pur con qualche modificazione espressa negli artt. 76 e 77.

Sancito l'obbligo per l'impresa di sottoporsi alla verifica triennale in data non antecedente a novanta giorni prima della scadenza del triennio stipulando apposito contratto con la SOA che deve eseguire la verifica nei quarantacinque giorni successivi (con termini perciò diversi dai precedenti previsti), è stato previsto che nel caso della richiesta tardiva, "qualora l'impresa si sottoponga a verifica dopo la scadenza del triennio di validità dell'attestazione, la stessa non può partecipare alle gare nel periodo decorrente dalla data di scadenza del triennio sino alla data di effettuazione della verifica con esito positivo" (art. 77, comma 1).

Ciò, fra l'altro, ha fatto dedurre all'Adunanza plenaria in esame che l'impresa possa partecipare alle gare nel diverso caso della richiesta in termini secondo la disciplina esposta più sopra, e, di conseguenza, che l'ulteriore previsione, quasi identica alla precedente, per cui l'efficacia della verifica positiva

(14) Sez. Quinta, n. 6056 del 2010 cit; ANAC, Determinazione n. 6 del 21 aprile 2004.

decorre dalla data di scadenza del triennio di validità dell'attestazione ma l'efficacia di quella compiuta dopo tale scadenza decorre dalla data di adozione della verifica (art. 77, comma 7, secondo periodo), sia da interpretare nel senso che tale ritardata efficacia si colleghi al presupposto della richiesta di verifica presentata fuori termine.

“In ultima analisi l'esame combinato dei commi 1 e 7 dell'art. 77, avvalorata la conclusione che distingue il regime applicabile in base alla tempestività, o meno, della richiesta di verifica triennale. Nel caso in cui la richiesta venga formulata dopo che sia spirato il termine triennale di efficacia della verifica, viene meno la possibilità di saldare, sul piano temporale e concettuale, la vigenza originaria dell'attestazione rispetto alla scansione della procedura di verifica, con la conseguenza che, ai sensi del comma 7, la verifica positiva opererà *ex nunc* mentre nelle more, in forza del comma 1, scatterà il divieto di partecipazione. A tale regime fa eccezione il caso della richiesta tempestiva che, in una logica di incentivazione di comportamenti virtuosi, consente l'ultravigenza dell'attestazione in pendenza dell'espletamento della procedura e, in caso di esito positivo, la saldatura del relativo esito con la scadenza del triennio.

Una diversa interpretazione, che impedisse l'ammissione alla procedura di gara anche in caso di presentazione di domanda tempestiva di verifica, oltre a sortire l'effetto irragionevole di sanzionare l'impresa diligente che confidi nella tempestiva evasione della procedura da parte della SOA, condurrebbe ad una *interpretatio abrogans* del comma 1 dell'art. 77, che, solo con riguardo alla richiesta tardiva, ha sancito l'effetto preclusivo di cui si è detto”.

La giurisprudenza amministrativa ha confermato recentemente che in materia di requisiti di partecipazione alle gare pubbliche, a tenore dell'art. 77, comma 1, l'onere di assoggettamento a verifica del mantenimento dei requisiti di qualificazione deve essere assolto in data non anteriore a novanta giorni prima dello spirare del termine triennale di efficacia dell'attestazione SOA⁽¹⁵⁾; correlativamente, in caso di trasferimento di ramo d'azienda, gli atti di accertamento dei requisiti adottati dalle società SOA hanno una intrinseca valenza retroattiva, perché dichiarano una realtà giuridica preesistente. Ne discende che postulare l'efficacia *ex nunc* della verifica positiva da parte dell'organismo SOA sarebbe in contrasto con la sua natura e darebbe luogo al paradosso di ritenere che l'attestazione, pur valida, non sia utile a conservare senza soluzione di continuità la qualificazione, ammettendosi dunque una sorta di effetto intermittente, del tutto anomalo⁽¹⁶⁾.

(15) TAR Campania Napoli, sez. Prima, 9 dicembre 2019, n. 5801.

(16) TAR Sardegna Cagliari, sez. Prima, 22 gennaio 2018, n. 33.

9. Analisi delle disposizioni del regolamento: attività delle SOA in relazione alle verifiche dei requisiti generali e speciali dell'operatore economico ai fini dell'ottenimento dell'attestazione

Tornando all'esame più generale della normativa relativa ai requisiti speciali per i lavori pubblici, alla luce del regolamento il sistema di qualificazione presenta le seguenti caratteristiche. Diverse novità operate dal DPR n. 207/2010, riguardano proprio il sistema di qualificazione.

La prima importante linea riformatrice presente nel DPR n. 207/2010, consiste in una maggiore incisività del sistema dei controlli: per la decadenza delle attestazioni SOA fondate su requisiti falsi, sono previste regole procedurali; correlativamente, le SOA devono possedere maggiori requisiti in funzione del più ampio spettro di responsabilità alle quali sono chiamate per la verifica delle domande di attestazione presentate dalle imprese. Sono previste, in questo contesto, sanzioni per le SOA e per l'impresa prima di un eventuale provvedimento di decadenza, e per le SOA sono previste anche ispezioni di controllo senza alcun preavviso.

Per quanto riguarda le sanzioni, una precisazione di carattere intertemporale si è imposta, e con ogni probabilità s'imporrà con lo stesso paradigma con l'emanazione del nuovo regolamento postulato dalla legge n. 55/2019: come è noto, il regolamento vigente è entrato in vigore l'8 giugno 2011, ma a tale regola fanno eccezione le prescrizioni contenute negli articoli 73 e 74, che riguardano rispettivamente, le sanzioni pecuniarie e interdittive nei confronti delle SOA (cioè la sospensione e decadenza dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività di attestazione) e la mancata risposta da parte delle imprese alle richieste dell'Autorità, ai sensi delle disposizioni del Codice, nel termine di trenta giorni, ovvero la mancata comunicazione da parte delle imprese all'Osservatorio delle variazioni nel termine previsto sempre dal Codice.

Altra novità nel regolamento del 2010 in tema di qualificazione consiste nella previsione della sanzione al già citato obbligo di informazione *ex art.* 74 delle imprese: il comma 6 stabilisce che la mancata comunicazione da parte delle imprese all'Osservatorio delle variazioni (cioè, le imprese qualificate per i lavori sono tenute a comunicare all'Osservatorio, entro trenta giorni dal suo verificarsi, ogni variazione relativa ai requisiti di ordine generale previsti dall'articolo 78), nonché delle variazioni di cui all'articolo 87, comma 6, (cioè, in ogni caso di variazione della direzione tecnica, l'impresa provvede a darne comunicazione alla SOA che l'ha qualificata e all'Osservatorio entro trenta giorni dalla data della avvenuta variazione) comporta l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie previste dal Codice.

Questa previsione (art. 74, comma 6), se presa alla lettera e se combinata con quelle contenute nell'art. 77, in cui è sancito che "i requisiti di ordine generale necessari alla verifica triennale sono quelli previsti dall'articolo 78" (comma 4) e nell'art. 76, "L'efficacia dell'attestazione è pari a cinque anni con verifica triennale del mantenimento dei requisiti di ordine generale" (comma 5), potrebbe, ogni volta che un'impresa venga esclusa da una gara per mancanza di un requisito generale *ex* art. 80 del Codice (quindi anche, ad esempio, per un DURC irregolare perché tra il versato e il dovuto lo scarto è superiore a cento euro), all'iniquo effetto di veder applicata la sanzione pecuniaria e addirittura il venir meno dell'idoneità dell'impresa stessa al mantenimento dell'attestazione.

L'art. 79 opera alcune novità in materia di requisiti speciali richiesti per l'ottenimento dell'attestazione; a quanto era già richiesto dall'art. 18 del regolamento Bargone si aggiungono le seguenti precisazioni:

1) l'adeguata attrezzatura tecnica, come era già noto, consiste nella dotazione stabile di attrezzature, mezzi d'opera ed equipaggiamento tecnico riguardante esclusivamente il complesso di beni specificamente destinati alla esecuzione di lavori, in proprietà o in locazione finanziaria o in noleggio, dei quali sono fornite le essenziali indicazioni identificative. Relativamente a tale dotazione che contribuisce al valore della cifra di affari in lavori di cui al comma 2, lettera b), dell'art. 79 effettivamente realizzata, essa va rapportata alla media annua dell'ultimo quinquennio, sotto forma di ammortamenti e canoni di locazione finanziaria o canoni di noleggio, per un valore non inferiore al due per cento, della predetta cifra di affari, costituito per almeno il quaranta per cento (e non più il cinquanta per cento) dagli ammortamenti e dai canoni di locazione finanziaria o leasing (comma 8 dell'art. 79);

2) il comma 9 dell'art. 79 precisa, inoltre, che, fra i documenti che comprovano l'ammortamento, è compreso anche il libro dei cespiti (da parte delle ditte individuali e delle società di persone, la comprova avviene con la dichiarazione dei redditi e con le relative ricevute di presentazione, nonché con il libro dei cespiti, corredate da autocertificazione circa la quota riferita alla attrezzatura tecnica; da parte dei consorzi di cooperative, dei consorzi tra imprese artigiane, dei consorzi stabili e delle società di capitale con la presentazione dei bilanci, riclassificati in conformità delle direttive europee, e con le relative note di deposito nonché con il libro dei cespiti);

3) sulla falsità dei dati e documenti, il comma 18 dell'art. 79 indica per le SOA la procedura da seguire, che è la seguente:

a) fase di richiesta di attestazione presentata dall'impresa alla SOA. Importante è notare che le SOA anche nell'ipotesi di certificati lavori ininfluenti

per la specifica categoria richiesta non rilasciano l'attestazione di qualificazione ai soggetti che, ai fini della qualificazione, hanno presentato documentazione falsa in relazione ai requisiti di ordine speciale *ex* art. 79. Dunque, non è richiesta la valutazione in capo alle società d'attestazione circa l'afferenza di quanto presentato rispetto a quanto richiesto. Immediatamente, le SOA ne danno segnalazione all'Autorità che ordina l'iscrizione nel casellario informatico di cui all'articolo 8, ai fini dell'interdizione al conseguimento dell'attestazione di qualificazione, per un periodo di un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia;

b) ipotesi in cui la falsità della documentazione sia rilevata in corso di validità dell'attestazione di qualificazione. In tal caso la falsità acclarata, anche nell'ipotesi di certificati lavori ininfluenti per la specifica categoria richiesta, comporta la pronuncia di decadenza dell'attestazione di qualificazione dell'impresa da parte della SOA che ne dà comunicazione all'Autorità, ovvero da parte dell'Autorità in caso di inerzia della SOA. Conseguentemente, l'Autorità ordina l'iscrizione nel casellario informatico di cui all'articolo 8, ai fini dell'interdizione al conseguimento di una nuova attestazione di qualificazione, per un periodo di un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia;

4) nulla cambia rispetto all'art. 26 del regolamento Bargone (ora art. 87) a proposito degli effetti sulla qualificazione da parte del Direttore tecnico, con limitazione - già esistente - agli ultimi venti anni per i lavori da lui diretti (comma 14 dell'art. 79);

5) il contenuto del comma 19 dell'art. 79 comporta un nuovo obbligo, quello di dimostrazione della presenza di operai specializzati con patentino inseriti nel libro matricola per tutti i lavori collegati a categorie; la disposizione si applica qualora i contratti collettivi nazionali di lavoro prevedano la figura dell'operaio qualificato con patentino certificato. In particolare, è previsto che: per la qualificazione nelle categorie specializzate di cui all'articolo 3, comma 1, lettera u), relativamente alla I classifica di importo di cui all'articolo 61, comma 4, l'impresa deve dimostrare, con l'estratto autentico del libro unico del lavoro, che nel proprio organico sia presente almeno un operaio qualificato, assunto con contratto di lavoro subordinato e munito di patentino certificato. Per ogni successiva classifica e fino alla V inclusa il numero degli operai è incrementato di una unità rispetto alla precedente; dalla VI classifica è incrementato di due unità rispetto alla precedente.

L'art. 80 disciplina l'incremento convenzionale premiante - ICP - che si basa sulla dell'esistenza di almeno tre dei requisiti e indici finanziari indicati nel comma 1, oltre al possesso del sistema di qualità di cui all'articolo 59.

Tale istituto presenta modificazioni, operate nel comma 3: se l'impresa, ovviamente in possesso del sistema di qualità, presenti un patrimonio netto pari o superiore al dieci per cento della cifra di affari media annuale richiesta ai fini di cui all'articolo 79, comma 2, lettera b), nonché i requisiti e gli indici economico finanziari di cui al comma 1, lettere b), c) e d), del medesimo art. 80, ottiene, anziché l'incremento figurativo di cui al comma 1, un incremento figurativo (dei valori degli importi dei cui all'articolo 79, comma 2, lettera b), e comma 5, lettere b) e c), in base alla percentuale determinata secondo quanto previsto dall'allegato D), sostituendo nelle formule C1 e C2 il valore 30 con il valore 39. Conclusione: gli importi così figurativamente rideterminati valgono per la dimostrazione dei requisiti dei suddetti commi dell'articolo 79.

I certificati lavori privati devono essere ora trasmessi all'Osservatorio, che eseguirà controlli a campione. L'art. 70, comma 4, prevede nuove tariffe sia per i consorzi stabili, sia per le imprese con classifica II: per i primi si assiste ad una riduzione della metà rispetto alla minima fissata; per le seconde, la riduzione è del venti per cento.

10. Questioni relative alle categorie SOA. Novità sul subappalto

Nuovi limiti per la classifica illimitata (oltre VIII): per la partecipazione alla gara, viene ridotta - da tre volte a 2,5 l'importo del bando - la previsione di tale requisito, che rimane unito al possesso della cifra d'affari eseguita nel quinquennio antecedente.

L'art. 61, comma 3, indica che le categorie sono quelle dell'Allegato A; le novità consistono:

a) nell'introduzione di due nuove classifiche, la III-*bis* (fino a 1,5 milioni di euro) e la IV-*bis* (fino a 3,5 milioni di euro);

b) la previsione della nuova categoria Os35 "Costruzione e manutenzione di qualsiasi opera interrata mediante l'utilizzo di tecnologie non invasive, cioè la cosiddetta "tecnologia *no-dig*";

c) la rivisitazione di alcune categorie.

Alcune vengono suddivise in due sottoinsiemi:

➤ Os2 viene divisa in Os2-A e Os2-B (i beni archivistici e librari non sono equiparabili ai restauri di superfici decorate e viceversa;

➤ Os12 divisa in Os12-A e Os12-B (barriere paramassi non assimilabili a sicurezza per il traffico);

➤ Os18 a metà fra Os18-A e Os18-B (le lavorazioni di strutture in acciaio non sono assimilabili alle facciate con telai in metallo).

Altre sono state diversamente modificate: la OG11 tratta ora il sistema di impianti fra essi coordinati e da realizzarsi in modo congiunto, non eseguibili separatamente; in particolare, l'operatore economico ha obbligo di possedere le relative Os3, Os28, Os30 nella percentuale minima indicata dal comma 16 dell'art. 79: quaranta per cento per la Os3, settanta per cento per la Os28, settanta per cento per la Os 30. Per la OG10 sono espressamente indicati gli impianti di illuminazione pubblica. La Os7 raccoglie alcune declaratorie che erano nella Os8, alla quale rimangono i lavori di impermeabilizzazione. La Os20 sottrae alla Os21 le indagini geognostiche; sicché la Os21 comprende unicamente le opere strutturali speciali.

Una norma transitoria detta disposizioni incisive e importanti per le attestazioni rilasciate: è stabilito dal comma 12 dell'art. 357 del DPR n. 207/2010 che le attestazioni rilasciate nella vigenza del decreto n. 34 del 2000 hanno validità fino alla naturale scadenza prevista per ciascuna di esse; gli importi ivi contenuti, dal 366.mo giorno dalla data di entrata in vigore del regolamento, si intendono sostituiti dai nuovi valori riportati all'art. 61, commi 4 e 5. Sono escluse le attestazioni relative alle categorie OG 11, OS 7, OS 8, OS 12, OS 18, OS 21, di cui all'allegato A del DPR n. 34/2000, e OS 2, individuata ai sensi del suddetto decreto e rilasciata ai sensi del DM 3 agosto 2000, n. 294, come modificato dal DM 24 ottobre 2001, n. 420: esse cessano di avere validità a decorrere dal 366.mo giorno dalla data di entrata in vigore del regolamento.

Il comma 17 dell'art. 357, prevede che le attestazioni di qualificazione rilasciate dalle SOA relative alle categorie OG 10, OG 11, OS 2-A, OS 2-B, OS 7, OS 8, OS 12-A, OS 12-B, OS 18-A, OS 18-B, OS 20-A, OS 20-B, OS 21 e OS 35, di cui all'allegato A del nuovo regolamento - DPR n. 207/2010, possono essere utilizzate, ai fini della partecipazione alle gare, a decorrere dal 366.mo giorno dalla data di entrata in vigore dello stesso regolamento.

Va detto che le Categorie superspecializzate, delle quali si è già detto, presentano una tipizzazione maggiore, nel senso che è l'art. 107 a stabilire quali lavorazioni rientrino in tali categorie riguardanti le opere relative a strutture, impianti speciali ad elevato contenuto tecnologico o rilevante complessità tecnica.

Ma sul punto occorre formulare ulteriori precisazioni e aggiornamenti.

L'art. 105, comma 2, D.Lgs. 50/2016, prevedeva (fino al 31 ottobre 2021) il limite del cinquanta per cento dell'importo complessivo del contratto, come soglia massima subappaltabile (dapprima, la percentuale era stata fissata al quaranta per cento dal Decreto cosiddetto "sblocca-cantieri"; nel D.Lgs. 163/2006 il trenta per cento era riferito alla sola categoria prevalente; nel D.Lgs. 50/2016, il limite di subappaltabilità (aggiornato al DL n. 77/2021) non è più riferibile alla sola categoria prevalente, bensì all'importo complessivo del contratto.

Su tale percentuale, incidono, dunque, tutti i sub-affidamenti riconducibili alle categorie scorporabili, che nel regime dettato dal D.Lgs. 163/2006 erano invece subappaltabili totalmente (salvo il regime peculiare delle cosiddette SIOS). Nel regime normativo (valido fino al 31 ottobre 2021) l'appaltatore, pertanto, poteva gestire il limite del cinquanta per cento ripartendolo secondo le proprie specifiche esigenze produttive tra le varie categorie previste nel bando di gara, con la possibilità, nel caso di raggruppamento, di stabilire come ripartire la quota massima subappaltabile tra i componenti del raggruppamento stesso.

Per quanto riguarda le categorie super-specialistiche, cosiddette SIOS va delineata una tripartizione di situazioni temporali:

a) la prima categoria era quella valida fino all'entrata in vigore del DL n. 77/2021 (cioè prima del 1° giugno 2021) di importo superiore al dieci per cento dell'appalto, nel DM n. 248/2016 è stata riproposta la disposizione secondo cui è vietato subappaltare una quota maggiore del trenta per cento le singole categorie; tale quota, è noto, si somma a quella generale, calcolata sull'importo complessivo dell'appalto generale.

La disciplina delle opere ad alto contenuto tecnologico o di complessità tale da richiedere elevati livelli di specializzazione è delineata dal DM n. 248 del 10 novembre 2016 che individua quindici categorie super-specialistiche che, laddove di valore superiore al dieci per cento dell'importo del contratto, sono soggette al divieto di avvalimento (art. 89, comma 11, D.Lgs. 50/2016).

Come accennato, il subappalto delle categorie SIOS d'importo superiore al dieci per cento dell'importo complessivo dell'appalto principale era consentito entro il limite del trenta per cento del loro valore (art. 105, comma 5, D.Lgs. 50/2016), anche se rimaneva dubbio tale limite (comunque, fino al 31 ottobre 2021, ancora espresso fino al cinquanta per cento), soprattutto a seguito della sentenza della Corte di Giustizia UE, sez. Quinta, sezione, 26 settembre 2019, Causa C-63/18. Sotto la quota del dieci per cento, la lavorazione super-specialistica può essere subappaltata per l'intero importo (nel previgente D.Lgs. 163/2006 tale percentuale era del quindici per cento). Pertanto, similmente a quanto accadeva nell'abrogato art. 37, comma 11, anche nel quadro normativo (vigente fino al 31 ottobre 2021) le imprese non specificatamente qualificate nella SIOS prevista nel bando di gara potevano: a) qualificarsi nella SIOS, "coprendo" l'eventuale quota che volesse affidare in subappalto - pari ad un massimo del cinquanta per cento, laddove la categoria fosse stata d'importo superiore al dieci per cento dei lavori - con la propria attestazione SOA nella categoria prevalente;

b) per il restante cinquanta per cento, concorrere in raggruppamento con soggetto idoneamente qualificato nella SIOS (il cosiddetto obbligo di ATI verticale).

Infine, l'articolo 89, comma 11, del codice rafforza l'obbligo di ATI verticale, laddove dispone che non è ammesso l'avvalimento nelle opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, come individuate dal predetto decreto del MIT.

Per le cosiddette "categorie a qualificazione obbligatoria", va detto che in mancanza di un'esplicita abrogazione, deve ancora applicarsi l'art. 12, comma 1 del DL n. 47/2014.

Sull'istituto del subappalto si attendeva, da qualche anno, un'attuazione che ne regolasse la disciplina in quanto, la Corte di Giustizia UE, nella Causa n. 63/2018, aveva riconosciuto come la disposizione positiva contenuta nel Codice dei contratti pubblici, art. 105, comma 2, nel prevedere il limite massimo al quaranta per cento dell'importo delle lavorazioni, non fosse in sintonia con le disposizioni contenute nella Direttiva 2014/24.

Per trovare attuazione, questo quadro normativo europeo non aveva bisogno di un intervento normativo nazionale, in quanto la Corte di Giustizia, riconoscendo questo contrasto dell'art. 105 del D.Lgs. n. 50/2016 con la Direttiva del 2014, aveva riconosciuto applicabile solo quest'ultima.

Tuttavia, data la delicatezza dell'argomento del subappalto, che riguarda da vicino anche il tema del contrasto alla criminalità organizzata, si è sentita l'esigenza di riorganizzare il tutto con un intervento normativo. Il cosiddetto Decreto "sblocca-cantieri" (DL n. 32/2019, convertito in legge n. 55/2019) ha operato una modifica pro tempore nell'art. 105 del Codice in relazione al limite di lavorazioni oggetto di subappalto: come s'è detto, l'originario trenta per cento del Codice fu trasformato nel cinquanta per cento dal DL n. 32/19 e poi dalla legge di conversione venne fissato al quaranta per cento (per effetto di proroghe rimasto così fino a giugno del 2021).

Il subappalto, finalmente, è stato oggetto delle modifiche operate del DL n. 77/2021 (convertito in legge n. 108/2021), che nell'art. 49 è intervenuto con un dualismo temporale:

- nel comma 1, lettera a), troviamo il primo vettore temporale: "fino al 31 ottobre 2021;
- nel comma 2, troviamo la seconda linea temporale: "dal 1° novembre 2021".

Analizzando il comma 1, lettera a), in relazione alla quota di subappaltabilità massima, fino al 31 ottobre 2021 si è ritornati all'estensione del DL n. 32/19 (prima della conversione): il subappalto, quindi, non avrebbe potuto superare la quota del cinquanta per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture.

Questo restava ancora in contrasto con la Direttiva europea.

Nel comma 2, invece, dal 1° novembre 2021, il DL n. 77/2021 adatta la disciplina: le stazioni appaltanti non possono più richiamare a priori alcun limite normativo relativo alla quota di subappaltabilità, ma, di converso, le amministrazioni stesse nella *lex specialis* potranno indicare, laddove ve ne sia la necessità, la quota di lavorazioni che dovrà comunque realizzare l'aggiudicatario.

In questo contesto s'inquadrano, logicamente, anche le categorie SOA per le lavorazioni. Con riferimento ad esse, prima del DL 77/21, nell'art. 105 del Codice esisteva il limite di subappalto al quaranta per cento introdotto dalla legge n. 55/2019 cosiddetta "sblocca-cantieri", tuttavia non vi era stato alcun parallelo intervento nel comma 5, in relazione alle SIOS; perciò, anche l'ANAC aveva interpretato come applicabile per esse il limite al subappalto ancora al trenta per cento (del valore delle singole categorie SIOS).

Nell'art. 1 del DM n. 248/2016 era infatti indicato che per le categorie SIOS con valore superiore al dieci per cento dell'importo a base di gara, rimaneva escluso l'avvalimento ma rimaneva valida la quota di subappaltabilità fino al trenta per cento del valore della categoria (da sommare alla parallela quota limite generale del quaranta per cento del valore del contratto).

L'art. 49 cambia lo scenario, orientato verso la previsione europea.

Infatti, al comma 1, lettera a), era sancito che fino al 31 ottobre 2021 il riferimento al limite del cinquanta per cento si estendesse anche al comma 5.

Dal 1° novembre 2021, per opera del comma 2, lettera n) dell'art. 49 DL n. 77/2021, è abrogato il comma 5 dell'art. 105 del Codice e non vi è quindi più alcun limite al subappalto, nemmeno per le SIOS.



Gli appalti pubblici per l'innovazione quale opportunità per la modernizzazione istituzionale

Quadro normativo, strumenti operativi e spunti per l'adozione di un Piano strategico per il procurement innovativo nell'Arma dei Carabinieri^()*

(Alfonso Montagnese)

Gli appalti pubblici per l'innovazione sono particolari procedure negoziali disegnate per stimolare il rinnovamento e per rispondere a esigenze pubbliche non soddisfatte o a nuove aspettative per cui le soluzioni esistenti sul mercato non risultano adeguate. Tali procedure conferiscono alla pubblica amministrazione un maggiore grado di flessibilità e autonomia e possono costituire una leva strategica per conseguire gli obiettivi di modernizzazione dei servizi e delle infrastrutture del settore pubblico. Gli appalti innovativi possono inoltre fungere da volano per gli investimenti pubblici nel settore della ricerca e dello sviluppo, rafforzando la capacità competitiva delle imprese italiane ed europee sul mercato internazionale, contribuendo al sostegno di un'industria nazionale all'avanguardia e creando occupazione qualificata nel Paese. Il presente articolo si prefigge di offrire una panoramica generale sul quadro normativo di settore, individuare i potenziali effetti degli appalti pubblici per l'innovazione e valutare i benefici derivanti dall'eventuale adozione di un Piano strategico per il *procurement* innovativo nell'Arma dei Carabinieri.

Public procurement for innovation consists of special procurement procedures designed to stimulate innovation and respond to unmet public needs or new expectations for which existing solutions on the market are not adequate. These procedures give the public administration a greater degree of flexibility and autonomy and can be a strategic lever for achieving the objectives of modernizing public sector services and infrastructures. Innovative procurement can also act as a driving force for public investment in the research and development sector, strengthening the competitive capacity of Italian and European companies on the international market, supporting the cutting-edge national industry and creating a highly skilled workforce in the country. This article aims to offer a general overview of the regulatory framework for the public procurement for innovation sector, identifying the potential effects and evaluating the benefits deriving from the possible adoption of a strategic plan for innovative procurement within the Carabinieri Corps.

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. La cornice normativa comunitaria. - 3. Il quadro normativo nazionale. - 4. Il piano nazionale innovazione 2025 del ministro per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione. - 5. I documenti programmatici e le competenze dell'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID). - 6. La procedura competitiva con negoziazione. - 7. Il dialogo competitivo. - 8. Il partenariato per l'innovazione. - 9. Il concorso di progettazione. - 10. L'appalto di ricerca e sviluppo.

(*) Articolo sottoposto a referaggio anonimo.

- 11. L'appalto pre-commerciale. - 12. Orientamenti giurisprudenziali. - 13. La programmazione pluriennale nel settore degli appalti pubblici. - 14. La programmazione integrata nell'Arma dei Carabinieri. - 15. Il processo decisionale nel settore del *procurement* nell'Arma dei Carabinieri. - 16. Il fabbisogno di innovazione.
- 17. *Horizon Scanning*. - 18. Ipotesi di adozione di un piano strategico per il *procurement* innovativo nell'Arma dei Carabinieri. - 19. Conclusioni.

1. Introduzione

Nell'ambito del dibattito in corso sul percorso di modernizzazione della pubblica amministrazione, sta emergendo con forza l'orientamento a ottimizzare il settore del *procurement* di beni, servizi e lavori. Una domanda pubblica qualificata può infatti rispondere positivamente alla sfida di spendere meno e, soprattutto, di spendere meglio.

Per spendere meno e meglio le risorse pubbliche è necessario saper governare il mercato dell'offerta. In altre parole, bisogna acquisire la capacità di elaborare e attuare le migliori strategie, non solo nella ricerca e individuazione delle fonti di acquisto di beni, servizi e lavori, ma anche nel saper scegliere, volta per volta, la modalità e la procedura di acquisto più adeguate, per ridurre il prezzo e i costi indiretti e, al contempo, per migliorare il livello qualitativo dei prodotti acquisiti. In sintesi è necessario innalzare la misura di soddisfacimento delle esigenze. Per tali ragioni, è fondamentale dotare il comparto pubblico di una visione strategica nel campo degli approvvigionamenti e di una conoscenza approfondita di tutti gli strumenti a disposizione per individuare i fabbisogni, programmare la spesa, conoscere e capire il mercato dell'offerta e attuare i processi acquisitivi necessari a rendere la pubblica amministrazione più efficiente e moderna.

Gli appalti pubblici per l'innovazione rientrano tra questi strumenti e possono costituire una leva strategica per conseguire gli obiettivi di modernizzazione dei servizi e delle infrastrutture delle amministrazioni pubbliche, ribaltando i tradizionali paradigmi del *procurement* pubblico.

Con gli appalti innovativi, infatti, la pubblica amministrazione non affida lavori o approvvigiona beni e servizi *standard* già presenti sul libero mercato, ma chiede agli operatori economici e al settore dell'accademia e della ricerca di individuare e proporre nuove soluzioni in grado di far fronte alle sfide emergenti e soddisfare le esigenze sempre più complesse, soprattutto in campo ambientale, energetico, logistico, tecnologico, della sicurezza, ecc.

Tali procedure negoziali possono inoltre fungere da volano per gli investimenti pubblici nel settore della ricerca e dello sviluppo, rafforzando la capacità

competitiva delle imprese italiane ed europee sul mercato internazionale, contribuendo al sostegno di un'industria nazionale all'avanguardia e creando occupazione qualificata nel Paese.

Le esigenze del settore pubblico hanno tradizionalmente costituito un importante motore di innovazione in molti settori (*in primis*, ad esempio, quello della sicurezza e difesa, delle telecomunicazioni, dell'energia ecc.) che poi hanno generato, a cascata, diffusione di innovazione in altri settori (basti pensare a Internet e al GPS, entrambi sviluppati inizialmente per scopi militari e oggi strumenti diffusi globalmente con molteplici applicazioni).

Generare innovazione non significa solo produrre sviluppo tecnologico e nuovi beni, ma apportare cambiamenti migliorativi in senso più ampio. L'innovazione può infatti esprimersi in varie forme: innovazione di prodotto, di processo, di organizzazione e di commercializzazione. Gli appalti per l'innovazione rappresentano una risposta necessaria alle esigenze insoddisfatte o alle nuove aspettative per le quali le soluzioni esistenti sul mercato non risultano adeguate.

Il ricorso agli appalti pubblici per l'innovazione non è obbligatoria e si basa unicamente sulla libera ed autonoma scelta delle pubbliche amministrazioni. Nonostante tale mancanza di obbligatorietà, è possibile registrare una crescente tendenza, sia in ambito nazionale sia comunitario, verso un maggiore utilizzo di tali procedure. Ad oggi, gli appalti innovativi sono già stati sperimentati positivamente, soprattutto grazie alla forte spinta impressa dalla Commissione europea, da numerose istituzioni in ambito europeo, pubbliche amministrazioni statali nonché enti appartenenti ai vari gradi di governo territoriale.

L'analisi di alcune di queste esperienze può utilmente evidenziare le migliori buone pratiche e i benefici, diretti e indiretti, concretamente conseguibili. È quindi utile interrogarsi su quale possa essere il reale impatto dell'adozione di tali strumenti su un'entità pubblica di grandi dimensioni come l'Arma dei Carabinieri, che presenta una notevole complessità organizzativa, una profonda ramificazione territoriale, fabbisogni variegati e spesso non standardizzati, risorse finanziarie importanti ma tendenzialmente decrescenti. Tale articolo può costituire un valido caso per una valutazione sui vantaggi potenzialmente derivanti dal *procurement* innovativo.

Il presente articolo si prefigge, quindi, di offrire una panoramica generale sul quadro normativo di settore, mappando tutte le procedure disponibili, ma anche di individuare i potenziali effetti degli appalti pubblici per l'innovazione e valutare i benefici derivanti dall'eventuale adozione di un Piano strategico per il *procurement* innovativo nell'Arma dei Carabinieri.

2. La cornice normativa comunitaria

Il *framework* normativo comunitario nel settore del *procurement* pubblico è fondato su due pilastri fondamentali:

> alcuni principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), con le modifiche apportate dal Trattato di Lisbona nel 2007, quali la trasparenza, il reciproco riconoscimento, la proporzionalità, il divieto di discriminazione e l'equo trattamento;

> le tre direttive della Commissione Europea relative al *procurement* pubblico: 2104/23/EU, 2104/24/EU e 2104/25/EU, tutte del 26 febbraio 2014.

Le direttive comunitarie, nel confermare il ruolo strategico del *public procurement*, hanno introdotto alcune importanti novità, tra le quali il principio di efficienza della spesa pubblica (*best value for money*) e della promozione dell'innovazione mediante gli appalti pubblici. A tale proposito, la Commissione europea raccomanda alle pubbliche amministrazioni *to make the best strategic use of public procurement to spur innovation. Buying innovative products, works and services plays a key role in improving the efficiency and quality of public services while addressing major societal challenges*⁽¹⁾.

Altri rilevanti cambiamenti apportati dalle tre direttive del 2014 sono:

> l'esplicito riferimento al *procurement* pre-commerciale (che in passato era rimasto al di fuori del sistema normativo europeo);

> l'introduzione del partenariato per l'innovazione, che riunisce in un'unica procedura l'acquisto di servizi di ricerca e sviluppo e quello di sviluppo di soluzioni innovative;

> l'incoraggiamento a ricorrere in misura maggiore alle consultazioni preliminari di mercato, al fine di preparare in modo più accurato le procedure di gara e, al contempo, di informare gli operatori economici dell'intendimento di acquisire beni, servizi e lavori con determinate specifiche tecniche. Il confronto e il dialogo continuo con il mercato, prima dell'avvio di una procedura di appalto, consente altresì di identificare eventuali soluzioni innovative, capaci di rispondere al meglio alle esigenze della stazione appaltante.

Secondo uno studio della Banca d'Italia "le direttive del 2014 introducono numerosi elementi innovativi, optando per procedure marcatamente flessibili, capaci di adattarsi alle esigenze che le amministrazioni intendono perseguire, nell'alveo della propria discrezionalità"⁽²⁾.

(1) Commissione europea, *Public Procurement Guidance for Practitioners*, febbraio 2018.

(2) Banca d'Italia, Quaderni di Ricerca Giuridica, n. 89, *Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione e normativa anticorruzione. Alla ricerca di un equilibrio tra legalità ed efficienza*, giugno 2020.

Anche se non annoverabile tra le fonti normative in senso stretto, è utile citare la *Public Procurement Guidance for practitioners*⁽³⁾, che è un manuale operativo pubblicato dalla Commissione europea nel 2018 con l'intento di fornire agli addetti ai lavori nel campo del *procurement* pubblico una panoramica degli strumenti disponibili e delle migliori buone pratiche maturate in campo comunitario. Il documento è nato principalmente con lo scopo di fornire indicazioni e suggerimenti per evitare gli errori frequentemente compiuti dalle amministrazioni pubbliche impegnate nelle procedure di appalto, con particolare riferimento a quelle co-finanziate da Fondo di coesione, dal Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR) e dal Fondo sociale europeo (FSE).

3. Il quadro normativo nazionale

Con il D.Lgs. n. 50/2016 (Codice dei Contratti pubblici) l'Italia ha recepito le tre direttive della Commissione europea relative al *procurement* pubblico: la n. 2104/23/EU, n. 2104/24/EU e n. 2104/25/EU. Il Codice è stato modificato con il D.Lgs. n. 56/2017 ed è stato ulteriormente aggiornato con la Legge n. 55/2019 (cosiddetta "Sblocca cantieri") e con la legge n. 120/2020 (cosiddetta "Decreto semplificazioni"). Il Codice costituisce un testo unico teso a disciplinare in ambito nazionale la materia e gli adempimenti richiesti in tema di appalti pubblici per lavori, forniture e servizi. Con particolare riferimento alla materia del *procurement* innovativo, il Codice prevede alcune procedure di appalto progettate specificatamente per agevolare l'innovazione, alcune delle quali derivate da procedure già sperimentate nell'ambito della propria normativa nazionale da alcuni Stati membri della UE (ad esempio la Gran Bretagna). Si tratta di quattro diverse procedure, che come meglio evidenziato successivamente, hanno tra loro alcuni elementi in comune e altri di differenziazione:

- > la procedura competitiva con negoziazione (art. 62 del Codice);
- > il dialogo competitivo (art. 64 del Codice);
- > il partenariato per l'innovazione (art. 65 del Codice);
- > il concorso di progettazione (art. 152 del Codice).

L'accordo pre-commerciale, sebbene possa utilmente essere impiegato per stimolare l'innovazione, non è contemplato espressamente dal Codice.

Infine, l'appalto di ricerca e sviluppo, che pur rientrando nel ventaglio di strumenti per conseguire soluzioni innovative, non è classificabile come una procedura con peculiarità proprie, ma può essere affidato mediante qualsiasi procedura di appalto pubblico disciplinata dal Codice.

(3) Commissione europea, *Public...*, cit.

4. Il piano nazionale innovazione 2025 del Ministro per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione

Il Ministro per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione ha recentemente adottato il Piano nazionale per l'innovazione 2025⁽⁴⁾, un documento strategico focalizzato su tre fondamentali macro obiettivi (definiti 'sfide' nel documento): la digitalizzazione della società, l'innovazione del Paese e lo sviluppo sostenibile e etico della società nel suo complesso. Per il raggiungimento dei tre obiettivi, il Piano individua ventuno azioni da realizzare con la collaborazione di tutti i soggetti che compongono il complesso e variegato ecosistema della pubblica amministrazione italiana, nonché i soggetti privati. Tra queste azioni, spicca la n. 7, denominata 'Procurement semplificato per l'innovazione', nell'ambito della quale vengono definiti il 'cosa' e il 'come' realizzare. Nello specifico, quest'azione del Piano è rivolta a "ripensare il processo di *procurement* per le pubbliche amministrazioni centrali e locali", semplificando l'utilizzo degli appalti innovativi, digitalizzando i processi di *procurement* e intervenendo sui processi di gara di acquisto di tecnologia.

5. I documenti programmatici e le competenze dell'Agencia per l'Italia digitale (AGID)

In ambito comunitario, alcuni Stati membri, già a partire dalla seconda metà del 2000, hanno avviato specifiche azioni politiche focalizzate all'innovazione, spesso sviluppate tramite apposite agenzie per l'innovazione nazionali e in alcuni casi regionali (Regno Unito, Paesi Bassi, Svezia, Spagna, Austria, Germania, Francia, Polonia). Anche l'Italia ha costituito nel 2012⁽⁵⁾, nell'ambito della Presidenza del Consiglio dei Ministri, una propria struttura dedicata all'innovazione: l'Agencia per l'Italia Digitale (AgID), che è preposta alla realizzazione degli obiettivi dell'Agenda Digitale Italiana⁽⁶⁾, in coerenza con gli indirizzi dettati dal Presidente del Consiglio dei ministri (o dal Ministro delegato), e con l'Agenda digitale europea. L'Agenda Digitale Italiana prevede l'utilizzo degli appalti innovativi (inclusi gli appalti pre-commerciali) al fine di stimolare la domanda di beni, servizi e lavori innovativi.

(4) <https://docs.italia.it/media/pdf/piano-nazionale-innovazione-2025-docs/stabile/piano-nazionale-innovazione-2025-docs.pdf>.

(5) DL n. 83\2012, convertito in legge n. 134\2012.

(6) L'Agenda Digitale Italiana, collegata all'Agenda Digitale Europea, l'Italia ha sviluppato l'Agenda Digitale Italiana, inteso quale documento strategico-programmatico nazionale sul tema della digitalizzazione, che individua priorità e modalità di intervento, nonché le azioni da eseguire e da misurare sulla base di specifici indicatori.

All'AgID sono affidati, tra gli altri, i compiti di promozione dell'innovazione digitale nel Paese ed attuazione degli appalti di innovazione. Nel corso della sua recente attività l'AgID ha adottato dei documenti che, sebbene non abbiano carattere normativo e in alcuni casi non vincolante, tracciano le direttrici lungo le quali l'Italia potrà migliorare l'efficienza della propria pubblica amministrazione, la competitività delle proprie aziende e lo sviluppo economico e tecnologico della società civile. Tra questi documenti vale la pena citare:

➤ la Strategia per la crescita digitale italiana 2014-2020, adottata nel marzo 2015, che prevede tra i propri obiettivi quello di “rendere più efficiente il sistema Paese, coordinando in materia unitaria la programmazione e gli investimenti pubblici in innovazione digitale e ICT, [...] accelerare il processo di trasformazione della pubblica amministrazione”⁽⁷⁾;

➤ il Piano triennale per l'informatica della pubblica amministrazione 2019-2021.

La promozione dell'utilizzo degli appalti innovativi è tra gli obiettivi prioritari sia della Strategia 2014-2020 sia del Piano triennale 2019-2021. L'AgID gioca un ruolo strategico nella promozione e nello sviluppo del *procurement* innovativo, definendo gli appalti innovativi quali procedure che rivoluzionano le modalità e l'oggetto degli acquisti della pubblica amministrazione. In tale ottica, nei primi mesi del 2019, ha lanciato la piattaforma www.appaltinnovativi.gov e previsto lo stanziamento di fondi *ad hoc* per valorizzare gli appalti dell'innovazione. Con il lancio della citata piattaforma, l'AgID si pone l'obiettivo di “far conoscere un'amministrazione diversa, che sperimenta e sfida il meglio del mercato, della conoscenza e della capacità industriale, favorendo l'incontro tra domanda e offerta di servizi innovativi tra amministrazioni, operatori di mercato e centri di ricerca”⁽⁸⁾.

L'AgID si occupa inoltre di gestire il Centro di competenza territoriale sugli appalti di innovazione, che è una struttura creata anche per supportare le Amministrazioni pubbliche nell'attività di programmazione degli appalti innovativi ed erogare servizi di formazione sul tema del *procurement* innovativo.

6. La procedura competitiva con negoziazione

La procedura competitiva con negoziazione (art. 62 del Codice), analogamente al dialogo competitivo (trattato nel paragrafo successivo), può essere utilizzata solo in circostanze straordinarie.

(7) Presidenza del Consiglio Dei Ministri - AGID, *Strategia per la crescita digitale italiana* 2014-2020, marzo 2015.

(8) Banca d'Italia, Quaderni di Ricerca Giuridica, n. 89, *Gli appalti...*, cit.

La stazione appaltante deve adeguatamente giustificare il ricorso a tale procedura, che è consentita solo in cinque ipotesi:

- qualora in esito ad una procedura aperta (art. 60 del Codice) o ristretta (art. 61 del Codice) siano pervenute solo offerte irregolari e/o inaccettabili;
- quando l'esigenza della pubblica amministrazione non possa essere soddisfatta ricorrendo a prodotti *standard* già presenti sul mercato, ma unicamente adattando le soluzioni disponibili;
- nell'ipotesi in cui il contratto debba includere la progettazione di soluzioni innovative;
- nel caso in cui le specifiche tecniche non possono essere definite con il giusto grado di precisione e accuratezza e non ci siano *standard* di riferimento;
- qualora l'appalto richieda, prima dell'aggiudicazione, una preliminare fase di negoziazione a causa di specifici fattori di rischio o altre ragioni (ad esempio complessità dell'esigenza, aspetti giuridico-legali, questioni economico-finanziarie, ecc.).

La procedura competitiva con negoziazione prevede la creazione di una shortlist costituita da almeno tre operatori economici da invitare a presentare un'offerta preliminare, da affinare nella successiva fase di negoziazione.

In sintesi la procedura prevede tre fasi:

- *la prequalificazione*, che consiste nella pubblicazione di un avviso di indizione di gara o un bando di gara a cui possono dare risposta tutti gli operatori economici interessati a partecipare, a condizione che dimostrino di avere i requisiti necessari per eseguire il contratto. Il Codice raccomanda che le informazioni fornite dall'ente appaltante siano sufficientemente precise per permettere agli operatori economici di individuare la natura dell'appalto e decidere se partecipare o meno alla gara;
- *la negoziazione*, la stazione appaltante, dopo aver scelto almeno tre candidati, li invita a presentare un'offerta preliminare, che costituirà la base per la negoziazione. Nel corso delle negoziazioni la pubblica amministrazione deve assicurare la parità di trattamento fra tutti i candidati: per tale ragione non possono essere fornite informazioni che possano avvantaggiare determinati partecipanti rispetto ad altri. Al contempo, l'amministrazione aggiudicatrice non può rivelare le eventuali informazioni riservate comunicate in sede di negoziazione da parte di uno dei partecipanti;
- *l'aggiudicazione*, che prenderà in considerazione unicamente le versioni finali delle offerte, utilizzando il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Si osserva un significativo mutamento d'impostazione rispetto al passato, perché ricorrendo alla procedura competitiva con negoziazione (e alla flessibilità e discrezionalità ad essa connesse), si presume che le amministrazioni conoscano approfonditamente il mercato e possano conseguentemente negoziare con gli operatori di mercato.

L'amministrazione deve essere in grado di definire precisamente l'oggetto dell'appalto e le specifiche caratteristiche dei lavori, dei servizi, dei beni da approvvigionare. Tutto il resto è affidato al tavolo della negoziazione (e alla concreta capacità di negoziazione della stazione appaltante)⁽⁹⁾.

Esempio pratico di procedura competitiva con negoziazione

Una stazione appaltante del settore sanitario avvia una procedura ristretta per acquisire nuove apparecchiature diagnostiche. Alla gara partecipano cinque operatori economici, presentando le rispettive offerte. Nessuna delle offerte viene ammessa a causa della mancata rispondenza al capitolato tecnico. Alla luce dell'esito infruttuoso della prima gara, la stazione appaltante avvia una procedura competitiva con negoziazione, usando come base di partenza le cinque offerte iniziali presentate per la procedura ristretta. La fase di negoziazione si focalizza sul riadattamento delle offerte alle specifiche tecniche inizialmente previste nel capitolato tecnico.

7. Il dialogo competitivo

Il dialogo competitivo (art. 64 del Codice), come anticipato nel paragrafo precedente, può essere utilizzato solo in circostanze straordinarie, opportunamente giustificate dalla stazione appaltante.

Le pubbliche amministrazioni portatrici di esigenze nuove e complesse, potrebbero avere difficoltà nel definirne in modo completo le specifiche tecniche o nel sondare il mercato al fine di individuare la soluzione più adeguata sotto il profilo giuridico-legale, tecnico o economico-finanziario. Questa situazione può verificarsi, ad esempio, nel caso di grandi progetti di trasporto integrato o di partenariato pubblico-privato, che richiedono un certo grado di flessibilità nella procedura di scelta del contraente e degli scemi contrattuali.

Il dialogo competitivo consente appunto di avere una certa misura di flessibilità per affrontare le procedure acquisitive più complesse. Al pari della procedura competitiva con negoziazione, si può ricorrere al dialogo competitivo solo in cinque casi:

➤ nell'ipotesi in cui una procedura aperta (art. 60 del Codice) o ristretta (art. 61 del Codice) abbiano dato esito infruttuoso (a causa di offerte irregolari e/o inaccettabili);

(9) Banca d'Italia, Quaderni di Ricerca Giuridica, n. 83, *Qualità ed efficienza nel nuovo codice dei contratti pubblici. Prospettive e questioni aperte*, aprile 2018.

> qualora l'esigenza dell'organizzazione pubblica non possa trovare soddisfacimento avvalendosi dei beni, servizi e lavori *standard* già disponibili sul mercato;

> nel caso in cui la prestazione contrattuale sia comprensiva anche della progettazione di soluzioni innovative;

> quando la stazione appaltante, pur conoscendo il proprio fabbisogno, non è in grado di descriverne compiutamente le specifiche tecniche;

> nel caso in cui, prima dell'affidamento dell'appalto, si ritiene necessario avviare una preliminare fase di dialogo e confronto con gli operatori economici.

La differenza sostanziale tra la procedura competitiva con negoziazione e il dialogo competitivo consiste nel livello di consapevolezza che la pubblica amministrazione ha riguardo al progetto da affidare. Nel primo caso, l'acquirente pubblico ha un'idea più precisa e dettagliata della natura e dell'oggetto del contratto di appalto, mentre nel secondo caso, essendoci un grado di consapevolezza minore e, conseguentemente, un livello di indefinitezza maggiore, occorre compiere ulteriori scelte, insieme agli operatori economici, per individuare la soluzione più adatta all'esigenza.

Per comprendere meglio la differenza tra i due strumenti, può essere utile ricorrere ad un esempio: un'amministrazione comunale ha l'esigenza di collegare due aree appartenenti al suo territorio e divise da un fiume.

Il comune, trattandosi di un progetto complesso, può valutare di far ricorso alla procedura competitiva con negoziazione (se ha già deciso, grazie al proprio livello di consapevolezza, che l'esigenza può trovare soluzione costruendo un tunnel sotto il letto del fiume, affidandone i lavori mediante una procedura competitiva con negoziazione).

In tale ipotesi la negoziazione ha come *focus* gli aspetti tecnico-economici di realizzazione dell'opera). Oppure adottare il dialogo competitivo: in tal caso, durante la fase della negoziazione, potrebbe valutare soluzioni alternative proposte dai partecipanti al dialogo e, quindi, valutare se costruire un ponte o un tunnel, nonché valutare se finanziare l'opera mediante le proprie risorse di bilancio o utilizzando canali di finanziamento esterni. In altre parole, la pubblica amministrazione dovrebbe optare per il dialogo competitivo quando necessita di acquistare conoscenza di mercato e dal mercato, al fine di acquisire gli elementi necessari per definire il perimetro delle proprie esigenze e i relativi requisiti⁽¹⁰⁾.

Il dialogo competitivo si articola in quattro fasi:

(10) A. ANCARANI, materiale didattico correlato alle lezioni tenute ai frequentatori del *Master in Procurement Management*, presso l'Università "Tor Vergata", dicembre 2019, Roma.

> *la prequalificazione*, che consiste nella pubblicazione di un avviso di indizione di gara o di un bando di gara, a cui possono dare risposta tutti gli operatori economici interessati a partecipare, a condizione che dimostrino di avere i requisiti necessari per eseguire il contratto. La stazione appaltante predispone una shortlist costituita da almeno tre operatori economici ritenuti in grado di fornire soluzioni adeguate alle esigenze;

> *il dialogo*, la pubblica amministrazione avvia un'interlocuzione con i soggetti prescelti. Durante questa fase tutti gli aspetti potenzialmente correlati all'appalto possono essere oggetto di dialogo e discussione, in una cornice di massima trasparenza. Durante la fase di dialogo l'amministrazione deve assicurare parità di trattamento agli operatori e, al tempo stesso, la massima discrezione con riferimento alle eventuali informazioni riservate fornite dai candidati (le negoziazioni hanno luogo individualmente con ciascun candidato). La stazione appaltante prosegue il dialogo finché non è in grado di individuare la soluzione (o le soluzioni) che possano adeguatamente soddisfare le sue esigenze;

> *la selezione*, la stazione appaltante, quando il dialogo competitivo è arrivato ad una fase matura e ha consentito il necessario scambio di informazioni, seleziona gli operatori economici che ritiene possano effettivamente presentare un'offerta collimante con le proprie esigenze, invitandoli a sottoporre le loro soluzioni tecnico-economiche (offerte finali);

> *l'aggiudicazione*, utilizzando il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Rispetto alla procedura competitiva con negoziazione, il dialogo competitivo richiede un impegno maggiore da parte della stazione appaltante, in termini di tempo e risorse da dedicare alla procedura, e soprattutto un più elevato livello di *expertise* tra le fila del proprio organico⁽¹¹⁾.

Esempio pratico di dialogo competitivo

Un'amministrazione comunale intende potenziare il proprio sistema di trasporti, ampliando le linee di metropolitana e rendendole maggiormente integrate con i mezzi di superficie. È altamente probabile che durante la fase di esecuzione contrattuale, in particolare durante gli scavi, possano venire alla luce dei resti archeologici che devono essere preservati. L'ente locale non è in grado di stimare quanto rischio gli operatori di mercato siano disposti a correre, tenuto conto dell'incognita dell'entità degli eventuali resti archeologici e dei costi derivanti dalle misure di protezione, e dell'impatto di tale incognita sui costi complessivi dell'opera e i tempi di completamento della stessa. I fattori di complessità e di incertezza inducono la stazione appaltante a ricorrere al dialogo competitivo, al fine di discutere con gli operatori di mercato interessati tutti gli aspetti economici, finanziari, tecnici, giuridici e di orientare le offerte verso ipotesi di soluzione soddisfacenti e congrue.

(11) Commissione europea, *Public...*, cit.

8. Il partenariato per l'innovazione

Le pubbliche amministrazioni possono ricorrere al partenariato per l'innovazione quando l'esigenza di sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi e di acquistare i prodotti che ne risultano non può trovare soddisfazione mediante ciò che il libero mercato offre. L'elemento principale che contraddistingue il partenariato rispetto alle altre procedure di appalto innovativo concerne il fatto che il nuovo processo si verifica durante l'esecuzione del contratto stesso⁽¹²⁾.

Nell'ambito della maggior parte delle altre procedure. Il partenariato per l'innovazione (art. 65 del Codice), si struttura lungo un processo articolato in quattro fasi:

> *la prequalificazione*, come per la procedura competitiva con negoziazione e il dialogo competitivo, la stazione appaltante pubblica un bando di gara, a cui possono partecipare tutti i soggetti operanti sul mercato e interessati all'appalto. La pubblica amministrazione seleziona almeno tre soggetti, individuando quelli con le migliori capacità nel campo dell'innovazione e con adeguata e comprovata esperienza nel settore della ricerca e sviluppo. I candidati selezionati sono inviati a presentare un preliminare progetto di ricerca e innovazione, rispondente ai requisiti minimi e attinente all'oggetto dell'appalto (intesa come esigenza prospettata);

> *la negoziazione*, la stazione appaltante inizia a negoziare con i partecipanti, discutendo i progetti preliminari e le eventuali successive varianti proposte. Tutti gli aspetti possono essere oggetto di negoziazione, ad eccezione dei requisiti minimi individuati dalla pubblica amministrazione per soddisfare i propri bisogni. Nel corso di questa fase la stazione appaltante può escludere progressivamente quei candidati che a seguito degli ulteriori approfondimenti intervenuti non hanno dimostrato di avere tutte le caratteristiche necessarie per ottenere l'affidamento dell'appalto. Al termine della negoziazione l'ente pubblico individua l'operatore a cui affidare il contratto di partenariato, stipulando il relativo atto negoziale (che includerà non solo i tradizionali servizi di ricerca e sviluppo, ma anche le conseguenti prestazioni di produzione e consegna);

> *l'esecuzione contrattuale*, l'impresa aggiudicataria esegue le prestazioni contrattuali e può richiedere il pagamento *step-by-step*, man mano che si concludono le singole fasi del contratto;

> *la consegna della soluzione innovativa*, che può consistere non necessariamente in un bene tangibile ma anche in un servizio o un'opera. La stazione appaltante può interrompere il contratto anticipatamente, anche prima della consegna della soluzione innovativa oggetto del contratto, solo nell'ipotesi in cui durante la fase di ricerca e sviluppo non dovessero essere conseguiti gli obiettivi di realizzazione fissati nel contratto e non dovessero emergere gli adeguati requisiti minimi di innovazione richiesti.

(12) Commissione europea, *Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione*, maggio 2018.

Il partenariato per l'innovazione “costituisce una procedura complessa idonea a consentire, attraverso l'apporto cognitivo della controparte privata in fase di gara, lo sviluppo di beni, servizi e lavori non immediatamente disponibili sul mercato. In altri termini, attraverso questa procedura, il legislatore europeo introduce un mezzo di promozione dell'innovazione e della ricerca al fine di intercettare le mutevoli e complesse esigenze cui le amministrazioni, nell'esercizio delle proprie funzioni, sono chiamate a far fronte”⁽¹³⁾.

Il ricorso a tale procedura è da privilegiare per acquistare prodotti, processi o servizi nuovi o sensibilmente migliorativi rispetto a quelli già presenti sul mercato. In questo caso l'amministrazione cerca qualcosa che sul mercato non è disponibile, immaginando un prodotto, un servizio o un processo, che sul mercato ancora non esistono ma che le sarebbe utile per il conseguimento degli obiettivi e la tutela degli interessi che le sono affidati⁽¹⁴⁾.

9. Il concorso di progettazione

Il concorso di progettazione (art. 152 del Codice), è una forma particolare di procedura competitiva con negoziazione (trattata nel paragrafo 3), che consente alla pubblica amministrazione di acquistare un progetto in campo di pianificazione territoriale e urbanistica, ingegneria civile, architettura, elaborazione dati. Il progetto richiede un livello di approfondimento pari a un progetto di fattibilità tecnico-economico e prevede sempre la realizzazione di un'opera. La procedura può essere adottata anche per altri tipi di progetti, come, ad esempio, quelli nell'ambito dell'ingegneria finanziaria⁽¹⁵⁾.

I progetti presentati sono valutati da una commissione che seleziona quello reputato maggiormente aderente alle esigenze della stazione appaltante. La commissione valuta autonomamente i progetti presentati misurandone la facilità di impiego e di implementazione, l'idoneità, l'ergonomia, il valore artistico, ecc.

Tali aspetti sono spesso più difficili da misurare, confrontare e valutare nell'ambito di altri tipi di procedure d'appalto, poiché la definizione e la classifica di indicatori oggettivi e misurabili può risultare complicata. Tramite tali concorsi, la stazione appaltante concede ai soggetti partecipanti un ampio margine di autonomia nel proporre la soluzione migliore per il soddisfacimento delle esigenze indicate nel bando di concorso.

(13) Banca d'Italia, Quaderni di Ricerca Giuridica, n. 89, *Gli appalti...*, cit.

(14) Banca d'Italia, Quaderni di Ricerca Giuridica, n. 83, *Qualità...*, cit.

(15) Commissione europea, *Orientamenti...*, cit.

L'ente appaltante si riserva la facoltà di affidare al vincitore del concorso anche la realizzazione dei successivi livelli della progettazione definitiva/ esecutiva, della direzione dei lavori, del coordinamento della sicurezza in fase progettuale ed esecutiva.

Esempio pratico di concorso di progettazione

Un ente governativo, competente nel promuovere e sostenere lo sviluppo delle start-up nazionali, rileva la difficoltà nel far incontrare, in tempi brevi, l'offerta di capitali da parte di potenziali investitori e la domanda di finanziamento specifico da parte di piccole e nuove aziende. L'ente indice un concorso di progettazione (integrato con un hackathon⁽¹⁾) per individuare una soluzione innovativa idonea a ridurre i tempi e ottimizzare l'incontro di domanda/offerta. In esito alla procedura concorsuale viene selezionata un'azienda in grado di progettare e sviluppare un software di matching semantico in grado di abbinare, entro pochi minuti, investitori e innovatori.

(1) Evento della durata di uno o più giorni destinato a informatici e dedicato alla collaborazione intensiva su un progetto comune, specialmente in materia di *software*

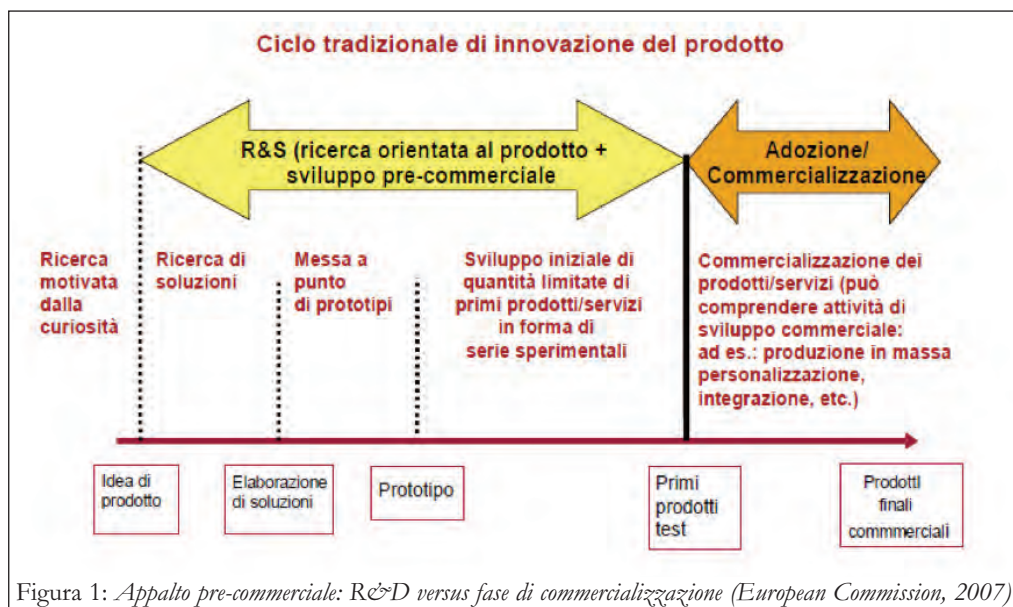
10. L'appalto di ricerca e sviluppo

L'appalto di ricerca e sviluppo consiste nell'approvvigionamento di prototipi o dei primi prodotti o servizi completi messi a punto in seguito ad attività di ricerca e sviluppo, il relativo collaudo e valutazione per selezionare l'opzione migliore prima dell'acquisto finale su larga scala. Tale acquisto può avvenire tramite qualsiasi procedura di appalto pubblico e, conseguentemente, non rientra nelle gamma delle procedure di appalto innovativo. È prevista un'eccezione specifica che autorizza l'impiego della procedura negoziata senza pubblicazione per l'appalto di forniture di ricerca e sviluppo: i prodotti, i servizi o le opere oggetto dell'appalto devono essere forniti puramente a scopo di ricerca, sperimentazione, studio o sviluppo e il contratto non comprende la produzione in quantità volta ad accertare la redditività commerciale del prodotto o ad ammortizzare i costi di ricerca e di sviluppo.

11. L'appalto pre-commerciale

L'appalto pre-commerciale è una particolare procedura di affidamento di servizi di ricerca e sviluppo, esclusa dalla disciplina del Codice dei Contratti pubblici. Mediante questi appalti le pubbliche amministrazioni possono sviluppare e "sperimentare soluzioni nuove per risolvere problemi complessi che non trovano risposte soddisfacenti nel mercato"⁽¹⁶⁾ (Figura 1).

(16) ANAC, Comunicato del Presidente, 9 marzo 2016.



Le procedure di aggiudicazione degli appalti pre-commerciali sono, comunque, sottoposte ai principi generali contenuti nel Codice dei Contratti pubblici (principi di apertura, non discriminazione, economicità, efficacia, concorrenza, parità di trattamento e imparzialità, trasparenza e pubblicità e proporzionalità)⁽¹⁷⁾.

A differenza delle ordinarie procedure di appalto di ricerca e sviluppo, con il ricorso all'appalto pre-commerciale l'acquirente pubblico non riserva al suo uso esclusivo tutti i benefici derivanti dal contratto di servizi di ricerca e sviluppo, ma li condivide con i contraenti privati a condizioni di mercato⁽¹⁸⁾. Nel quadro di questo schema di ripartizione dei benefici, la pubblica amministrazione concede i diritti di proprietà intellettuale derivanti dal contratto alle imprese partecipanti, conservando però il diritto di far uso dei risultati di ricerca e sviluppo e di concedere tali diritti in licenza a terze parti a condizioni di mercato eque e ragionevoli⁽¹⁹⁾.

Questo regime di condivisione dei benefici è reciprocamente vantaggioso, poiché, da un lato, gli operatori economici possono eventualmente commercializzare le soluzioni con altri acquirenti pubblici o su altri mercati; dall'altro, le stazioni appaltanti, oltre al diritto di impiegare e di concedere in licenza tali soluzioni in appalti pubblici successivi, possono risparmiarsi l'oneroso processo di registrazione derivante dalla titolarità dei diritti di proprietà intellettuale⁽²⁰⁾.

(17) *Ibidem*.

(18) Commissione Europea, *Orientamenti...*, cit.

(19) *Ibidem*.

(20) *Ibidem*.

Come precisato dalla Commissione europea⁽²¹⁾, nell'appalto pre-commerciale:

> il campo di applicazione è limitato ai soli servizi di ricerca e sviluppo, il cui perimetro può coprire esclusivamente attività di ricerca, elaborazione di soluzioni, messa a punto di prototipi fino allo sviluppo iniziale di quantità limitate di prodotti o servizi in forma di serie sperimentali;

> la produzione o fornitura dei prodotti deve essere limitata e avere il solo scopo di incorporare i risultati delle prove sul campo e di dimostrare che il prodotto o servizio è idoneo per una produzione o una fornitura su larga scala, conformemente a norme di qualità appropriate per il settore di riferimento;

> l'intera procedura dell'appalto va organizzata in modo da garantire il massimo di concorrenza, trasparenza, apertura, correttezza e fissazione dei prezzi alle condizioni di mercato.

L'oggetto del contratto di appalto pre-commerciale può riguardare una o più categorie di attività di ricerca e sviluppo (ricerca fondamentale, ricerca industriale, sviluppo sperimentale). L'appalto pre-commerciale non può comprendere quei servizi di R&S che sono svolti in modo permanente e funzionali all'esercizio delle attività ordinarie della pubblica amministrazione, come i servizi di consulenza, formazione ecc.⁽²²⁾.

L'appalto deve essere di durata limitata e può includere lo sviluppo di prototipi o di quantità limitate di primi prodotti o servizi (sotto forma di serie sperimentali). L'acquisto di quantità commerciali dei prodotti o servizi non può, invece, rientrare nell'oggetto dell'appalto. Il ricorso agli appalti pre-commerciali non può e non deve ostacolare la concorrenza nella fase di commercializzazione dei beni/servizi, anche nella considerazione che in questa fase sono pienamente applicabili le direttive comunitarie sugli appalti pubblici e i principi del trattato. La stazione appaltante non può divulgare sul mercato quelle informazioni acquisite nella fase di ricerca e sviluppo che danneggerebbero gli interessi economico-commerciali delle imprese coinvolte nell'appalto pre-commerciale o creerebbero fenomeni distorsivi del mercato.

12. Orientamenti giurisprudenziali

Alla data di elaborazione del presente contributo, la giurisprudenza attinente

(21) Commissione europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni - Appalti pre-commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa, {SEC(2007) 1668} /* COM/2007/0799, 19 dicembre 2007.

(22) ANAC, *Comunicato...*, cit.

agli istituti giuridici fin qui affrontati è molto limitata, presumibilmente a causa della loro recente introduzione nell'ambito dell'ordinamento nazionale e del relativo scarso utilizzo da parte delle stazioni appaltanti. Inoltre tali pronunce giurisprudenziali sono circoscritte all'esame di meri aspetti procedurali poco rilevanti ai fini dell'approfondimento del tema dell'articolo.

Ad ogni modo, per completezza, si possono citare i seguenti provvedimenti giurisdizionali:

> con riferimento alla procedura competitiva con negoziazione, le sentenze n. 00139/2019 del 6 giugno 2019 del TAR Sezione autonoma di Bolzano, n. 02502/2017 del 2 novembre 2017 del TAR Sicilia e n. 00159/2018 del 6 febbraio 2018 del TAR Piemonte;

> per quanto attiene al dialogo competitivo, le sentenze n. 04310/2020 del 6 luglio 2020 del Consiglio di Stato, n. 07152/2020 del 17 novembre 2020 del Consiglio di Stato e n. 01594/2021 dell'8 febbraio 2021 del TAR Lazio;

> in relazione al partenariato per l'innovazione, le sentenze n. 05659/2017 del 28 novembre 2017 del TAR Campania e n. 00256/2019 del 28 febbraio 2019 del TAR Veneto;

> per quanto concerne il concorso di progettazione, le sentenze n. 10186/2019 del 31 luglio 2019 del TAR Lazio, n. 08129/2020 del Consiglio di Stato del 17 dicembre 2020 e n. 00398/2016 del 23 novembre 2016 del TAR di Trento.

13. La programmazione pluriennale nel settore degli appalti pubblici

La programmazione degli appalti è lo strumento che lega il momento decisionale, derivante dagli obiettivi istituzionali, con quello delle scelte sulle risorse che è necessario acquisire dal mercato per raggiungerli⁽²³⁾.

Ogni organizzazione ha bisogno di risorse adeguate, sia sotto il profilo qualitativo sia quantitativo. L'esigenza di risorse genera la domanda interna, anche qualificabile come fabbisogno, che dipende da una serie di fattori dimensionali, operativi o qualitativi che sono specifici del tipo di organizzazione e degli obiettivi che essa deve raggiungere. Tali fattori influenzano cosa comprare e con quali volumi e, conseguentemente, plasmano il fabbisogno istituzionale⁽²⁴⁾.

(23) R. COLANGELO, *Un quadro concettuale di riferimento per il sistema del procurement pubblico*, materiale didattico correlato alle lezioni tenute ai frequentatori del Master in *Procurement Management* presso l'Università "Tor Vergata", marzo 2019, Roma.

(24) *Ibidem*.

Come posto in luce dall'AVCP (ora ANAC), la programmazione è un processo finalizzato alla determinazione del quadro delle esigenze di un'organizzazione, ma anche alla valutazione delle strategie di approvvigionamento, all'ottimizzazione delle risorse ed il controllo delle fasi gestionali. Quindi la programmazione, anche nel settore del *procurement*, costituisce concreta attuazione dei principi di buon andamento, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa.

L'importanza della fase di programmazione appare con maggior evidenza ove si consideri, soprattutto con riferimento agli appalti di lavori, servizi e forniture, la carenza di programmazione da parte delle stazioni appaltanti genera criticità, quali la frammentazione degli affidamenti, il frequente ricorso a proroghe contrattuali non adeguatamente motivate, l'avvio di procedure negoziate senza bando motivate dalla mera urgenza di provvedere, l'imprecisa definizione dell'oggetto del contratto con riguardo alle specifiche tecniche e/o alle quantità, la perdita di controllo della spesa, ecc. Il Codice dei Contratti pubblici ha introdotto l'obbligo per le amministrazioni pubbliche di adottare programmi pluriennali per gli appalti pubblici. Più precisamente, ai sensi dell'art. 21 del Codice, è prevista una programmazione:

- biennale degli acquisti di beni e servizi di valore stimato pari o superiore a quarantamila euro, che deve risultare coerente rispetto agli altri documenti programmatici adottati dall'Istituzione e la previsione in bilancio della copertura finanziaria (o, in alternativa, di apporto di capitale privato);

- triennale dei lavori e delle opere pubbliche, che consiste nel riepilogo di tutti i lavori con valore unitario stimato superiore a centomila euro e di tutte le opere incompiute (a prescindere dall'importo presunto). Anche in questo caso deve essere garantita coerenza con i documenti pluriennali di pianificazione o di programmazione, nonché la previsione in bilancio della copertura finanziaria (ovvero l'apporto di capitale privato).

Le amministrazioni aggiudicatrici, nell'ambito della propria sfera di autonomia decisionale, hanno facoltà di includere nei programmi pluriennali anche interventi o acquisti di importo inferiore alle soglie obbligatorie. Gli interventi del programma dei lavori e del programma delle forniture e servizi devono essere classificati secondo un preciso ordine di priorità. Agli ordini di priorità è possibile derogare solo in caso di lavori o acquisti imposti da eventi imprevedibili o calamitosi, nonché da modifiche dipendenti da sopravvenute disposizioni di legge o regolamentari ovvero da atti amministrativi adottati a livello statale o regionale. Nell'ambito di ciascuna amministrazione è individuato un Referente incaricato di predisporre i programmi, biennale e triennale, l'elenco annuale e i loro aggiornamenti sulla base dei dati e delle informazioni che gli

vengono fornite dai RUP dei singoli interventi o acquisti, provvedendo al coordinamento delle proposte ricevute.

14. La programmazione integrata nell'arma dei carabinieri

Al Ministero della difesa sono attribuiti compiti istituzionali in materia di difesa e sicurezza militare dello Stato, politica militare e partecipazione a missioni a supporto della pace, interventi di tutela ambientale, concorso nelle attività di protezione civile su disposizione del Governo, il bene della collettività nazionale nei casi di pubbliche calamità. L'Arma dei Carabinieri, che ha una collocazione autonoma nell'ambito del Ministero della difesa, con rango di Forza armata, ed è Forza militare di polizia a competenza generale e in servizio permanente di pubblica sicurezza, può disporre di una consistenza previsionale per l'anno 2020 pari a 110.407 unità⁽²⁵⁾.

L'Arma dei Carabinieri è Organo programmatore di spesa e, in tale veste, concorre alla programmazione integrata (avviata sperimentalmente nel 2019) nella sua triplice funzione strategica (misurazione dei risultati raggiunti in base agli obiettivi strategici prefissati), finanziaria (ripartizione delle risorse) ed economico-analitica (rappresentazione, in termini di costi, dei fondi di bilancio impiegati, secondo i principi di contabilità economico-analitica per centri di costo). Per effettuare la previsione delle esigenze, da mettere in relazione con gli stanziamenti disponibili, l'Arma dei Carabinieri esegue una valutazione preliminare dei fabbisogni su orizzonte di medio-breve termine (programmazione) e di medio-lungo periodo (pianificazione).

L'individuazione delle esigenze deve garantire piena coerenza con i compiti istituzionali e con gli obiettivi da realizzare, misurabili mediante gli strumenti del 'ciclo della *performance*'. La programmazione finanziaria deve anche tenere conto dei pagamenti connessi agli acquisti di beni, servizi e lavori e, conseguentemente, prevedere un apposito piano finanziario dei pagamenti (cosiddetto cronoprogramma dei pagamenti).

15. Il processo decisionale nel settore del *procurement* nell'Arma dei Carabinieri

L'Arma dei Carabinieri dispone di un *budget* con un volume annuale medio di circa 7,5 miliardi di euro, dei quali circa cinquecento milioni (corrispondenti a quasi il sette per cento del bilancio complessivo) è tendenzialmente dedicato al *procurement* di beni, servizi e lavori.

(25) Ministero della difesa, *Piano Performance 2020-2022*, febbraio 2020.

L'Arma dei Carabinieri pubblica, in aderenza al dettato normativo del Codice dei Contratti pubblici, entrambi i programmi (biennale e triennale) sul proprio sito istituzionale (www.carabinieri.it) e sul sito del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. I programmi sono elaborati dall'Ufficio pianificazione, programmazione e controllo, sulla base degli elementi forniti dai vari Uffici gestori dei capitoli di bilancio. Le attività contrattuali dell'Arma dei Carabinieri si distinguono in:

- attività in aliquota accentrata: per le attività negoziali svolte direttamente dal Comando generale, mediante contratti, adesioni a Convenzioni CONSIP e ricorso al MEPA. Per tali attività, gli Uffici gestori centrali, predispongono i capitolati tecnici relativi agli appalti da affidare, predispongono (o aggiornano) i cronoprogrammi dei pagamenti. L'Ufficio approvvigionamenti predispone la determinazione a contrarre per ciascuna procedura d'appalto, per la successiva approvazione da parte dell'autorità di vertice (o delegata). Il Centro unico contrattuale (struttura appositamente creata per gli appalti centralizzati) effettua le procedure di gara, comunicandone gli esiti all'Ufficio approvvigionamenti che predispone il decreto di approvazione del contratto e di impegno di spesa (con successiva registrazione da parte della Ragioneria generale dello Stato e, ove prevista, della Corte dei Conti);

- attività in aliquota delegata: per le procedure di approvvigionamento espletate dalle articolazioni periferiche dell'Arma dotate di autonomia amministrativa e capacità di impiego fondi. Ogni Ente periferico ha, infatti, a disposizione un proprio budget annuale, da impiegare anche per le spese connesse agli acquisti di beni, servizi e lavori;

- attività in aliquota accentrata con spesa delegata: attiene ai casi in cui la fase di gara e stipula del contratto è gestita centralmente (con le modalità già indicate sopra per le attività in aliquota accentrata), mentre la fase dell'esecuzione è delegata agli Enti periferici, che possono fruire dell'atto negoziale emettendo autonomi ordini, nei limiti del budget annuale disponibile.

16. Il fabbisogno di innovazione

Nel settore pubblico l'innovazione viene ancora troppo spesso connessa alla tecnologia e, quindi, agli aspetti di innovazione tecnologica. In realtà l'innovazione può avere diverse declinazioni: innovazione di prodotto (bene/servizio/lavoro), di processo, di organizzazione e di commercializzazione. Prima di redigere le specifiche tecniche, gli acquirenti pubblici dovrebbero sempre condurre un'attenta valutazione delle esigenze ad ampio raggio per definire il problema da risolvere.

Tale fase potrebbe sembrare superflua, in quanto la finalità della procedura di appalto pubblico è generalmente ovvia. In realtà, si tratta di un momento cruciale per la possibile diffusione di soluzioni innovative. Ad esempio, invece di sostituire semplicemente le attrezzature obsolete con altre della stessa tipologia o di rinnovare appalti di servizi scaduti, l'acquirente pubblico dovrebbe eseguire un'analisi funzionale delle esigenze dell'organizzazione e dei suoi *partner*/utenti per identificare i problemi e i settori da migliorare. Tale analisi rivelerà se le attrezzature e i servizi utilizzati fino ad allora sono ancora i più adeguati⁽²⁶⁾ o se è preferibile adottare nuove soluzioni. Una condizione essenziale affinché il *procurement* possa essere efficace è la corretta individuazione dei fabbisogni, che deve intendersi non solo come specificazione tecnica dell'oggetto della fornitura e dei relativi volumi, ma anche come l'identificazione delle alternative più adeguate⁽²⁷⁾.

Una volta definite le esigenze, le amministrazioni pubbliche possono esaminare il mercato in cerca di nuove soluzioni. Soluzioni innovative adeguate potrebbero essere già disponibili o risultare dall'adattamento o dalla combinazione di soluzioni esistenti. È possibile che il mercato sia anche in grado di sviluppare in tempo una soluzione innovativa, ammesso che ne abbia l'opportunità. La finalità principale della consultazione preliminare di mercato è dunque di valutare lo stato dell'arte. La consultazione può avvenire in modo informale e agile, ad esempio: con riunioni in presenza e virtuali, questionari, gli *hackathon*, ecc. concedendo la possibilità di presentare e analizzare campioni di prodotti che permettono agli utenti finali di verificare l'idoneità delle soluzioni proposte alle condizioni di vita reale⁽²⁸⁾.

17. *Horizon Scanning*

L'attività di *Horizon Scanning* rientra tra le metodologie utilizzate per l'elaborazione di scenari futuri, nell'ottica di supportare i processi decisionali con orizzonte di lungo periodo. In particolare, l'*Horizon Scanning* è definita dall'OECD come *technique for detecting early signs of potentially important developments through a systematic examination of potential threats and opportunities, with emphasis on new technology and its effects on the issue at hand* ⁽²⁹⁾.

(26) Commissione europea, *Orientamenti...*, cit.

(27) R. COLANGELO, *Un quadro...*, cit.

(28) Commissione europea, *Orientamenti...*, cit.

(29) <https://www.oecd.org/site/schoolingfortomorrowknowledgebase/futuresthinking/overviewofmethodologies.htm>.

Per la sua naturale propensione ad analizzare il futuro in chiave prospettica, l'*Horizon Scanning* può essere un valido strumento di ausilio per le attività di pianificazione in generale e, più in particolare nell'individuazione dei fabbisogni futuri e delle possibili innovazioni, tecnologiche e non, in grado di soddisfare tali fabbisogni.

Nel vasto ecosistema della pubblica amministrazione italiana, un concreto esempio di utilizzo di *Horizon Scanning* con particolare riferimento alle soluzioni innovative è l'Agenzia italiana del farmaco che si avvale di tale attività per "l'identificazione sistematica di tecnologie sanitarie nuove, emergenti o obsolete e potenzialmente in grado di produrre effetti sulla salute, sui servizi sanitari e sulla società"⁽³⁰⁾.

Nel contesto dell'Agenzia l'*Horizon Scanning* riveste una funzione strategica poiché permette di identificare e valutare precocemente nuovi medicinali e nuove indicazioni terapeutiche di medicinali già in commercio che, una volta commercializzati, potrebbero avere un impatto clinico ed economico significativo sul Servizio sanitario nazionale.

L'obiettivo principale è supportare i processi decisionali dell'Agenzia mediante la produzione di documenti informativi utili a programmare con anticipo l'introduzione di medicinali innovativi e a favorire una corretta e trasparente allocazione delle risorse economiche del Servizio sanitario nazionale⁽³¹⁾.

L'attività di *Horizon Scanning* è costituita da tre fasi consecutive (identificazione, selezione e definizione priorità, valutazione) alle quali se ne aggiungono ulteriori due con diversa periodicità (divulgazione e integrazione nel processo decisionale delle informazioni generate, verifica periodica dei dati prodotti).

18. Ipotesi di adozione di un piano strategico per il *procurement* innovativo nell'Arma dei Carabinieri

Come messo in evidenza in precedenza, il ricorso alle procedure di appalto per l'innovazione richiede una capacità di pianificazione e programmazione strutturata, ben integrata con quella di stimare i fabbisogni di beni, servizi e lavori e di misurare il grado di innovazione da richiedere al mercato per la migliore soddisfazione delle esigenze. Per tale ragione, si potrebbe valutare l'ipotesi di implementare nei processi decisionali connessi alla programmazione integrata dell'Arma dei Carabinieri, un documento strategico-programmatico relativo al *procurement* innovativo.

(30) <https://www.aifa.gov.it/horizon-scanning>.

(31) *Ibidem*.

In sostanza, parallelamente alla segnalazione delle esigenze di beni, servizi e lavori (necessaria alla conseguente programmazione finanziaria e all'elaborazione del programma biennale dei beni e servizi e triennale dei lavori), gli Uffici gestori centrali del Comando generale e gli enti periferici dotati di autonomia amministrativa e gestionale potrebbero rappresentare i propri fabbisogni di innovazione.

Le esigenze di innovazione, opportunamente vagliate e validate, potrebbero confluire in un piano strategico con orizzonte temporale di medio periodo (almeno triennale). Al fine di rendere il documento strategico costantemente aderente alle esigenze istituzionali e, al tempo stesso, al passo con i continui sviluppi tecnologici e organizzativi offerti dal mercato, il Piano dovrebbe essere oggetto di revisione e aggiornamento (almeno con cadenza annuale).

Il Piano strategico, dopo l'approvazione, potrebbe essere reso pubblico, anche in versione parziale⁽³²⁾ ricorrendo non solo al sito istituzionale (www.carabinieri.it) ma anche sul portale lanciato dall'AgID: www.appaltinnovativi.gov.

La collaborazione con AgID potrebbe risultare molto utile non solo per potenziare la diffusione pubblica del Piano strategico (e, quindi, per far conoscere al mercato il fabbisogno di innovazione dell'Arma dei Carabinieri), ma anche nelle fasi precedenti di elaborazione del documento.

Come già indicato in precedenza, l'AgID svolge un ruolo strategico nella promozione e nello sviluppo del *procurement* d'innovazione e, attraverso il proprio Centro di competenza territoriale, potrebbe supportare l'Arma nelle fasi di identificazione delle esigenze di innovazione, nonché della programmazione degli appalti innovativi.

Il contributo qualificato di AgID potrebbe colmare l'eventuale mancanza di competenze specifiche interne per effettuare le prime stime di fabbisogno d'innovazione, nonché ad ottimizzare la gestione del rischio connesso agli appalti innovativi.

L'elaborazione del Piano strategico, oltre a costituire un canale di dialogo privilegiato con i settori più avanzati del mercato e della ricerca, costituirebbe un utile strumento di riflessione, in grado di affinare le capacità di valutazione delle esigenze effettive (aprendosi a soluzioni nuove ed evitando di ricorrere meccanicamente agli stessi percorsi approvvigionativi del passato) e di identificazione delle priorità delle risorse.

(32) Tenuto conto dei compiti istituzionali dell'Arma dei Carabinieri potrebbero emergere casi in cui alcuni fabbisogni, per esigenze di riservatezza e/o segretezza, non possano essere divulgati pubblicamente.

Si rilevano almeno tre elementi di rischio, tra loro in qualche misura interconnessi, che andrebbero approfonditi in altra sede e presi in considerazione nella fase di pre-implementazione del Piano strategico per il *procurement* innovativo: la resistenza al cambiamento (dinamica ormai presente in ogni processo di trasformazione organizzativa), nella tendenza all'adozione degli strumenti di *procurement* innovativo per 'imitazione', seguendo acriticamente la scelta di altre organizzazioni (il cosiddetto *mimetic isomorphism*) e, infine, nell'adozione influenzata dalle attività di *lobbying* provenienti dalle associazioni di categoria del mondo industriale e produttivo.

19. Conclusioni

Gli appalti pubblici per l'innovazione sono particolari procedure negoziali disegnate per stimolare l'innovazione e per rispondere a esigenze pubbliche non soddisfatte o a nuove aspettative per cui le soluzioni esistenti sul mercato non risultano adeguate. Gli appalti innovativi garantiscono alle amministrazioni aggiudicatrici un maggiore grado di flessibilità e autonomia.

La decisione relativa al tipo di procedura di gara a cui ricorrere è un passaggio critico e strategico, che impatta sull'intero processo di approvvigionamento. Il Codice dei contratti pubblici, e più in generale le direttive della Commissione europea, nel disciplinare tali procedure, presuppongono che le stazioni appaltanti siano fortemente competenti nel settore del *procurement* e che siano in grado non soltanto di progettare ed espletare procedure che garantiscano un confronto concorrenziale effettivo e paritario tra i partecipanti, ma che riescano, mediante l'attività di affidamento degli appalti pubblici, innovazione, sperimentazione, innalzamento della qualità complessiva della domanda e dell'offerta, con l'obiettivo generale di produrre valore.

Il *procurement* innovativo, da un lato consente alla pubblica amministrazione di impiegare procedure d'acquisto più agili e flessibili, favorendo la diffusione delle tecnologie emergenti come l'intelligenza artificiale, la realtà aumentata, Internet delle Cose e *Blockchain*, dall'altro accelera l'innovazione di mercato attraverso la spesa pubblica, contribuendo a finanziare le attività di ricerca e sviluppo delle imprese private, ma anche delle università e dei centri di ricerca. Dall'analisi della letteratura specialistica consultata è emerso che, ad oggi, non risultano casi di studio relativi al ricorso agli appalti pubblici per l'innovazione in organizzazioni simili all'Arma dei Carabinieri.

Gli unici documenti rintracciati, di fonte accademica o istituzionale, riportano le esperienze vissute da ministeri, enti di governo territoriale, enti pubblici

economici e aziende a capitale pubblico (o prevalentemente pubblico). Pertanto, non è stato possibile effettuare un'analisi comparativa tra organizzazioni assimilabili all'Arma dei Carabinieri finalizzata ad individuare i benefici derivanti dal ricorso agli appalti pubblici per l'innovazione.

L'elaborazione di un Piano strategico per il *procurement* innovativo, anche solo sul piano sperimentale, oltre a costituire un canale di dialogo privilegiato con i settori più avanzati del mercato e della ricerca (ai quali verrebbe costantemente comunicato il fabbisogno d'innovazione dell'Arma dei Carabinieri), costituirebbe un utile strumento di riflessione, in grado di affinare le capacità istituzionali di valutazione delle esigenze effettive (aprendosi a soluzioni nuove ed evitando di ricorrere meccanicamente agli stessi percorsi approvvigionativi del passato) e di prioritarizzazione delle risorse, avvalendosi di tecniche di scenarizzazione (come l'*Horizon Scanning*) o del supporto di strutture esterne (in primo luogo l'AgID e il relativo Centro di competenza territoriale).

Adottare un Piano strategico per il *procurement* innovativo e, di riflesso, ricorrere agli appalti innovativi implica anche un investimento in formazione e professionalizzazione del personale impiegato nel settore del *procurement*. Avere stazioni appaltanti dotate di crescenti capacità tecniche, giuridiche e organizzative è assolutamente necessario per confrontarsi alla pari con le imprese presenti sul mercato nello sforzo di far emergere i progetti e le offerte migliori, le soluzioni più innovative e più convenienti.

In ultima analisi gli appalti pubblici per l'innovazione possono essere una leva potente da azionare per rispondere positivamente alla sfida di spendere meno e, soprattutto, di spendere meglio le risorse pubbliche.



Bibliografia

Documenti istituzionali

- ANAC, *Comunicato del Presidente*, 9 marzo 2016;
- Banca D'italia, Quaderni di Ricerca Giuridica, n. 83, *Qualità ed efficienza nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Prospettive e questioni aperte*, aprile 2018;
- Banca D'italia, Quaderni di Ricerca Giuridica, n. 89, *Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione e normativa anticorruzione. Alla ricerca di un equilibrio tra legalità ed efficienza*, giugno 2020;
- Commissione europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Appalti pre-commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa*, {SEC(2007) 1668} /* COM/2007/0799, 19 dicembre 2007;
- Commissione europea, *Public Procurement Guidance for Praticitioners*, febbraio 2018;
- Commissione europea, *Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione*, maggio 2018;
- Ministro per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione, *Piano nazionale innovazione 2025*, dicembre 2019;
- Ministero della difesa, *Piano performance 2020-2022*, febbraio 2020;
- Presidenza del Consiglio dei Ministri - AGID, *Strategia per la crescita digitale italiana 2014-2020*, marzo 2015.

Letteratura specializzata

- A. ANCARANI, materiale didattico correlato alle lezioni tenute ai frequentatori del *Master in Procurement Management* presso l'Università "Tor Vergata", dicembre 2019, Roma;
- S. BIANCARDI, *Servizi e forniture, Manuale per la gestione degli appalti sopra e sotto soglia comunitaria*, Maggioli Editore, 2019;
- R. COLANGELO, *Un quadro concettuale di riferimento per il sistema del procurement pubblico*, materiale didattico correlato alle lezioni tenute ai frequentatori del *Master in Procurement Management* presso l'Università "Tor Vergata", marzo 2019, Roma;
- M. ROLFSTAM, *Innovation: The European Journal of Social Science Research, An institutional approach to research on public procurement of innovation*, Routledge, 2012;
- V. LEMBER, R. KATTEL, T. KALVET, *Public Procurement, Innovation and Policy, International Perspectives*, Spinger, 2014;
- K. V. THAI et al., *International Public Procurement, Innovation and Knowledge Sharing*, Spinger, 2016;
- C. R. YUKINS, G. M. RACCA, *Introduction. The promise and perils of innovation in cross-border procurement*, in *Joint Public Procurement and Innovation Lessons Across Borders, Law School Public Law and Legal Theory*, Paper No. 2019-70, Bruylant, 2019.

Brevi notazioni in materia di avvalimento

(Massimo Nunziata)

SOMMARIO: 1. L'avvalimento tra concorrenza e affidabilità dei concorrenti. - 2. La disciplina dell'avvalimento in gara. - 3. Il contratto di avvalimento: natura e contenuto. - 4. L'ambito di applicazione e i possibili limiti. - 5. Avvalimento e requisiti 'aziendali': attestazione SOA e certificazione di qualità. - 6. Avvalimento di garanzia. - 7. Avvalimento e soccorso istruttorio. - 8. Il divieto di avvalimento condizionato. - 9. Osservazioni conclusive.



1. L'avvalimento tra concorrenza e affidabilità dei concorrenti

L'avvalimento è un istituto di matrice europeistica con finalità pro-concorrenziale che permette ad un operatore economico di entrare nel mondo delle commesse pubbliche pur essendo privo di un'autonoma qualificazione tecnica ed economica⁽¹⁾.

In particolare, l'avvalimento consente ad un operatore carente dei requisiti di ordine tecnico, professionale, economico e finanziario (i cosiddetti requisiti speciali) prescritti dalla *lex specialis* di prendere comunque parte alla procedura competitiva "avvalendosi" dei requisiti di un altro soggetto ("ausiliario") che si impegna, nei confronti del concorrente ("ausiliato") e della stazione appaltante a mettere a disposizione i propri requisiti per tutta la durata del contratto.

Invero, la disciplina dei contratti pubblici - soprattutto alla luce del sensibile mutamento di prospettiva dovuto all'influsso del diritto sovranazionale - prevede molte forme di collaborazione tra imprese finalizzate a promuovere la più ampia partecipazione possibile alle gare: si pensi agli istituti del raggruppamento temporaneo di imprese, delle varie forme di consorzi, del subappalto.

L'avvalimento, tuttavia, assume una connotazione peculiare perché non si limita a prevedere schemi di cooperazione fra imprese in un'ottica concorrenziale ma genera una complessa operazione negoziale che si caratterizza per la circostanza - del tutto straordinaria - di consentire ad un soggetto autonomamente privo dei requisiti di qualificazione di eseguire le prestazioni contrattuali.

(1) M. CLARICH, *I modelli contrattuali*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2/2017, 415 ss.; F. CINTIOLI, *L'avvalimento tra i principi di diritto comunitario e disciplina dei contratti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 6/2011, 1421 ss.; N. PAOLANTONIO, *L'avvalimento, in I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. FRANCHINI, Torino, Utet, 2010, 521 ss. Per un recente approfondimento di carattere generale sull'istituto, può vedersi anche la 'bussola' Avvalimento, di A. PRESTI in *L'Amministrativista - Il portale sugli appalti e i contratti pubblici*, Giuffrè.

L'origine dell'istituto si fa risalire all'apporto interpretativo della Corte di giustizia e, in particolare, alla sentenza del 14 aprile 1994 nella Causa C-389/92 *Ballast Nedam Groep I* in cui la Corte ha ritenuto che, ai fini della valutazione dei requisiti richiesti ad un imprenditore in relazione alla domanda di abilitazione presentata da una persona giuridica dominante di un gruppo di imprese, si dovesse tenere conto delle capacità dell'intero gruppo aziendale, purché fosse provata l'effettiva disponibilità delle relative risorse. Tale principio è stato successivamente rielaborato sino ad essere esteso anche ai rapporti fra imprese non appartenenti al medesimo gruppo imprenditoriale, ritenendo che ai fini della ammissione ad una gara il concorrente possa fare ricorso alle risorse di un altro operatore a prescindere dalla natura giuridica dei legami con quest'ultimo laddove dimostri di poter disporre effettivamente dei mezzi necessari all'esecuzione del contratto⁽²⁾.

L'indirizzo interpretativo della Corte di giustizia è stato naturalmente recepito dai Giudici nazionali⁽³⁾ e, successivamente, positivizzato sia nelle direttive europee che nelle fonti nazionali di recepimento.

La particolare novità dell'istituto dette luogo ad un notevole approfondimento del tema da parte degli interpreti, stimolato soprattutto dalla delicatezza degli interessi coinvolti dall'operazione che, come detto, di fatto consentiva l'ingresso nelle gare pubbliche di operatori privi dei necessari requisiti.

Oltre alla segnalazione dei profili di sicura meritevolezza sotto il profilo concorrenziale, veniva altresì messo in evidenza «il rischio che i concorrenti si trasformino in scatole vuote» o in «*holding* dai contorni oscuri»⁽⁴⁾ con l'effetto di aprire le porte delle commesse pubbliche ad imprese inidonee (per dimensioni o per organizzazione imprenditoriale) ad assicurare la corretta esecuzione del contratto.

Anche per tale ragione ed evitare il rischio che iniziassero a proliferare applicazioni distorte dell'istituto (cui dottrina e giurisprudenza hanno iniziato a riferirsi con il termine di “avvalifici”⁽⁵⁾), il legislatore nazionale ha introdotto una

(2) CGUE, C-176/98, 2 dicembre 1990, *Holst Italia S.p.A. Per una ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia*, può vedersi l'analisi di N. PAOLANTONIO, *L'avvalimento*, cit., 522 e ss.

(3) Fra le molte anteriori al Codice del 2006, Cons. Stato, sez. Quinta, 28 settembre 2005, n. 5194; Cons. Stato, sez. Sesta, 20 dicembre 2004, n. 8145.

(4) C.G.A., sez. giur. ord. 19 febbraio 2016, n. 52.

(5) La paternità del termine è rivendicata da C. ZUCHELLI, *Avvalimento*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M. A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, vol. II, Milano, 2019, 1149. Del resto, l'avvalimento serve “ad integrare una organizzazione aziendale realmente esistente ed operante nel segmento di mercato proprio dell'appalto posto a gara, ma che, di certo, non consente di creare un concorrente virtuale costituito solo da una segreteria di coordinamento delle attività altrui, né di partecipare alla competizione ad un operatore con vocazione statutaria e aziendale completamente estranea rispetto alla tipologia di appalto da aggiudicare”, (Cons. Stato, sez. Quinta, 20 novembre 2013, n. 1772).

serie di cautele per cercare di assicurare l'effettività del prestito dei requisiti e al contempo evitare pericolose lacune di responsabilità: ad esempio, prevedendo la responsabilità solidale del concorrente e dell'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto, prescrivendo che l'impresa ausiliaria debba essere in possesso dei cosiddetti "requisiti di ordine generale", richiedendo al partecipante alla gara un preciso onere documentale a corredo dell'offerta rappresentato sia dalla dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente sia dal contratto con cui l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto.

2. La disciplina dell'avvalimento in gara

Attualmente, l'istituto è disciplinato dall'art. 89, D.Lgs. n. 50/2016 che, per molti versi, conferma l'assetto normativo previgente e, per altri, introduce diversi aspetti di novità. Fra l'altro, importanti novità sono state recate anche dal successivo D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (cosiddetto decreto correttivo) che, a distanza di un anno dall'approvazione del Codice, ha rimodulato la disciplina di non pochi istituti.

L'art. 89 prevede che l'operatore economico, singolo o in raggruppamento temporaneo di imprese, possa soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale necessari per partecipare ad una procedura di gara avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Naturalmente la disposizione esclude l'operatività dell'avvalimento in relazione ai cosiddetti "requisiti di ordine generale" di cui all'articolo 80, in ciò cristallizzando l'orientamento da sempre pacifico al riguardo. Prendendo espressa posizione su uno dei profili che avevano impegnato particolarmente gli interpreti in passato, il Codice specifica che per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'Allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali, gli operatori economici possono avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente le prestazioni per cui tali capacità sono richieste. Si tratta, comunque, di una previsione speciale ed eccezionale rispetto alla ispirazione concorrenziale sottesa all'istituto e in tal modo è interpretata dalla giurisprudenza amministrativa che, in linea di massima, esclude che tale disposizione si applichi agli ordinari requisiti tecnico-professionali chiesti dalla legge di gara.

In altri termini, la locuzione “esperienza professionale pertinente” non è sovrapponibile agli ordinari “servizi analoghi” o al “fatturato specifico” ma deve sottendere “capacità non agevolmente trasferibili con la messa a disposizione che discende dall’avvalimento qui in rilievo”⁽⁶⁾.

Dal punto di vista operativo, l’operatore economico che intende ricorrere all’avvalimento allega in sede di partecipazione, oltre all’eventuale attestazione SOA dell’impresa ausiliaria:

a) una dichiarazione sottoscritta dalla stessa attestante il possesso da parte di quest’ultima dei requisiti di moralità professionale nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento;

b) una dichiarazione sottoscritta dall’impresa ausiliaria con cui quest’ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell’appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente;

c) il contratto in virtù del quale l’impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell’appalto; proprio in relazione al contratto, il D.Lgs. n. 56/2017 ha chiarito che esso debba contemplare “a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall’impresa ausiliaria contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall’impresa ausiliaria”.

Una novità molto rilevante della nuova disciplina dell’avvalimento va individuata nel precetto recato dall’art. 89, comma 3, secondo cui la Stazione appaltante impone all’operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione; l’eventuale carenza di requisiti in capo all’ausiliaria, dunque, non comporta *sic et simpliciter* l’esclusione del concorrente ma la necessità di una sua sostituzione⁽⁷⁾; inoltre, nel bando di gara possono essere altresì indicati i casi in cui l’operatore economico deve sostituire un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione, purché si tratti di requisiti tecnici.

L’espressa comminatoria di esclusione del concorrente è stata invece prevista dall’art. 89, comma 1, del Codice nel caso in cui l’ausiliaria renda una falsa dichiarazione anche se di recente la Corte di giustizia ha ritenuto il precetto

(6) Cons. Stato, sez. Terza, 9 marzo 2020, n. 1704. La valenza eccezionale della disposizione suindicata preclude l’estensione del suo ambito operativo a fattispecie diverse da quelle ivi espressamente contemplate.

(7) Possibilità che in passato era stata riconosciuta in casi molto particolari dalla giurisprudenza; si veda ad esempio Cons. Stato, sez. Quinta, 12 maggio 2016, n. 1883 che aveva affermato la sostituibilità dell’ausiliaria colpita da un’informativa antimafia interdittiva.

confligente con il diritto sovranazionale affermando che “esso osta a una normativa nazionale in forza della quale l’amministrazione aggiudicatrice deve automaticamente escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico qualora un’impresa ausiliaria, sulle cui capacità esso intende fare affidamento, abbia reso una dichiarazione non veritiera quanto all’esistenza di condanne penali passate in giudicato, senza poter imporre o quantomeno permettere, in siffatta ipotesi, a tale offerente di sostituire detto soggetto”⁽⁸⁾.

Il nuovo sistema conferma il regime di responsabilità solidale tra impresa ausiliaria e ausiliata in relazione alle prestazioni oggetto del contratto, chiarendo altresì che gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell’importo dell’appalto posto a base di gara.

Positivizzando alcuni precedenti orientamenti esegetici, l’art. 89, comma 6, ammette il cosiddetto avvalimento plurimo⁽⁹⁾ - nel senso che “è ammesso l’avvalimento di più imprese ausiliarie” - ma esclude il cosiddetto avvalimento a cascata, disponendo che “l’ausiliario non può avvalersi a sua volta di altro soggetto”.

Con riferimento a quest’ultimo, la giurisprudenza ha affermato che la deroga che l’avvalimento reca al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara è condizionata all’esistenza di un rapporto diretto e immediato tra ausiliaria e ausiliata da cui discenda una responsabilità solidale delle due imprese in relazione alla prestazione da eseguire; in tale contesto, si ritiene che l’innesto di un ulteriore passaggio tra l’impresa che partecipa alla gara e quella che possiede i requisiti (di qui l’evocativa immagine di “avvalimento a cascata”) infrangerebbe l’ineludibile vincolo di responsabilità che giustifica il ricorso all’istituto dell’avvalimento e la deroga al principio del possesso in proprio dei requisiti di gara⁽¹⁰⁾.

In altri termini, la possibilità di ricorrere a soggetti ausiliari presuppone che questi ultimi posseggano autonomamente i requisiti senza poter estendere teoricamente all’infinito la catena dei possibili sub-ausiliari⁽¹¹⁾.

(8) CGUE, sez. Nona, 3 giugno 2021, C-210/20.

(9) Si veda, in argomento, la decisione della CGUE, sez. Quinta, 10 ottobre 2013, n. C-94/12 che aveva affermato la contrarietà al tessuto normativo europeo di “una disposizione nazionale come quella in discussione nel procedimento principale, la quale vieta, in via generale, agli operatori economici che partecipano ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori di avvalersi, per una stessa categoria di qualificazione, delle capacità di più imprese”.

(10) Cons. Stato, sez. Quinta, 26 luglio 2016, n. 3347; *Id.*, sez. Sesta, 19 giugno 2017, n. 2977.

(11) Cons. Stato, sez. Terza, 1° ottobre 2012, n. 5161; *Id.*, sez. Quarta, 24 maggio 2013, n. 2832.

Sviluppando ulteriormente questi principi, la giurisprudenza più recente ha chiarito che il divieto di avvalimento a cascata non esclude però in modo assoluto la possibilità che l'ausiliaria ricorra ai requisiti di un altro operatore ma solo ove ciò avvenga per dimostrare il possesso di requisiti di cui è effettivamente carente⁽¹²⁾. Tema diverso è quello relativo alla possibilità per il concorrente di ricorrere al prestito dei requisiti da parte di più soggetti ausiliari attraverso il cosiddetto avvalimento frazionato, in relazione al quale si ritiene che “il fatto che la norma si limiti ad affermare che è ammesso l'avvalimento di più imprese ausiliarie senza fissare la regola che almeno una debba possedere per intero i requisiti richiesti, lascia ritenere che sia ammesso in linea di principio anche l'avvalimento frazionato, a meno che la stazione appaltante lo escluda, con espressa motivazione, per una specifica gara”⁽¹³⁾. A tutela della genuinità della selezione concorrenziale, poi, l'art. 89, comma 7, preclude, da un lato, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente e, dall'altro, che alla medesima gara partecipino sia l'impresa ausiliaria che l'ausiliata. Una parte veramente interessante ed innovativa della nuova disciplina dell'avvalimento attiene ai rapporti tra ausiliaria ed ausiliata in corso di esecuzione. Da un lato, l'art. 89, comma 8, conferma che il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa partecipante alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e che l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati. Dall'altro, però, ed in questa parte la disposizione è da ritenersi innovativa, l'art. 89, comma 9, recupera in modo straordinario il ruolo dell'impresa ausiliaria nel momento successivo alla stipula del contratto, disponendo che la stazione appaltante esegue in corso d'esecuzione le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto: a tal fine il RUP accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto sono svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento, pena - come specificato dal decreto correttivo - la risoluzione del contratto di appalto.

(12) Cons. Stato, sez. Quinta, 2 marzo 2018, n. 1295, secondo cui “la suddetta disposizione del D.Lgs. n. 50 del 2016 va quindi intesa, in coerenza con le finalità che la connotano, nel senso che non rientra nell'oggetto del suo divieto qualunque ipotesi in cui l'ausiliario si avvalga a sua volta di altro soggetto, ma soltanto quella che dà luogo al fenomeno dell'avvalimento cosiddetto “a cascata”. Quest'ultimo, in base al diritto vivente, si realizza allorché l'impresa ausiliaria, priva (del tutto o in parte) del requisito che intende mettere a disposizione del concorrente, lo acquisisca a sua volta, mediante avvalimento, da altro soggetto”; da ciò consegue che “non è, però, configurabile un'ipotesi di avvalimento “a cascata”” laddove l'ausiliaria fornisca “un requisito che già possedeva in proprio”.

(13) G. P. CIRILLO, *Il contratto di avvalimento nel nuovo codice dei contratti pubblici: il persistente problema della sua natura giuridica*, in *giustizia-amministrativa.it*, 20 aprile 2016.

3. Il contratto di avvalimento: natura e contenuto

Come sopra si è fatto cenno, il fondamento dell'istituto dell'avvalimento è da rinvenirsi nel principio di libera concorrenza e nel relativo corollario di assicurare il *favor participationis* degli operatori economici alle procedure ad evidenza pubblica.

In tale contesto, l'attenzione del legislatore e degli interpreti si è concentrata più sulla effettività del prestito dei requisiti che sulla natura giuridica del contratto di avvalimento.

Infatti, pur essendo maturato un interessante approfondimento dottrinale in ordine alla natura giuridica del contratto di avvalimento⁽¹⁴⁾ - ora assimilato ad altre figure contrattuali affini, ora delineato come autonomo schema negoziale - lo stesso art. 89 del Codice, ammette la messa a disposizione dei requisiti tra operatori "a prescindere dalla natura giuridica dei legami" fra essi.

Un profilo che sempre è stato determinante ai fini della validità dell'avvalimento è quello relativo alla specificità del contratto in merito alla declinazione del requisito oggetto nel prestito. Secondo un orientamento assai consolidato, il contratto di avvalimento deve individuare in modo compiuto e autosufficiente il requisito messo a disposizione.

Nel quadro normativo previgente, tale principio era stato anche positivizzato dall'art. 88, comma 1, DPR n. 207/2010, secondo cui "per la qualificazione in gara, il contratto di cui all'articolo 49, comma 2, lettera f), del Codice deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente:

- a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico;
- b) durata;
- c) ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento".

La regola si fondava sull'assunto per cui, pur essendo inserito nel contesto pubblicistico di una gara, il contratto di avvalimento deve comunque rispettare la disciplina civilistica in tema di contenuto contrattuale, con particolare riferimento alla determinatezza dell'oggetto, dovendo identificare in modo chiaro ed esauriente il requisito oggetto di avvalimento, l'analitica descrizione delle risorse messe a disposizione per effetto dell'avvalimento la volontà dell'ausiliario di impegnarsi a metterlo a disposizione del concorrente, la natura dell'impegno assunto⁽¹⁵⁾.

(14) Su cui, tra gli altri, R. MANGANI, *Avvalimento, tipologia contrattuale e regime di responsabilità*, in *giustamm.it*, 2008; DATO, *L'istituto dell'avvalimento nel codice dei contratti pubblici ed i problematici profili di responsabilità delle imprese nei confronti della stazione appaltante*, in G. F. CARTEI (a cura di), *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2008, 286; G. P. CIRILLO, *Il contratto di avvalimento nel nuovo codice dei contratti pubblici: il persistente problema della sua natura giuridica*, cit.

(15) Cons. Stato, sez. Quinta, 5 dicembre 2012, n. 6233; TAR Lombardia, Milano, sez. Terza, 29 dicembre 2012, n. 3290; TAR Toscana, sez. Prima, 21 maggio 2012, n. 986; TAR Toscana, sez. Prima, 21 marzo 2013, n. 443.

L'orientamento della giurisprudenza era fermo nel ritenere inidoneo allo scopo un contratto di avvalimento "svincolato da qualunque collegamento con risorse materiali o immateriali"⁽¹⁶⁾ atteso che l'esigenza di una puntuale individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento, "oltre ad avere un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico, nella generale previsione codicistica che configura quale causa di nullità di ogni contratto l'indeterminatezza (ed indeterminabilità) del relativo oggetto, trova la propria essenziale giustificazione funzionale, inscindibilmente connessa alle procedure contrattuali del settore pubblico, nella necessità di non permettere - fin troppo - agevoli aggiramenti del sistema dei requisiti di ingresso alle gare pubbliche (requisiti pur solennemente prescritti e, di solito, attentamente verificati nei confronti dei concorrenti che se ne dichiarino titolari in proprio)"⁽¹⁷⁾. Solo così, del resto, si riteneva potesse assicurarsi l'effettività della responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria poiché, essendo i requisiti di ammissione alla gara prestati "da un'altra impresa è logico che la stessa debba specificamente indicare i mezzi e le risorse correlate a tale competenza che vengono messe a disposizione ai fini dell'attuazione dell'impegno negoziale. Diversamente, verrebbe vanificata la ragione giustificativa dell'obbligazione solidale. Il regime di responsabilità può, infatti, operare soltanto se viene specificamente indicata la prestazione cui tale responsabilità si riferisce. Non è possibile postulare un inadempimento contrattuale e la conseguente responsabilità di un soggetto il cui obbligo è stato genericamente dedotto in contratto.

In altri termini, la genericità dell'impegno assunto impedisce, come affermato dalla giurisprudenza ricordata, alla stazione appaltante di far valere in via immediata la responsabilità dell'ausiliaria, la quale, per andare esente da responsabilità, potrebbe limitarsi ad indicare proprio la mancanza di una

(16) Cons. Stato, sez. Terza, 17 giugno 2014, n. 3057.

(17) Cons. Stato, sez. Quarta, 26 maggio 2014, n. 2675; *Id.*, sez. Quinta, 27 gennaio 2014, n. 412; *Id.*, sez. Sesta, 13 giugno 2013, n. 3310; si veda anche sez. Quinta, 6 agosto 2012, n. 4510, che ha altresì precisato come "contratti dal tenore generico fino all'evanescenza si presentano incapaci, almeno ex se, di integrare uno schema minimale di diritti, obblighi e quindi garanzie per una sicura attuazione dell'avvalimento, e dunque dello stesso appalto pubblico, in condizioni di chiarezza e trasparenza". Particolarmente chiara, sul punto, è anche Cons. Stato, sez. Quinta, 23 febbraio 2015, n. 864 secondo cui "l'avvalimento di un tale requisito di natura tecnica non può essere generico (e cioè non si può limitare, come nella specie, ad un richiamo 'meramente cartaceo o dichiarato' allo svolgimento da parte dell'ausiliaria di attività che evidenzino le sue precedenti esperienze), ma deve comportare il trasferimento, dall'ausiliario all'ausiliato, delle competenze tecniche acquisite con le precedenti esperienze (trasferimento che, per sua natura, implica l'esclusività di tale trasferimento, ovvero delle relative risorse, per tutto il periodo preso in considerazione dalla gara). Ragionando diversamente, il contratto di avvalimento avrebbe, nel caso di specie, un contenuto totalmente astratto. Infatti, il contributo dell'ausiliario consisterebbe nella sola partecipazione (se del caso, sotto il profilo risarcitorio) alla garanzia per eventuali insufficienze delle prestazioni svolte, ma senza fornire alcun contributo oggettivo perché l'opera dell'ausiliato sia migliorata come consentito dallo svolgimento di esperienze pregresse, ovvero si caratterizzi per l'effettiva sussistenza di quella esperienza considerata rilevante nel bando di gara".

specificazione contrattuale”⁽¹⁸⁾. Pur essendo assai pacifici, tali principi vennero improvvisamente messi in discussione dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che, sempre nella cornice legislativa previgente, ritenne l’onere di necessaria specificità del contratto di cui al citato art. 88, DPR n. 207/2010 non coperto da una convergente norma primaria: a differenza dell’attuale art. 89, comma 1, D.Lgs. n. 50/2016, il previgente art. 49, D.Lgs. n. 163/2006 non conteneva una simile prescrizione e ciò indusse il Supremo Consesso a ritenere la norma regolamentare in contrasto, fra l’altro, con l’art. 1346, c.c. secondo cui l’oggetto del contratto può essere determinato ma anche determinabile⁽¹⁹⁾. L’intervento dell’Adunanza plenaria si è dimostrato naturalmente di fondamentale importanza per aver chiarito alcuni principi che - nell’ambito del tessuto normativo previgente - erano rimasti ancora incerti. Tuttavia, con particolare riferimento all’oggetto del contratto, tale approdo ermeneutico deve oggi ritenersi probabilmente superato per effetto della prescrizione di cui all’art. 89, comma 1, del Codice introdotto dal D.Lgs. n. 56/2017 secondo cui il contratto di avvalimento deve contemplare “a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall’impresa ausiliaria contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall’impresa ausiliaria”, in tale modo conferendo rango primario alla precedente disposizione regolamentare. Del resto, nel rinnovato quadro ordinamentale, si ritiene che un contenuto del contratto di avvalimento soltanto ‘determinabile’ non consentirebbe alla stazione appaltante di svolgere efficacemente la citata verifica circa l’effettivo impiego delle risorse prestate nell’esecuzione dell’appalto.

Quanto al profilo sinallagmatico del contratto di avvalimento, in passato si è sviluppato un cospicuo dibattito in relazione alla controversa necessità che esso presenti o meno i caratteri della onerosità. Sotto questo profilo sono ancora attuali le considerazioni formulate dall’Adunanza plenaria che, pur riconoscendo che il contratto di avvalimento presenta tipicamente un carattere di onerosità, ha affermato che “laddove, peraltro, in sede contrattuale non venga espressamente stabilito un corrispettivo in favore dell’impresa ausiliaria, deve comunque emergere dal testo contrattuale l’interesse - di carattere direttamente o indirettamente patrimoniale - che ha indotto l’ausiliaria medesima ad assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le connesse responsabilità”⁽²⁰⁾.

(18) Cons. Stato, sez. Sesta, 8 maggio 2014, n. 2365.

(19) Cons. Stato., Ad. Plen., 4 novembre 2016, n. 23.

(20) Cons. Stato, n. 23/2016, cit. Nei medesimi termini, da ultimo, TAR Salerno - Campania, sez. Seconda, 13 maggio 2021, n. 1192.

4. L'ambito di applicazione e i possibili limiti

La finalità pro-competitiva dell'avvalimento comporta che l'ambito di applicazione dell'istituto sia molto ampio, essendo ormai la possibilità di ricorrere a risorse altrui una facoltà di carattere generale finalizzata a favorire la più ampia partecipazione possibile alle gare pubbliche anche da parte di imprese che, per le loro ridotte dimensioni o giovane costituzione, non riuscirebbero a dimostrare autonomamente il possesso dei requisiti. Proprio per questo è da tempo pacifico che la possibilità dei concorrenti di ricorrere all'avvalimento discenda direttamente dalla legge e non richieda una specifica previsione del bando⁽²¹⁾. In linea generale, l'avvalimento trova applicazione in ogni procedura ad evidenza pubblica, a prescindere dall'oggetto contrattuale, dalla tipologia di gara e dal suo importo. L'avvalimento può avere ad oggetto sia i requisiti di capacità tecnico-organizzativa che denotano la capacità operativa dell'operatore economico che quelli di capacità economico-finanziaria che individuano l'affidabilità e solidità del concorrente, intesa sotto il duplice profilo di affrontare finanziariamente l'esecuzione del contratto oggetto di affidamento e di poter ristorare la Stazione appaltante per eventuali inadempimenti. È pacifica la possibilità di ricorrere all'avvalimento nelle gare sotto-soglia⁽²²⁾, nelle concessioni sia di lavori che di servizi⁽²³⁾, nelle procedure negoziate⁽²⁴⁾ e anche nei contratti da aggiudicarsi nei settori di non integrale applicazione del Codice dei contratti⁽²⁵⁾.

Il nuovo codice ha cristallizzato il precedente orientamento della giurisprudenza⁽²⁶⁾ in merito alla facoltà di ricorrere all'avvalimento anche nei cosiddetti settori speciali, stabilendo che “nei settori speciali, se le norme e i criteri oggettivi per l'esclusione e la selezione degli operatori economici che richiedono di essere qualificati in un sistema di qualificazione comportano requisiti relativi alle capacità economiche e finanziarie dell'operatore economico o alle sue capacità tecniche e professionali, questi può avvalersi, se necessario, della capacità di altri soggetti, indipendentemente dalla natura giuridica dei legami con essi”⁽²⁷⁾. La facoltà di dimostrare il possesso dei requisiti ricorrendo all'avvalimento non è comunque assoluta essendovi prestazioni che, per la loro delicatezza o particolarità, non possono che essere svolte da un operatore economico autonomamente in possesso dei requisiti.

(21) Cons. Stato, sez. Quinta, 12 novembre 2009, n. 7054.

(22) TAR Veneto, sez. Prima, 6 novembre 2008, n. 3451.

(23) Cons. Stato, sez. Quarta, 9 novembre 2015, n. 5091.

(24) TAR Sicilia - Catania, sez. Prima, 2 maggio 2017, n. 912.

(25) TAR Venezia, sez. Prima, 15 gennaio 2016, n. 7.

(26) Cons. Stato, sez. Sesta, 29 dicembre 2010, n. 9577.

(27) Art. 89, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016.

Particolarmente complesso, ad esempio, è sempre stato il rapporto fra avvalimento e gare per l'affidamento di beni culturali, in relazione alle quali una prima stesura del DPR n. 207/2010 aveva escluso l'operatività dell'istituto; la previsione fu poi espunta nella versione definitiva, anche alla luce delle perplessità sollevate in sede consultiva dal Consiglio di Stato sulla base della considerazione per cui "una norma regolamentare non può escludere l'applicazione di norme primarie"⁽²⁸⁾.

Il nuovo codice, invece, esclude espressamente l'operatività dell'avvalimento nella materia dei beni culturali, disponendo all'art. 146 che "per i contratti di cui al presente capo, considerata la specificità del settore ai sensi dell'articolo 36 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, non trova applicazione l'istituto dell'avvalimento, di cui all'articolo 89 del presente codice".

Parimenti complesso si è poi rivelato il rapporto fra avvalimento e requisiti strettamente connessi all'apparato organizzativo e gestionale dell'azienda, quali ad esempio le certificazioni di qualità (su cui vds. *infra*) e l'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali.

In relazione a quest'ultimo requisito, l'acuto contrasto giurisprudenziale che si era sviluppato è stato risolto in sede legislativa, stabilendo l'art. 89, comma 10, D.Lgs. n. 50/2016 che "l'avvalimento non è ammesso per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all'articolo 212 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152"⁽²⁹⁾.

Il legislatore ha quindi convalidato l'orientamento giurisprudenziale che declinava tale requisito come strettamente personale, presupponendo una specifica organizzazione aziendale per il corretto espletamento di attività delicate o pericolose e caratterizzate dall'impiego di attrezzature e di competenze speciali.

In quest'ottica, la possibilità di avvalersi della struttura aziendale dell'impresa ausiliaria non soddisfa i requisiti previsti dalla normativa in materia a tutela del bene ambientale anche perché non può essere rimessa alla libera scelta dell'impresa ausiliata l'individuazione delle modalità (e della quantità) di utilizzo delle risorse della struttura aziendale ausiliaria che è in possesso dell'autorizzazione a svolgere l'attività di che trattasi, il che non è conciliabile con interessi di primario rilievo come la tutela dell'ambiente che, nel caso di specie, il legislatore ha voluto garantire prevedendo, per i soggetti che gestiscono rifiuti, l'obbligo di iscrizione all'Albo in questione⁽³⁰⁾.

(28) Cons. Stato, sez. atti normativi, 17 settembre 2007, n. 3262.

(29) Analoga previsione era stata inserita nell'art. 49, comma 1-*bis*, D.Lgs. n. 163/2006 ad opera dell'art. 34, comma 2, DL n. 133/2014, conv. dalla legge n. 164/2014.

(30) Cons. Stato, sez. Quinta, 28 luglio 2015, n. 3698.

Quelle sin qui esposte rappresentano limitazione “normative” all’operatività dell’istituto, nel senso che la valutazione di incompatibilità tra alcuni settori e l’avvalimento rappresenta una scelta di politica legislativa. Tema diverso è se, a fronte di prestazioni negoziali particolarmente delicate, la Stazione appaltante possa di propria iniziativa limitare il ricorso all’avvalimento nel bando di gara. Pur non essendo una circostanza molto frequente, questa possibilità è stata riconosciuta dalla Corte di giustizia dell’Unione europea che al riguardo ha ritenuto che “gli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18, letti in combinato disposto con l’articolo 44, paragrafo 2, di tale direttiva, devono essere interpretati nel senso che: non è escluso che l’esercizio di tale diritto [di ricorrere all’avvalimento - ndr] possa essere limitato, in circostanze particolari, tenuto conto dell’oggetto dell’appalto in questione e delle finalità dello stesso.

È quanto avviene, in particolare, quando le capacità di cui dispone un soggetto terzo, e che sono necessarie all’esecuzione di detto appalto, non siano trasmissibili al candidato o all’offerente, di modo che quest’ultimo può avvalersi di dette capacità solo se il soggetto terzo partecipa direttamente e personalmente all’esecuzione di tale appalto”⁽³¹⁾.

(31) CGUE, 7 aprile 2016 (C-324/14). La vicenda scrutinata dal Giudice di Lussemburgo trae origine da una procedura indetta dall’amministrazione per i servizi di nettezza urbana della città di Varsavia per l’aggiudicazione di un appalto pubblico relativo a servizi di pulizia meccanica multifunzionale delle strade della città nella stagione invernale ed estiva. La pulizia invernale oggetto di tale appalto consiste essenzialmente nella prevenzione e nell’eliminazione degli strati di ghiaccio mediante lo spargimento di prodotti antigelo e l’utilizzo di spazzaneve sulle carreggiate di talune categorie di strade, mentre la pulizia estiva consiste nello spazzare e lavare con acqua le carreggiate. Alla procedura prendeva parte anche un’impresa che, per la dimostrazione del possesso dei requisiti tecnici ai fini della partecipazione alla gara, in primo luogo faceva valere alcuni servizi pregressi svolti in proprio e in secondo luogo allegava alla propria offerta un impegno di un’altra società che le avrebbe messo a disposizione le proprie capacità. In sede di verifica del possesso dei requisiti, l’amministrazione riteneva che le conoscenze e l’esperienza della società ausiliaria non potessero essere messe a disposizione in assenza di una partecipazione personale ed effettiva di tale società alla realizzazione dell’appalto in questione e, dopo un articolato contraddittorio procedimentale, escludeva la concorrente dalla procedura. Fra le altre questioni sottoposte al suo scrutinio, la Corte era chiamata a precisare le condizioni che devono essere rispettate affinché un operatore economico possa fare affidamento sulle capacità di altri soggetti per partecipare alle procedure di gara e a chiarire le modalità secondo cui deve realizzarsi la messa a disposizione delle risorse necessarie da parte di tali soggetti e, quindi, l’eventuale partecipazione degli stessi all’esecuzione dell’appalto di cui trattasi. Inoltre, alla Corte era stato chiesto di chiarire se l’amministrazione aggiudicatrice possa indicare espressamente, nel bando di gara o nel capitolato d’oneri, regole precise secondo cui un operatore economico può fare affidamento sulle capacità di altri soggetti. Nell’inquadrare le questioni sottoposte al proprio scrutinio, la Corte ha innanzitutto ribadito alcuni principi fondamentali operanti in materia, chiarendo che sebbene l’offerente sia libero di stabilire vincoli con i soggetti sulle cui capacità fa affidamento e di scegliere la natura giuridica di tali vincoli, egli è comunque tenuto a dimostrare che, in sede di esecuzione del contratto, avrà effettiva disponibilità dei mezzi di tali soggetti. Rispetto a tali capisaldi dell’istituto dell’avvalimento, la Corte ha ulteriormente sviluppato anche altri principi particolarmente importanti. In particolare, ha precisato che il ricorso all’istituto dell’avvalimento può essere limitato in casi eccezionali. Infatti, quanto alle ipotesi di avvalimento plurimo e frazionato, la

Muovendosi sulla stessa lunghezza d'onda, l'art. 89, comma 11, D.Lgs. n. 50/2016, dispone che “non è ammesso l'avvalimento qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali”. Anche tale previsione, dunque, sembra legittimare il potere della stazione appaltante di limitare la possibilità per i concorrenti di ricorrere all'avvalimento purché negli atti di gara sia data adeguata e congrua motivazione circa la particolarità delle prestazioni contrattuali e naturalmente entro il perimetro derogatorio delineato dalla legge, atteso che “il testo dell'art. 89 cit. non consente alle stazioni appaltanti di porre limitazioni all'utilizzo dell'avvalimento o di conformare il suo utilizzo, se non nei limiti di cui alle previsioni dei commi 3 e 4 del medesimo art. 89”⁽³²⁾.

5. Avvalimento e requisiti ‘aziendali’: attestazione SOA e certificazione di qualità

Sempre alquanto problematica è stata l'operatività dell'avvalimento in relazione a quei requisiti che, per loro intrinseca natura, sono inscindibilmente legati all'organizzazione aziendale, quali la certificazione di qualità e l'attestazione SOA.

Proprio per questa loro caratteristica, pur non mancando posizioni differenti, l'orientamento prevalente li ritiene suscettibili di avvalimento soltanto a condizione che l'ausiliaria metta a disposizione del concorrente anche il complesso delle risorse aziendali che le hanno consentito di maturare quel requisito. Con particolare riferimento alla certificazione di qualità, il prevalente orientamento della giurisprudenza ritiene che essa possa senz'altro essere trasferita per avvalimento⁽³³⁾ in quanto, sintetizzando gli elementi d'eccellenza dei processi produttivi aziendali, rientra a pieno titolo tra i requisiti d'idoneità tecnico-organizzativa⁽³⁴⁾.

Corte ha chiarito come non possa escludersi l'esistenza di prestazioni che presentino peculiarità tali da richiedere una determinata capacità che non si può ottenere associando capacità inferiori di più operatori. In un'ipotesi del genere l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe legittimamente esigere che il livello minimo della capacità in questione sia raggiunto da un operatore economico unico o, eventualmente, facendo riferimento ad un numero limitato di operatori economici, laddove siffatta esigenza sia connessa e proporzionata all'oggetto dell'appalto interessato. Parimenti, prosegue la Corte, non si può escludere che, in circostanze particolari, tenuto conto della natura e degli obiettivi di un determinato appalto, le capacità di cui dispone un soggetto terzo, e che sono necessarie all'esecuzione di un determinato appalto, non siano trasmissibili all'offerente: di talché, in tali ipotesi, l'offerente può fare affidamento su dette capacità solo se il soggetto terzo partecipa direttamente e personalmente all'esecuzione dell'appalto in questione.

(32) Cons. Stato., sez. Quinta, 23 agosto 2019, n. 5834.

(33) Cons. Stato, sez. Quinta, 15 dicembre 2016, n. 5289.

(34) Cons. Stato, sez. Terza, 14 luglio 2015, n. 3517; Cons. Stato, sez. Quarta, 3 ottobre 2014, n. 4958.

Come in tutti gli altri casi di avvalimento, si deve trattare di una messa a disposizione effettiva e non fittizia, non potendosi ammettere il cosiddetto “prestito” della sola certificazione di qualità quale mero documento e senza quel minimo d’apparato dell’ausiliaria atta a dar senso al prestito stesso, a seconda dei casi i mezzi, il personale, il *know how*, le prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti⁽³⁵⁾.

Sotto questo profilo, è stato chiarito che siffatta certificazione, in quanto finalizzata ad assicurare l’espletamento del servizio o della fornitura da una impresa secondo il livello qualitativo accertato dall’apposito organismo e sulla base di parametri rigorosi delineati a livello internazionale che danno rilievo all’organizzazione complessiva della relativa attività ed all’intero svolgimento delle diverse fasi di lavoro, non può essere oggetto di avvalimento senza la messa a disposizione di tutto o di quella parte del complesso aziendale del soggetto al quale è stato riconosciuto il sistema di qualità, occorrente per l’effettuazione del servizio o della fornitura⁽³⁶⁾.

Ad analoghe conclusioni è giunto da tempo il prevalente indirizzo della giurisprudenza anche con riferimento all’attestazione SOA, ritenendo che “l’attestazione SOA costituisce il frutto di una valutazione complessiva degli svariati elementi facenti parti dell’organizzazione aziendale, che non coincide con la mera sommatoria degli stessi e che non ne consente una considerazione atomistica. Conseguente il contratto di avvalimento finalizzato a munire l’impresa ausiliata dell’attestazione SOA necessaria per partecipare alla gara deve avere ad oggetto il prestito dell’insieme delle dette risorse”⁽³⁷⁾. In altri termini l’impresa ausiliaria deve impegnarsi, non semplicemente a prestargli il requisito richiesto quale mera entità astratta o soltanto alcuni mezzi, ma a mettere a disposizione del concorrente tutte le risorse e l’apparato organizzativo che hanno giustificato l’attribuzione di quella specifica qualificazione SOA⁽³⁸⁾.

Infatti, il requisito sintetizzato documentalmente nella certificazione SOA è inscindibilmente collegato al dato esperienziale dell’avvenuta esecuzione di commesse analoghe a quella da affidarsi, essendo preordinato a stimare la capacità dell’impresa di misurarsi con la gestione e gli impegni finanziari di un contratto afferente il medesimo settore merceologico. Tanto tali principi risultano pacifici in giurisprudenza che di recente l’Adunanza plenaria ha altresì escluso che la Stazione appaltante possa subordinare l’avvalimento dell’attestazione

(35) Cons. Stato, sez. Quinta, 11 luglio 2014, n. 3574.

(36) Cons. Stato, sez. Terza, 7 aprile 2014, n. 1636.

(37) Cons. Stato, sez. Quinta, 23 febbraio 2017, n. 852.

(38) Cons. Stato, sez. Quinta, 16 maggio 2017, n. 2316; *Id.*, 12 maggio 2017, n. 2226; *Id.*, 13 febbraio 2017, n. 601.

SOA alla circostanza che il concorrente ausiliato possieda anche una propria qualificazione SOA, concludendo per la nullità di una simile clausola del bando per contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione⁽³⁹⁾.

6. Avvalimento di garanzia

Come sopra anticipato, l'avvalimento può avere ad oggetto non solo i requisiti tecnici ma anche quelli economico-finanziari, in relazione ai quali l'istituto assume contorni peculiari. Infatti, differentemente dall'avvalimento "operativo" che si sostanzia nella messa a disposizione di mezzi e risorse necessari all'esecuzione del contratto, l'avvalimento relativo a requisiti economici concerne principalmente l'affidabilità e solidità del concorrente, intesa sotto il duplice profilo di affrontare finanziariamente l'esecuzione del contratto oggetto di affidamento e di poter ristorare la Stazione appaltante per eventuali inadempimenti, come ad esempio il capitale sociale minimo, il fatturato specifico o il fatturato globale⁽⁴⁰⁾.

In relazione a tale forma di avvalimento, l'orientamento degli interpreti è abbastanza controverso con riferimento al profilo concernente il grado di specificità del contratto. Da un lato, vi è la posizione di chi ritiene che anche l'avvalimento di garanzia, ampliando la base di responsabilità per la corretta esecuzione dell'appalto, non deve rimanere astratto, cioè svincolato da qualsivoglia collegamento con risorse materiali o immateriali, poiché ciò snaturerebbe l'istituto finendo col frustare anche la funzione di garanzia. In altri termini, proprio per la sua peculiare funzione, l'avvalimento di garanzia può assicurare alla stazione appaltante un *partner* commerciale con solidità patrimoniale proporzionata ai rischi di inadempimento contrattuale solo se rende palese la concreta disponibilità attuale di risorse e dotazioni aziendali di cui si dà mandato all'ausiliata di avvalersi⁽⁴¹⁾.

Dall'altro lato, vi è chi ritiene che nel cosiddetto "avvalimento di garanzia" la prestazione oggetto dell'obbligazione non è rappresentata dal prestito di strutture e mezzi ma dall'impegno dell'ausiliaria a garantire con le proprie risorse economiche l'ausiliata e, di conseguenza, la Stazione appaltante. In quest'ottica, non occorrerebbe che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali (o ad indici materiali atti ad esprimere una determinata consistenza patrimoniale) e dunque alla messa a

(39) Cons. Stato, Ad. Plen., 16 ottobre 2020, n. 22.

(40) Cons. Stato, sez. Quinta, 12 febbraio 2020, n. 1120.

(41) Cons. Stato, sez. Terza, 22 gennaio 2014, n. 294; *Id.*, 18 aprile 2011, n. 2344; *Id.*, sez. Quinta, 6 agosto 2012, n. 4510.

disposizione di beni da descrivere ed individuare con precisione, essendo sufficiente che emerga l'impegno contrattuale della società ausiliaria a mettere a disposizione della società ausiliata la sua complessiva solidità finanziaria ed il suo patrimonio esperienziale, garantendo con essi una determinata affidabilità ed un concreto supplemento di responsabilità⁽⁴²⁾.

Ad avviso di chi scrive tale condivisibile orientamento potrebbe essere suscettibile di ulteriore sviluppo distinguendo le due diverse tipologie di requisiti partecipativi noti come "fatturato generico" (o "globale") e "fatturato specifico"; infatti, mentre il fatturato globale è indiscutibilmente un indice della complessiva solidità finanziaria dell'impresa, quello specifico si connota per un contenuto più esperienziale, essendo riferito allo svolgimento di servizi analoghi a quelli oggetto della gara. In altri termini, se è vero che l'avvalimento di garanzia è la "figura nella quale l'ausiliaria mette in campo la propria solidità economica e finanziaria a servizio dell'aggiudicataria ausiliata, ampliando così lo spettro della responsabilità per la corretta esecuzione dell'appalto"⁽⁴³⁾, il requisito di fatturato specifico non sembra risolversi in un dato meramente finanziario finalizzato solo ad ampliare la base patrimoniale di garanzia per la stazione appaltante com'è invece il fatturato globale, essendo viceversa collegato all'avvenuta esecuzione (e connessa gestione finanziaria) di commesse analoghe a quella da affidarsi ed è quindi preordinato a stimare la capacità dell'impresa di misurarsi con la gestione e gli impegni finanziari di un contratto afferente il medesimo settore merceologico.

Di talché, in questo caso, solo attraverso l'effettiva messa a disposizione delle risorse che hanno consentito di maturare il fatturato specifico può darsi una qualche consistenza a quella solidità patrimoniale fonte di garanzie per la Stazione appaltante. Fra l'altro, in merito alla natura del requisito del fatturato specifico non vi è sempre stata univocità di vedute e tale incertezza interpretativa ovviamente si riflette anche sul piano della declinazione dell'oggetto del contratto di avvalimento.

In particolare, secondo alcuni lo scopo del fatturato è essenzialmente dimostrare l'adeguata dimensione economica dell'impresa esecutrice e pertanto, in caso di avvalimento, sarebbe sufficiente dimostrare che l'ausiliaria si sia impegnata a mettere a disposizione dell'appaltatore la propria acquisita capacità finanziaria senza necessità di ulteriori indicazioni; secondo altri, il fatturato non ha solo una valenza economica contribuendo invece a delineare la dimensione

(42) Cons. Stato, sez. Terza, 4 novembre 2015, n. 5041; *Id.*, sez. Quinta, 27 aprile 2015, n. 2063; *Id.*, sez. Terza, 2 marzo 2015, n. 1020; *Id.*, 6 febbraio 2014, n. 584.

(43) TAR Campania - Napoli, sez. Prima, 2 febbraio 2011, n. 644.

tecnica dell'impresa e la sua reale presenza sul mercato con la conseguenza che, in caso di avvalimento, l'ausiliaria deve obbligarsi a conferire all'appaltatore adeguate risorse del proprio apparato produttivo, precisamente indicate nel contratto di avvalimento⁽⁴⁴⁾.

In argomento è poi recentemente maturato un ulteriore orientamento che, proprio alla luce di tale incertezza interpretativa, ritiene determinante l'esame degli atti di gara per accertare se la stazione appaltante lo abbia declinato quale requisito di solidità economico-finanziaria o di capacità tecnica⁽⁴⁵⁾.

7. Avvalimento e soccorso istruttorio

Un ulteriore profilo di interesse attiene al rapporto fra avvalimento e soccorso istruttorio e, in particolare, se possano formare oggetto di regolarizzazione in corso di gara i documenti richiesti ai fini della operatività dell'istituto in esame.

La questione, come è evidente, è particolarmente delicata, essendo difficile conciliare le potenzialità regolarizzatorie del soccorso istruttorio con un istituto che è preordinato a dimostrare alla stazione appaltante il possesso dei requisiti da parte di un operatore attraverso la messa a disposizione di messi e risorse altrui. All'indomani dell'introduzione dell'istituto del soccorso istruttorio a pagamento, la tematica venne affrontata dall'ANAC, il cui orientamento è stato poi seguito anche dalla maggior parte della giurisprudenza.

In particolare, con la determinazione 8 gennaio 2015, n. 1, l'Autorità di regolazione ha affermato che l'integrazione o la regolarizzazione non possono riguardare la dichiarazione di volontà di ricorso all'avvalimento; ciò in quanto "la dichiarazione di avvalimento costituisce, infatti, elemento costitutivo dei requisiti da possedersi, inderogabilmente, alla scadenza del termine perentorio di presentazione dell'offerta".

Tale orientamento è stato condiviso in giurisprudenza che, anche di recente, ha ribadito che "la totale mancanza della dichiarazione d'obbligo nei confronti della stazione appaltante - come accaduto nella gara *de qua* - e la sua essenzialità, quindi insostituibilità con l'attestazione sul possesso dei requisiti e con l'assunzione delle obbligazioni contenute nel contratto di avvalimento, comportano l'impossibilità di sanare l'omissione col soccorso istruttorio"⁽⁴⁶⁾.

(44) Cons. Stato, sez. Terza, 22 gennaio 2020, n. 546.

(45) Cons. Stato, sez. Terza, 9 marzo 2020, n. 1704; *Id.*, 10 luglio 2019, n. 4866; *Id.*, sez. Quinta, 2 settembre 2019, n. 6066.

(46) Cons. Stato, sez. Quinta, 4 giugno 2020, n. 3506.

La carenza documentale non consentiva di accertare, in sede di verifica della documentazione amministrativa, se l'ausiliaria avesse reso la dichiarazione di impegno verso la stazione appaltante e quale fosse il suo contenuto, atteso che questo, come detto, non è desumibile *aliunde*, in specie dagli altri documenti prodotti per comprovare l'avvalimento.

Discorso diverso per il contratto di avvalimento, in relazione al quale, pur essendo "evidentemente funzionale al possesso dei requisiti prescritti dal bando" l'Autorità ha ritenuto che "possa operare l'istituto del nuovo soccorso istruttorio limitatamente all'ipotesi di mancata allegazione, per mera dimenticanza, del contratto che, in ogni caso, sia stato già siglato alla data di presentazione dell'offerta" per poi concludere che "la nuova disciplina del soccorso istruttorio dispiega, invece, pienamente la sua forza espansiva sugli altri adempimenti prescritti in ordine all'avvalimento".

La tesi - pur prestandosi ad alcune notazioni critiche, non essendo il contratto di avvalimento un documento necessariamente soggetto a data certa - è coerente con la struttura e con la *ratio* del soccorso istruttorio, tramite il quale il concorrente può solo provvedere ad integrazioni documentali della domanda e non anche ad acquisire requisiti di cui era carente al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

Nello stesso senso si muove anche la giurisprudenza che, da ultimo, ha ribadito che il contratto di avvalimento, lungi dall'essere un mero documento da allegare alla domanda per dimostrare il possesso di un requisito, è il presupposto stesso per la partecipazione alla gara, fornendo all'avvalente il requisito mancante: sicché, in ogni caso, il soccorso istruttorio non può essere strumentalmente utilizzato per l'acquisizione, *ex post*, di un requisito di partecipazione mancante alla data di presentazione dell'offerta, poiché, in questo modo, si altererebbe la *par condicio* tra i concorrenti; in quest'ottica, la sanabilità con il soccorso istruttorio del vizio in questione si risolverebbe in un'inammissibile integrazione postuma della originaria carenza - al momento della partecipazione alla gara - dei requisiti di partecipazione richiesti⁽⁴⁷⁾.

(47) Cons. Stato, sez. Quinta, 27 luglio 2016, n. 3396; TAR Toscana, sez. Prima, 7 novembre 2016, n. 1591. Sulla medesima questione, si veda anche TAR Lombardia, Milano, sez. Quarta, 27 gennaio 2015, n. 301, secondo cui non è consentito alla stazione appaltante, in violazione della *par condicio*, supplire all'indispensabile requisito della determinatezza del contratto di avvalimento, che dovrebbe indicare espressamente le risorse messe a disposizione, non potendosi rimediare a tale carenza mediante il ricorso al soccorso istruttorio; il soccorso istruttorio è volto solo a chiarire ed a completare dichiarazioni o documenti comunque esistenti, non essendo invece applicabile quando in sede di gara si sia accertata la sostanziale carenza di un requisito essenziale per la partecipazione. L'orientamento è confermato anche dal Giudice di appello: fra le tante, si veda Cons. Stato, sez. Quinta, 14 Quarta 2016, n. 1504.

8. Il divieto di avvalimento condizionato

Come sopra illustrato, la funzione dell'avvalimento è quella di consentire ai concorrenti di estendere il proprio apparato di qualificazione beneficiando del "prestito" dei requisiti da parte dell'impresa ausiliaria che infatti - per assicurare l'effettività del trasferimento del requisito - deve effettivamente "mettere a disposizione" le risorse, i mezzi e il personale che hanno consentito l'acquisizione della qualificazione prestata. Per questo si ritiene pacificamente che la messa a disposizione delle risorse umane e dei beni strumentali occorrenti per la realizzazione dei lavori o dei servizi oggetto della commessa rappresenti un elemento essenziale dell'istituto dell'avvalimento, da ciò discendendo un "obbligo per l'impresa ausiliata di presentare alla stazione appaltante l'elencazione dettagliata dei fattori produttivi, in modo da consentirle di conoscere la consistenza del complesso economico-finanziario e tecnico-organizzativo offerti in prestito dall'ausiliaria e di valutare la loro idoneità all'esecuzione dell'opera"⁽⁴⁸⁾. Da tali premesse discende che l'impegno negoziale dell'ausiliaria in favore dell'ausiliata - cristallizzato nel contratto e nelle dichiarazioni di avvalimento - deve essere incondizionato: diversamente, infatti, la stazione appaltante si troverebbe esposta al rischio che, in virtù dell'operatività di clausole condizionali (tanto più se potestative) riservate all'ausiliaria, l'impresa aggiudicataria potrebbe in sede di esecuzione non avere la concreta disponibilità dei mezzi, delle risorse e del personale che, per effetto dell'avvalimento dedotto in sede di gara, gli avevano consentito di dimostrare il possesso dei requisiti richiesti per prendere parte alla procedura competitiva. In tal caso, "la messa a disposizione del requisito mancante" si risolverebbe "nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto", come tale inidoneo di assicurare il transito dei requisiti dall'ausiliaria all'ausiliata⁽⁴⁹⁾. Di talché, il contratto di avvalimento non è valido ove sottoposto a condizioni meramente potestative⁽⁵⁰⁾, con cui la società ausiliaria subordini l'efficacia delle obbligazioni assunte nel contratto al proprio insindacabile gradimento⁽⁵¹⁾.

(48) Cons. Stato, sez. Terza, 29 gennaio 2016, n. 346; *Id.*, sez. Quinta, 28 settembre 2015, n. 4507.

(49) Cons. Stato, sez. Quinta, 27 gennaio 2016, n. 264; *Id.*, 27 novembre 2015, n. 5385; *Id.*, 27 aprile 2015, n. 2063.

(50) Cons. Stato, sez. Quinta, 27 gennaio 2014, n. 413.

(51) TAR Sicilia, Palermo, sez. Seconda, 22 febbraio 2016, n. 502. Ad esempio, a fronte di una clausola condizionale che abilitava "il rappresentante legale dell'impresa ausiliaria, o un suo delegato tecnico" a "preventivamente verificare le gare e i capitolati d'appalto prima di consentire l'avvalimento", il Consiglio di Stato ha ritenuto come "una clausola siffatta si sostanzia in una condizione sospensiva meramente potestativa, che contrasta oggettivamente con la natura e le finalità del contratto di avvalimento", (Cons. Stato, sez. Quinta, 27 gennaio 2014, n. 413).

Rispetto a quanto sinora delineato, la giurisprudenza ha sempre tenuto distinta l'ipotesi in cui il contratto di avvalimento contenga una clausola che subordini espressamente le relative obbligazioni al perfezionamento dell'aggiudicazione in favore dell'ausiliata, condizione questa evidentemente imprescindibile affinché possa realizzarsi lo schema negoziale del contratto di avvalimento⁽⁵²⁾.

9. Osservazioni conclusive

Le riflessioni appena condotte mostrano come l'avvalimento non abbia ancora raggiunto una stabile e definitiva regolazione. Si tratta, del resto, di un istituto introdotto solo di recente nella disciplina dei contratti pubblici e tuttora oggetto di interventi normativi e di ripensamenti giurisprudenziali, in ambito sia europeo che nazionale. In tale contesto, il vigente codice dei contratti ha sicuramente contribuito a migliorare la disciplina dell'avvalimento, sia rispetto alle istanze concorrenziali degli operatori economici che tenendo conto degli interessi di ordine generale sottesi al sistema della qualificazione degli operatori economici esecutori di commesse pubbliche.

Sotto il primo profilo, di sicuro interesse sono le disposizioni che, ove l'impresa ausiliaria si riveli carente dei requisiti, consentono al concorrente di sostituirla invece di andare incontro all'esclusione come accadeva nel sistema previgente.

Sotto il secondo profilo, particolarmente importante è la previsione che impone alla Stazione appaltante di verificare l'effettivo impiego nell'esecuzione della commessa delle risorse oggetto di avvalimento. Trattasi di una disposizione davvero innovativa se si considera che, in passato, l'attenzione verso l'istituto era circoscritto alla fase della gara e mancavano strumenti che consentissero di tradurre il prestito dei requisiti avvenuto in fase di gara in un sostanziale impegno di metterle a disposizione in sede esecutiva.



(52) TAR Puglia - Bari, sez. Seconda, 23 maggio 2016, n. 695, secondo cui in tal caso, da un lato, non si è al cospetto di una clausola meramente potestativa, in quanto tale, nulla ai sensi e per gli effetti dell'art. 1355 c.c. e, dall'altro, l'evento dedotto in condizione è proprio l'aggiudicazione dell'appalto, sicché non risulta in alcun modo minata la certezza dell'impegno assunto con il contratto di avvalimento.



Dottore
Felice Piemontese(*)

DOTTRINA

Interdittive antimafia alla prova del dialogo tra corti e legislatore

Il presente contributo intende fornire, partendo da un'analisi dell'attuale formulazione legislativa, una panoramica relativa all'istituto delle interdittive antimafia e del controllo giudiziario quale strumento per la prosecuzione dell'attività aziendale.

L'analisi pone particolare attenzione alle ultime pronunce del giudice amministrativo ed al recente contenzioso costituzionale ponendo tali elementi in diretta relazione con le proposte di riforma dell'istituto all'esame del Parlamento.

This contribution intends to provide, starting from an analysis of the current legislative formulation, an overview of the institution of anti-mafia prohibitions and judicial control as a tool for the continuation of the business activity.

The analysis pays particular attention to the latest rulings of the administrative judge and to a recent constitutional dispute, placing these elements in direct relation to the proposals for reform of the institution being examined by Parliament.

SOMMARIO: 1. Inquadramento dell'istituto dell'interdittiva antimafia. - 2. Il controllo giudiziario quale strumento per la prosecuzione dell'attività d'impresa. - 3. La proposta di legge C. 3015 e le modifiche previste. - 4. Considerazioni conclusive.

1. Inquadramento dell'istituto dell'interdittiva antimafia

Gli articoli 90 e seguenti del D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159, recante “Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136”, d'ora in poi “Codice antimafia”, introducono specifiche disposizioni in tema di interdittive antimafia.

(*) Dottorando di Ricerca in Scienze Giuridiche - Università di Siena.

Si tratta di particolari misure preventive che colpiscono i soggetti che, nell'esercizio dell'attività imprenditoriale, vedono i loro rapporti con la Pubblica Amministrazione⁽¹⁾ caratterizzati da forme di ingerenza della criminalità organizzata.

L'interdittiva antimafia è un atto di natura amministrativa adottato dal prefetto nei confronti di imprese, a seguito della sua valutazione in termini di rilevanza di accertamenti compiuti dagli organi di polizia, che impedisce alle pubbliche amministrazioni di stipulare, approvare o autorizzare contratti o subcontratti nonché autorizzare, rilasciare o comunque consentire concessioni ed erogazioni con l'impresa destinataria dell'interdittiva, con ciò escludendo la stessa impresa dalla possibilità di divenire titolare di rapporti contrattuali con la Pubblica Amministrazione a causa dell'incapacità giuridica determinata dall'interdittiva⁽²⁾.

Un ruolo centrale nella fase di accertamento è svolto dai cosiddetti GIA, i *Gruppi Interforze Antimafia* costituiti presso ogni Prefettura con compiti di supportare le attività ispettive poste in essere dal prefetto prima dell'adozione del provvedimento antimafia interdittivo⁽³⁾.

Il provvedimento prefettizio, che consiste “nell’attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate”⁽⁴⁾ non si fonda su dati certi, ma su una valutazione probabilistica in base a indizi gravi, precisi e concordanti e non ha natura afflittiva e tende più che altro a impedire che la mafia o in generale la criminalità organizzata penetri e si infiltri all'interno dell'economia legale.

(1) In base all'art. 83 del D.Lgs. n. 159/2011, l'ambito di applicazione della normativa in esame è riferito alle pubbliche amministrazioni ed agli enti pubblici, anche costituiti in stazione unica appaltanti, agli enti ed alle aziende vigilati dallo Stato o da altro ente pubblico e alle società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico nonché ai concessionari di lavori o di servizi pubblici in occasione della stipulazione, approvazione o autorizzazione dei contratti e dei subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, ovvero prima del rilascio dei provvedimenti di cui all'art. 67 del medesimo decreto legislativo.

(2) Art. 94, comma 1, codice.

(3) Si tratta come noto di un'articolazione territoriale, operante al livello di ogni Prefettura - Ufficio Territoriale del Governo, del più ampio Gruppo interforze centrale (composto da rappresentanti della Polizia di Stato, dell'Arma dei Carabinieri e della Guardia di Finanza) operante presso il Dipartimento della Pubblica Sicurezza del Ministero dell'Interno ed istituito dall'art. 1, comma 385, della legge 27 dicembre 2017, n. 205, per lo svolgimento di attività di monitoraggio, raccolta e analisi delle informazioni antimafia, nonché per il supporto specialistico all'attività di prevenzione amministrativa dei prefetti, anche in relazione alla realizzazione di opere di massimo rilievo e al verificarsi di qualsivoglia emergenza che ne giustifichi l'intervento. L'organizzazione del Gruppo interforze centrale è attualmente disciplinata dal DM 15 dicembre 2020 del Ministero dell'interno adottato di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e il Ministro della difesa.

(4) Art. 84, comma 3, codice.

Sotto tale aspetto, i poteri di accesso attribuiti al prefetto⁽⁵⁾, che vedono il contraddittorio riconosciuto solo eventualmente mediante l'audizione dell'interessato⁽⁶⁾, devono condurre a sufficienti elementi sintomatici e indicatori dell'infiltrazione della criminalità organizzata, non dovendo fornire né la prova, oltre ogni ragionevole dubbio, che l'infiltrazione mafiosa sia in atto, né in quale misura essa condizioni le scelte dell'impresa, poiché esigere una simile dimostrazione, analoga allo *standard* probatorio richiesto per il giudizio penale anche nella sola forma del delitto tentato, non solo significherebbe costruire una fattispecie di danno e non più di pericolo - carattere intrinseco delle misure di carattere preventivo -, ma implicherebbe una serie di accertamenti e di ragionamenti evidentemente incompatibili con l'efficace e immediata operatività dello strumento de quo che, nell'anticipare la soglia di difesa sociale, intende assicurare una tutela avanzata nel campo del contrasto alle attività criminali⁽⁷⁾.

In tale ottica, la valutazione in sede contenziosa, affidata al giudice amministrativo rispetto a quello che è senza dubbio l'esercizio di un potere discrezionale ampio ma non indeterminato del prefetto⁽⁸⁾, deve operare un concreto bilanciamento tra contrapposti valori costituzionali: la libertà di impresa, da un lato, e la tutela dei fondamentali beni che presidiano il principio di legalità sostanziale, secondo la logica della prevenzione, dall'altro lato; ponderazione che vede, più dettagliatamente, un'attenta operazione di bilanciamento, secondo il criterio del "più probabile che non", tra le irrinunciabili condizioni di tassatività

(5) Art. 93, codice.

(6) L'art. 93, comma 7 del D.Lgs. n. 159/2011 prevede che il prefetto competente al rilascio dell'informazione antimafia, ove lo ritenga utile, sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite invita, in sede di audizione personale, i soggetti interessati a produrre, anche allegando elementi documentali, ogni informazione ritenuta utile.

(7) Cons. Stato, sez. Terza, 30 gennaio 2019, n. 758.

(8) Sull'uso della nozione di discrezionalità all'interno del procedimento di informativa antimafia si veda F. G. SCOCA, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in *Giust. Amm.*, Anno XV, 2018, n. 6. Secondo l'Autore l'informazione antimafia consiste in una attestazione, ossia in un atto di conoscenza (o di giudizio), avente ad oggetto eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa nella governance dell'impresa.

In tale ottica, la stessa regola del "più probabile che non" formulata e sostenuta dalla giurisprudenza consolidata, richiamerebbe concetti di prova, di dimostrazione, più o meno piena, di verità che escluderebbe valutazioni genuinamente discrezionali, ossia di opportunità con ciò comportando che la valutazione del prefetto, seppur certamente opinabile e soggettiva non sarebbe discrezionale in quanto attinente alla conoscenza dei fatti, alla determinazione del loro valore indiziario, e alla prova (anche non piena e non costituente rango di prova penale) della possibilità che un'impresa possa essere esposta ad infiltrazioni da parte della criminalità organizzata.

Contrariamente si veda Cons. Stato, sez. Terza, 31 gennaio 2020, n. 820, che qualifica l'informazione antimafia come "provvedimento giammai vincolato ma per sua stessa natura discrezionale" (si veda anche Cons. Stato, sez. Terza, 29 febbraio 2016, n. 868).

sostanziale e processuale e l'altrettanto irrinunciabile, vitale, interesse dello Stato a contrastare l'insidia delle mafie⁽⁹⁾.

Lo stesso Consiglio di Stato⁽¹⁰⁾ ha infatti più volte affermato che è sufficiente un quadro indiziario tale da generare un ragionevole convincimento sulla sussistenza di un condizionamento mafioso: tale quadro può basarsi su una condanna non irrevocabile, l'irrogazione di misure cautelari, il coinvolgimento in un'indagine penale, collegamenti parentali, cointeressenze societarie e/o frequentazioni con soggetti malavitosi che - nella loro valutazione d'insieme e non atomisticamente - siano tali da fondare un giudizio di probabilità che l'attività d'impresa sia in grado, anche in maniera indiretta, di agevolare le attività commerciali della criminalità o di esserne in qualche modo condizionata.

Particolare attenzione è stata recentemente posta da parte del giudice amministrativo in merito alla valutazione da parte della Prefettura di stralci delle risultanze investigative penali in sede di interdittiva antimafia. Secondo l'organo di ultima istanza della Regione Sicilia tali valutazioni, unitamente a motivazioni dei provvedimenti giurisdizionali in modo difforme rispetto alla magistratura penale "è operazione delicata anche alla luce del *ne bis in idem* per come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo e soprattutto dall'esigenza di coerenza interna dell'ordinamento giuridico, che non può considerare talune condotte penalmente irrilevanti e al contempo rilevanti in un processo amministrativo che sfocia in un provvedimento che per i suoi dirompenti effetti ben può definirsi parapenale".

Tale operazione di autonoma e difforme valutazione da parte della prefettura deve quindi richiedere sempre un attento vaglio da parte del giudice amministrativo⁽¹¹⁾.

2. Il controllo giudiziario quale strumento per la prosecuzione dell'attività d'impresa

La novella al codice antimafia introdotta con l'approvazione della legge 17 ottobre 2017, n. 161 ha introdotto all'interno del novero delle misure di prevenzione patrimoniali, diverse dalla confisca e dal sequestro la figura del controllo giudiziario delle aziende di cui al nuovo articolo 34-*bis*.

(9) Cons. Stato, sez. Terza, 5 settembre 2019, n. 6105.

Sempre sul tema della discrezionalità si veda anche J. COLAMEDICI, *Le interdittive antimafia: tra discrezione e arbitrio*, in *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri*, n. 2, 2019, pagg. 111-122.

(10) *Ex plurimis*, Cons. Stato, sez. Terza, 13 agosto 2018, n. 4938, ib. 9 ottobre 2018, n. 5784.

(11) Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, decreto, 3 agosto 2021, n. 544.

L'istituto in questione, applicabile anche in caso di imprese destinatarie di informazione interdittiva antimafia⁽¹²⁾ e che, a differenza della confisca e del sequestro, non pregiudica l'integrità aziendale ed anzi ne preserva la sua continuità, evitando le perdite economiche e salvaguardandone i livelli occupazionali, pur mantenendo invariati gli organi amministrativi e di direzione dell'azienda, vede a questi affiancati un giudice delegato e un amministratore giudiziario: quest'ultimo riferisce periodicamente, almeno bimestralmente, gli esiti dell'attività di controllo al giudice e al pubblico ministero⁽¹³⁾.

Le attività di controllo possono concretizzarsi nella previsione all'interno del provvedimento che dispone il controllo giudiziario di una serie di obblighi a carico dell'azienda tra i quali:

- > non cambiare la sede, la denominazione e la ragione sociale, l'oggetto sociale e la composizione degli organi di amministrazione, direzione e vigilanza e non compiere fusioni o altre trasformazioni senza l'autorizzazione da parte del giudice delegato;
- > adempiere ad eventuali doveri informativi nei confronti dell'amministratore giudiziario⁽¹⁴⁾;
- > informare preventivamente l'amministratore giudiziario circa eventuali forme di finanziamento della società da parte dei soci o di terzi;
- > adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli articoli 6, 7 e 24-ter del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231⁽¹⁵⁾;

(12) Art. 34-bis, comma 6, Codice che prevede accanto al controllo giudiziario cosiddetto "volontario" oggetto della nostra analisi anche il controllo giudiziario cosiddetto "prescrittivo" che condivide i medesimi presupposti e che viene disposto dal giudice di prevenzione anche in assenza di una informazione antimafia interdittiva, (art. 34-bis, comma 1).

(13) A. G. DIANA, *Il controllo giudiziario delle aziende*, Pacini Giuridica, Pisa, 2019, pagg. 47-178.

(14) Ci si riferisce in modo particolare a quanto previsto dall'art. 34-bis, comma 2, lett. a) che prevede la possibilità per il tribunale di imporre nei confronti di chi ha la proprietà, l'uso o l'amministrazione dei beni e delle aziende oggetto di misura interdittiva, l'obbligo di comunicare al questore e al nucleo di polizia tributaria del luogo di dimora abituale, ovvero del luogo in cui si trovano i beni se si tratta di residenti all'estero, ovvero della sede legale se si tratta di un'impresa, gli atti di disposizione, di acquisto o di pagamento effettuati, gli atti di pagamento ricevuti, gli incarichi professionali, di amministrazione o di gestione fiduciaria ricevuti e gli altri atti o contratti indicati dal tribunale, di valore non inferiore a settemila euro o del valore superiore stabilito dal tribunale in relazione al reddito della persona o al patrimonio e al volume d'affari dell'impresa. Tale obbligo deve essere assolto entro dieci giorni dal compimento dell'atto e comunque entro il 31 gennaio di ogni anno per gli atti posti in essere nell'anno precedente.

(15) Si intende rimarcare in tale sede il recente orientamento del giudice amministrativo che, con riferimento alle misure di *self cleaning*, ha ribadito la necessità di verificare "l'effettiva idoneità delle misure stesse a recidere quei collegamenti e cointeressenze con le associazioni criminali che hanno fondato l'adozione della informazione antimafia" non essendo invece sufficienti misure elusive adottate al solo scopo di eliminare in apparenza gli effetti del provvedimento prefettizio interdittivo, (Cons. Stato, sez. Terza, 19 giugno 2020, n. 3945).

➤ assumere qualsiasi altra iniziativa finalizzata a prevenire specificamente il rischio di tentativi di infiltrazione o condizionamento mafiosi⁽¹⁶⁾.

Per procedere con l'applicazione della misura in esame è necessaria la simultanea presenza di due presupposti: il requisito dell'occasionalità dell'agevolazione mafiosa, in assenza del quale le finalità del controllo giudiziario sarebbero vanificate⁽¹⁷⁾, e la necessaria impugnazione del provvedimento prefettizio che ha adottato l'interdittiva antimafia. Quest'ultimo presupposto condurrà, con l'istanza di ammissione al regime di cui all'art. 34-*bis*, sia alla sospensione del processo innanzi al giudice amministrativo per tutta la durata del controllo giudiziario (in modo tale che il giudice amministrativo possa valutare anche gli elementi offerti dalla relazione finale dell'amministratore giudiziario), sia alla nascita di un procedimento interdipendente rispetto a quello amministrativo nato dall'impugnazione⁽¹⁸⁾.

Il provvedimento che dispone il controllo giudiziario, che può avere una durata variabile da un minimo di uno ad un massimo di tre anni, sospende gli effetti di cui all'interdittiva antimafia⁽¹⁹⁾ salvaguardando pertanto i rapporti presenti e futuri dell'azienda con la Pubblica Amministrazione.

Con riferimento all'interdipendenza dei due giudizi, si intende evidenziare l'orientamento della Suprema Corte nello stabilire che il provvedimento con cui il tribunale competente per le misure di prevenzione nega l'applicazione del controllo giudiziario richiesto è impugnabile con ricorso alla corte di appello anche per il merito. Il giudice di legittimità ha infatti chiarito che il ricorso per Cassazione può essere proposto solo per violazione di legge in quanto, la previsione di un rimedio impugnatorio, che di fatto andrebbe a consentire la rivlutazione dei presupposti alla base delle decisioni del prefetto di adottare l'informazione interdittiva, determinerebbe una inutile duplicazione del giudizio amministrativo, non coerente con l'assetto della misura⁽²⁰⁾.

Di qui la conclusione circa la fisionomia di un sistema che “col doppio grado di giudizio - il primo dei quali, di merito, ed il secondo per la sola violazione

(16) Art. 34-*bis*, comma 3, codice.

(17) Qualora non si tratti di occasionalità dell'agevolazione ma di stabilità della stessa, troverà applicazione la differente misura dell'amministrazione giudiziaria di cui all'art. 34 del Codice Antimafia prevista in tutti quei casi in cui “gli interessi imprenditoriali e quelli criminali risultino più stabilmente convergenti”, (così il Tribunale di Catanzaro, Sez. Misure di prevenzione nel Decreto n. 14/2018).

(18) Cass. pen., sez. Seconda, 22 marzo 2019, n. 27856.

(19) Art. 34-*bis*, comma 7, codice.

(20) Cass. pen., sez. Seconda, 14 febbraio 2019, n. 17451 e id., 12 aprile 2019, n. 31280. Si veda anche M. DI FLORIO, *Brevi considerazioni sui rapporti nel diritto vivente tra interdittiva prefettizia e controllo giudiziario volontario nell'impresa in odor di mafia*, in *La legislazione penale*, 15 marzo 2021.

di legge - si pone come quello generale e di riferimento a tutela degli interessi perseguiti dal corpo normativo, aventi tanto natura pubblicistica, quanto garanzia costituzionale come la libertà di iniziativa economica e la proprietà privata”⁽²¹⁾.

3. La proposta di legge C. 3015 e le modifiche previste

Focalizzeremo ora la nostra attenzione sulla proposta di legge di iniziativa parlamentare assegnata alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati⁽²²⁾ che intende apportare, anche in virtù di recenti pronunce giurisprudenziali, dei correttivi al quadro normativo innanzi descritto.

La proposta di legge è articolata in tre articoli di cui il primo dedicato in modo specifico all’istituto dell’informazione antimafia interdittiva, il secondo dedicato all’istituto del controllo giudiziario ed il terzo, di chiusura, in tema di invarianza finanziaria rispetto agli oneri a carico della finanza pubblica.

In primo luogo si agisce sul termine di validità dell’informazione antimafia interdittiva novellando l’attuale art. 86, comma 2 del codice antimafia e prevedendo che la stessa, a differenza dell’informazione antimafia liberatoria di durata annuale, cessa di avere efficacia se decorsi due anni dalla sua adozione non si procede ad aggiornamento con le modalità di cui all’articolo 91, comma 5 del codice⁽²³⁾.

Si intende quindi evitare il potenziale trasformarsi di quella che è una misura di prevenzione in una sorta di «ergastolo economico occulto»⁽²⁴⁾ mediante la previsione di un obbligo di aggiornamento prefettizio. Si evidenzia in questa sede che ad oggi l’aggiornamento di una informazione antimafia interdittiva è possibile, su iniziativa del prefetto o di parte, nell’ipotesi del sopraggiungere di elementi di fatti diversi ed ulteriori rispetto alla precedente valutazione circa la presenza di tentativi siffatti, che siano idonei ad evidenziare il venir meno della situazione di pericolo.

(21) Cass. pen, SS.UU., sent. 26 settembre 2019, (dep. 19 novembre 2019), n. 46898.

(22) La PDL C. 3015 (Bartolozzi) recante “Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, in materia di informazione antimafia e di controllo giudiziario” è stata presentata il 13 aprile 2021 (comunicata all’Assemblea nella seduta n. 486 del 14 aprile 2021) e formalmente assegnata in sede referente alla II Commissione di Giustizia nel corso della seduta della Camera dei Deputati n. 507 del 13 maggio 2021.

(23) Tale norma prevede che il prefetto, anche sulla documentata richiesta dell’interessato, aggiorna l’esito dell’informazione al venir meno delle circostanze rilevanti ai fini dell’accertamento dei tentativi di infiltrazione mafiosa.

(24) Sul punto si veda G. AMARELLI, *Le interdittive antimafia “generiche” tra interpretazione tassativizzante e dubbi di incostituzionalità*, in G. AMARELLI, S. DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto alla infiltrazione negli appalti pubblici*, Torino, 2019, pagg. 207 ss.

Il conseguente venir meno delle circostanze rilevanti di cui all'articolo 91, comma 5, del decreto legislativo n. 159 del 2011, non dipende dal mero trascorrere del tempo, in sé, ma dal sopraggiungere di obiettivi elementi diversi o contrari che ne facciano venir meno la portata sintomatica⁽²⁵⁾.

In secondo luogo la proposta di legge intende recuperare il principio del contraddittorio procedimentale. Come si è avuto modo di evidenziare *supra* §1, qualifica la partecipazione del privato solo come eventuale⁽²⁶⁾. Il legislatore cerca di cogliere l'invito fornito dal giudice amministrativo a recuperare, seppur a livello attenuato e parziale, quelle garanzie procedurali laddove la partecipazione procedimentale non frustri l'urgenza di provvedere⁽²⁷⁾.

Nel dettaglio viene prevista l'obbligatorietà della partecipazione procedimentale del privato esclusivamente nell'ipotesi in cui viene presentata un'istanza di aggiornamento del provvedimento prefettizio interdittivo a seguito del termine del periodo del controllo giudiziario concesso dal tribunale con le modalità di cui all'articolo 34-*bis*, comma 6, del codice antimafia. Si tratta, in virtù del requisito dell'occasionalità previsto per l'ammissione dell'azienda all'istituto del controllo giudiziario, di quei casi in cui la permeabilità mafiosa appaia quantomeno dubbia e incerta e l'apporto procedimentale del soggetto potrebbe quindi senz'altro fornire utili elementi a chiarire alla stessa autorità prefettizia, anche in un'ottica deflattiva del contenzioso amministrativo, la natura dei rapporti intrattenuti dall'impresa e le relative dinamiche del mondo criminale che ne derivano.

In terzo ed ultimo luogo, con riferimento all'istituto dell'informazione antimafia interdittiva, si incide sulla possibilità di riconoscere un "potere di sospensione" al prefetto in tema di esclusione delle decadenze e divieti.

(25) Si veda *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. Terza, sent. 30 ottobre 2018, n. 4620.

(26) Art. 93, comma 7, codice.

(27) Sulla non necessità del contraddittorio procedimentale è intervenuto al Consiglio di Stato che ha escluso l'applicazione degli artt. 7 e 10-*bis* della l. n. 241/1990 in tema di comunicazione di avvio del procedimento e di preavviso di rigetto ribadendo che la finalità preventiva sottesa al rilascio dell'informazione interdittiva antimafia può comportare un'attenuazione (se non una eliminazione) del contraddittorio procedimentale (Cons. Stato, sez. Terza, 31 gennaio 2020, n. 820, id., 6 maggio 2020, n. 2854). È stato tuttavia sempre lo stesso giudice amministrativo, in una prospettiva *de iure condendo*, ad auspicare un recupero seppur parziale delle garanzie procedurali nella partecipazione del privato al procedimento che conduce all'adozione del provvedimento in esame (così Cons. Stato, sez. Terza, sent. 10 agosto 2020, n. 4979 e relazione sull'attività della giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato del 2 febbraio 2021). Tale ultimo orientamento del giudice amministrativo recepisce anche quanto evidenziato dal Giudice delle Leggi in un'ottica di valorizzazione della centralità della partecipazione al procedimento intesa come principio strumentale alla conoscibilità ed alla trasparenza dell'azione amministrativa (Corte Costituzionale, sent. 19 maggio 2020, n. 116).

Tale aspetto trae origine da un contenzioso costituzionale sub iudice⁽²⁸⁾ durante la stesura del presente articolo, che vede coinvolto, in un procedimento incidentale, il TAR Calabria, sezione di Reggio Calabria e il Ministero dell'inter-no. Con ordinanza del TAR calabrese del 11 dicembre 2020 è stata infatti dichiarata rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 92 del codice antimafia in relazione agli articoli 3, secondo comma, 4 e 24 della Costituzione. Secondo il giudice *a quo* la questione di legittimità costituzionale trae origine dalle seguenti motivazioni:

> la contestata disparità di trattamento tra i soggetti destinatari di una delle misure di prevenzione previste dal codice antimafia e quelli attinti da informazione antimafia interdittiva: soltanto per i primi l'attuale formulazione della norma⁽²⁹⁾, prevede che le decadenze e i divieti previsti possono essere esclusi dal giudice nel caso in cui per effetto degli stessi verrebbero a mancare i mezzi di sostentamento all'interessato e alla famiglia. Circostanza non prevista invece in materia di informazione antimafia interdittiva ove è preclusa al prefetto la possibilità, riconosciuta al giudice, di escludere le decadenze ed i divieti previsti, nel caso in cui per effetto degli stessi verrebbero a mancare i mezzi di sostentamento all'interessato e alla sua famiglia⁽³⁰⁾. Si prospetterebbe quindi, secondo il collegio, un'irragionevole violazione dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 della Costituzione⁽³¹⁾;

(28) Registro ordinanze della Corte Costituzionale n. 73 del 2021, (G.U. del 3 giugno 2021, n. 22).

(29) Art. 67, comma 5, del codice.

(30) Nel ricorso viene evidenziato in modo particolare dal ricorrente che l'attività dell'impresa destinataria del provvedimento interdittivo costituisce l'unica fonte di reddito della famiglia e che, in mancanza di essa, il titolare non avrebbe la possibilità di mantenere quattro figli conviventi di cui tre minori oltre alla conseguenza, derivante dagli effetti di cui al provvedimento interdittivo, che si dovrebbe procedere anche al licenziamento di otto dipendenti assunti con contratto a tempo pieno e indeterminato i quali, considerato il periodo di crisi/emergenza, non troverebbero facilmente una nuova collocazione lavorativa.

(31) Giova evidenziare in questa sede che secondo il giudice amministrativo regionale, la disparità di trattamento non è esclusa "per il fatto che ai sensi dell'art.34-bis, comma 6 del decreto legislativo n. 159 del 2011, le imprese destinatarie di informazione antimafia interdittiva ai sensi dell'art. 84, comma 4, che abbiano proposto l'impugnazione del relativo provvedimento del prefetto, possono richiedere al tribunale competente per le misure di prevenzione l'applicazione del controllo giudiziario. Il controllo giudiziario infatti sospende, per il tempo della sua durata, gli effetti dell'interdittiva senza eliminarli e la sua applicazione, rimessa alla valutazione del tribunale competente, è eventuale ed è condizionata dall'impugnazione del provvedimento interdittivo. Esso, in ogni caso, interviene quando questo ultimo ha già, almeno in parte, dispiegato i suoi effetti e non riabilita l'impresa ma, al contrario, presuppone la sussistenza e la permanenza del ripetuto provvedimento interdittivo". Contrariamente a tale orientamento, sulla non possibilità di escludere l'adozione del provvedimento interdittivo per mancanza dei mezzi di sostentamento dell'interessato e della sua famiglia si veda Cons. Stato, sez. Terza, sent. 23 febbraio 2021, n. 1579.

➤ con riferimento alla violazione dell'art. 4 della Costituzione viene evidenziato da parte del giudice rimettente che gli effetti derivanti dall'adozione di informazione antimafia interdittiva incidono indubbiamente anche sull'attività svolta dai soggetti che ne sono colpiti e che vedono di conseguenza inibiti non solo i rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione ma anche quelle attività private, sottoposte a regime autorizzatorio. Secondo il collegio il diritto al lavoro costituisce "diritto fondamentale di tutti i cittadini, e se tale deve ritenersi anche per il detenuto, per il quale il lavoro costituisce altresì componente essenziale del trattamento rieducativo, a maggior ragione lo si deve ritenere tale per soggetti colpiti da un provvedimento di natura cautelare e preventiva, finalizzato, appunto, a prevenire un evento che, per scelta del legislatore, non necessariamente è attuale, o invero, ma anche solo potenziale, emesso da un'autorità amministrativa sulla base della regola causale del più probabile che non". In ultima analisi dovrebbe essere assicurato ai destinatari del provvedimento che il prefetto valuti in concreto se l'adozione dello stesso non pregiudichi irrimediabilmente le condizioni economiche dei destinatari;

➤ viene infine sollevata questione di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 24 della Costituzione in virtù della presenza di un contraddittorio solo eventuale che di fatto preclude ai destinatari dell'interdittiva antimafia la possibilità di sottoporre all'autorità prefettizia le possibili conseguenze derivanti dall'adozione dello stesso in termini di depauperamento dei mezzi di sostentamento propri e della propria famiglia.

La proposta di legge intende pertanto eliminare la disparità di trattamento tra i soggetti destinatari di informazione antimafia interdittiva e i soggetti destinatari di una misura di prevenzione riconoscendo al prefetto la facoltà di non procedere alle revoche ed ai recessi previsti dalla normativa nel caso in cui l'informazione antimafia interdittiva evidenzi che per effetto delle esclusioni e decadenze che ne deriverebbero verrebbero a mancare i mezzi di sostentamento all'interessato e alla sua famiglia. Infine, per quanto di riferimento all'istituto del controllo giudiziario, la proposta di legge in esame intende incidere sui presupposti per l'ammissione al controllo giudiziario come meglio esaminati *supra* §2. Diventa in questo momento fondamentale prendere in considerazione il requisito della impugnazione/non definitività del provvedimento interdittivo ai fini dell'ammissione alla misura del controllo giudiziario.

L'art. 34-*bis*, comma 6, del codice antimafia prevede in merito all'applicazione del controllo giudiziario su istanza di parte, esclusivamente, da parte delle imprese destinatarie di informazione antimafia interdittiva "l'impugnazione del relativo provvedimento del prefetto", senza nulla specificare in merito al regime

impugnatorio (ordinario o straordinario) e sulla conseguente definitività (giudicato) del relativo giudizio che definisce il ricorso⁽³²⁾.

A parere dello scrivente⁽³³⁾ il legislatore parrebbe pertanto aver voluto fornire la possibilità di richiedere l'ammissione al controllo giudiziario per tutte quelle volte in cui è possibile prevedere, anche solo astrattamente, un sindacato del giudice amministrativo sul provvedimento prefettizio, con ciò salvaguardando la possibilità di ricorrere all'istituto in esame anche in presenza di rimedi impugnatori previsti per pronunce definitive come, per esempio, alle ipotesi di revocazione straordinaria⁽³⁴⁾. Si evidenzia infatti nuovamente che la norma in questione parla di "impugnazione" senza ulteriori qualificazioni, sicché non necessariamente dovrà trattarsi di un ricorso al giudice amministrativo, ben potendosi addirittura far rientrare in tale configurazione anche un ricorso straordinario al Capo dello Stato. Inoltre, si potrebbe addirittura sostenere che ciò che rileva unicamente ai fini dell'applicabilità della misura è che vi sia stata un'impugnativa e che, conseguentemente, non solo la "perduranza" della pendenza ma anche la "pendenza" stessa non rientra nel presupposto. In tale circostanza l'impresa potrebbe quindi addirittura chiedere per la prima volta il controllo giudiziario successivamente al giudicato amministrativo di rigetto⁽³⁵⁾.

L'articolo 2 della proposta di legge intende quindi fornire la possibilità di richiedere l'ammissione al controllo giudiziario per tutte quelle situazioni in cui anche solo astrattamente (come anche nei casi di revocazione straordinaria prevista dall'art. 106 del codice del processo amministrativo) è possibile prevedere un sindacato del giudice amministrativo sull'interdittiva antimafia.

4. Considerazioni conclusive

Come evidenziato nel corso del presente articolo la proposta di legge incide prioritariamente sul tema del contraddittorio procedimentale recependo non solo le indicazioni fornite dalla giurisprudenza amministrativa per tutte quelle

- (32) Diversamente avviene invece nel caso del commissariamento giudiziale, di cui all'art. 15 del D.Lgs. n. 231/2001 conseguente a specifica misura interdittiva, per il quale si prevede espressamente che la prosecuzione dell'attività da parte del commissario non può essere disposta quando "l'interruzione dell'attività consegue all'applicazione in via definitiva di una sanzione interdittiva".
- (33) ID, *Le sanzioni interdittive tra codice antimafia e modello della responsabilità amministrativa degli enti da reato*, in *federalismi.it*, numero 14-2021, giugno 2021, pagg. 127-138.
- (34) Si ricorda infatti, con riferimento ai casi di revocazione, che l'art. 106 c.p.a. rinvia espressamente agli artt. 395-396 c.p.c. In particolare ci si riferisce alla revocazione "straordinaria" per i vizi previsti dall'art. 395, n. 1, 2, 3 e 6 perché, contrariamente alla cosiddetta revocazione "ordinaria" nei casi previsti dall'art. 395 n. 4 e 5, può riguardare sentenze passate in giudicato.
- (35) M. MAZZUTO, *Il salvataggio delle imprese tra controllo giudiziario volontario, interdittive prefettizie e giustizia amministrativa*, in *Sistema Penale*, n. 3/2020.

situazioni in cui la permeabilità mafiosa appaia alquanto dubbia e incerta e presenti delle zone grigie o interstiziali⁽³⁶⁾ ma anche rispetto a quanto di recente dichiarato dal Direttore della DIA al fine di differenziare gli strumenti ed evitare l'utilizzo delle interdittive antimafia, quando nei confronti di un'impresa vi è il solo sospetto che sia permeabile alla mafia e può risultare più efficiente procedere con uno strumento più leggero al fine di evitare interdittive che difficilmente reggerebbero in sede di ricorso amministrativo⁽³⁷⁾. Le novità proposte dal legislatore, che necessiteranno di idonei adeguamenti in sede di discussione parlamentare in commissione ed assemblea, iniziano senza dubbio ad affrontare alcune delle problematiche evidenziate dalla dottrina e legate alle sovrapposizioni ed al mancato coordinamento tra discipline⁽³⁸⁾ che parimenti cercano di conciliare l'esigenza di contrasto alla criminalità d'impresa con la tutela di altri interessi sovra-individuali legati alla salvaguardia del tessuto economico e sociale⁽³⁹⁾.

In ultima analisi si tratta sicuramente di un passo importante per un miglioramento, anche in un'ottica costituzionalmente orientata, della disciplina nazionale atta a prevenire i fenomeni di infiltrazione mafiosa all'interno del settore produttivo del Paese secondo considerazioni di base già affrontate in questa Rassegna nel più ampio settore degli appalti pubblici e della corruzione⁽⁴⁰⁾ e che mirano a "calibrare il tiro" dell'azione dello Stato volta a contrastare e sopprimere i fenomeni mafiosi e criminali all'interno dell'economia legale.

(36) Sul punto si veda sempre la relazione sull'attività della giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato del 2 febbraio 2021.

(37) Così si è espresso Maurizio VALLONE in una intervista su *laviailibera.it*, il sito della rivista dell'Associazione Libera e Gruppo Abele riportata dall'agenzia d'informazione SIR il 3 aprile 2021.

(38) Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, anche all'attuale vuoto normativo, derivante dalla mancanza di una disciplina di raccordo tra gli istituti dell'interdittiva antimafia e del controllo giudiziario, relativa al rapporto tra esito positivo del controllo giudiziario e (eventuale) revoca dell'interdittiva oltre all'efficacia che tale revoca debba avere se *ex tunc* o *ex nunc*. Sul punto si veda F. VALENTINI, *Controllo giudiziario e revoca di contributi e finanziamenti in caso di interdittiva antimafia*, 2021, in www.giustizia-amministrativa.it.

(39) L. DEL FAVERO, C. C. CORSARO, *L'estensione delle misure di prevenzione patrimoniale ai reati comuni. Amministrazione giudiziaria e controllo giudiziario quali occasione per la predisposizione degli strumenti di organizzazione, gestione e controllo aziendale*, in *Responsabilità degli enti: problematiche e prospettive di riforma a venti anni dal D.Lgs. 231/2001* (a cura di G. S. BASSI), *Giurisprudenza penale*, 2021/1-bis, 2021, pagg. 358-367 ove si pone una prima problematica legata al coordinamento tra il controllo giudiziario di cui all'art. 3, legge 29 ottobre 2016, n. 199; il controllo giudiziario legato all'art. 34-bis del codice antimafia; il commissariamento giudiziale di cui all'art. 15 del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 e le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese di cui all'art. 32 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90. Sempre sul punto, R. BORSARI, *Misure per il contrasto alla criminalità d'impresa in Diritto on-line* (2018) e ID, *Le sanzioni interdittive tra codice antimafia e modello della responsabilità amministrativa degli enti da reato*, in *federalismi.it*, numero 14-2021, giugno 2021, pagg. 127-138.

(40) J. COLAMEDICI, *La prevenzione della corruzione in un'ottica antimafia*, in *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri*, n. 4, 2018, pagg. 67-80.

DOTTRINA



Dottore
Davide Spina(*)



Dottoressa
Silvia De Blasis(**)

L'applicazione dell'art. 416-*bis* c.p. alle mafie non tradizionali^(***)

Nell'ambito del presente lavoro ci si è occupati della potenzialità espansiva dell'art. 416-*bis* c.p., con particolare riferimento all'applicabilità della predetta disposizione a organizzazioni criminali nuove.

L'analisi della giurisprudenza più recente ha mostrato come l'applicazione dell'art. 416-*bis* c.p. non sia limitata alle mafie cosiddette storiche ma, attraverso un'adeguamento della fattispecie, si sia riscontrata la sussistenza del metodo mafioso anche in contesti nuovi: è il caso, ad esempio, del clan Fasciani, degli Spada e, di recente, anche dei Casamonica.

As part of this work, we addressed the potential expansion of art. 416-bis of the Criminal Code, with particular reference to the applicability of the aforementioned provision to new criminal organizations.

The analysis of the most recent law cases has shown how the application of art. 416-bis c.p. is not limited to the so-called historical mafias but, through an adaptation of this type of offence, the existence of a "mafia methodology" has also been found in new contexts: this is the case, for example, for the Fasciani, the Spada and, recently, also the Casamonica clans.

(*) Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Caltanissetta.

(**) Avvocato penalista. Dottoranda di ricerca in Diritto Penale presso l'Università degli Studi di Rome Tre.

(***) Il contributo è frutto delle riflessioni comuni degli Autori, tuttavia i paragrafi 1 e 2 sono da attribuirsi a De Blasis, e i paragrafi 3, 3.1 e 4 a Spina.
Articolo sottoposto a referaggio anonimo.

SOMMARIO: 1. Premessa. La potenzialità espansiva dell'art. 416-*bis* c.p.: dalle mafie storiche alle nuove mafie. - 2. Metodo mafioso e mafie autoctone: il peso del contesto socio-criminologico. - 3. I clan Fasciani e Spada sono associazioni mafiose. - 4. Note conclusive.

1. Premessa. La potenzialità espansiva dell'art. 416-*bis* c.p.: dalle mafie storiche alle nuove mafie

Introdotta nel codice penale con la legge Rognoni-La Torre⁽¹⁾, frutto della legislazione emergenziale degli anni Ottanta e della necessità da parte dello Stato di rispondere con forza al cosiddetto periodo stragista attraverso la previsione di una fattispecie che colmasse il *deficit* di criminalizzazione dell'associazione per delinquere semplice, l'art. 416-*bis* c.p. rappresenta l'emblema della lotta alla mafia.

Come noto, il nucleo della fattispecie è sancito dal terzo comma che definisce finalità e metodo dell'associazione consegnando agli interpreti, rispetto al modello associativo semplice, un reato a struttura mista⁽²⁾.

Il reato di associazione di tipo mafioso è inevitabilmente intriso di elementi a forte connotazione sociologica che ben si attagliano alle cosiddette mafie storiche, prototipo di riferimento del legislatore del 1982, ma, presentandosi come fattispecie aperta, consente l'adattamento della disposizione anche a forme di associazionismo diverse rispetto a Cosa nostra, 'ndrangheta e camorra⁽³⁾.

La più volte denunciata «tipicità inafferrabile»⁽⁴⁾ della disposizione stride con i principi di determinatezza/tassatività della fattispecie nonché di prevedibilità delle conseguenze giuridiche della condotta; corollari della legalità costituzionale e convenzionale messi a dura prova anche in ragione degli orientamenti ondivaghi della giurisprudenza, ad esempio, in tema di definizione della condotta di partecipazione e di delimitazione con quella del concorrente esterno⁽⁵⁾ nonché di estrinsecazione del metodo mafioso e, ancora, di qualificazione

(1) Legge n. 646/1982.

(2) Tra i tanti, SPAGNOLO, *Dai reati meramente associativi ai reati a struttura mista*, in AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale*, Milano, 1987, 156 ss.; DE VERO, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 1998, 385 ss.; SCIARRONE, *Mafie vecchie, mafie nuove. Radicamento ed espansione*, Roma, 1998. Di recente, VISCONTI, MERENDA, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416-bis tra teoria e diritto vivente*, il MEZZETTI, LUPARIA (diretto da), *La legislazione antimafia*, Bologna, 2020, 40 ss.

(3) Per tutti, RONCO, *L'art. 416-bis nella sua origine e nella sua attuale portata applicativa*, in Romano, TINEBRA, *Il diritto penale della criminalità organizzata*, 2013, 139 ss.

(4) MOCCIA, *La perenne emergenza*, Napoli, 1997, 65.

(5) Numerosi gli interventi della dottrina in argomento. Per tutti, si veda, CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, Napoli, 2003, passim; DONINI, *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione*

giuridica dell'aggravante dell'ambientazione e della sua applicabilità ai partecipi⁽⁶⁾.

La metamorfosi delle associazioni tipiche anche nei territori di origine, la cosiddetta delocalizzazione delle stesse⁽⁷⁾, il radicamento nel nostro territorio di coacervi criminali stranieri con connotazioni mafiose⁽⁸⁾, la formazione di nuove organizzazioni criminali che “imitano” le mafie storiche ma che nessun collegamento hanno con esse hanno determinato un'espansione della fattispecie di cui all'art. 416-bis c.p. attraverso una giurisprudenza permissiva che ha interpretato, nel nome di esigenze di politica - criminale, la disposizione talvolta in modo eccessivamente estensivo, come avvenuto, in particolare, in tema di mafie delocalizzate.

giudiziaria, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2016, 346 ss.; DE LIGUORI, *Concorso e contiguità nell'associazione mafiosa*, Milano, 1996; FLANDACA, *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica*, in *Dir. Pen. Cont.*, 17 marzo 2012; MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminata legislazione e tipizzazione giurisprudenziale*, Torino, 2014; *Id.*, *Il concorso esterno in associazione mafiosa*, in MEZZETTI, LUPARIA (diretto da), *La legislazione antimafia*, cit., 70 ss.; MEZZETTI, *I reati contro l'ordine pubblico*, in FIORELLA (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, 2019; MUSCATIELLO, *Il concorso esterno nelle fattispecie associative*, Verona, 1995; SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, Padova, 1997; VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino 2003.

- (6) In argomento, tra i tanti, ARDITA, *Partecipazione all'associazione mafiosa e aggravante speciale dell'art. 7 d.l.152 del 1991. Concorso di aggravanti di mafia nel delitto di estorsione. Problemi di compatibilità tecnico-giuridica e intenzione del legislatore*, in *Cass. Pen.*, 2001, 2670 ss.; DE VERO, *La circostanza aggravante del metodo e del fine di agevolazione mafiosi: profili sostanziali e processuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1007, I, 42 ss.; DELLA RAGIONE, *L'aggravante della «ambientazione mafiosa» (art. 7 d.l. 12 maggio 1991, n. 152)*, in MAIELLO (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione e armi*, Torino, 2015, 81 ss.; FONDAROLI, *Le circostanze previste dagli artt. 7 e 8 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152 convertito con modifiche nella legge 12 luglio 1991, n. 203*, in *Corso, Insolera, Stortoni* (a cura di), *Mafia e criminalità organizzata*, Torino, 1995, 680 ss.; MERENDA, *La circostanza aggravante della finalità di agevolazione mafiosa: incoerenze sistematiche e incertezze applicative*, in *Arch. Pen.*, 2015, 943 ss.; NINNI, *Aggravante dell'agevolazione mafiosa: perduranti incertezze applicative sulla circostanza di cui all'art. 7 d.l. 152/1991*, in *Dir. Pen. Cont.*, 13 gennaio 2016. Sia consentito il rinvio a DE BLASIS, *La circostanza aggravante del metodo e del fine per reati connessi ad attività mafiose. L'attenuante della dissociazione attuosa*, in MEZZETTI, LUPARIA (diretto da), *La legislazione antimafia*, cit., 178 ss.
- (7) *Ex multis*, *Cass. Pen.*, sez. Quinta, 13 febbraio 2006, sent. n. 19141; *Cass. Pen.*, sez. Terza, 11 gennaio 2012, sent. n. 4304, ROMEO; *ass. Pen.*, sez. Quinta, 24 aprile 2012, sent. n. 31512; *Cass. Pen.*, sez. Quinta, 3 marzo 2015, sent. n. 31666; *Cass. Pen.*, sez. Prima, 11 ottobre 2012, sent. n. 5888, tutte in *Dejure*. Nella giurisprudenza di merito, di recente, *Trib. Venezia*, sez. Gip, 11 marzo 2021, inedit. Per un commento alla predetta pronuncia, MALTARELLO, *Mafie a Nord-Est: il Tribunale di Venezia riconosce l'associazione camorristica dei "Casalesi di Eraclea"*, in *Giur. Pen. web*, 2021, 9. In dottrina, sul tema, tra gli altri, AMARELLI, *Mafie delocalizzate: le Sezioni Unite risolvono (?) il contrasto sulla configurabilità dell'art. 416-bis c.p. 'non decidendo'*, in *Sistema Penale*, 18 novembre 2019; BALSAMO, RECCHIONE, *Mafie al Nord. L'interpretazione dell'art. 416-bis c.p. e l'efficacia degli strumenti di contrasto*, in *Dir. Pen. Cont.*, 18 ottobre 2013; DELL'OSSO, *I "limiti" del reato di associazione di tipo mafioso di fronte alla "Mafia in trasferta"*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Espansione della criminalità organizzata nell'attività d'impresa al Nord*, Torino, 2017, 66 ss.; VISCONTI, *I giudici di legittimità ancora alle prese con la "mafia silente" al nord: dicono di pensarla allo stesso modo, ma non è così*, in *Dir. Pen. Cont.*, 5 ottobre 2015; *Id.*, *Associazione di tipo mafioso e 'ndrangheta del nord*, in *Libro dell'anno Treccani del diritto*, 2016, Roma, 2017, 1965 ss.
- (8) *Cass. Pen.*, 30 maggio 2001, HSIANG, in *Foro it.*, 2004, 6.

Lungi dal voler sostenere che la disposizione in commento possa essere applicata solo alle mafie tradizionali, non potendosi certamente immaginare che il legislatore abbia inteso inserire uno strumento di lotta a geografia determinata e limitata, occorre però riconoscere il giusto rilievo al nucleo della fattispecie ed evitare l'erosione del *Tatbestand* in nome di un nemico da combattere costi quel che costi. Il tema di questo lavoro è limitato ai problemi applicativi del metodo mafioso alle cosiddette mafie autoctone o senza nome e all'adattamento della fattispecie che la giurisprudenza di legittimità ha proposto anche di recente nel tentativo di garantire la verifica della connotazione tipicamente mafiosa anche di realtà lontane dai contesti territoriali storici.

2. Metodo mafioso e mafie autoctone: il peso del contesto socio-criminologico

Si è già detto che l'art. 416-*bis* c.p. ha - e non potrebbe essere altrimenti - un ambito operativo aperto e indefinito a priori che rende la fattispecie "adattabile" anche ad associazioni senza nome e senza una pregressa storia criminale. Questo processo di adattamento richiede, però che l'interprete, nell'accertamento della mafiosità dell'organizzazione, riservi il giusto ruolo al metodo mafioso, nucleo essenziale della fattispecie. Se, infatti, con riferimento alle associazioni storiche, ove i codici di comunicazione sono chiari tanto agli associati quanto ai destinatari della forza di intimidazione, la giurisprudenza ritiene sufficiente il riferimento alla fama criminale della consorteria tanto da bastare una riserva di violenza, di fronte alle mafie non tradizionali, non potendosi valorizzare il profilo storico, dovrà analizzarsi con attenzione l'effettivo dispiegamento della forza di intimidazione da parte del nuovo aggregato. Forza di intimidazione che, come noto, deve ingenerare assoggettamento e omertà nei destinatari.

Quello che è emerso nella prassi applicativa dell'art. 416-*bis* c.p. a contesti diversi da quelli storici è che spesso, soprattutto con riferimento al fenomeno della delocalizzazione al nord, la giurisprudenza non ha ritenuto necessario verificare l'effettivo avvalimento della forza di intimidazione anche da parte della cellula delocalizzata limitandosi a richiamare il collegamento alla casa madre. Il fenomeno della cosiddetta mafia silente stride con il tenore letterale della disposizione ove il legislatore ha utilizzato il verbo "si avvalgono" richiedendo, pertanto, un utilizzo effettivo e non meramente potenziale del metodo mafioso.

L'effettività dell'utilizzo del metodo si traduce nella necessità di verificare se il sodalizio ha mostrato di possedere in concreto la forza di intimidazione e di essersene avvalso assumendo, in tal modo, connotazioni oggettive. Una mera dichiarazione di intenti, infatti, sposterebbe l'accertamento sul piano soggettivo, sulla mera intenzione di utilizzare il metodo mafioso che non può trovare

accoglimento in caso di associazioni che non possono godere della fama criminale acquisita precedentemente.

Con riguardo alle cosiddette mafie autoctone, che si pongono come veri e propri nuovi agglomerati e non hanno alcun collegamento con cellule storiche, la verifica dello sfruttamento del metodo mafioso dovrà necessariamente essere parametrata sulla diversa e specifica realtà anche dal punto di vista dimensionale, non potendosi, in ogni caso, arretrare ad un accertamento di mera potenzialità che si tradurrebbe in una violazione del principio di offensività. Anche con riferimento alle mafie non tradizionali, dunque, dovrà verificarsi un'effettiva capacità di intimidazione esteriormente riconoscibile che non deve necessariamente derivare da atti di violenza e di minaccia, ma che devono richiamare il prestigio criminale dell'associazione⁽⁹⁾.

Sul punto, la giurisprudenza di legittimità, nel processo di adattamento della fattispecie, ha affermato che l'art. 416-bis c.p. è configurabile anche «con riguardo alle cosiddetto “mafie atipiche”, costituite da piccole organizzazioni con un basso numero di appartenenti, non necessariamente armate, che assoggettano un limitato territorio o un determinato settore di attività, avvalendosi del metodo “mafioso” da cui derivano assoggettamento e omertà, senza, peraltro, che sia necessaria la prova che la forza intimidatoria del vincolo associativo sia penetrata in modo massiccio nel tessuto economico e sociale del territorio di riferimento»⁽¹⁰⁾. La soluzione sembrerebbe essere, dunque, quella di un'interpretazione da contesto che tenga conto delle peculiarità socio - criminologiche della realtà di riferimento senza, però, erodere il nucleo di tipicità della fattispecie per esigenze di politica criminale.

3. I clan Fasciani e Spada sono associazioni mafiose

Sulla base di queste premesse la Corte di Cassazione, con riferimento al clan Fasciani, operativo nel Municipio di Ostia, ha potuto affermare che «anche la città di Roma ha conosciuto l'esistenza di una presenza “mafiosa”, sebbene in modo diverso da altre città del sud, ma non per questo meno pericolosa o inquinante il tessuto economico-sociale di riferimento»⁽¹¹⁾.

(9) Cass. Pen., sez. Sesta, 13 giugno 2017, n. 41772, in *Dejure*.

(10) In questi termini, ad esempio, Cass. Pen., sez. Quinta, 13 giugno 2018, n. 44156; sez. Quinta, 20 maggio 2019, n. 26427; sez. Seconda, 30 gennaio 2020, n. 7847; sez. Seconda, 16 marzo 2020, n. 10255, tutte in *Dejure*.

(11) Cass. Pen., sez. Seconda, 16 marzo 2020, n. 10255, cit. Tra i commenti alla sentenza, VISCONTI, “Non basta la parola mafia”: la Cassazione scolpisce il “fatto” da provare per un'applicazione ragionevole dell'art. 416-bis alle associazioni criminali autoctone, in *Sist. Pen.*, 24 marzo 2020; DAMANTE, *Art. 416-bis c.p. e associazioni criminali “senza nome”*: la Cassazione propone uno “screening di mafiosità” con riferimento al Clan Fasciani di Ostia, in *Giur. Pen. web*, 4/2020; MANNA, DE LIA, “Nuove mafie” e vecchie perplessità. Brevi note a margine di una recente pronuncia della Cassazione, in *Arch. Pen.*, 1/2020.

Il merito di questa sentenza è stato quello di aver cercato di conferire oggettività⁽¹²⁾ alla verifica della mafiosità delle associazioni che non hanno una connotazione criminale storicamente qualificata specificando che esse «dovranno essere analizzate nel loro concreto atteggiarsi, in quanto per loro “non basta la parola” (il *nomen* di mafia, camorra, ‘ndrangheta, ecc.); ed è evidente che, in questa opera di ricostruzione, occorrerà porre particolare attenzione alle peculiarità di ciascuna specifica realtà delinquenziale»⁽¹³⁾.

I giudici di legittimità hanno anzitutto premesso che il legislatore del 1982 non ha inteso limitarsi a registrare realtà già presenti sul territorio e dotate di una caratura criminale consolidata, ma che la fattispecie è idonea a incriminare anche le associazioni non tradizionali che, però, perseguono scopi e utilizzano metodi in qualche modo sovrapponibili a quelli delle organizzazioni storiche.

Non potendosi immaginare una disposizione a «geometria variabile»⁽¹⁴⁾ sarà compito dell’interprete, di volta in volta, porre l’attenzione sulle peculiarità della realtà da analizzare al fine di consentire un’opera di assimilazione alle connotazioni tipiche delle mafie storiche in modo da contraddistinguere associazioni che ‘meritano’ il grado di mafiosità da quelle che, invece, devono essere ricondotte nell’ambito delle associazioni semplici.

Il rispetto dei principi di determinatezza e prevedibilità, dunque, è rimesso ai giudici che, nello svolgimento della loro funzione ermeneutica, devono verificare l’effettiva estrinsecazione del metodo mafioso, seppure adattata alla realtà in cui l’associazione da ‘qualificare’ opera.

Gli “Ermellini”, nel confermare la sentenza di merito, hanno enucleato degli “indici di mafiosità”, che non rappresentano tanto un elenco tassativo e completo, quanto, piuttosto «indicatori plausibili della mafiosità penalmente rilevante» di un’associazione non tradizionale.

In questa indagine, assumeranno rilievo, ad esempio, «l’intensità del vincolo di assoggettamento omertoso, le forme di manifestazione degli strumenti intimidatori, gli specifici settori di intervento e la vastità dell’area attinta dalla egemonia del sodalizio, le molteplicità dei settori illeciti di interesse, la caratura criminale dei soggetti coinvolti, la manifestazione esterna del potere decisionale, la sudditanza degli interlocutori istituzionali e professionali»⁽¹⁵⁾.

(12) VISCONTI, “Non basta la parola mafia”: la Cassazione scolpisce il “fatto” da provare per un’applicazione ragionevole dell’art. 416-bis alle associazioni criminali autoctone, cit.

(13) Cass. Pen., sez. Seconda, 16 marzo 2020, n. 10255, cit.

(14) MERENDA, VISCONTI, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell’art. 416-bis tra teoria e diritto vivente*, cit.

(15) Cass. Pen., sez. Seconda, 16 marzo 2020, n. 10255, cit.

Così facendo, i giudici di legittimità hanno evidenziato come l'evoluzione subita dal clan Fasciani negli anni ha comportato una «trasmigrazione di fattispecie giuridica» che ne ha consentito il passaggio da semplice associazione per delinquere - in cui la percezione esterna era quella di Carmine Fasciani & soci - ad associazione di tipo mafioso dove, invece, all'esterno si percepiva la presenza del clan Fasciani interamente e unicamente considerato. In questo modo, ad esempio, sono stati ritenuti significativi gli episodi di intimidazione e il conseguente asservimento, il compimento di ripetuti atti di violenza e di danneggiamento mediante incendio, il ruolo 'istituzionale' assunto da Carmine Fasciani che ha svolto la funzione di "paciere" nell'ambito delle dinamiche relative agli equilibri tra le organizzazioni presenti sul territorio che ha poi determinato l'assunzione di una autorevolezza tale da diventare sufficiente la spendita del nome Carmine Fasciani.

La Corte ha specificato che il "salto di qualità" non ha riguardato solo il singolo, ma anche il «substrato di carattere familiare che ne costituiva l'originario nucleo storico che, successivamente, si verrà ad arricchire in ragione del consolidamento del clan e dell'espansione delle sue mire illecite».

Nella pronuncia in commento, nell'operazione di adattamento della disposizione a realtà nuove, non è mancato il riferimento al limitato ambito territoriale di operatività del clan ritenuto, tuttavia, non distonico rispetto alla configurazione della fattispecie in quanto, in linea con precedenti arresti giurisprudenziali, si è evidenziato come anche porzioni circoscritte di territorio possono rappresentare il "terreno di coltura" nel quale gruppi criminali tradizionali possono assumere caratteristiche tipicamente mafiose.

Recentemente la Corte di assise di appello di Roma⁽¹⁶⁾, utilizzando i criteri ermeneutici offerti dalla Cassazione nell'ambito del procedimento al clan Fasciani, ha riconosciuto la mafiosità del clan Spada, anch'esso operativo sul territorio di Ostia⁽¹⁷⁾. Già i primi giudicanti, dopo aver ricostruito il percorso criminale del clan, avevano ritenuto sussistente l'operatività dell'associazione con metodo mafioso. In particolare, la Corte territoriale ha evidenziato la sistematica occupazione di settori economici di interesse, il clima di intimidazione e conseguente omertà, le lotte tra clan contrapposti per il controllo del territorio, peraltro emerse anche nell'ambito del processo ai Fasciani, nonché gli specifici reati perpetrati tra cui estorsioni e usura.

(16) Corte di assise di appello di Roma, sez. Prima, 10 marzo 2021, n. 2, inedita.

(17) Invero la Cassazione si è già espressa sulla mafiosità del clan Spada con sentenza n. 6764/2020 nel procedimento a carico di Roberto Spada, dove è stata riconosciuta la configurabilità dell'aggravante del metodo mafioso.

I giudici di merito si sono soffermati anche sulla ripartizione dei settori di intervento dei singoli associati nonché sull'organizzazione interna che dimostra l'esistenza di connotazioni tipicamente mafiose tra cui il rispetto dovuto ai capi nonché l'interscambio dei ruoli quando taluno dei partecipi era impossibilitato a prendere parte alle attività del clan per esempio perché detenuto. Il rifiuto di collaborare, la reticenza di soggetti estranei che avevano assistito ad episodi di violenza grave, tra cui un omicidio sono stati ritenuti espressione dell'assoggettamento e omertà. In particolare, sul punto, la Corte ha aderito a quell'orientamento secondo cui, per la sussistenza del metodo mafioso e, in particolare, degli eventi di assoggettamento e omertà ad esso collegati, non è necessaria una condizione di terrore generale essendo piuttosto sufficiente un diffuso rifiuto di collaborare⁽¹⁸⁾. Tale pronuncia, al momento in cui si scrive, non ha ancora autorità di cosa giudicata, ma è meritevole di attenzione per la ricostruzione ermeneutica che la Corte territoriale ha fatto dell'art. 416-*bis* con riguardo alle mafie autoctone e per aver applicato, in questa opera interpretativa, i principi di diritto sanciti dalla giurisprudenza di legittimità nel processo Fasciani.

Si segnala, ancora, per completezza, che in data 20 settembre 2021 la Decima sezione penale del Tribunale di Roma ha riconosciuto la mafiosità dei Casamonica avallando la tesi accusatoria della Procura di Roma che, in seguito all'indagine Gramigna, aveva portato alla sbarra quarantaquattro componenti del clan. Tuttavia, al momento in cui si scrive, non sono ancora state depositate le motivazioni della sentenza e, pertanto, allo stato, non si possono analizzare le ragioni che hanno portato i giudicanti a riconoscere la connotazione mafiosa al gruppo criminale dei Casamonica.

3.1 (...segue) *Mafia capitale, no*

Diverse, invece, le conclusioni, peraltro decisamente non scontate, cui è giunta la Corte di Cassazione nell'ambito del procedimento conosciuto come "Mafia capitale". Come noto, si tratta di una vicenda giudiziaria connotata da diverse qualificazioni giuridiche delle associazioni oggetto di attenzione tanto da parte della giurisprudenza di merito quanto di quella di legittimità.

In particolare, la Procura di Roma aveva individuato nel gruppo criminale facente capo a Buzzi e in quello diretto da Carminati un unico sodalizio mafioso e tale connotazione era, in effetti, stata riconosciuta anche dalla Cassazione nella fase cautelare⁽¹⁹⁾ che si era pronunciata con due ordinanze "gemelle" che

(18) In questo senso, ad esempio, Cass. Pen., sez. Sesta, 10 aprile 2015, n. 24536, in *Dejure*.

(19) Cass. Pen., sez. Sesta, 10 marzo 2015, n. 24535; Cass. Pen., sez. Sesta, 10 marzo 2015, n. 24534, in *Dejure*. Tra i commenti, VISCONTI, *A Roma una mafia c'è e si vede...*, in *Dir. pen. cont.*, 15 giugno 2015.

avevano ritenuto corretta la qualificazione giuridica operata dalla Procura capitolina. Di diverso avviso, invece, i giudici di prime cure⁽²⁰⁾ che hanno distinto i due gruppi criminali ritenendoli associazioni semplici e operativamente autonomi l'uno dall'altro. La decisione è stata poi ribaltata dalla Corte di appello di Roma⁽²¹⁾ che ha invece ravvisato l'esistenza di un'unica associazione connotata di mafiosità.

Alla 'saga' del processo "Mafia capitale" la Cassazione⁽²²⁾ ha messo la parola fine negando l'esistenza di un unico gruppo criminale riconducibile all'alveo dell'art. 416-bis e riconoscendo, piuttosto, operative due associazioni semplici dedite una alla commissione di reati contro il patrimonio, l'altra, delitti contro la Pubblica Amministrazione.

In tale pronuncia, i giudici di legittimità non hanno negato in astratto la configurabilità del delitto di associazione mafiosa con riferimento a consorterie di nuovo conio, ma, evidenziando la 'tipicità rafforzata' dell'art. 416-bis c.p. e la sua connotazione quale reato a struttura mista, hanno ribadito, nel rispetto dei principi cardine in materia penale, la necessità di provare l'effettiva estrinsecazione del metodo mafioso tanto per le mafie tradizionali quanto per quelle che operano in contesti territoriali diversi da queste ultime.

Evidenziando i vizi motivazionali della pronuncia della Corte territoriale che si era sostanzialmente basata sulle pronunce di legittimità della fase cautelare senza tenere conto del compendio probatorio emerso all'esito dell'istruttoria dibattimentale, gli "Ermellini" hanno affermato che nel caso di specie era stata «indebitamente piegata la tipicità della fattispecie [...] per farvi confluire fenomeni ad essa estranei». In particolare, non può ravvisarsi nel caso di specie, l'utilizzo del metodo mafioso in quanto, con specifico riguardo ai fatti di corruzione, il 'palazzo' non è stato conquistato dall'associazione, ma si è consegnato volontariamente in virtù di accordi illeciti stipulati in modo paritario tra le parti.

(20) Trib. Roma, 20 luglio 2017, n. 11730, in *Foro it.*, 2018, II, 176 ss.; con nota di FIANDACA, *Esiste a Roma la mafia? Una questione (ancora) giuridicamente controversa*. Tra gli altri commenti, ad esempio, ZUFFADA, *Per il Tribunale di Roma mafia Capitale non è mafia: ovvero, della controversa applicabilità dell'art. 416-bis c.p. ad associazioni criminali diverse dalle mafie storiche*, in *Dir. Pen. Cont.*, 27 novembre 2017.

(21) Corte App. Roma, sez. Terza, 11 settembre 2018, n. 10010, in *Dir. Pen. Cont.*, 14 maggio 2019, con nota di CIPANI, *La pronuncia della Corte d'appello di Roma nel processo cosiddetto Mafia capitale: la questione dell'applicabilità dell'art. 416-bis c.p. alle mafie "atipiche"*.

(22) Cass. Pen., sez. Sesta, 12 giugno 2020, n. 18125. Numerosi i commenti alla sentenza. Per tutti, AMARELLI, VISCONTI, *Da 'mafia capitale' a 'capitale corrotta'. La Cassazione derubrica i fatti da associazione mafiosa unica ad associazioni per delinquere plurime*, in *Sist. Pen.*, 18 giugno 2020; DELLA RAGIONE, *"Mafia capitale" e "mafia corrotta": la parola definitiva della Suprema Corte nel processo di stabilizzazione giurisprudenziale dell'associazione di tipo mafioso*, in *Leg. Pen.*, 21 ottobre 2020; MEZZETTI, *Quel che resta di «Mafia capitale»*, in *Discrimen*, 25 novembre 2020.

Precisando che la forza di intimidazione non richiede necessariamente atti di violenza e minaccia trattandosi di un “requisito di tipicità a forma libera”, giungono alla conclusione che nel caso di specie non è stato possibile riscontrare lo sfruttamento del metodo mafioso e, non potendosi aderire all’orientamento che ritiene sufficiente una potenziale capacità di intimidazione, si deve giungere alla conclusione che Mafia capitale non era mafia.

4. Conclusioni

Nei paragrafi che precedono si è evidenziato come l’art. 416-*bis* c.p. rappresenti una “fattispecie in movimento” la cui applicazione richiede un adattamento a fenomeni associativi diversi e talvolta nuovi rispetto a quelli che aveva in mente il legislatore del 1982. La struttura della fattispecie, però, è connotata da un nucleo essenziale che non può e non deve essere abbandonato: il rigore sanzionatorio e le conseguenze processuali e penitenziarie, dalla contestazione all’eventuale condanna per associazione mafiosa, non consentono (*rectius*: non dovrebbero consentire) di interpretare la disposizione in modo lasco. Talvolta, come si è visto, con riferimento alle mafie delocalizzate, probabilmente in forza della connessione - quantomeno in astratto - con la cosca storica di riferimento, ci si è talvolta ‘accontentati’ di una forza di intimidazione solo potenziale.

Le esigenze processuali, però, non possono rappresentare argomento valido per eludere i principi costituzionali e convenzionali in tema di legalità, prevedibilità, offensività e proporzionalità della pena, quest’ultimo anche recentemente ribadito dalla Corte costituzionale nelle sentenze 222/2018 e 40/2019⁽²³⁾.

Se non deve escludersi a priori l’applicabilità della disposizione in commento a realtà nuove rispetto alle mafie storiche, deve però precisarsi che anche per le mafie senza nome è necessario procedere con rigore alla verifica degli elementi tipici, ben potendo adattarsi la norma alle peculiarità del fenomeno, ad esempio con riferimento alla dimensione della popolazione assoggettata o a quella territoriale di espansione dell’organizzazione.

Il pregio delle due sentenze cui si è fatto riferimento nei paragrafi precedenti è quello di aver evidenziato la necessità del rispetto della tipicità nonché, con particolare riferimento alla sentenza Fasciani, di aver enucleato degli ‘indici di mafiosità’ che potranno guidare l’interprete nell’applicazione dell’art. 416-*bis* c.p. alle mafie non tradizionali.

(23) Corte cost., 25 settembre 2018, n. 222 e Corte cost. 23 gennaio 2019, n. 40, entrambe in www.cortecostituzionale.it.



Professore
Giorgio Spangher (*)

La riforma Cartabia: primissime indicazioni sulle linee generali della legge

1. Con la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale la riforma Cartabia è diventata legge (n. 134 del 2021). Si tratta della riforma prevista dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) che si prefigge lo scopo di abbattere del venticinque per cento l'arretrato della giustizia penale, consolidando a regime gli strumenti messi in campo: aumento del personale, incremento delle risorse materiali, informatizzazione della macchina amministrativa, processo telematico, ausilio dell'ufficio del processo.

Naturalmente, a fianco a questi elementi che dovrebbero migliorare la qualità del servizio giustizia, si collocano le modifiche più strettamente normative destinate a realizzare l'efficienza d'un sistema che prospetta ormai ritardi anche in relazione agli inceppamenti della macchina giudiziaria.

2. La legge, a tale proposito, si struttura in due grandi macroaree: la prima contiene una ampia delega, che andrà esercitata entro un anno (entro il 19 ottobre 2022), contenente la riforma del sistema sanzionatorio e le modifiche al codice di procedura penale.

Sono numerose le aree di intervento tese soprattutto a correggere le distorsioni evidenziate dalla prassi e ad aggiustare meccanismi procedurali rivelatisi carenti se non addirittura suscettibili di determinare vere e proprie patologie applicative.

Vanno così segnalati gli interventi in tema di notificazioni al fine di evitare l'assenza dell'imputato dal giudizio e i rischi di stasi processuale oltre alle possibili invalidità per difetto di reale conoscenza del processo; la disciplina delle indagini tesa a rendere effettivi i tempi della iscrizione della notizia di reato e

(*) Già Ordinario di Procedura Penale.

dell'indagato nel registro *ex* articolo 335 c.p.p., nonché quelli dello svolgimento delle indagini anche in relazione al superamento dei tempi morti dopo l'esaurimento delle attività investigative e quello dell'esercizio dell'azione penale; la fissazione di criteri di priorità al fine di rendere più trasparente l'attività di indagine delle procure; le nuove regole di giudizio dell'archiviazione e dell'udienza preliminare che, alzando la soglia valutativa dovrebbe favorire una più meditata riflessione sull'inutilità della fase dibattimentale, nella quale, infatti, si segnalano numerose situazioni che sarebbe stato possibile non attivare.

Certamente, in questa stessa ultima segnalata prospettiva, vanno viste tutte le ipotesi di uscita anticipata dal processo, sia in relazione alle consolidate situazioni premiali, sia con riferimento a nuovi strumenti di decongestionamento.

Si segnalano, così, a fianco ai tradizionali riti speciali (patteggiamento, abbreviato, procedimento per decreto), la tenuità del fatto, la messa alla prova, l'archiviazione per il pagamento della sanzione elevata all'organo accertatore con l'attivazione di una contestuale eliminazione del danno e del pericolo; l'incrementate situazioni di improcedibilità, nonché la cosiddetta "condotta riparatoria" frutto della mediazione tra autore del reato e vittima.

L'accesso a questo pluralismo di strumenti decongestionanti il carico giudiziario - vera missione della riforma, come detto - è favorito da una significativa modifica del sistema sanzionatorio che - superando la logica carcerocentrica dell'attuale meccanismo punitivo - punta sulle misure alternative, su soglie di pena più favorevoli alla concessione della premialità, nonché sull'eliminazione di ipotesi preclusive. Non mancano altri strumenti processuali tesi a ridurre il peso di procedimenti che appesantiscono inutilmente una macchina giudiziaria in difficoltà come la sospensione per irreperibilità dell'imputato, la propensione al rito monocratico, il ripristinato concordato in appello.

Altre situazioni restano inesprese ma prospettabili in presenza di ulteriori sviluppi riformatori: monocraticità in appello del rito monocratico; ampliamento delle competenze del giudice onorario.

L'incentivato accesso ai riti deflattivi unito alla soglia di prognosi della condanna costituiva un elemento di rivalutazione della fase delle impugnazioni che non poteva non risentire delle relative variabili.

Infatti, ad una forte spinta ai riti alternativi si accompagnava un ridimensionamento delle iniziative di controllo (appello: esclusione per il p.m., motivi predeterminati per l'imputato). Il ridimensionamento finale della deflazione-premialità, i criteri selettivi di filtraggio dell'udienza preliminare e del dibattimento con determinazione di soglie meno favorevoli ha determinato il ripristino dell'attuale sistema dei gravami.

Restano marginali nella riforma le tematiche del dibattimento, anche se va salutato positivamente - ma con cautela - il ripristino dell'immediatezza del mutamento del giudice, mediato dallo strumento della videoregistrazione. A parte andranno anche considerate le auspiccate modifiche dell'ordinamento penitenziario al di là dei profili delle condizioni di vita all'interno degli istituti sui quali la Ministra intende procedere rapidamente.

3. La seconda area di intervento, quella di immediata - ancorché differita - applicazione, intarsiata da alcune previsioni "spot", riguarda il tema della sospensione (*rectius*, cessazione) della prescrizione con la sentenza di primo grado e la previsione di tempi di celebrazione dei giudizi d'appello e di cassazione, sanzionati, in caso di sfioramento, con la declaratoria di improcedibilità dell'azione penale.

La previsione costituisce un inedito e un *unicum*, non comparabile con le altre ipotesi di improcedibilità, determinandosi così, non solo profili di costituzionalità dell'inserito art. 344-*bis* c.p.p. ma anche non secondari profili sulle implicazioni della sua pronuncia.

Sotto il primo profilo, si devono segnalare, oltre alla questione - non secondaria - di retroattività ai reati commessi prima del 1° gennaio 2020, stante il collegamento tra l'articolo 161-*bis* c.p., la legge spazzacorrotti (legge n. 3 del 2019) e la previsione espressa dalla legge Cartabia (articolo 2, comma 3) i profili di costituzionalità legati oltre che alla stessa legittimità della previsione, alla irragionevolezza delle soglie temporali di alcuni reati, del potere di proroga assegnato allo stesso giudice procedente, alla mancanza di specificità dei motivi che consentono le proroghe, al pregiudizio per la funzione giurisdizionale e/o per l'azione penale.

Va infatti considerato che con la declaratoria di improcedibilità, non c'è né condanna né proscioglimento; sono assorbite le precedenti decisioni sia di condanna, sia di assoluzione; si caducano le misure cautelari personali (anche quelle a tutela della vittima) e quelle reali; l'imputato perde il diritto alla riparazione per l'ingiusta detenzione; vengono meno i provvedimenti civili provvisoriamente esecutivi nonché le decisioni di confisca; nessuna decisione sul querelante; la sentenza non ha autorità di giudicato in sede civile o disciplinare; si prospettano questioni sul valore probatorio del materiale in un altro procedimento; in caso di annullamento con rinvio per la determinazione della pena viene meno il giudicato sulla responsabilità; forse l'imputato può avvalersi della legge Pinto.

Sotto il profilo operativo non possono non essere prospettate, fra le altre, le questioni relative all'operatività o meno per l'appello della sentenza di non luogo e dell'appello della parte civile per i soli interessi civili; l'operatività per gli appelli delle decisioni del giudice onorario; la mancata indicazione del termine di decorrenza in caso di annullamento con rinvio solo per la determinazione della pena; l'operatività o meno del *ne bis in idem*; la mancata individuazione del termine in caso di conversione del ricorso in appello; l'incertezza sull'operatività per i rimedi straordinari e in caso di annullamento di una declaratoria di inammissibilità.

4. Se indubbiamente vanno apprezzate le disponibilità delle risorse materiali e umane, il giudizio sulla delega per la riforma del processo va sospeso, per vedere come le direttive saranno declinate, anche se è significativa e molto importante la riforma del sistema sanzionatorio, incentrato sulla pena pecuniaria e sulle sanzioni sostitutive, restrittive, ma non carcerarie, nonché sulle condotte solidaristiche tese al recupero dell'autore del reato, nella visione mirata alla funzione rieducativa della pena.

Restano perplessità, non marginali, sul nuovo sistema del raccordo tra prescrizione e improcedibilità, sia per gli incerti margini di quest'ultima previsione, sia per le capacità del sistema di marginalizzare una ipotesi definitiva che annullerebbe ogni decisione di merito.





Professore
Piermaria Corona(*)

Opzioni di gestione forestale per il contrasto e l'adattamento ai cambiamenti climatici

La relazione tra cambiamenti climatici e foreste è regolata da complesse azioni e retroazioni: gli ecosistemi forestali sono influenzati dai cambiamenti del clima ma al contempo possono mitigarli agendo da serbatoi di carbonio. La presente nota illustra e discute le principali prospettive operative per una gestione forestale che contribuisca al contrasto e all'adattamento ai cambiamenti climatici, con particolare riferimento alle condizioni dei boschi italiani.

The relationship between climate change and forests is regulated by complex actions and feedbacks: forest ecosystems are influenced by the climate change but at the same time they can mitigate it by acting as carbon sinks. This note presents and discusses the main operational perspectives of forest management for the contrast and the adaptation to climate change, with distinctive respect to the conditions of Italian forests.

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Scenari operativi. - 3. Gestione dei boschi esistenti. - 4. Nuovi impianti forestali. - 5. Ricolonizzazione boschiva. - 6. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

La gestione dei sistemi forestali assume un ruolo sempre più centrale nelle politiche per il contrasto e l'adattamento ai cambiamenti climatici, come evidenziato anche dagli Accordi di Parigi del 2015 che hanno aperto nuovi scenari per l'assorbimento del carbonio atmosferico e il suo accumulo nella biomassa e necromassa legnosa, lettiera e suolo dei boschi e nei prodotti legnosi.

(*) Professore Ordinario presso l'Università degli Studi della Tuscia.

La stessa strategia italiana di lungo termine sulla riduzione dei gas a effetto serra⁽¹⁾ considera la gestione sostenibile delle foreste come una delle principali opportunità.

I boschi italiani assorbono dall'atmosfera annualmente circa trenta milioni di tonnellate di anidride carbonica, poco meno del dieci per cento delle emissioni mediamente prodotte dal nostro Paese. Quasi il quaranta per cento della superficie territoriale italiana è coperta da boschi, i quali dal 1990 a oggi hanno guadagnato oltre un milione di ettari: nel 2018, per la prima volta dopo secoli in Italia, la superficie forestale ha superato quella utilizzata a fini agricoli⁽²⁾.

L'espansione dei boschi, per le loro intrinseche capacità, incide positivamente sulle potenzialità del territorio in termini di utilità ecosistemiche, contribuendo anche al contrasto e all'adattamento ai cambiamenti climatici. Peraltro, risulta difficile pensare che nei prossimi decenni il fenomeno di espansione dei boschi italiani possa perdurare al tasso attuale. Tra l'altro, i sistemi forestali, dinamici per natura, sono, in varie situazioni, relativamente vulnerabili⁽³⁾: se è vero che il carbonio accumulato negli ecosistemi boschivi può essere stoccato per centinaia o anche migliaia di anni, è anche vero che disturbi quali, a esempio, gli incendi possono restituire all'atmosfera grandi quantità di carbonio in tempi rapidissimi⁽⁴⁾.

Tra le misure per ridurre i suddetti rischi in sistemi fortemente antropizzati quali sono, in netta prevalenza, i boschi italiani, specificatamente efficace è la gestione selvicolturale⁽⁵⁾, i cui effetti risultano significativi anche per quanto riguarda l'adattamento ai cambiamenti climatici⁽⁶⁾, sia in termini di funzione di contrasto agli impatti sul territorio (protezione del suolo da eventi meteorologici estremi, consolidamento dei versanti, salvaguardia delle risorse idriche, ecc.) sia rispetto agli impatti sulle foreste stesse (aumento del rischio di incendi, siccità, attacchi di patogeni, ecc.).

2. Scenari operativi

La relazione tra cambiamenti climatici e foreste è bidirezionale e regolata da complesse azioni e retroazioni: gli ecosistemi forestali sono influenzati dai cambiamenti del clima (a esempio: variazioni nella produttività primaria dovute

(1) Vds. www.mite.gov.it/sites/default/files/lts_gennaio_2021.pdf.

(2) MARCHETTI, *et al.*, 2018.

(3) MOTTA, *et al.*, 2018.

(4) CHIRIACÒ, *et al.*, 2013.

(5) FARES, *et al.*, 2015.

(6) KOLSTRÖM, *et al.*, 2011; CORONA, 2019.

ai cambiamenti nei regimi di piovosità/temperatura) ma, ancor più, possono, come già detto, mitigarli agendo da serbatoi di carbonio. Le principali prospettive operative per una gestione che contribuisca a una tale mitigazione sono schematicamente inquadrabili in funzione delle seguenti opzioni:

> *preservazione*: (1) boschi con organizzazione e struttura a elevato grado di complessità ed efficienza ecobiologica; (2) boschi molto degradati che necessitano di un adeguato reinnesco dei processi funzionali; ambedue questi tipi di sistemi vengono lasciati alla libera evoluzione: la gestione si concretizza in un attento monitoraggio dei processi di autorganizzazione che si instaurano naturalmente e che sono alla base della capacità di fissazione del carbonio atmosferico da parte di questi ecosistemi;

> *rinaturalizzazione boschiva*: boschi con organizzazione e struttura a diverso grado di semplificazione, in cui gli interventi selvicolturali sono orientati a favorire il pieno ripristino dei processi naturali e dell'integrità funzionale;

> *uso produttivo*: realtà non ricadenti nelle prime due tipologie, in buon equilibrio bioecologico; il gestore si pone al servizio del sistema e ne trae benefici economici diretti; in questo caso risulta fondamentale contenere i prelievi legnosi entro i limiti del tasso naturale di accrescimento dei soprassuoli forestali al fine di mantenere positivo il bilancio di carbonio nell'ecosistema;

> *ampliamento delle superfici* con soprassuoli forestali attraverso la rinaturalizzazione di terreni privi di copertura forestale, tramite rimboschimento (con particolare riferimento agli ambiti urbani e periurbani), e la realizzazione di piantagioni da legno;

> *protezione dagli incendi boschivi* attraverso misure di selvicoltura preventiva, soprattutto in considerazione del forte aumento del rischio dovuto ai cambiamenti climatici⁽⁷⁾.

Oltre alla funzione di serbatoi di carbonio, l'uso produttivo dei boschi e la realizzazione di piantagioni da legno svolgono anche una funzione di fissazione di carbonio nei prodotti legnosi ritraibili e una funzione di sostituzione di prodotti a maggiore impatto climalterante derivanti da altre materie prime. I prodotti legnosi, impiegati in edilizia e arredamento e per utensili e oggettistica, consentono di prolungare, per un periodo più o meno lungo in relazione alla durata del loro ciclo di vita, la fissazione del carbonio immagazzinato dall'accrescimento legnoso degli alberi forestali: pertanto, un aumento dell'utilizzo di questi prodotti, a esempio per usi strutturali (travi lamellari, ecc.), e del riciclo dei materiali legnosi a ciclo breve (carta e cartoni, *pallets*, ecc.) può contribuire a incrementare significativamente il sequestro di carbonio dall'atmosfera.

(7) CORONA, *et al.*, 2015.

Inoltre, quale che sia il loro ciclo di vita, l'impiego di prodotti legnosi genera, comunque, sempre un effetto sostitutivo, dato che materiali alternativi implicano, di norma, consumi energetici per la loro produzione superiori a quelli richiesti dalla manifattura del legno: a esempio, la produzione di un infisso in alluminio richiede mediamente oltre cento volte la quantità di energia necessaria per produrre un pezzo in legno ad analogo uso.

Infine, un ruolo sostitutivo importante hanno anche le biomasse legnose per la produzione di calore e di corrente elettrica: a differenza dei combustibili fossili, l'impiego del legno a fini energetici, nelle forme più diverse (combustione, fermentazione, gassificazione, carbonizzazione), è, in genere, quasi neutrale dal punto di vista delle emissioni di carbonio poiché se la combustione è perfetta o quasi, come può oggi avvenire nei moderni apparecchi per produrre energia termica ed elettrica (i quali permettono anche di contenere in modo significativo l'emissione di particolato), si libera pressoché la stessa quantità di carbonio fissata nella produzione naturale del legno stesso.

3. Gestione dei boschi esistenti

Nei boschi italiani è in atto un generalizzato processo di invecchiamento collegato alla relativamente ridotta quantità di prelievi di legname rispetto alla produzione naturale e all'allungamento dei turni nei soprassuoli coetanei. Ciò sta portando a un lento accumulo di sostanza organica nei suoli forestali. Lo scambio netto di carbonio dell'ecosistema, al contrario, viene ridotto dalla riduzione/assenza di interventi di gestione, principalmente a causa della decomposizione della necromassa legnosa.

In relazione a quest'ultimo aspetto, vari operatori del settore propongono un calibrato aumento dei prelievi che, oltre a consentire una maggiore immobilizzazione di carbonio nei prodotti legnosi, potrebbe agire da volano sugli ecosistemi boschivi, riducendone l'età media e aumentandone correlativamente il saggio di accrescimento. Questa prospettiva va però considerata in modo prudente e, comunque, non va generalizzata: infatti, per ampia parte del patrimonio forestale italiano le provvigioni legnose sono ancora relativamente deficitarie.

Di fatto, la capacità delle foreste di sequestrare carbonio va sempre inquadrata nella prospettiva di una gestione globalmente ecocompatibile, secondo quanto esemplificato nella Tabella che segue.

<i>ESEMPI DI CARATTERISTICHE BOSCHIVE, INDIRIZZI DI PIANIFICAZIONE FORESTALE E ORIENTAMENTI SELVICOLTURALI ATTI A FAVORIRE IL CONTRASTO E L'ADATTAMENTO AI CAMBIAMENTI CLIMATICI</i>	
<i>Caratteristiche boschive</i>	<ul style="list-style-type: none"> ➤ complessità della composizione dendrologica e della struttura orizzontale e verticale dei soprassuoli.
<i>Indirizzi di pianificazione forestale</i>	<ul style="list-style-type: none"> ➤ calibrato aumento della biomassa legnosa e, in taluni boschi coetanei, allungamento del turno, con conseguente maggiore accumulo di sostanza organica nel suolo e produzione di assortimenti legnosi di maggiori dimensioni e ciclo di vita più lungo; ➤ aumento della resistenza e della resilienza rispetto ai disturbi, con particolare riferimento a quelli associati a eventi estremi: ciò non riguarda solamente il caso dei danni da vento o da incendi, ma va esteso anche alle problematiche biotiche, a esempio alle sempre più massive gradazioni di lepidotteri defogliatori e scolitidi e all'aumentato rischio di deperimento in querceti e castagneti.
<i>Orientamenti selvicolturali</i>	<ul style="list-style-type: none"> ➤ riduzione della superficie unitaria delle tagliate a raso; ➤ conservazione di una copertura continua nel tempo anche se temporaneamente più rada; ➤ agevolazione della rinnovazione naturale (teoricamente cogliendo anche l'opportunità di favorire, entro certi limiti, specie arboree e genotipi locali più adattabili ai cambiamenti climatici); ➤ diradamenti che riducono la competizione per le risorse ambientali (a esempio, in ambiente mediterraneo possono ridurre l'esposizione dei popolamenti forestali al rischio di aridità, sebbene l'effetto sia di durata relativamente limitata); ➤ modalità di taglio, concentramento ed esbosco del legname a basso impatto ambientale (le utilizzazioni forestali asportano carbonio che non ricade al suolo dove la sua decomposizione aumenterebbe la respirazione dell'ecosistema; al contempo, però, la continua asportazione di nutrienti può deprimere la crescita nel lungo termine), tali da favorire la conservazione degli elementi minerali (a esempio, evitando o, comunque, limitando il più possibile sistemi di utilizzazione di tipo <i>whole tree</i>) e da limitare il compatamento del suolo e l'erosione superficiale.

Come accennato, per valutare complessivamente l'effetto della gestione selvicolturale sulla fissazione di carbonio occorre tenere conto anche della filiera dei prodotti legnosi ritraibili: a esempio, nel caso di soprassuoli a crescita relativamente lenta (quali tipicamente quelli di origine naturale, almeno in ambito biogeografico mediterraneo) non è conveniente indirizzare la produzione verso assortimenti legnosi con ciclo di vita breve (come invece nel nostro Paese avviene, a esempio, per molte fustaie di cerro o di faggio il cui prevalente prodotto è legname a uso energetico). In linea generale per i soprassuoli coetanei, se il ciclo di vita degli assortimenti prodotti è mediamente più breve del turno fisiocratico (corrispondente all'età di culminazione dell'incremento medio della biomassa legnosa) è conveniente adottare turni più lunghi di esso, mentre, al contrario, se il ciclo di vita degli assortimenti prodotti è mediamente più lungo del turno fisiocratico è conveniente adottare turni più brevi di esso, ammesso che possano essere raggiunte le soglie dimensionali per la produzione degli assortimenti legnosi desiderati. In pratica, considerando l'effetto di massimizzazione complessiva del carbonio atmosferico fissato nel legno e senza tenere conto dell'immagazzinamento di carbonio nel suolo, ne consegue il paradosso, non del tutto avvertito dagli operatori del settore, che, come orientamento generale, in Italia potrebbe essere conveniente un allungamento dei turni per buona parte dei cedui e una loro riduzione per buona parte delle fustaie coetanee.

4. Nuovi impianti forestali

Rimboschimenti - I rimboschimenti sono impianti di specie arboree forestali costituiti per diventare veri e propri boschi: a tal fine, si opera impiegando specie autoctone corrispondenti a un livello più o meno avanzato della successione vegetazionale che teoricamente si avrebbe a partire da un suolo nudo o quasi. In linea generale, si tende a favorire fin dall'inizio, ove possibile, la realizzazione di sistemi forestali complessi, prevalentemente plurispecifici, con eventuale impiego anche di componenti arbustive e prefigurando cicli colturali relativamente lunghi, al cui termine viene preferibilmente favorita la rinnovazione naturale del soprassuolo. Le specie impiegate devono essere coerenti con la serie di vegetazione relativa all'unità ambientale e di paesaggio in cui ricade il sito di impianto e, per quanto possibile, il materiale vivaistico deve essere di provenienza locale. In una logica pianificatoria generale, nella selezione delle aree da destinare al rimboschimento è opportuno accordare priorità a quelle più sensibili al rischio idrogeologico e al rischio di desertificazione⁽⁸⁾, secondo una tipica funzione delle foreste in termini di adattamento ai cambiamenti climatici.

(8) CORONA, *et al.* 2009.

In realtà, nel nostro Paese le possibilità di realizzare rimboschimenti su vasta scala sono oggi relativamente limitate, considerato che da un lato si ha un'alta densità di popolazione (circa duecento abitanti per chilometro quadrato) e dall'altro si assiste comunque a un accentuato avanzamento spontaneo del bosco sui terreni abbandonati dall'agricoltura (ricolonizzazione forestale), cosicché la creazione di nuove aree boscate potrà concentrarsi soprattutto con riferimento agli ambiti urbani e periurbani.

Piantagioni da legno - Le piantagioni da legno sono impianti di alberi forestali su terreni agricoli e non ricadono sotto la nozione giuridica di bosco, potendo essere trasformate alla fine del ciclo colturale in altra qualità di coltura (a esempio, seminativi) senza alcuna preventiva autorizzazione: prevedono l'adozione di algoritmi gestionali tipici dell'arboricoltura da legno e l'eventuale impiego anche di specie arboree esotiche non invasive e/o di materiale vivaistico clonale. Oltre alle rilevanti potenzialità per la fissazione di carbonio atmosferico, l'arboricoltura da legno è particolarmente utile per la fornitura specializzata di materia prima al settore industriale: ciò si realizza nell'ambito di aziende agricole o agroforestali attive, con imprenditori motivati e su terreni di adeguata fertilità fisico-chimica. L'esempio più significativo nel nostro Paese di questo tipo di impianti è quello delle piantagioni monoclonali di ibridi di pioppo⁽⁹⁾. Ai fini specifici della fissazione di carbonio atmosferico sono, peraltro, preferibili piantagioni miste di specie arboree con caratteristiche diverse di fototemperamento e rapidità di accrescimento, in modo da ottenere la massima superficie fotosintetizzante fin dalle prime fasi di impianto (specie arboree ad accrescimento veloce, da diradare nel corso del ciclo di coltivazione, insieme a specie a più lento accrescimento); tra l'altro, impianti plurispecifici possono assicurare una diversificazione qualitativa della sostanza organica apportata al suolo e sono più resistenti ai parassiti e alle fitopatie.

5. Ricolonizzazione boschiva

Uno dei principali fattori che negli ultimi decenni hanno caratterizzato, e ancora oggi caratterizzano, la dinamica dei paesaggi rurali del nostro Paese, soprattutto nelle aree interne, è la ricolonizzazione spontanea da parte dei boschi (il tasso di espansione può essere quantificato, a scala nazionale, intorno a 0.1-0.2 per cento all'anno), fenomeno che implica sempre un aumento di fissazione di carbonio atmosferico per unità di superficie rispetto alle condizioni precedenti.

(9) CORONA, *et al.* 2018.

Questa destinazione può essere ottenuta attraverso il semplice abbandono di seminativi, prati e pascoli, con l'accortezza di prevenire eventi degradanti (a esempio, passaggio del fuoco), ma in situazioni pedoclimatiche difficili (a esempio, elevata pietrosità superficiale), possono essere di interesse anche interventi di sostegno⁽¹⁰⁾. Fattori ambientali quali la pendenza del terreno e la presenza di nuclei di alberi forestali circostanti sono predittori molto efficaci della suscettività di un territorio alla ricolonizzazione boschiva e si prestano a essere utilizzati in ambito pianificatorio per la scelta delle aree da destinare esplicitamente a tale fenomeno⁽¹¹⁾. Peraltro, va segnalato che, negli anni più recenti, queste aree vengono talora ricondotte al precedente uso del suolo per motivazioni paesaggistiche, soprattutto a valere su fondi connessi alle politiche di sviluppo rurale⁽¹²⁾.

6. Considerazioni conclusive

L'azione culturale ha storicamente alterato e modificato i boschi italiani, a esempio favorendo alcune specie arboree (sulle Alpi il larice e l'abete rosso, negli Appennini il faggio) e riducendone altre (l'abete bianco negli Appennini). Alla struttura spesso semplificata dei soprassuoli si è storicamente affiancata l'alterazione della necromassa legnosa e l'impovertimento dei suoli per effetto della raccolta della lettiera. Oggi le foreste italiane presentano, nella maggior parte dei casi, caratteristiche compositive e strutturali molto diverse da quelle originarie. Inoltre, dove negli ultimi decenni ha prevalso l'abbandono culturale, molte di esse possono risultare più vulnerabili a quei fattori di degrado (incendi, attacchi parassitari, ecc.) che una oculata gestione selvicolturale può contenere e prevenire⁽¹³⁾. Ai fini della conservazione e valorizzazione di questa poliedrica realtà, la gestione forestale deve tenere conto delle condizioni presenti, dei processi coevolutivi tra le componenti dell'ecosistema e delle interazioni con l'azione antropica: in questa prospettiva, il concetto di gestione forestale si traduce operativamente nel mantenimento della rinnovabilità biologica e dell'efficienza funzionale degli ecosistemi, condizione che garantisce, tra l'altro, un adeguato contrasto e adattamento ai cambiamenti climatici. Il recente sviluppo dei metodi di pianificazione e gestione forestale offre gli strumenti atti a operare in modo sapiente ed efficace in questa direzione⁽¹⁴⁾.

(10) CORONA, *et al.*, 2009.

(11) CORONA, *et al.*, 2008.

(12) CHITI, *et al.*, 2018; FINO, *et al.*, 2020.

(13) CORONA, *et al.*, 2015.

(14) CORONA, *et al.*, 2019.

In Italia la responsabilità nei confronti della gestione sostenibile delle risorse forestali è sancita normativamente dal D.Lgs. n. 34/2018 (Testo Unico Forestale). In questa prospettiva il coinvolgimento dei portatori di interesse e la conseguente implementazione di adeguati modelli di “governance” diventano prerogative fondanti. A ciò devono affiancarsi politiche che puntino sulla individuazione di tematiche prioritarie sulle quali concentrare gli investimenti pubblici, con riferimento a progetti ancorati alle specificità dei contesti locali. L’obiettivo non è mantenere o raggiungere una condizione “ottimale” del patrimonio forestale, concetto ambiguo in un contesto ambientale e socioeconomico in continua evoluzione, ma piuttosto di sviluppare una capacità di gestione ottimale (1) cercando appunto di sostenere la resilienza dei sistemi forestali in modo che siano in grado di reagire adeguatamente agli impatti, e (2) generando flessibilità sia nelle istituzioni che nelle aspettative dei portatori di interesse, a fronte di condizioni sempre mutevoli⁽¹⁵⁾. Questi orientamenti possono essere variamente modulati secondo un approccio adattativo che, nel rispetto delle condizioni puntuali di ciascun bosco, definisca moduli gestionali conformi a una visione multifunzionale nell’ambito della quale anche il contrasto e l’adattamento ai cambiamenti climatici abbiano un ruolo predominante.



(15) NOCENTINI, *et al.*, 2017.

Bibliografia

- >CHIRIACÒ M. C., PERUGINI L., CIMINI D., D'AMATO E., VALENTINI R., BOVIO G., CORONA P., BARBATI A., 2013. *Comparison of approaches for reporting forest fire-related biomass loss and greenhouse gas emissions in Southern Europe. International Journal of Wildland Fire* 22: 730-738.
- >CHITI T., BLASI E., PELLIS G., PERUGINI L., CHIRIACÒ M.V., VALENTINI R., 2018. *Soil organic carbon pool's contribution to climate change mitigation on marginal land of a Mediterranean montane area in Italy. Journal of Environmental Management* 218: 593-601.
- >CORONA P., 2019. *Cambiamento globale, selvicoltura e sperimentazione. L'Italia Forestale e Montana* 74: 81-92.
- >CORONA P., CALVANI P., MUGNOZZA SCARASCIA G., POMPEI E., 2008. *Modelling natural forest expansion on a landscape level by multinomial logistic regression. Plant Biosystems* 142: 509-517.
- >CORONA P., FERRARI B., IOVINO F., LA MANTIA T., BARBATI A., 2009. *Rimboschimenti e lotta alla desertificazione in Italia. Aracne Editrice, Roma.*
- >CORONA P., ASCOLI D., BARBATI A., BOVIO G., COLANGELO G., ELIA M., GARFÌ V., IOVINO F., LAFORTEZZA R., LEONE V., LOVREGGIO R., MARCHETTI M., MARCHI E., MENGUZZATO G., NOCENTINI S., PICCHIO R., PORTOGHESI L., PULETTI N., SANESI G., CHIANUCCI F., 2015. *Integrated forest management to prevent wildfires under Mediterranean environments. Annals of Silvicultural Research* 39: 1-22.
- >CORONA P., BERGANTE S., CASTRO G., CHIARABAGLIO P. M., COALOA D., FACCIOTTO G., GENNARO M., GIORCELLI A., ROSSO L., VIETTO L., NERVO G., 2018. *Linee di indirizzo per una pioppicoltura sostenibile. Rete Rurale Nazionale, Consiglio per la ricerca in agricoltura e l'analisi dell'economia agraria, Roma.*
- >CORONA P., BARBATI A., FERRARI B., PORTOGHESI L., 2019. *Pianificazione ecologica dei sistemi forestali. Seconda edizione. Compagnia delle Foreste, Arezzo.*
- >FARES A., SCARASCIA MUGNOZZA G., CORONA P., PALAHI M., 2015. *Five steps for managing Europe's forests. Nature* 519: 407-409.
- >FINO E., BLASI E., PERUGINI L., PELLIS G., VALENTINI R., CHITI T., 2020. *Is Soil Contributing to Climate Change Mitigation during Woody Encroachment? A Case Study on the Italian Alps. Forests* 11(8), 887.
- >KOLSTRÖM M., LINDNER M., VILÉN T., MAROSCHEK M., SEIDL R., LEXER M.J., NETHERER S., KREMER A., DELZON S., BARBATI A., MARCHETTI M., CORONA P., 2011. *Reviewing the science and implementation of climate change adaptation measures in European forestry. Forests* 2: 961-982.
- >MARCHETTI M., MOTTA R., PETTENELLA D., SALLUSTIO L., VACCHIANO G., 2018. *Le foreste e il sistema foresta-legno in Italia: verso una nuova strategia per rispondere alle sfide interne e globali. Forest@* 15: 41-50.
- >MOTTA R., 2018. *L'equilibrio della natura non esiste (e non è mai esistito!). Forest@* 15: 56-58.
- >NOCENTINI S., BUTTOUD G., CIANCIO O., CORONA P., 2017. *Managing forests in a changing world: the need for a systemic approach. A review. Forest Systems* 26: Issue 1, eR01.



Tenente Colonnello
Vitantonio Masi(*)

AGRO ECO AMBIENTE

La combustione dei residui vegetali tra sanzione penale e sanzione amministrativa(**)

Il presente scritto affronta l'annoso problema della combustione dei residui vegetali, spesso causa di devastanti incendi boschivi dovuti proprio alla negligenza dell'uomo. Attraverso l'analisi dell'evoluzione normativa, e alla luce della recente giurisprudenza, la combustione dei residui vegetali viene inquadrata nell'ambito della disciplina dei rifiuti prevista dal D.Lgs. n. 152 del 2006, e in particolare come processo di smaltimento, al quale è possibile derogare solo in presenza di determinate e specifiche condizioni. È proprio dalla corretta applicazione della disciplina dei rifiuti che derivano le relative sanzioni, sia penali sia amministrative, in caso di inosservanza delle norme.

This writing deals with the problem of plant combustion, the cause of devastating forest fires due to human negligence. According to the current legislation and jurisprudence, the combustion of plant residues is part of the waste regulation under Law no. 152 of 2006, in particular as a disposal process, which can be waived only in the presence of specific conditions. It is precisely from the correct application of the waste legislation that the relative penalties, both criminal and administrative, derive in the event of non-compliance with the rules.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La disciplina del D.Lgs. n. 152/2006 alla luce delle recenti modifiche apportate dal D.Lgs. n. 116/2020. - 3. Le sanzioni. - 4. L'interpretazione giurisprudenziale. - 5. Le obiezioni alle critiche dottrinarie. - 6. Conclusioni.

1. Premessa

La combustione dei residui vegetali è una pratica ancora largamente diffusa. Siano essi derivanti dalla manutenzione di giardini privati o dall'attività di aziende agricole, è radicata la convinzione della regolarità di un comportamento che risale ad antiche tradizioni, nonché ad ordinamenti ambientali ormai del tutto superati.

(*) Comandante del Nucleo investigativo di Polizia ambientale agroalimentare e forestale (NIPAAF) di Frosinone.

(**) Articolo sottoposto a referaggio anonimo.

La dottrina da tempo sottolinea come tale pratica produca un “inquinamento reiterato, sistematico e dannosissimo per la salute pubblica”⁽¹⁾. Soprattutto, la combustione dei residui vegetali nel periodo di massimo rischio per gli incendi boschivi costituisce un serio e concreto pericolo non solo quando viene effettuato in zone boscate, ma anche nelle zone antropizzate. La presenza di sterpaglia secca, il forte caldo, giornate ventose sono fattori fortemente condizionanti, che possono trasformare una fiammella in un incendio devastante e incontrollabile.

Con l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 152 del 2006 l'abbruciamento di residui vegetali viene inquadrato all'interno della normativa ambientale. Includendo i residui vegetali nella categoria dei rifiuti, l'abbruciamento è considerato come modalità di smaltimento degli stessi - che deve essere autorizzato - con conseguente applicazione di una sanzione penale in caso di smaltimento illecito.

La complessità della materia è stata accentuata dai diversi interventi normativi regionali, tesi a regolare l'abbruciamento dei residui vegetali in funzione di prevenzione degli incendi, prevedendo modalità e tempi tali da consentire un contemperamento con le diverse esigenze dei privati. Una normativa che prevede sanzioni amministrative, in caso di violazioni.

Vi è, dunque, da un lato la normativa ambientale prevista dalla Parte Quarta del D.Lgs. n. 152/2006, dall'altro le singole normative regionali spesso tra loro diverse. L'esigenza che si pone è quella di un coordinamento tra le due discipline, soprattutto sul piano sanzionatorio.

2. La disciplina del D.Lgs. n. 152/2006 alla luce delle recenti modifiche apportate dal D.Lgs. n. 116/2020

La Parte Quarta del D.Lgs. n. 152/2006 (che detta la disciplina quadro in materia di rifiuti) è stata oggetto - nel corso dell'ultimo decennio - di molteplici modifiche tese anche ad individuare deroghe e casi specifici senza però mai mutare l'impostazione originaria di base, in quanto va ricordato che tutta la normativa di settore è di derivazione Comunitaria⁽²⁾.

In relazione al tema oggetto del presente elaborato, a seguire ricostruiamo - dunque - il quadro normativo alla luce anche delle menzionate modifiche.

(1) M. SANTOLOCI, V. SANTOLOCI, *Tecnica di Polizia Giudiziaria Ambientale, Diritto all'Ambiente*, Edizioni 2012, pag. 454.

(2) Va tenuto presente, infatti, che la Parte Quarta del D.Lgs. n. 152 del 2006 ha dato attuazione nell'ordinamento nazionale alla Direttiva 2008/98/Ce sui rifiuti.

L'art. 184, comma 2, del D.Lgs. n. 152/2006 (così come modificato dal D.Lgs. n. 116/2020), nel definire i rifiuti urbani rimanda all'art. 183 comma 1, lettera b-ter, il quale al punto 5) ricomprende "i rifiuti della manutenzione del verde pubblico, come foglie, sfalci d'erba e potature di alberi, nonché i rifiuti risultanti dalla pulizia dei mercati". Il comma 3 lett. a) del citato art. 184 classifica come rifiuti speciali "i rifiuti prodotti nell'ambito delle attività agricole, agro-industriali e della silvicoltura, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 2135 del codice civile, e della pesca". L'incenerimento a terra rientra tra le operazioni di smaltimento dei rifiuti⁽³⁾, quindi chi brucia rifiuti costituenti residui vegetali sta effettuando uno smaltimento degli stessi che richiede apposita autorizzazione⁽⁴⁾.

L'art. 185, comma 1, D.Lgs. 152/2006 elenca i casi di esclusione dal campo di applicazione della normativa sui rifiuti, ed in particolare alla lett. f) menziona: "le materie fecali, se non contemplate dal comma 2, lettera b), del presente articolo, la paglia e altro materiale agricolo o forestale naturale non pericoloso quali, a titolo esemplificativo e non esaustivo, gli sfalci e le potature effettuati nell'ambito delle buone pratiche colturali, utilizzati in agricoltura, nella silvicoltura o per la produzione di energia da tale biomassa, anche al di fuori del luogo di produzione ovvero con cessione a terzi, mediante processi o metodi che non danneggiano l'ambiente né mettono in pericolo la salute umana". Va sottolineato che il D.Lgs. n. 116/2020 ha apportato una modifica alla lett. f), comma 1, dell'art. 185 D.Lgs. n. 152/2006 andando a sopprimere il precedente riferimento agli "sfalci e le potature derivanti dalla manutenzione del verde pubblico dei comuni", pertanto quest'ultimi non beneficiano dell'esclusione dalla disciplina sui rifiuti dettata dall'articolo in esame.

Concentrandoci sugli sfalci e potature effettuati nell'ambito delle buone pratiche colturali, la norma li esclude dall'applicazione della disciplina quadro sui rifiuti quando, premessa la loro non pericolosità, sono utilizzati in agricoltura, nella silvicoltura o per la produzione di energia da biomassa, anche al di fuori del luogo di produzione ovvero con cessione a soggetti terzi, attraverso processi o metodi che non danneggiano l'ambiente né mettono in pericolo la salute umana. In assenza dell'impiego indicato dalla disposizione, tali sfalci e potature restano soggetti alla disciplina dettata dalla Parte Quarta del D.Lgs. n. 152/2006.

La norma non definisce in via generale quali siano le normali pratiche colturali, rimandando dunque alle definizioni tecniche di settore.

(3) Voce D10 dell'Allegato B (operazioni di smaltimento), Parte Quarta, D.Lgs. n. 152/2006.

(4) M. SANTOLOCI, V. SANTOLOCI, *Bruciate rifiuti vegetali: Brevi note su qualche luogo comune*, pubblicato su www.dirittoambiente.net.

L'art. 182, comma 6-*bis*, del medesimo decreto prevede specificamente due casi di “normali pratiche agricole”, ossia il raggruppamento dei residui vegetali e il loro abbruciamento, vincolandoli a determinati requisiti affinché tali pratiche possano escludersi dall'ambito della gestione dei rifiuti: “Le attività di raggruppamento e abbruciamento in piccoli cumuli e in quantità giornaliera non superiori a tre metri steri per ettaro dei materiali vegetali di cui all'articolo 185, comma 1, lettera f), effettuate nel luogo di produzione, costituiscono normali pratiche agricole consentite per il reimpiego dei materiali come sostanze concimanti o ammendanti, e non attività di gestione dei rifiuti. Nei periodi di massimo rischio per gli incendi boschivi, dichiarati dalle regioni, la combustione di residui vegetali agricoli e forestali è sempre vietata. I comuni e le altre amministrazioni competenti in materia ambientale hanno la facoltà di sospendere, differire o vietare la combustione del materiale di cui al presente comma all'aperto in tutti i casi in cui sussistono condizioni meteorologiche, climatiche o ambientali sfavorevoli e in tutti i casi in cui da tale attività possano derivare rischi per la pubblica e privata incolumità e per la salute umana, con particolare riferimento al rispetto dei livelli annuali delle polveri sottili (PM10)”. La norma è di estrema importanza, perché chiarisce alcuni aspetti legati all'applicabilità della normativa sui rifiuti (e delle relative sanzioni) ai residui vegetali.

Il primo periodo prevede che l'abbruciamento dei materiali vegetali di cui all'articolo 185, comma 1, lettera f) costituisce normale pratica agricola solo quando, effettuato in piccoli cumuli e in quantità giornaliera non superiori a tre metri steri per ettaro, il materiale risultante sia finalizzato al reimpiego come sostanza concimante o ammendante, escludendo tale attività dal novero dell'attività di gestione dei rifiuti. Ciò significa, a contrario, che quando l'abbruciamento di tali materiali non sia finalizzato al riutilizzo come sostanza concimante o ammendante, tale operazione va considerata a tutti gli effetti attività di gestione dei rifiuti, con l'applicazione delle relative regole e sanzioni.

La lettura della norma richiede un approfondimento, alla luce dell'esclusione dal campo di applicazione della normativa sui rifiuti dei residui vegetali di cui all'art. 185, comma 1 lett. f) del D.Lgs. 152/2006. Ebbene, mentre l'art. 185, comma 1, lett. f) delinea in generale quando gli sfalci e potature non rientrano nell'ambito di applicazione della disciplina sui rifiuti e dunque quelli effettuati nell'ambito delle normali pratiche colturali e finalizzati all'utilizzo in agricoltura, l'art. 182, comma 6-*bis*, primo periodo specifica due casi di normale pratica agricola, il raggruppamento e l'abbruciamento, condizionando le operazioni al riutilizzo del materiale affinché non vi sia gestione di rifiuti. Non vi è antinomia, dunque, tra le due norme, ma solo un rapporto di specificazione.

Con la conseguenza che l'abbruciamento degli sfalci e potature costituisce un'attività di gestione dei rifiuti, necessitante di apposita autorizzazione, quando:

- 1) non vengono rispettati i requisiti richiesti dall'art. 185, comma 1, lett. f) per escludere dalla normativa sui rifiuti tali residui vegetali;
- 2) vengono violate le condizioni poste dall'art. 182, comma 6-*bis*, primo periodo.

Veniamo ora al secondo periodo dell'art. 182, comma 6-*bis*, secondo il quale l'abbruciamento di residui vegetali agricoli e forestali è sempre vietato nei periodi di massimo rischio per gli incendi boschivi, dichiarati dalle regioni. La norma pone un ulteriore limite, di carattere assoluto, all'abbruciamento dei residui vegetali e forestali, comprensivi di sfalci e potature, ossia il divieto di una tale operazione nei periodi di massimo rischio per gli incendi boschivi. Ciò significa che per un espresso divieto di legge gli sfalci e potature, in tali periodi, non possono in alcun modo essere combusti e il loro materiale riutilizzato. In tal modo, nei periodi suddetti, la norma ha voluto inequivocabilmente vietare uno dei modi in cui si esplica la normale pratica agricola, ossia l'abbruciamento dei residui vegetali (in presenza ovviamente anche degli altri requisiti previsti dalle più volte citate norme). In altri termini con il divieto citato cadono tutte le deroghe alla normativa sui rifiuti di cui si è riferito, ritornando ad essere applicata la disciplina generale, che prevede appunto l'abbruciamento dei residui vegetali come vera e propria operazione di smaltimento rifiuti tramite incenerimento a terra. Insomma l'abbruciamento dei residui vegetali e forestali nei periodi di massimo rischio per gli incendi, anche se finalizzato al reimpiego dei materiali come sostanze concimanti o ammendanti, costituisce comunque una gestione di rifiuti. Né a dirsi che il secondo periodo dell'art. 182, comma 6-*bis*, non riportando il riferimento all'attività di gestione rifiuti come nel primo periodo, non intende riferirsi alla normativa della Parte Quarta, in quanto si è in presenza comunque di due periodi di uno stesso comma, senza la necessità che vi siano inutili duplicazioni di un medesimo concetto già espresso a sufficienza.

Stesso dicasi per il terzo periodo del citato comma 6-*bis*, laddove la norma assegna ai Comuni e alle altre amministrazioni competenti la facoltà (non l'obbligo) di sospendere, differire o vietare del tutto la combustione di residui vegetali agricoli e forestali in due casi specifici:

- 1) quando sussistono condizioni meteorologiche, climatiche o ambientali sfavorevoli;
- 2) in tutti i casi in cui dalla combustione possano derivare rischi per l'incolumità pubblica e privata e per la salute umana, con particolare riferimento al rispetto dei livelli annuali delle polveri sottili.

Anche in questi casi, dunque, vi è un limite assoluto all'abbruciamento dei residui vegetali e forestali, comprensivi di sfalci e potature: la norma lascia libere le amministrazioni competenti di decidere se sospendere, differire o vietare la combustione di tali materiali nei casi da essa previsti.

Ciò significa che, in presenza di un provvedimento che preveda la sospensione, il differimento o il divieto di combustione dei residui agricoli vegetali o forestali, tale normale pratica agricola non potrà avvenire legittimamente, riempiendo l'applicazione della disciplina generale in materia di rifiuti.

3. Le sanzioni

Passiamo ora alle sanzioni. L'art. 256-*bis* del D.Lgs. n. 152/2006, nel delineare le sanzioni applicabili in caso di combustione illecita di rifiuti, al comma 6 stabilisce che: "Si applicano le sanzioni di cui all'articolo 255 se le condotte di cui al comma 1 hanno a oggetto i rifiuti di cui all'articolo 184, comma 2, lettera e). Fermo restando quanto previsto dall'articolo 182, comma 6-*bis*, le disposizioni del presente articolo non si applicano all'abbruciamento di materiale agricolo o forestale naturale, anche derivato da verde pubblico o privato".

Come noto, l'art. 256-*bis* è stato introdotto a seguito dei noti roghi della cosiddetta "Terra dei fuochi" per inasprire le sanzioni nei casi di combustione di qualsiasi genere di rifiuto. La stessa norma pone delle deroghe, inserite al comma 6, la cui prima parte prevede la sanzione amministrativa pecuniaria quando la combustione abbia ad oggetto i rifiuti previsti dall'art. 184, comma 2, lett. e) del D.Lgs. 152/2006. La norma si riferisce alla vecchia formulazione del comma 2 il quale conteneva un elenco dei rifiuti urbani, prevedendo alla lettera e) i "rifiuti vegetali provenienti da aree verdi, quali giardini, parchi e aree cimiteriali". Il D.Lgs. 3 settembre 2020, n. 116, ha modificato il comma 2 che, non contenendo più un elenco dei rifiuti urbani, rimanda all'art. 183, comma 1, lettera b-*ter*, per la definizione di tali rifiuti.

La norma elenca anch'essa le tipologie di rifiuti urbani, ma non prevede più i rifiuti vegetali provenienti da aree verdi, quali giardini, parchi e aree cimiteriali, come nella vecchia formulazione dell'art. 184, comma 2.

Ora la norma definisce rifiuti urbani al punto "5. i rifiuti della manutenzione del verde pubblico, come foglie, sfalci d'erba e potature di alberi, nonché i rifiuti risultanti dalla pulizia dei mercati;", e al punto "1. i rifiuti domestici indifferenziati e da raccolta differenziata, ivi compresi: (...), rifiuti organici (...)", dove per rifiuti organici si intendono anche i "rifiuti biodegradabili di giardini e parchi" (art. 183, comma 1, lett. d).

Insomma con la modifica apportata dal D.Lgs. n. 116/2020 sparisce il riferimento ai rifiuti vegetali provenienti da aree verdi, quali giardini, parchi e aree cimiteriali come rifiuti urbani, sostituito da una nuova e diversa definizione, che necessita di un adeguato coordinamento con la formulazione dell'art. 256-*bis*, comma 6, prima parte. È necessario, dunque, che il legislatore intervenga per specificare le condotte sanzionate dall'art. 255, così come richiamato dal citato comma 6, pena l'inapplicabilità delle sanzioni amministrative alle fattispecie ivi previste. La seconda parte dell'art. 256-*bis*, comma 6, invece, prevede il caso in cui non siano rispettate le condizioni fissate dall'art. 182, comma 6-*bis*, del D.Lgs. 152/2006 (tra le quali rientra la combustione dei residui vegetali e forestali nel periodo di massimo rischio per gli incendi boschivi). La norma recita "Fermo restando quanto previsto dall'articolo 182, comma 6-*bis*, le disposizioni del presente articolo non si applicano all'abbruciamento di materiale agricolo o forestale naturale, anche derivato da verde pubblico o privato". Vengono previsti due casi:

1) le sanzioni previste dall'art. 256-*bis* non si applicano all'abbruciamento di materiale agricolo o forestale, comprensivo di quello derivato da verde pubblico o privato, e saranno allora applicate le relative sanzioni penali o amministrative a seconda che l'abbruciamento riguardi (rispettivamente) rifiuti vegetali derivanti da attività agricole o da aree verdi;

2) rimane ferma la disciplina prevista dell'art. 182, comma 6-*bis*, con la conseguenza che, facendo leva su quanto sopra detto circa la riespansione della disciplina sui rifiuti, la sanzione sarà quella prevista dall'art. 256, comma 1, lett. a) del D.Lgs. 152/2006 per gestione di rifiuti senza la prescritta autorizzazione.

In altri termini, qualora l'abbruciamento dei residui vegetali avvenga in violazione del primo e secondo periodo dell'art. 182, comma 6-*bis*, si applica la sanzione ordinariamente prevista per la gestione illecita di rifiuti *ex art.* 256, comma 1, D.Lgs. n. 152/2006.

4. L'interpretazione giurisprudenziale

Quanto evidenziato è stato avallato dalla Corte di Cassazione che, superando anteriori pronunce⁽⁵⁾, con sentenza n. 30625 del 6 luglio 2018 (ud. 8 febbraio 2018) ha stabilito quanto segue: "è la stessa norma dell'art. 182, comma 6-*bis*, D.Lgs. 152/2006 a prevedere espressamente il divieto di combustione nei periodi di massimo rischio per gli incendi; periodo dichiarato dalle Regioni, nel caso la regione Campania ha determinato il periodo del divieto dal 22 luglio al 30 settembre 2013, con il Decreto Presidenziale n. 157 del 18 luglio 2013".

(5) Cass., Sez. Terza Pen., 19 novembre 2014 (ud. 8 ottobre 2014), n. 47663.

Del resto: «In tema di gestione dei rifiuti, integra il reato di smaltimento non autorizzato di rifiuti speciali non pericolosi, di cui all'art. 256, comma 1, lett. a), D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, la combustione di residui vegetali effettuata senza titolo abilitativo nel luogo di produzione oppure di materiale agricolo o forestale naturale, anche derivato da verde pubblico o privato, se commessa al di fuori delle condizioni previste dall'articolo 182, comma 6-*bis*, primo e secondo periodo; viceversa la combustione di rifiuti urbani vegetali, abbandonati o depositati in modo incontrollato, provenienti da aree verdi, quali giardini, parchi e aree cimiteriali, è punita esclusivamente in via amministrativa, ai sensi dell'art. 255 del citato D.Lgs. n. 152»⁽⁶⁾. L'onere della prova della liceità, competeva, comunque, al ricorrente: «In tema di gestione dei rifiuti, l'onere della prova relativa alla sussistenza delle condizioni di liceità delle attività di raggruppamento ed incenerimento di residui vegetali previste dall'art. 182, comma 6-*bis*, primo e secondo periodo, D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, incombe su colui che ne invoca l'applicazione»⁽⁷⁾. Nello stesso senso si sono pronunciate, oltre alla giurisprudenza citata in sentenza, anche le recenti Cass. pen., sez. Terza, 2 ottobre 2019, n. 9348 e Cass. Pen., sez. Terza, sent. n. 3598 del 24 gennaio 2019, (ud. del 23 ottobre 2018), nonché Cass. Pen. n. 48397/2018, Cass. Pen. 18 dicembre 2017, n. 56277, e Cass., sez. Terza, n. 5504 del 12 gennaio 2016 - dep. 10 febbraio 2016: «In tema di gestione dei rifiuti, l'incenerimento di residui vegetali effettuato nel luogo di produzione al di fuori delle condizioni previste dall'art. 182, comma 6-*bis*, primo e secondo periodo, D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, integra il reato di smaltimento non autorizzato di rifiuti speciali non pericolosi di cui all'art. 256, comma 1, lett. a), D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152».

È ormai pacifico in giurisprudenza, dunque, che la violazione non solo del primo, ma anche del secondo periodo dell'art. 182, comma 6-*bis*, costituisce reato di smaltimento non autorizzato di rifiuti.

La Corte di Cassazione sottolinea inoltre l'importanza anche dell'onus probandi a carico di chi invoca l'applicazione dell'art. 182, comma 6-*bis*, che deve appunto provare la sussistenza delle condizioni di liceità delle attività di incenerimento dei residui vegetali previste dalla norma. In mancanza, trovano applicazione le norme sulla gestione dei rifiuti, con relative sanzioni.

Va infine sottolineato come non sia applicabile alcuna disciplina regionale e/o comunale che preveda un regime sanzionatorio diverso, in quanto le sanzioni in materia di gestione illecita di rifiuti sono previste dalla riferita normativa statale, senza alcun espresso rimando a discipline sanzionatorie locali.

(6) Sez. Terza, n. 38658 del 15 giugno 2017 - dep. 2 agosto 2017, PIZZO, Rv. 27089701.

(7) Sez. Terza, n. 5504 del 12 gennaio 2016 - dep. 10 febbraio 2016, LAZZARINI, Rv. 26583901.

5. Le obiezioni alle critiche dottrinarie

Le conclusioni sopra esposte, sebbene ormai costituenti *ius receptum*, sono ancora rifiutate da parte della dottrina, che criticano aspramente gli approdi della giurisprudenza di legittimità.

Analizziamo le (superabili) obiezioni, partendo proprio da una pronuncia del GIP del Tribunale di Avellino, frequentemente citata⁽⁸⁾.

Il giudice irpino afferma che “la condotta irrispettosa della prima parte del comma 6-*bis* e inosservante del divieto di cui alla seconda parte non può che essere punita con le sanzioni amministrative previste dalla normativa di settore (lotta agli incendi) alla quale la norma stessa rinvia per l’individuazione dei periodi di massimo rischio”. La conclusione si basa sull’assunto secondo cui i materiali vegetali combusti non rientrano nella definizione di rifiuti, e conseguentemente non si applica l’art. 256, comma 1, del D.Lgs. n. 152 del 2006. Le sanzioni, dunque, saranno solo quelle previste dagli enti locali nella specifica materia della lotta agli incendi.

Innanzitutto tale pronuncia, non curante di tutta l’evoluzione normativa, non considera affatto che l’art. 182, comma 6-*bis*, è norma del Codice dell’ambiente, e non inerente la lotta agli incendi boschivi. Essendo norma del D.Lgs. n. 152/2006 è nell’ambito di tale disciplina che deve essere inquadrata, non in quello degli enti locali.

In secondo luogo, l’art. 182, comma 6-*bis*, secondo periodo non rinvia in alcun modo alla “normativa di settore”, bensì si limita solo a sottolineare che i periodi di massimo rischio degli incendi boschivi sono quelli individuati dalle regioni. Nessun rimando alla normativa di settore, dunque, e men che meno alle sanzioni da questa previste. Se la norma avesse voluto rinviare alla normativa di settore lo avrebbe fatto in modo esplicito, e non con un semplice riferimento all’individuazione dei periodi di massimo rischio per gli incendi (seguendo il noto brocardo *ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*). Estendere la normativa locale sulla lotta agli incendi boschivi alla normativa ambientale nazionale, in assenza di espresso rimando, oltre ad apparire come un’indebita forzatura, si pone in netto contrasto con il *dictum* legislativo.

Altra dottrina contesta la concreta operatività dell’art. 256, comma 1, D.Lgs. 152 del 2006 in quanto la norma prevede un reato proprio e non comune, e quindi riferito specificamente a chi svolge attività imprenditoriale⁽⁹⁾.

(8) Ordinanza del GIP di Avellino del 30 settembre 2017, in A. L. VERGINE, *Abbruciamento di materiali vegetali: c’è un giudice a... Avellino, Ambiente e Sviluppo*, 2017, 11, 717 ss.

(9) G. AMENDOLA, *La combustione di rifiuti vegetali. Il quadro attuale della regolamentazione e delle sanzioni*, in *Diritto e Giurisprudenza Agraria Alimentare e dell’Ambiente*, 3, 2018.

L'obiezione non coglie nel segno. Innanzitutto v'è da dire che l'affermazione non elimina completamente l'operatività della sanzione penale, in quanto al più bisognerà verificare concretamente quando vi sia combustione dei residui vegetali nell'ambito di attività imprenditoriale, e in tal caso la sanzione penale sarebbe fuor di dubbio. Soprattutto l'assunto di partenza, secondo cui l'art. 256, comma 1, prevede un reato proprio, non è accettato dalla prevalente giurisprudenza⁽¹⁰⁾, che continua ad affermare la natura di reato comune alla norma citata, quindi ascrivibile a "chiunque" smaltisca illecitamente dei rifiuti.

6. Conclusioni

L'esclusione dei residui vegetali oggetto di combustione dalla normativa sui rifiuti è un assunto condiviso da parte della dottrina, nel condividere l'assunto, ha affermato che: "l'art. 185, per la parte che ci interessa, è limpido e inequivocabile: quei materiali, quando destinati alle normali pratiche agricole, sono esclusi dall'ambito di applicazione della Parte Sesta, a prescindere da quando si provveda a raggrupparli e "abbruciarli"⁽¹¹⁾. Ebbene, come visto, l'art. 182, comma 6-bis, D.Lgs. n. 152/2006 non è norma che si contrappone, ma bensì specifica l'art. 185, comma 1, lett. f): mentre quest'ultimo prevede un generico riferimento alle normali pratiche colturali, senza specificare quali siano, il primo ne definisce alcune, ossia il raggruppamento e l'abbruciamento di residui vegetali, condizionando l'operatività a precisi requisiti. Specificando, altresì, che qualora questi requisiti non siano rispettati, vi è attività di gestione di rifiuti, e ribadendo quello

(10) Cass. pen., Sez. Terza, Sent. 4 aprile 2013, n. 29077, (rv. 256737), "Il reato di attività di gestione di rifiuti in assenza di autorizzazione (art. 256 D.Lgs. n. 152 del 2006), non ha natura di reato proprio integrabile soltanto da soggetti esercenti professionalmente una attività di gestione di rifiuti, ma costituisce una ipotesi di reato comune che può essere pertanto commesso anche da chi svolge attività di gestione dei rifiuti in modo secondario o consequenziale all'esercizio di una attività primaria diversa". Cass. pen., Sez. Terza, 15 gennaio 2013, n. 6294, "Le violazioni contenute nell'art. 256 del D.Lgs. n. 152/2006 configurano un'ipotesi di reato comune, che può essere commesso anche da chi esercita attività di gestione dei rifiuti in modo secondario o consequenziale all'esercizio di un'attività primaria diversa, dovendosi pertanto escludere la natura di reato proprio la cui commissione sia possibile solo da soggetti esercenti professionalmente una attività di gestione di rifiuti". Nello stesso senso Cass. pen., Sez. Terza, Sent. 25 maggio 2011, n. 23971.

(11) A. L. VERGINE, *Abbruciamento di materiali vegetali: c'è un giudice a...* Avellino, Ambiente e Sviluppo, 2017, 11, 717 ss. "Il comma 6-bis dell'art. 182 dispone che le attività di raggruppamento e abbruciamento di quei materiali in piccoli cumuli e in quantità giornaliere non superiori a tre metri steri per ettaro costituiscono normali pratiche agricole consentite per il reimpiego dei materiali come sostanze concimanti o ammendanti e che, in quanto tali, dette azioni non costituiscono attività di gestione dei rifiuti. Ma trattandosi di materiali che, già a mente del comma 1 dell'art. 185, quando oggetto di normali pratiche agricole non rientrano nel campo di applicazione della parte IV del D.Lgs. n. 152/2006, qual è il senso di questa ultima precisazione anche nel comma 6-bis? Era più che sufficiente la lett. f) che, per quel che qui ci interessa, dispone appunto che se quei materiali sono "destinati alle normali pratiche agricole" non ricadono nel campo di operatività delle norme in materia di gestione dei rifiuti".

che già si ricava dal combinato disposto delle due norme: quando gli sfalci e potature non vengono effettuate secondo le normali pratiche colturali (tra cui l'abbruciamento alle condizioni dell'art. 182, comma 6-*bis*), allora non possono essere esclusi dall'ambito di applicazione della Parte Quarta del Codice dell'ambiente. Il punto essenziale, che spesso sfugge, è proprio questo: l'abbruciamento dei residui vegetali è una delle normali pratiche agricole, le cui modalità sono esplicitate dall'art. 182, comma 6-*bis*. Se queste modalità non vengono rispettate allora l'abbruciamento dei residui vegetali non rientra nelle normali pratiche agricole. Non rientrando nelle normali pratiche agricole, i residui vegetali oggetto di abbruciamento sono rifiuti, in quanto l'art. 185, comma 1, lett. f) subordina l'esclusione dal novero dei rifiuti a condizione che vengano "effettuati nell'ambito delle buone pratiche colturali". In tali casi, i residui vegetali sono e restano rifiuti a tutti gli effetti, anche sanzionatori. Ciò significa, passando ai limiti previsti dal secondo e terzo periodo dell'art. 182, comma 6-*bis*, che quando l'abbruciamento è vietato del tutto o sospeso, allora non sarà possibile effettuare la normale pratica agricola che si attua con la combustione dei residui vegetali. Saranno ipoteticamente possibili altre pratiche agricole, ma non questa, in quanto è la legge stessa a vietarlo per un determinato periodo di tempo individuato dalle autorità competenti. Di conseguenza, qualora il privato proceda comunque alla combustione di residui vegetali nei periodi vietati, non essendo in atto alcuna normale pratica agricola, incorrerà nelle sanzioni che lo stesso Codice dell'ambiente prevede per l'illecito smaltimento di rifiuti.

Quanto detto consente di superare anche le obiezioni che la dottrina ha mosso contro l'orientamento ormai univoco della Corte di Cassazione, teso a riconoscere la combustione dei residui vegetali effettuato nei periodi vietati come smaltimento di rifiuti (illecito se privo di autorizzazione).

Una di queste sottolinea la contraddittorietà di una disciplina che, secondo l'interpretazione data dalla Corte di Cassazione, classifica i residui vegetali combusti come rifiuti a seconda del periodo in cui vengono bruciati⁽¹²⁾.

(12) A. L. VERGINE, *"La s.c. ripropone una lettura "creativa" dello smaltimento non autorizzato di rifiuti vegetali (nota a Cass. pen. n. 30625/2018), Ambiente e sviluppo*, 2018, 8-9, 531; "Il secondo, si potrebbe basare sulla convinzione che la normale pratica agricola consistente nel raggruppamento e nella combustione dei materiali di cui alla lett. f) dell'art. 185, rispettosa delle condizioni di cui al primo periodo del comma 6-*bis*, si "trasformi" in attività di smaltimento di rifiuti senza autorizzazione, sanzionata ai sensi dell'art. 256, comma 1, nel momento in cui la stessa sia attuata in periodo di divieto per grave rischio incendi, condizione quest'ultima che farebbe venire meno l'operatività della "deroga" di cui alla lett. f) dell'art. 185, comma 1. In altri termini, la combustione di quei materiali in periodo vietato renderebbe gli stessi o, meglio: riporterebbe gli stessi nella categoria dei rifiuti (vegetali) che, come tali, sarebbero sottoposti alla disciplina, anche sanzionatoria, della parte Quarta, per cui, nel caso, non di normale pratica agraria si tratterebbe, ma di attività di smaltimento mediante incenerimento al suolo di rifiuti vegetali in assenza di autorizzazione. Il che equivarrebbe a sostenere che il giorno prima dell'inizio del periodo di divieto, quei materiali non sono rifiuti, il giorno dopo lo diventano, per tornare a non esserlo scaduto il termine del divieto".

L'obiezione è fuorviante, alla luce di quanto ampiamente esposto. Non si tratta di materiali vegetali che acquistano o perdono la qualifica di rifiuto da un giorno all'altro, come semplicisticamente affermato, bensì del ricorrere o meno dei requisiti affinché i residui vegetali (ordinariamente considerati rifiuti) siano esclusi dalla normativa sui rifiuti. Quando la combustione dei residui vegetali non è possibile perché vietata, allora cade una delle condizioni essenziali affinché si abbia quella normale pratica agricola che si attua proprio con l'abbruciamiento. Non operando la deroga, i residui vegetali restano rifiuti, senza alcuna operazione di "rientro" in una categoria (quella dei rifiuti) dalla quale non sono mai usciti.

Né vale l'affermazione secondo cui "quei materiali per origine non sono rifiuti", riprendendo quanto affermato dalla stessa sentenza della Cass. n. 38658/2017, "e, quindi, non possono in nessun caso... tornare a essere quel che mai sono stati"⁽¹³⁾. Invero i residui vegetali di cui trattasi non sono rifiuti solo se destinati alle normali pratiche colturali, ai sensi dell'art. 185, comma 1, lett. f) e, quindi, se non possono essere destinati alla normale pratica colturale consistente nella loro combustione (perché vietato dalla legge, anche se in un determinato periodo dell'anno) "per origine sono rifiuti".

Ultima questione riguarda l'applicabilità delle sanzioni amministrative previste dagli enti locali in caso di violazione delle normative in materia di prevenzione degli incendi boschivi. In caso di combustione di residui vegetali nei periodi vietati, si pone la domanda se le sanzioni amministrative possano o meno cumularsi con la sanzione penale prevista dal Codice dell'ambiente. Ad avviso di chi scrive non vi è rapporto di specialità tra sanzioni penali e sanzioni amministrative, in quanto i beni giuridici offesi sono differenti, come diverse sono le materie regolate.



(13) A. L. VERGINE, *op. cit.*



Professore
Paolo Bargiacchi(*)



Maggiore
Paolo Del Giacomo(**)

Security and state building in the experience of the Italian trust administration in Somalia(***)

The Challenge of the State Building

(Prima parte)

Attingendo a moltissimi documenti inediti, selezionati nell'archivio storico-diplomatico del MAECI e in quelli degli Uffici Storici di SME e dell'Arma, e confrontandone le risultanze con pregresse e più recenti acquisizioni storiografiche, questo studio, suddiviso in due articoli (il prossimo sarà pubblicato sul n. 4/2021), esamina alcuni dei cardini di una sfida che conferì all'Italia, unica tra le potenze sconfitte, la possibilità di misurarsi nel contesto internazionale esprimendo le proprie ambizioni democratiche nel contributo alla preparazione di un altro popolo all'indipendenza e l'apporto che a tale complesso incarico fornirono le Forze armate, e in particolare i Carabinieri, in un nuovo tipo di operazioni che, nella storia repubblicana d'Italia, avrebbe poi conosciuto, soprattutto dagli anni Novanta, una definitiva affermazione: le missioni di pace, contesto in cui il nostro Paese svolge ormai un riconosciuto ruolo di *player* internazionale. In questa prima parte, dedicata allo *State Building*, premessi cenni sull'origine del regime di Amministrazione Fiduciaria che le Nazioni Unite riconobbero a taluni Stati su territori loro legati da una prossimità storica, geografica o culturale, e poi sul ritorno italiano in Africa nelle diverse vesti di tutore del

(*) Ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli Studi di Enna "Kore" che ha redatto il § 1.

(**) Capo 2ª Sezione - Ufficio Personale Marescialli, Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri che ha redatto i §§ 2-6.

(***) The article is the 1st of two. § 1 was drawn up by Prof. Paolo Bargiacchi, Professor of International Law at the University of Enna "Kore". §§ 2-6, on the other hand, were drawn up by the Carabinieri Major Paolo Del Giacomo, who is also the author of the entire 2nd article, which will be published on the n. 4/2021. Translated by Ltc Massimo Amadio.

nascente stato somalo, si analizzano le difficoltà nel costruire un apparato di sicurezza in cui far confluire tutte le etnie, scovre dalle rivalità che ordinariamente ne informavano la contrapposizione tribale, come strumento attraverso il quale far riconoscere tutti gli *stakeholder* in un'unica comunità nazionale.

This research investigates some of the cornerstones of the Trust Territory of Somaliland under Italian Administration. Crossing multiple sources from past and current historiography with some unpublished materials from the archives of the Italian Ministry of Foreign Affairs, the Historical Office of the Army and the Historical Bureau of the Arma dei Carabinieri, it describes the scopes and the extent of the Italian engagement, for its first time, in a new kind of missions, in which it has become a well recognized international player in the following years. In fact, among the Axis Powers, Italy was the only one entitled to such a task, which was strongly pursued from the new republican regime to show its reliability, regaining the confidence of the other Western partners. It is divided into two different articles: this one (the 2nd will be published on the next n. 4 / 2021) is centred on the definition and legal status of the Trusteeship, analysing how it was granted to some states for historical, geographical and cultural reasons to assist and coach other territories on their path to independence. Then, the focus moves to the difficulties faced in the build-up of a security system, bringing in the same team people coming from different tribes and divided by long-lasting rivalries and feuds, as an instrument of State-building.

SUMMARY: 1. Introduction. - 2. The historical-political framework of the Italian return to Somalia. - 3. State Building in Somalia: difficulties and needs. - 4. The role of the Armed Forces in the A.F.I.S. State Building process. - 5. Create an army, create a people, create a State.

1. Introduction

In redefining the structure of international relations at the end of World War II, one of the main issues faced by the States participating in the San Francisco Conference of 1945 concerned the political, legal and administrative future of those numerous territories and peoples subjected, up to that moment and often for many decades, to variegated forms of control, domination or administration exercised, mainly, by European States and the United States.

In particular, colonialism as known and practiced for some time by European States was no longer considered a viable option for multiple political, economic and moral reasons and the fundamental objective of pacifying international relations and avoiding, or at least reducing, the risk of new armed conflicts therefore also imposed the redefinition of the legal and political status of Peoples and territories which, for various reasons, were not (at least yet) in a position to express a sovereign or, for some reason, autonomous government.

The political need to establish a new order in relations between States and Peoples found consecration both in the solemn enunciation of the legal principle of self-determination within art. 1, par. 2, of the UN Charter which and in the related and articulated regime foreseen by Chapter XI (Articles 73-74) for non-autonomous territories and by Chapter XII / XIII (Articles 75-91) for territories under trusteeship. According to the then new (juridically speaking) principle of self-determination, all Peoples subjected to the “subjugation, domination and exploitation” of a foreign State (colonial domination, military occupation, etc.) have the right to decide “freely on their own political status” and to pursue just as freely (i.e. without internal or external interference) “their own economic, social and cultural development” (in these terms, *ex multis*, point 2 of the “Declaration on the granting of independence to colonial countries and peoples” adopted by the UN General Assembly on December 14, 1960). In fact, the principle of self-determination is resolved in the obligation imposed on all States of the international community (and, first of all, on the State that subjugates, dominates or exploits) to create the conditions for the People to be able to freely choose its future and not, instead, in a “right” of the People since the People are the object and not the subject of the judicial relationship related to the self-determination institution.

Considering the post-war socio-political and economic context and the wishes of the representative colonial Powers, it was deemed necessary, in the Charter, to distinguish into two categories the territories intended for self-determination: non-autonomous territories, corresponding to the still existing colonies, and intended for self-government (but not also for independence) under the leadership of the former colonial Power (renamed Power “responsible for their administration”), now obliged by the Charter to promote their well-being and progress according to a new solidarity perspective and therefore to abandon the colonialist traits of exploitation and denied emancipation; the territories under trusteeship, corresponding mainly to the territories placed under the mandate of the League of Nations after World War I (Syria, Lebanon, Cameroon, New Guinea, etc.) or - as in the case of Italian Somalia - to the territories “removed from enemy States as a result of the Second World War” (Article 77, paragraph 1, of the Charter).

In the case of the territories under trusteeship, the responsible State became the administrative authority and, unlike the administrative Powers of the non-autonomous territories (substantially free in determining the policies applicable to those territories and Peoples), was obliged to act in the name and under the authority of the UN Trusteeship Council (one of the six main organs

of the Organization) in order to “promote the political, economic, social and educational progress of the inhabitants of the territories [...] and their progressive introduction to autonomy or [in this case, also] independence” (Article 76, letter b).

Net of subsequent developments (the General Assembly, under the pressure of the newly independent States that joined the UN in the 1950s and 1960s, will come to recognize and guarantee independence - and therefore statehood - as a possible outcome of ‘self-determination also for non-autonomous territories and not only for those in trust) and the current situation (there are no longer any territories in trust while seventeen non-autonomous territories have not yet completed the self-determination process, in some cases due to the “passive resistance” of some administrative powers such as the United States and the United Kingdom), the legal regimes applicable to the two categories of territories were therefore different in terms of objectives and purposes and required equally different and calibrated strategies from the States called upon to administer them.

The Italian Fiduciary Administration in Somalia, the subject of analysis in the following paragraphs, therefore entered this political and legal context. Finally, it should be highlighted how the complex and extremely difficult task to which Italy was called in Somalia was carried out using approaches, means, strategies, policies and measures that will later become, a few decades later, an integral part of the policies and strategies of the modern multidimensional model that characterizes all Peace Operations not only of the UN but also of other International Organizations involved in this field such as, for example, the European Union, the African Union and ECOWAS.

The preventive approach to conflicts, the inclusive dialogue with all the parties involved, the non-discriminatory implementation of development policies and strategies, the commitment to build, train and consolidate those Institutions and authorities destined to constitute the “skeleton” of the future State, are today a distinctive, necessary and, in some ways, obvious element of contemporary Peace Operations. In the fifties in Somalia these elements were anything but taken for granted and, perhaps, it was even difficult to imagine, plan and implement them. To the AFIS in all its components (starting with the Arma dei Carabinieri) the merit must therefore be recognized not only for the work carried out there *illo tempore* but also for having anticipated and tested solutions, means and strategies that are today an integral and essential part of the technical, legal and political heritage of contemporary Peace Operations.

2. The historical-political framework of the Italian return to Somalia

In the aftermath of the Second World War, Italy, a newborn Republic, found itself facing the delicate chapter of its colonial past, trying to systematize it with the new democratic orientation of the country, the emerging division into blocks of the international context and the expectations of a people who, while aware of the role played under Fascism, hoped for a benevolent treatment by the victorious Powers, in the light of the “co-belligerence”, ensured in the last two years of the conflict. In fact, within the country and the first De Gasperi government, an almost monolithic line emerged, transversal to all political parties, effectively summarized by Varsori⁽¹⁾ as founded on the:

- > “desire to obtain an affirmation of prestige that clearly sanctioned the acceptance of Italy, and of the new Republican regime, in the international community;
- > the intention to achieve diplomatic success useful for internal purposes;
- > the need to counter certain resurgent chauvinistic tendencies;
- > the hope of opening, through African territories, migratory solutions for the poorest masses of the country”.

This aspiration was intertwined, however, with the position of the main players in international politics of the time.

The United Kingdom supported Ethiopia's ambitions on 'Eritrea, giving to Somali nationalists a glimpse of the recognition of an autonomous Greater Somaliland, merging the British possessions with the old Italian colony, while in Libya it intended to preserve Cyrenaica, leaving Fezzan to the French and starting Tripolitania to a swift independence.

The French, on the contrary, saw in the Italian presence in Africa the important function of balancing the equilibrium in the continent, where otherwise the British presence would have been overflowing and the possibility of avoiding the arising of autonomous States, mostly under an Islamic pattern, which could have acted as a continuous reference to the claims of anti-colonial nationalisms already alive within French territories.

The US and the USSR, then, while looking with suspicion at the jumble of colonial interests of the old powers, balances that the two superpowers intended to overcome, realized the importance of avoiding “power gaps” in certain strategic areas. The USA, then, ensured moderate support for the still lively European colonial aspirations, in order not to alienate the feelings of the citizens of the old powers.

(1) A. VARSORI, *The different decline of two colonial powers - The events of Mogadishu in January 1948 and the Anglo-Italian relations*, Quaderni della FIAP, Elengraf, Rome, 1981.

Italian foreign policy, consequently, pursued all possibilities, allowing a glimpse of the risks possibly deriving from a hasty autonomy of its colonies, which could quickly fall into the Soviet sphere of influence, the economic consequences on reconstruction and emigration, the possibility that the African exiles, if not re-channeled, could have fallen prey to pro-Soviet sentiments, fueling hypothetical risks for the security and stability of the nascent Republic.

This work, on the other hand, was made easier by the political line of Moscow oriented, in this regard, without particular caution, to gain consent to the PCI in the phase immediately preceding the elections of 1948 and by the impact on Italian and international public opinion of the massacre of Mogadishu, as a result of which 68 were killed and 98 wounded between Italians and Somalis, which occurred on 11 January 1948, following cross demonstrations in support or against the entrustment of the trust administration on the occasion of a visit by the four-party commission of the UN, which had to evaluate the overall local situation in order to express an opinion on the assignment of the trust administration.

The Soviet pressure, moreover, provoked the Anglo-American fear that an excessive stiffening of the Italian aspirations could have disadvantaged the Liberal and Christian Democratic parties, while from the investigations into the responsibility for the massacre it emerged, first of all, a guilty British acquiescence to the excesses of the Somali faction in favor of immediate independence and the inability of the British Military Administration to ensure effective law enforcement.

A first plan agreed with the British, which substantially would have rewarded a good part of the Italian expectations, the so-called Bevin-Sforza compromise, named after the two Ministers of Foreign Affairs, providing for the subdivision of Libya into three areas, with the Italian administration only for Tripolitania, the administration on the integrity of Somalia and the loss of Eritrea, dismembered at favor of Sudan and Ethiopia, was rejected by the United Nations Assembly, for only one unfavorable vote from Haiti.

The Italian government therefore had to conform its objectives to a more realistic approach, accepting only the recognition of the trust administration on Somalia, where Italy was called to return for a decade in order to gradually prepare its former colony for definitive independence through the union with British Somaliland. Thus originated the Italian Trust Administration in Somalia.

3. State Building in Somalia: difficulties and needs

The approach of historiography on the issue of the consistency and tasks of the armed forces in Somalia appears, with the sole exception of E. Bigongiari⁽²⁾, not inclined to ask oneself and, consequently, to grasp, what other contributions they could make to the trust administration.

Their role, in fact, supported the entire state-building process but, here, we will focus in particular on three aspects about which many documentary sources, even among those made more recently accessible by virtue of the disappearance of the constraints ranking, allow to better understand the contributions:

> the invocation of the monopoly of force from one and only one central authority, through the creation of a security apparatus detached from the aristocratic divisions of the Somali society, which contributed, in this way, to the overall overcoming of that specific social reality and its pernicious repercussions on the political level;

> borders protection, to clearly define the perimeter of the authority which, initially attributed by the United Nations to the Trust Administration, would then be transferred to the new Somali State;

> internal security, intended to end centuries of feuds and mutual raids between clans.

In order to have an idea of the challenge the trust administration had to tackle, it is important to clarify how Somalia, until the Italian occupation, had never historically constituted an autonomous national team. In Somali civilization, characterized by the exercise of nomadic pastoralism, there was no trace of institutions of a centralized government and the lack of formal and centralized power structures was reflected in the independent character and extreme individualism of those populations, foreign to the Western conception of the State. Despite the absence of administrations endowed with rigid hierarchies and leadership positions firmly rooted in their social organization, the Somalis did not lack, however, political institutions in general. According to the knowledge of the time⁽³⁾, also confirmed by analyses subsequent to the Trust period, the main factor that shaped the Somali political action was, above all the kinship, based on the tribal lineage, which linked the social formations to each other as close as the line that connected them to a common ancestor, and the

(2) E. BIGONGIARI, *The Italian Trust in Somalia (1950-1960) - The Security Corps for Somalia, the role of the Armed Forces*, in *Historical-Military Studies 2003*, SME - Historical Office, Rome 2005.

(3) Treccani Encyclopedia, 1936, http://www.treccani.it/enciclopedia/somalia_%28Enciclopedia-Italiana%29/.

genealogy described the position of an individual within Somali society, deriving from it alliances and oppositions, duties of solidarity and participation in feelings of vengeance, loyalty and subordination, as much as the address is important to establish, among other personal data, the position of a citizen in the Western world⁽⁴⁾. The other aspect affecting the ancestral nomadism that linked these populations was the main relationship with the group, with the number of arms and with their ability in battle, which was understood as the main key to control wells and pastures, while the real estate property relationship, the one with the land, was maintained in a completely secondary position and understood as an area to be covered than to be owned. It can almost be said that, in this type of society, the *ius utendi*, with the corollary of the right of way, assumed a prevailing dimension over the *ius excludendi alios* among the characteristics attributable to properties as it is understood in the Western civilization. The second factor that governed the political action of Somalis, beyond the more or less extended kinship relationship which was the limit in which cooperation and communion of intent developed, was a formal “social contract”, the *heer*, aimed at defining the extent and forms of collaboration between groups belonging to the same agnatic line and, consequently, by exclusion from the contract, also the areas and spaces of competition and possible conflict. Somali society therefore presented a stratification, in descending order, of the “Clan family”, “clan”, “sub-clan”, “primary descent” and “blood debt payment group (*diya*)”, distinguishing 6 clan families, the maximum limit of Somali political action, which managed conflicts within urban areas, due to concentrations of different clan families and their participation in political parties. This picture was complemented by the presence of non-Somali ethnic groups, including Arabs, Yemeni and Indian Jews, mainly involved in trade and in the minimum offer of services available at the time in Somalia, for their own propensity and to fill the void consciously left by the prevalent Somali inclination to pastoralism. Furthermore there were difficulties deriving from the arising political tensions, with an obvious independentist background: during the British occupation, after having authorized the foundation, in Mogadishu, of the Somali Youth Club, a cultural association initially oriented to the promotion of common traditions and customs among the different Somali groups, the British witnessed its progressive orientation towards the socialist ideology declined with anticolonial nuances, both against the Italian return and the British presence.

(4) Ioan Myrddin LEWIS, *A pastoral democracy. A study of pastoralism and politics among the Northern Somali of the Horn of Africa*, Oxford University Press, Oxford, 1961, pagg. 13-68.

Unable to tolerate that turn, the authorities dissolved the association, which was re-founded under their strict control, with the name of Somali Youth League, pan-Somalian and anti-Italian and more consistent with supporting the UK project. for the postwar period.

The League, of course, found greater support in the populations of the northern tribes, historically more adverse to the Italian presence and mainly rooted in the British Somalia borders, more inclined to the propaganda of its colonial officials, reaching “25 thousand adherents, many of whom are part of the gendarmerie, which thus becomes a stronghold of Somali nationalism”⁽⁵⁾.

4. The role of the Armed Forces in the A.F.I.S State Building process

The day after the vote that definitively sanctioned, at the UN, the Italian return to Somalia at a political and military level, according to the information available at the time, the Italians were ready to face the worst, in balance between budgetary needs and primary necessity to guarantee both the safety of the troops and the achievement of the mission to protect which was also in favor of the Somalian populations.

Based on these considerations, the assessments relating to the size of the contingent to be sent to Somalia are well justified also in the light of its subsequent and progressive reduction, in a context of rapid stabilization of the actual scenario and contextual “Somalisation” in fieri of the national security apparatus. In this sense, the dry and concrete reflection of the Historical Office of the Army HQ assumes large credibility, when it briefly reports that “public order was among the essential purposes entrusted to the Security Corps.

It was always assured, and incidents, which were not lacking, occurring in the initial period of the provisional administration, caused by the animosity of the local minority adhering to S.Y.L. and subjected to the influence of an elaborate anti-Italian propaganda, never trespassed the capabilities of a normal Police Force, without requiring military intervention.

Favorable environmental conditions, no doubt; but it is not possible to establish, at least for now, if and in which relationship this favorable conditions were determined by the presence of troops in the various centers and in every locality”⁽⁶⁾.

(5) A. DEL BOCA, *Gli Italiani in Africa Orientale* - Vol. 4. *Nostalgia delle colonie*, ed. Laterza, Bari, 1984, pag. 197.

(6) Somalia, Vol. II, Dal 1914 al 1934 con appendice sul Corpo di sicurezza italiano nell'ambito dell'AFIS, SME - Ufficio Storico, Roma, 1960, pag. 280.

It is Bigongiari, as anticipated, who grasps the real scope of the military intervention, as a corollary of the Trust Administration, since, in fact, “the Security Corps of Somalia, even if a military unit, was going to perform a civilization task understood in its more genuine meaning (...) CSS was the response to a new role of “state-builder” assigned to Italy, which qualified a responsibility in leadership and training”.

But a confirmation of the preparation and the choice of the larger initial dimensions of the contingent that can actually be considered immediate, is contained in a classified publication, dated 31 December 1951, “The Security Corps of Somalia from its origins to 31 December 1951”, a “fresh document” of the most recent events⁽⁷⁾, where it was specified that “we did not believe that the bad fate of a lost campaign could have dispersed all traces of our past work, even if ten years have passed. But they contested with this conviction: serious events that occurred (massacres of 11 January 1948); intensity of the propaganda carried out insistently against us by those who had an interest in doing so; unfavorable information that we received and that we were not able to check with absolute certainty since our recent absence from the Country, even if our informants, however a short in numbers, stressed their exaggeration.

The HQ therefore decided to stick to the aforementioned criterion in the preparation, believing that an excellent first impression given to the population and to foreigners, on our moral-disciplinary solidity and on our efficiency, would have been the essential basis for winning back quickly our prestige without being forced to use weapons. And this in fact - except for negligible initial incidents - happened throughout the territory”.

In fact, the task of the Security Corps was facilitated by the establishment, under the command of General Arturo Ferrara, who had long served in the colony in the 1920s and was a profound connoisseur of the local landscape, of an Italian Liaison Mission, composed of a small group of officers and officials to make contact with the British administration, assess the situation on the ground and prepare everything necessary to facilitate the establishment of the Security Corps and, in general, of the civil administration. From an organizational point of view, the most important merit that must be ascribed to the Mission was the proposal, easily approved by the British, to recruit local forces, even before the starting of the trust administration.

(7) Comando Corpo di Sicurezza della Somalia - Stato Maggiore, Il Corpo di sicurezza della Somalia dalle sue origini al 31 dicembre 1951, Copia n. 15, indirizzata all'Amministratore dell'AFIS dal Gen. Ferrara in data 15 febbraio 1953, ASMAE, f. AFIS, busta 16, fasc. 66.

A complex and delicate work for many reasons: the need to guarantee uniform representation to the various clans, while ensuring that this need did not reflect on the reliability of the enlisted persons, the search for favorable conditions that would stimulate the enrollment of those who had already militated among the askari or, for the police forces, among the zaptié, so as to have trusted and already trained elements and, in general, the constant pressure exerted by the reduced financial resources which, in fact, limited this initiative. In the meantime, in Italy, the preparations had begun some time earlier⁽⁸⁾: the programming was aimed, above all, at identifying executives who had experience in Africa, in general, in Somalia, in particular, and in the census of volunteers for this type of assignment, to be selected in what still basically was an army of conscripts. The provisional establishment plans were sent to the HQs on 1 September 1949 and the C.S.S. was set up on an Army HQ, a Navy HQ and an Air Force HQ; the main part, referring to the land troops, consisted of four Infantry and three Carabinieri armored battalions, a of 100/17 artillery unit, two engineers companies (sappers and connections), various service departments, a nucleus of officers for the first orientation of the Somali units, all of which have undergone an intense training program since the previous summer. The Navy initially intervened with a ship, the Cherso launched in 1912, sold in 1923 as a repair of war damage from the Austro-Hungarian Empire, while the Air Force had 5 Douglas DC 53 and a DC 47 for transportation and 4 P51 Mustang fighters for aviation safety, as well as 3 Stinson L5 light aircraft for reconnaissance, liaison and transport of injured personnel. In which way could the Somalia Security Corps contribute to the building of a new State reality? The development formula, from the point of view of the protagonists of this process, had to reside, first of all, in the building of a State both for the UN and the AFIS officials and soldiers, who grew up in a culture which had long since settled the centrality of the State as the primary organizational institution of a social life. Consequently, it was a question of identifying and providing answers to the constitutive elements of a sovereignty, in the identification of a people, in the definition of a territory, in the organized monopoly of the use of force. The three elements of sovereignty, that we intend to examine here, suffered from close and remote difficulties: a reality without stable and defined borders; an authority concentrated in the hierarchy of each tribe; the settlement of disputes entrusted to violence in conflicts between individuals or groups or to compensatory dynamics of a para-contractual nature such as “diya payment groups”, were all factors that undermined the idea that the use of force could be a monopoly of a State.

(8) FILIPPO STEFANI in *La Storia della Dottrina e degli ordinamenti dell'Esercito Italiano*, III Vol. - 1° Tomo pagg. 919-924, SME - Ufficio Storico, Roma 1987.

5. Create an army, create a people, create a State

The impetus given to the recruitment of indigenous troops, launched before the Trust Administration in Somalia, was certainly one of the cornerstones of the action of the military component of the Italian administration and was pursued methodically. Consistently with art. 3 and 6 of the agreement with which the Trust Administration was delegated, the objective of proceeding with recruitment among the local population was aimed at fulfilling the obligation of guaranteeing security and individual rights protection and, at the same time, the commitment to provide the future Somali State with its own defense and security apparatus. In building this apparatus, however, there was something else: the rather explicit possibility of overcoming the tribal fragmentation in the dialectic of power and of associating members of the different clans in a structure that, beyond conditioning political interests, deriving from affiliation to a specific social formation or to another, were in a position to equally protect all the different instances of the composite ethnic mosaic of which they were an expression.

This commitment, among other things, allowed for significant savings, reducing the contingent sent to Somalia by three metropolitan battalions⁽⁹⁾ and was truly an extraordinary result, considering the obstacles that will be underlined below. First of all, the reliability of the staff: going back to Somalia almost ten years after the defeat in AOI (Italian East Africa), following which many of the former askari, zaptié and dubat (respectively operating as soldiers, carabinieri and border militia) had dispersed, had passed under British payroll, had given themselves up to banditry or, more simply, had become too old for military service.

This unavailability and inadequacy of our former colonial troops is clearly expressed in a “confidential” report dated January 12, 1952, where, in highlighting the need to implement troops training, Ferrara states: “Contrary to the forecasts of those who handed over the territory to us, we managed to reconstitute the Somali departments with volunteers in a relatively short time.

These volunteers were our former graduates and askari and recruits. For eleven years they didn’t carry out their professional activity. If they constituted or constitute, in the bulk of the Security Corps, the autochthonous element that revived our beautiful traditions of discipline and military honor (elements therefore of fundamental importance for the moral solidity of the Somali Units) they proved to be “inefficient” under a technical point of view and, for the most part, not completely up to their duties, especially in the first months

(9) A. DEL BOCA, *Op.cit.*, pagg. 237-238.

after the constitution of the Somali Units. Ultimately, all the burden of educating the recruits and their military training fell on the shoulders of the very few officers of the Somali Units”⁽¹⁰⁾.

In the meantime, a generation had grown up that considered Italy as the ancestral enemy of the resurrected Somali people, who adhered to the positions of the SYL, all aimed at independence, and recognized the militancy with foreigners as an unbearable ignominy: in a report dated 12 April 1950 drafted by the Commander of the Somali Battalion, for example, reference is made to the behaviour of a driver inside a hotel in Danane, one of the three recruitment centers initially set up, who addressed 47 Somali recruits uttering that only Italian askari were there because the real Somalis had refused to enlist⁽¹¹⁾.

But in addition to the technical profile, reliability was also important in relation to the loyalty that the new recruits could ensure: a sector in which the difficulty, especially at the beginning, consisted in the obstacles to lead accurate preventive checks on the personal histories of the recruits, among which elements at risk⁽¹²⁾ could well be hidden as, for example, we read in a report dated 13 October 1950 by the Personnel Office of the Security Corps, relating to the case of a convict enlisted under a false name, subsequently identified and arrested.

An unreliability that could also be hidden behind the events of those who had already enlisted for Italy and who, at least on formally, should have guaranteed greater trust: this is testified by the case of a Iusbasci chief of the zaptié, or a NCO of the Somali Carabinieri, assigned, until 1941, at the Belet Uen Station who, during the war, rather than following the retreating metropolitan troops, had obtained his discharge and from 1942 had passed to the British service for 120 shillings a month: he had then tried to be recruited again but, suspected of espionage for the British⁽¹³⁾, was rejected. It is clear that, in a situation like this, at least initially, an *intuitu personae* enlistment was preferable, especially if ensured by officers or officials who, due to previous experience in

- (10) Rapporto “riservato del CSS datato 12 gennaio 1952, avente ad oggetto “Il problema delle scuole e dei corsi militari in Somalia nel quadro dell’assolvimento del mandato fiduciario”, AUSSME, f. I-2, Busta 26, fasc. 224.
- (11) Rapporto del Comando del I Btg. Somalo n. 165 di prot. Datato 12 aprile 1950 indirizzato a CSS, avente ad oggetto “Comportamento somalo Abdurraman Issa - Migiurtino (Ali Soleman)”, AUSSME, f. I-2, Busta 37, fasc. 398.
- (12) Rapporto del CSS - Ufficio Personale n. 200 di prot. datato 13 ottobre 1950, diretto a Comando Truppe Esercito et a., avente ad oggetto “Sostituzione di persona negli arruolati militari somali” AUSSME, f. I-2, Busta 37, fasc. 397.
- (13) Nota informativa del Gruppo CC Somalia n. 28/28 di prot. Datata 13 luglio 1950 e diretta a CSS, avente ad oggetto “ex iusbasci capo degli zaptié Mohamed Abdalla” AUSSME, f. I-2, Busta 37, fasc. 401.

the colony, had maintained relationships of trust and collaboration with Kabyle leaders able to guarantee reliability. But the system, of course, was not without drawbacks, when the reports became too many and heterogeneous or the kabile could put forward their own “candidacies”. Therefore, the letter with which, on September 20, 1950, General Ferrara invited all officers not to send potential recruits to the Somali units with a letter of recommendation, but to directly send him elements of evaluation that could better inform the selection process⁽¹⁴⁾.

However, these concerns came, as mentioned above, from various directions: from the Personnel Office of the AFIS⁽¹⁵⁾, the Advisory Council of the ONU for the AFIS⁽¹⁶⁾ and the still operating MAI (Ministry for Italian Africa). Beyond these issues which, however important, may depict the scenario and were incidental, the main problem was to ensure a structure that was as representative as possible with enlistments that would promote the amalgamation among clans. The political-administrative directives were clear and briefly summarized in the encrypted telegram sent by the Administrator Fornari to the civilian and military authorities as early as August 8, 1950: “I reiterate my previous written and verbal directives about the need for all Authorities and Italians to treat Somalis without discrimination and distinction of race and political orientation. In particular, Authorities and Military and Civil Offices should always regulate Somalian personal recruitments and enlistments, following the same orientation criterion using equal shares of Darod Awiya Sab and other races, which can be waived only for ilalo and specialists. I kindly ask all Bodies in address to send me personal numerical statistics referring to Somalis currently in force indicating Cabila, service, category and rank”⁽¹⁷⁾, which followed note no. 21092 of the previous 10 June, concerning “ethnographic proportions about the enlistments made so far”¹⁸, with which the Administrator indicated that “the proportion to be observed for enlistments in Somalia for the future

(14) Circolare n. 01/4709 di prot. datata 20 settembre 1950 del CSS - SM - Uff. OAO diretta a comandi subordinati, avente ad oggetto “arruolamenti nei reparti somali”, AUSSME, f. I-2, Busta 37, fasc. 397.

(15) Appunto indirizzato dal Dott. Gennaro Leandro al Magg. Conti per l'arruolamento dell'ex ascari Mohammed Abdulla Hagi Aliò in data 28 dicembre 1950, AUSSME, f. 2, Busta 37, fasc. 401.

(16) Appunto indirizzato al Magg. Dante Guerra in data 22 novembre 1950, dal funzionario agli affari politici del Consiglio Consultivo, dott. Jan Schumacher, per l'arruolamento del suo *boy* (ovvero “domestico”), in cui palesa l'opportunità di operare pressioni anche sul superiore del destinatario per ottenere quanto richiesto, *ibidem*.

(17) Telegramma n. 110140 di prot. dell'AFIS - Uff. affari Interni - Sez. III a Commissariati e residenze civili e uffici centrali civili e militari, datato 8 agosto 1950, AUSSME, f. I-2, Busta 37, fasc. 402.

should be the following: 1/3 Darod, 1/3 Hawiya, 1/3 of others: Sab, Dir, and Arabi; in which there is a prevalence of Sab”⁽¹⁸⁾.

It was a not always easy recipe, as revealed by a memo from the Operations Office for General Ferrara, drawn up about a month before the indications of the Administrator, who indicated 27% of the total Darod enlisted, 60% Hawiya, Sat in 10%, Dir in 3%⁽¹⁹⁾, thus highlighting a significant initial imbalance in favor of the Hawiya. The recruitment set off through a bimonthly “experiment”, during which the candidate was screened in terms of suitability for the job and reliability⁽²⁰⁾.

His preliminary verification passed through the “Certificate of moral suitability”, a document that in addition to the personal data relating to the interested party investigated the existence of kinship across the border (presumably to take into consideration any Ethiopian infiltrations or, on the contrary, to evaluate the possibility infiltrating potential new recruits into Ethiopian Ogaden) and actively involving the Kabye leaders, who had to vouch for the men belonging to their target group.

During the experiment, more detailed information on the recruit was acquired through Section “I” of the General Staff of the C.S.S. or through the Carabinieri Command. In any case, at each recruitment center Somali graduates of proven trust were already there, often directly known by the officers in whose service they were placed and under whom they had, in many cases, served in the previous colonial past, therefore able to guide their choices on new candidates. Upon successful completion of these obligations, the recruit was definitively enlisted.

The objective of diversifying the affiliation of the recruits was actively pursued, if we consider, for example, that already on 4 April 1950 with a provision addressed to the Danane recruitment center, Gen. Ferrara authorized the sending of an officer and some Somali graduates, among those who had relations of kinship or friendship in the northern area of the country (that of the Darod), to recruit about 100 elements in order to complete the staff of the Somali Battalion⁽²¹⁾ and that the following 10 April, in order to implement the

(18) Circolare n. 21092 di prot. datata 10 giugno 1950 diretta al CSS, avente ad oggetto “proporzioni etnografiche circa gli arruolamenti fatti sinora”, *ibidem*.

(19) Promemoria del CSS - SM - Uff. O.A.O. datato 17 maggio 1950, *ibidem*.

(20) Lettera del Gen. Ferrara all'Amministratore Fornari del 15 settembre 1950, AUSSME, f. I-2, Busta 37, fasc. 397. Lettera del Gen. Ferrara all'Amministratore Fornari del 15 settembre 1950.

(21) Foglio d'ordini n. 1/1885 di prot. datato 4 aprile 1950 del CSS Uff. O.A.O. diretto al I Btg. Somalo e datato 4 aprile 1950, AUSSME, f. I-2, Busta 37, fasc. 397.

balance between the ethnic components enlisted, authorized the granting of 1,000 shillings to face the recruitment in the Galcaio area of a number of recruits higher than expected for political reasons⁽²²⁾.

Nonetheless, guaranteeing the harmonious distribution of ethnic groups over the course of recruitment was however a task not without difficulties: in mid-September 1950 a direct call from the Director to the C.S.S. pointed out that, compared to the proportions between ethnic groups initially foreseen and mentioned above, 374 Darod, 1,048 Hawiya and 406 Sat were enrolled, soliciting greater enlistments among the Abgal (subclan of the Hawiya and partly, as we said, always favorable to the Italian presence) still poorly represented, in the face of a redistribution of the top ranks of non-commissioned officers, who instead were mainly assigned to Abgal personnel⁽²³⁾.

The situation, however, was a bit more complex than the simple statistics to which the Administrator referred, and the OAO felt the need to clarify it, specifying, in a note to the Administrator from General Ferrara⁽²⁴⁾ that, “the facts that affected the enlistments” since “on the statistical data it is necessary to reason and calmly examine what the figures they do not say”, “not to argue or to justify our effort, but out of respect for the historical truth of the facts”. Ferrara, therefore, in responding to the Administrator highlighted the difficulties deriving from the early stages of the enlistment, subject to the intermediary of the British authorities, and the particular resistance of the Darod people (among the major supporters of the SYL even during the tragic events of 1948 in Mogadishu): hence the initial imbalance between the various noble groups; the impossibility of subsequently restricting enrollment to Darod only, given the opportunity to include, in each enrollment of a certain consistency, elements of all the most important Cabile in order not to create discontent; the incidence of the Mutilated and Invalid War Department, whose entry requirements were injuries sustained in combat, regardless of the clan origins; the greater concentration of top ranks between Arab marshals and Hawiya, due to the greater length of service gained in their previous period in the colony, given that the Darod, concentrated in the northern part of the country, had been enlisted only after the formal annexation of Migiurtinia (which took place on

(22) Telegramma in cifra irizzato all'AFIS dal Comando Forze armate della Somalia dal II Btg, datato 10 aprile 1950, AUSSME, f. I-2, Busta 37, fasc. 398.

(23) Nota n. 111689 di prot. dell'AFIS - Uff. Affari Interni, datata 14 settembre 1950 e diretta al CSS, avente ad oggetto “Criteri informativi degli arruolamenti”, AUSSME, f. I-2, Busta 37, fasc. 402.

(24) Nota del CSS - SM - Uff. OAO datata 21 settembre 1950, AUSSME, f. I-2, Busta 37, fasc. 402.

the initiative of the governor De Vecchi in the second half of the 1920s); the need to recruit suitable personnel for specializations, so that the qualitative criterion should prevail over the noble one; the low number of aspirants to enlist between Arabs and Sab (which is understandable considering the inclination of the Arabs, concentrated, above all, in the port centers, to trade, and to the Sab, who inhabited the southern area of the country, to sedentary agriculture). In fact, the initial opening of the various clans to recruitment possibilities differed considerably.

In a memo dated 8 March 1950 (two months after the arrival of the initial liaison mission and one month after the start of AFIS)⁽²⁵⁾, an officer reported that, from the talks held with former Askari and Dubat, personally known as former recruits in his past unit, the Darod people would have been against the enlistment while the Hawiya were and, more particularly, among the Darods the opposition would have been manifested only by the leaders, while the population was indifferent. Therefore, the clear desire to create a military instrument inspired by efficiency criteria emerges, where the representation of the different ethnic components was an important guiding criterion for guaranteeing a public force that was both the expression of the Administration and of the Somali State and not of any clan in particular.

General Alfredo Arnera of the Carabinieri who, in the rank of Lieutenant Colonel was the last Commander of the Somali Police, made available, in February 1979, his memories to Captain Nicola Raggetti for the drafting of his thesis, had the same point of view. As for the composition of the Somali Police force, he reported that “considering more closely the issue of a racial character, we are faced with the other complex problem for AFIS: the particular social structure of the Somali population (...). Grate efforts were profused to evolve the traditional “Kabye” mentality, intimately and deeply rooted in Somalis, aimed at the construction of a modern and democratic State organization and towards more advanced forms of associated life. (...) Even in the recruitment of new agents, the HQ (first of the Military Units and then of the Police Forces) always cared to keep the percentage of soldiers belonging to the two main ethnic groups constantly balanced: Darot and Hauia. After the incorporation of the contingent of personnel from the Security Corps, this dosage presented a substantial imbalance in favor of the Hauia group”⁽²⁶⁾.

(25) Promemoria del Magg. Dante Guerra per il Capo Uff. Operazioni dell'8 marzo 1950, AUS-SME, f. I-2, Busta 37, fasc. 397.

(26) Documenti elaborati dal sig. Gen. Arnera per la tesi di laurea del Cap. Raggetti, USCC, Fondo AFIS, fasc. 871.16.

A summary of the initial recruitment of the Somali military is then offered by the aforementioned publication “The Security Corps of Somalia from its origins to 31 December 1951” where it is reported that “in the north, the recruitment was much lower also due to adverse propaganda (in Gallacchio where a truck of enlisted people was stoned by Darot people but without any inconvenience except for some wounded. These were determined more than before to be re-enlisted). However, the enlistments gave more than enough revenue because the two Somali battalions were officially constituted as the I Somali Battalion, on 1 April 1950, and the II Somali Battalion, on 15 May 1950”.





Professor
Pál Dunay (*)

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

The International System in the Era of Great Power Competition (**)

SUMMARY: 1. Summary. 2. Introduction: From Cold War to Great Power Competition. - 3. Russia: Certainly a competitor - maybe a great power. - 4. China: A competing great power. - 5. Conclusions.

The article analyzes Great Power Competition (GPC) between the U.S., China and Russia since GPC was declared as the primary security issue by the U.S. in 2017. The securitization of a complex rivalry with China has demonstrated that it is the U.S. that continues to determine the international security discourse. A securitized competition reduces the freedom of the allies to retain autonomy in their decisions and may contribute to the emergence of a bipolar structure in which the U.S. can count on the support of its western European and Asian allies and partners. It is likely that the coming years will be characterized by Asian hedging, as states in the region attempt to find accommodation on the periphery of the U.S. without causing economic damage to themselves by severing their relations with China.

L'articolo analizza la Competizione tra le Grandi Potenze (GPC) Russia, Cina e USA dal momento che la GPC è stata dichiarata, nel 2017, la principale emergenza in tema di sicurezza da parte degli Stati Uniti. La messa in sicurezza di una complessa competizione con la Cina determina che, ad oggi, sono ancora i nord-americani a determinare l'agenda della sicurezza internazionale. Essa riduce la possibilità per gli alleati di essere autonomi da un punto di vista decisionale e potrebbe contribuire alla nascita di una struttura bipolare in cui gli CSA possano fare affidamento sugli alleati e partners Europei e Asiatici. È verosimile che negli anni a venire l'Asia si defili poiché alcuni Stati della Regione decideranno di trovare un equilibrio nella periferia di interesse degli Stati Uniti senza danneggiarsi economicamente attraverso il deterioramento delle proprie relazioni con la Cina.

(*) Professor. NATO and European Security Issues.

(**) This article reflects the views of the author exclusively and not those of the Marshall Center or any of its sponsors.

All submitted manuscripts undergo a blind peer review process before publication.

1. Summary

Great Power Competition (GPC) will be shared as the main security challenge for a long time to come as determined by the discourse that the U.S. has developed and has been adhering since 2017. This means a departure from the priority attributed to other security issues, first of all a transnational threat: terrorism. As the competition is between the U.S. and China and not confined to classical hard security matters it raises the question how other countries should relate to it and position themselves in an emerging bipolar international order. The U.S. can count on many other states, allies and strategic partners in Europe, and the Asia-Pacific. The fact the competition is also about positioning in the world economy many western leaning states would not like to lose benefits from cooperation with Beijing that will complicate the situation and reduce the predictability of the outcome in the competition. The securitization of the competition contributes to the perception that states will have to choose one side or the other. In this zero-sum context, the international attraction of China (and to some extent also Russia) may be as an alternative: representing a value-neutral approach and ready to cooperate with states boasting a variety of politico-economic systems. Beijing is particularly popular with regimes where leaders hi-jacked democracy and happy not to face challenges based on democratic values. The challenge posed by Russia is more concentrated on traditional security matters and hence will be easier to manage by the West.

2. Introduction: From Cold War to Great Power Competition

While there is uncertainty about the beginning and end of the Cold War, there is rough consensus that the focus was on two mutually exclusive ideologies and that the existential contradiction could only cease when one of the socio-political systems has been discontinued⁽¹⁾. Another debate concerns the level of analysis problem⁽²⁾. Does the international system make its mark as far as specificities of the state system, or do states remain free in what system they create and how they are oriented? Structural realists pride themselves that the international system has a decisive impact on the constituent entities, the states, and the influence of the state extends as far as the range of its battle tanks⁽³⁾.

(1) MANDELBAUM, Michael, *The Dawn of Peace in Europe*. New York, 1996. Somewhat later he raised the same question in his article: Is major war obsolete? *Survival*, 40 (1998), 4, pp. 20-38.

(2) SINGER, David J., *The Level of Analysis Problem in International Relations*, *World Politics*, 14 (1961) 1, pp. 77-92.

(3) KENNAN, George F., *The Chargé in the Soviet Union (Kennan) to the Secretary of State*. 861.00/2 – 2246. Telegram Moscow, February 22, 1946. <https://nsarchive2.gwu.edu/coldwar/documents/episode-1/kennan.html>. Accessed July 27, 2021.

This can be put in a more differentiated manner but it is for a fact that size (and power) matters. On the intra-state level, another question appears whose choice is decisive: that of the individual, the collective will of the people or the leaders of the state irrespective how the latter seized power.

The international system is changing at uneven speed and systemic change is rare, and change of subsystems (such as individual continents or regions) may fall over different periods. Among the changes in the international system since the end of the Cold War, antagonism and bipolarity vanished and the sources of power and influence to which states rely in the international system have become multidimensional.

Military power and a part of economic power are called hard power and, in parallel, the role of soft power is growing. The ability to govern, resilience after crises in a given state, the ability to restart its regular activities, diplomacy, the influence of the media, the international display of its culture, the transfer of a way of life, represented as a model by the given country and its image all belong here.

3. Russia: Certainly a competitor - maybe a great power

2.1. The Russian economy is insufficiently diversified and it is particularly depressing as far as manufacturing consumer goods. As Lilia Shevtsova remarked, “The Russian economy is not diversified and is built on the commodity market⁽⁴⁾”. Russia does not produce laptops, and only for a short time produced smartphones (which were assembled in China...), Russian passenger cars balance on the brink of competitiveness, and repeatedly failed to meet the European Union’s increasingly stringent environmental standards, so they could not be exported there for a while. When the price of raw materials and energy sources produced by Russia (especially oil) is high, the country is ‘lazy’, unwilling to engage in reforms, considers they can be postponed as resources are available. Furthermore, due to stability-orientated domestic politics, including the interests of the government-linked establishment, fundamental reforms face resistance from the state authorities. When the price of oil (and hence gas) is low then the resources needed for reform are not available. Russia, unlike Western democracies, does not provide a lifestyle model. Not many people want to live like the Russians.

(4) SHEVTSOVA, Lilia, *Russia at the Fork Again: to Tighten the Screws or to Open the Windows. Quaderni di Relazioni Internazionali*, (2009) p. 19. <https://www.ispionline.it/sites/default/files/pubblicazioni/QRI9.pdf> Accessed July 24, 2021.

2.2. If a state cannot attract with its modernity, its complex base of power and gain recognition for itself and thus a place among the world's leading powers, it can gain in its importance if it participates in the international system as a non-cooperative partner and tries to hinder the development of others, relatively strengthening its role. Russia consciously plays such a role while trying to give the impression that it is one of the poles of a multipolar system. One of Russia's leading research teams states, "Now there are not two or three, but at least five major players in global economics and politics, each with its own understanding of political culture⁽⁵⁾".

Two comments are to be made here:

1. The international system may be multipolar or not. Its multipolarity does not necessarily mean that Russia is one of its pole.

2. It is difficult to ascertain whether Russia is among the poles due to the large distance between its strengths and weaknesses. There are areas where Russia is certainly among the leading powers of the world. It is suffice to mention nuclear weapons, the world's hydrocarbon markets or some regional conflicts where Russia is an indispensable player. As far as global currency affairs or trade in most high value added consumer products Russia is a marginal player if not outright irrelevant. Thus Russia is one of the world's leading powers for some, while others see it as "a struggling" great power.

4. China: A competing great power

If we accept that a dominant position in the international system can only be obtained on the above-mentioned complex power base, then only a few states have a chance to do so. In essence, two states have a sufficiently strong appeal: the United States of America and the People's Republic of China. The two states account for 43 percent of the world's total GDP in a ratio of 24.8 - 18.2 percent between them, respectively. However, the trend is clear: China catches up with the United States fast and this statistically proven trend can only be slowed down, rather than being stopped or reversed. The question now is the nature of the rivalry between the two states. The National Security Strategy (NSS), adopted by the United States in 2017 - understandably in the case of a public document - spoke about global competition between the United States on the one hand, and China and Russia on the other. These considerations are reflected in those documents that were issued on the basis of the NSS like the

(5) BARABANOV, Oleg et al., *Living in a Crumbling World*. Valdai Discussion Club Report. Moscow, October 2018, p. 7. <https://valdaiclub.com/files/20155/> Accessed July 24, 2021.

DoD's National Defense Strategy and also to some extent in the Interim National Security Strategic Guidance issued by the Biden administration six weeks after its entering in office⁽⁶⁾. Its message has become sterner and more determined. It starts out from the assessment that “the U.S. faces, a world of rising nationalism, receding democracy, growing rivalry with China, Russia, and other authoritarian states” and concludes that:

“China, in particular, has rapidly become more assertive. It is the only competitor potentially capable of combining its economic, diplomatic, military, and technological power to mount a sustained challenge to a stable and open international system. Russia remains determined to enhance its global influence and play a disruptive role on the world stage. Both Beijing and Moscow have invested heavily in efforts meant to check U.S. strengths and prevent us from defending our interests and allies around the world⁽⁷⁾”.

With the NSS the U.S. changed its international security discourse in multiple senses.

1. It moved away to identify a transnational security phenomenon, terrorism, as the preeminent security threat and replaced it by a more traditional security challenge associated with states.

2. Rather than identifying the main challenge with a phenomenon it concretely named those two states that are the sources of the challenge/threat.

3. It did it in a restrained manner referring to a ‘competition’. Since then statements show that.

3.1. It is more than just a ‘fair’ competition and the U.S. consider the two states to be their rivals in which hostilities appear as integral elements.

3.2. It is clear that the challenge posed by the two states is of different magnitude and nature. Russia is embarrassingly often annoying, but its twelve times smaller nominal GDP puts its power in parentheses as far as the weight and extent (multi-dimensional nature) of the rivalry. Not so with China.

4. Naming states as competitors and regarding them as rivals in a public document is a self-fulfilling prophecy and the assessment is reciprocated in words and certainly in action.

5. Declaring states as competitors (and more) focuses the attention of the administration that contributes to shaping sectoral policies (from foreign to defense and economic) and its implementation.

(6) *Interim National Security Strategic Guidance*. (Washington D.C., The White House, March 2021), especially pp. 7-8. <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/03/NSC-1v2.pdf> Accessed August 29, 2021.

(7) *Ibid.* pp. 6 and 8.

The question arises concerning the basis of the rivalry between China and the United States whether the emerging new bipolar structure between the two means another Cold War. For a long time, we examined the international system under the assumption that war cannot take place between the parties because although their political systems differ fundamentally, their economies are both built on profit maximization, and their mutual economic dependence is significant. Despite the large state ownership in the Chinese corporate sector and the proportion of state influence beyond it, there should be no systematic opposition between the two. Then, why might the thought arise that the two states are approaching a Cold War? Instead of outlining a number of options, it is simpler to jump to conclusions right away: in my view, this is due to the fight for influence and rivalry for global leadership.

The relationship between the two actors is changing dynamically, based on China's rapid rise. Today, in terms of purchasing power, China's economy is larger than that of the United States⁽⁸⁾. Consequently, this rivalry is very different from that of the Cold War period, when although the Soviet economy was much larger than the Russian economy today, but its international economic role has remained rather limited. Unlike today's China, a global production hub and large-scale international investor. So the situation is probably quite simple: it is the question whether one dominant power is replaced by another dominant power. It follows from offensive structural realism that the party forced to relinquish its former influence does not accept such a shift, or only when it no longer has a choice. The consequence of this is that such changes of power usually are not peaceful. This issue got a lot of attention a few years ago when the American scholar, Graham Allison came to the conclusion that "When a rising power threatens to displace a ruling power, alarm bells should sound: danger ahead. China and the United States are currently on a collision course for war - unless both parties take difficult and painful actions to avert it"⁽⁹⁾.

China presents a much more complex challenge. It does not use armed force to pose a direct challenge to the United States. That means it is harder to prove its intentions to violate international law and the immorality of its conduct.

(8) IMF2: GDP based on PPP, share of the world. Percent of World. https://www.imf.org/external/datamapper/PPPSH@WEO/OEMDC/ADVEC/WEO_WORLD%20 Accessed July 23, 2021, p. 1.

(9) Allison, GRAHAM T., *War between China and the United States isn't inevitable, but it's likely: An excerpt from Graham Allison's Destined for War*. Special to National Post, March 5 and 12, 2018. <https://nationalpost.com/opinion/war-between-china-and-the-united-states-isnt-inevitable-but-its-likely-an-excerpt-from-graham-allisons-destined-for-war> Accessed July 26, 2021.

Or evidence should be sought elsewhere, such as in the serious human rights violations, genocide against the Uyghur minority, the violation of industrial property rights or the signing of unequal investment treaties. The fact that these are two nuclear powers may serve as a warning against to try to sort out their competition by military means. The United States have about twenty times as many nuclear warheads as China. However, the latter also has an existential deterrent power, since the approximately three hundred Chinese nuclear weapons are enough for this. In addition, the challenge that China poses potentially also offers a collaborative solution. However, this presupposes the intention of both parties.

What we experience with China's increase of power and influence globally it follows a pattern that is complex, flexible and tailor-made. Nevertheless, it has some shared general characteristics. I would identify it as gradual gaining of non-sovereignty based control in international relations. China, similarly to every rational actor, relies on its strengths and rightly identifies it with its economic power. It establishes economic contacts with its partners. With the second largest economy of the world, it creates bilateral contacts be it in trade, investment or assistance. Due to its economic weight, there is an objective underlying asymmetry between the two. Even if bilateralism is complemented by a number of multilateral channels, including institutions like the Shanghai Cooperation Organization (SCO), and the Asian Infrastructure Investment Bank (AIIB) and some frameworks and programmes, including the BRI and the Forum on China - Africa Cooperation. The deals are made bilaterally overwhelmingly with governments and without transparency. This has already resulted in deals that were found economically unnecessary and occasionally raised the objection of local populations. China thoroughly maps its environment before the business deals are made and does not exclude means, like corruption. There is nothing unusual in this. However, many would find the extensive reliance on state power and packaged as mercantilist arrangements⁽¹⁰⁾ objectionable. When China has a major or even decisive stake in another state's economy that is when it starts benefitting from its superiority. This is also the time when it is too late as the incremental process reached the stage when it "bites". It is furthermore difficult to resist an offer when there are not many other offers to benefit from. The accords proper give some strong rights for the acquisition of elements of infrastructure in other states be they ports, airports or others.

(10) The term is used by LOFTUS, Suzanne, *Democracy and Transatlantic Values in an Age of Great Power Competition*. *Orbis*, vol. 65, issue 2, February 2021, p. 345. <https://www.sciencedirect.com/sdfe/pdf/download/eid/1-s2.0-S0030438721000119/first-page-pdf> Accessed April 19, 2021.

It is important to see that the recognition of the trap is thus delayed. It remains to guesswork whether such uneven accords are made by corrupted leaders or simply due to their inattention based on the false hope things never get to the point that China can rely on its partner's weakness. However, when one speaks to locals in some affected countries it is widely assumed, it is the former rather than the latter.

The political implications are fairly clear. There is no expectation to align the dependent partner's political system. China simply wants to silence any international criticism at its address and expects some "minimal loyalty". The wider its influence gets, the less states will be in the position to criticize it and the more the critical liberal center will be isolated in its critical assessment. This is reflected first in universal and regional international organizations. Furthermore, China reacts negatively to those smaller states that opt out of silence and cause damage to them, including depriving them of some economic benefits. Rather than focusing on the global south, it is suffice to mention states from Australia, to the Czech Republic and Lithuania. For China this is manageable as long as the "rebellion" is not concentrated and massive.

In this sense a divided West is just as in China's interest as it is in Russia's although the foundations are not identical. The level of expectations towards China's "client states," the different sequence of using various means and methods just as the non-sovereignty constraining emphasis of Beijing make it extremely difficult to resist China's advancement by small and medium size countries.

The meeting of the U.S. Secretary of State and National Security Advisor with the Chinese foreign minister and the Chinese Communist Party's politburo member for international affairs in Anchorage in March 2021 indicated the coming of a rear-end collision although fortunately only at the negotiating table. The United States points to that the challenge cannot be simplified to economic rivalry:

1. Certain economic activities of China, including Huawei's expansion into the world market and the 5G network, illegal access to information and the facilitation of access to Chinese loans and investments can be used to gain political influence. All this in an ambitious framework, 'the Belt and Road Initiative (BRI)' and beyond.

2. China is aggressive in East and South-East Asia and the Pacific. To some extent, both observations are well founded. The Secretary of State of the Trump administration, Mike Pompeo in a speech summed up what the United States expected from China: "We... must induce China to change".

He came to the conclusion: “our policies - and those of other free nations - resurrected China’s failing economy”⁽¹¹⁾.

The Trump administration concluded that the policy announced by the Nixon administration failed, China has been strengthening and growing its influence. One could lament whether this really is the whole truth, or China’s rise has also been due to the country’s investment environment, for a long time low labor costs, competitiveness, and later its huge internal market. Certainly, its internal stability based on nationalistic mobilization and an authoritarian system also played a role. In any case, the United States, understandably, do not argue with those factors.

There is no doubt that the Trump administration has made a decisive turn in this area in American politics, and also that it did so in a key area. It is so important that there is no chance of a return to the situation, for the following reasons:

1. It is in the vital interest of the United States to preserve its advantage and delay when China is going to present a full-fledged alternative to Washington.

2. The Biden administration also has an interest in finding areas where it is not forced to break up with its predecessor’s policy and can maintain the bipartisan consensus in Washington. The great power competition with China (and Russia) is such. No significant change can be noticed in politics, and that is not to be expected. Of course, policy continuity does not mean the invariance of the assets. Obviously, a more differentiated, ‘fine-tuned’ policy that relies more heavily on diplomatic means and seeks international support with allies and partners can be pursued even without a revision of the ultimate objective. Both official documents and pronouncements of the Biden administration have indicated that the determination is there to head in such a direction⁽¹²⁾.

One may wonder why the United States want to see and show their relationship with China through security goggles? Or to put it differently, why do the U.S. securitize this bilateral relationship? It is not disputed that there are security implications of this relationship. However, it would be an exaggeration to see it as a security rivalry.

(11) POMPEO, Michael R., *Communist China and the Free World’s Future*. Speech, Michael R. Pompeo, Secretary of State. The Richard Nixon Presidential Library and Museum, Yorba Linda, California, June 12, 2020, <https://2017-2021.state.gov/communist-china-and-the-free-worlds-future-2/index.html> Accessed July 24, 2021

(12) See Interim National Security Strategy Guidance... and BLINKEN, Anthony J., *A Foreign Policy for the American People*. March 3, 2021. <https://www.state.gov/a-foreign-policy-for-the-american-people/> Accessed August 29, 2021.

Regionally, as China is pursuing hegemony in the Far East in an undisguised manner, while the United States guarantees the security of Japan and South Korea and wants to retain Taiwan's de facto sovereignty. It follows from China's regional behavior that it would act in a similar way globally if it had the strength to do so. However, it would not be easy to prove this by way of extrapolation as it does not necessarily yield a sufficiently convincing result. The gaining of economic influence, seeking to gain in market share is not to be welcomed, but a natural aspiration of the state and certainly legal. The question arises whether the United States do securitize their relationship with China in order to request that their allies and partners show solidarity with the U.S. This also narrows the choices of others. It is the reason why I am of the view that securitization offers a shortcut that makes it possible to spare complex and eventually inconclusive arguments between the U.S. and EU/NATO Europe. It may be enough to mention the United Kingdom. Americans acted strongly and very effectively there. They took steps to prevent London from purchasing the 5G network from China, and connected this by a possible restriction of "five eyes" intelligence cooperation that exists between the five states (Australia, Canada, New Zealand, UK and the US). Eventually, the British, unlike several other European states, gave in whereas a number of others kept relying on Chinese 5G technology although some upgraded the security (transparency) requirements. It would be premature to answer the question whether economic expansion or intelligence is the real problem with Chinese 5G expansion. If anyone may know what the real danger can be in this area, it may be the world's leading electronic intelligence power, the United States.

China is taking a path to avoid that the difference between democratic states and Beijing's own system would be two spectacular. It could be the reason it knows itself that its system would not be attractive but to a few pseudo-dictators. In particular, as far as the people are concerned that may be aware of the autocratic nature of China that keeps gaining in centralization. Consequently, China does not expect its partners to line up behind it. Partners may have any kind of system ranging from democracy to full-fledged dictatorship, China relates neutrally to it. It is particularly careful to avoid commenting on the political system of other states. This is especially welcomed by regimes and leaders that are often criticized in the name of Western/democratic values. However, there are precisely perceptible limitations that China's friends/partners better not cross. These include China's political system, the human rights situation and the issue of democracy, Hong Kong, Taiwan, and China's territorial claims in the South China Sea.

Quite a few states can afford criticizing China because it can be sure that Beijing will not leave it unanswered. The situation is perfectly illustrated by the words of then German Chancellor Angela Merkel: “We can be as hard-working, as impressive, as super as we like - but with a population of 80 million we won’t be able to keep up if China decides that it no longer wants to maintain good relations with Germany. That’s how it will be all over the world”⁽¹³⁾.

Although Germany is in an exceptional situation, it is a massively export-oriented state, but Angela Merkel’s words are a good indication of the dilemma with which Western European states usually face. This has resulted in a situation that the allies of the U.S. were willing to declare: China is a challenge, but they would not be happy to go further than that. The new U.S. administration took a sophisticated position on this understanding the delicate choice her allies are facing. This was expressed clearly by Secretary of State Antony Blinken upon his first visit at NATO: “The United States won’t force our allies into an ‘us or them’ choice with China⁽¹⁴⁾”. The Communiqué of the June 2021 NATO summit reflected how far the consensus between the U.S. and European allies may go and where the area of compromise lies. In addition to the way the NATO Summit addressed China, the entire text of the Communiqué reflected a compromise. To put it more controversially, it reflected that the European NATO members may not fully share the view reflected in the U.S. NSS and identify Russia and China as the main sources of threat. Instead, the text keeps the Russia and China threat in balance with the danger of terrorism. On the one hand, it outlined the dangers China’s behavior carried, including its military cooperation with Russia in the Euro-Atlantic area but also indicated the need to cooperate with Beijing in areas where it was possible⁽¹⁵⁾. It remains to be seen whether the reemergence of terrorism directed against the United States⁽¹⁶⁾ will or will not drive Washington in the direction of the position of its European allies.

(13) MERKEL, Angela, Speech by Federal Chancellor Dr Angela Merkel on 16 February 2019 at the 55th Munich Security Conference. München, February 16, 2019.

<https://www.bundesregierung.de/breg-en/news/speech-by-federal-chancellor-dr-angela-merkel-on-16-february-2019-at-the-55th-munich-security-conference-1582318> Accessed July 25, 2021.

(14) *Reaffirming and Reimagining America’s Alliances*. Speech by Antony J. BLINKEN, Secretary of State, at NATO Headquarters Agora, Brussels, March 24. <https://www.state.gov/reaffirming-and-reimagining-americas-alliances/> Accessed July 27, 2021.

(15) Brussels Summit Communiqué Issued by the Heads of State and Government participating in the meeting of the North Atlantic Council in Brussels 14 June 2021. Press Release (2021) 086, points 55-6. https://www.nato.int/cps/en/natohq/news_185000.htm.

(16) Reference is made here to the current ISIS attacks against U.S. forces in Afghanistan in late August 2021.

During the period of the rather stormy departure of the Trump administration from power and the Biden administration's taking of office, the European Union concluded a comprehensive agreement on investment with China in the hope that it would make it easier access to the Chinese investment market. Washington was not delighted. The agreement has not been ratified by either side yet for various reasons, among others due to the Chinese sanctions (travel ban) against members of the European Parliament who were in favour of sanctions due to China's dismal human rights record.

Among the sources of power to which great powers rely a supporting environment and as many followers as possible should be there. It is hard to imagine a state rising among the world's leading powers without being followed by quite a few others, including influential states. There can be various reasons, including the standing and acceptance of the line taken why a state is being followed. This may be the case when states want to reduce their security deficit by relying on a great power and thus strengthen their security (this is called bandwagoning)¹⁷, when they intend to gain economic benefits or when they want to demonstrate their affiliation and thus increase their influence. Of course, there is also the case when one state simply wants to get a "clean slate" by belonging to a group gaining recognition for its membership and then be free to shape its policy, even in difference from the group (international organization), if not to the opposite of its line. Follow-up behavior is based on a rational decision on the part of the smaller player and also from a power that benefits from a wide range of followers. The leading power does not have to force the smaller state, as it is enough that the latter recognize the benefits of being a follower. Of course, each leading power has its own way to lead and influence based on its civilizational foundations that the various states that follow may find attractive to varying degrees. It is now clear that both the United States leadership on a value-based identity declared for many decades, and China's newer 'value-neutral', sovereignty-maximizing approach attracts followers alike.

Where the bipolar international order is not of a Cold War nature, this may lead many states to try find a place to build good relations with various great powers and benefit from belonging to an international organization at the same time. There are states that link their Eastern policy with membership of Western organizations (such as countries like Hungary or more recently Montenegro), while others combine their aspiration to join the European Union with opening up to the East (such as Serbia). China (and Russia) has now benefited on several occasions from the fact that the EU was not able to take

(17) WALT, Stephen, *The Origins Of Alliances*. Ithaca-London, 1987. pp. 147-180.

action against them because Greece and Hungary were ready to prevent the formation of EU unity. Because of the different distribution of power in NATO a similar internal division has not been achieved yet.

The world has also changed in terms of the richer than ever variety of political systems. Totalitarian dictatorships had their mark on the 20th century. In fact, it can also be argued that the 20th century itself was a century of total dictatorships, as Eric Hobsbawm did when he wrote about a “short 20th century⁽¹⁸⁾”. Unlike the 20th century, there are almost no total dictatorships in the 21st century. Only North Korea is an exception to the rule. In contrast, various systems have emerged that can be called as anocratic or hybrid systems. As Burmese politician, Aung San Suu Kyi formulated: “Sometimes I think that a parody of democracy could be more dangerous than a blatant dictatorship, because that gives people an opportunity to avoid doing anything about it⁽¹⁹⁾”. This means that in such regimes human rights are not eliminated just chipped away in a step-by-step process that makes mobilization more difficult and resistance less likely. It is no longer battle tanks that are employed in order to retain domestic stability. It is media controlled by the regime, election fraud, and a variety of other soft means. If processes get out of control it maybe the use of teargas and arrest of demonstrators.

There are significant differences between anocratic systems in both their democratic and authoritarian traits, as well as their developmental tendencies. This means that we have gone beyond the easily understandable dichotomies of dictatorship and democracy and, if we want to illustrate, we have ‘populated’ the section, while we have also shortened it, as we have largely eliminated the extremely dictatorial mass murder systems. Many regimes have enriched their declared democratic political systems with so-called illiberal elements⁽²⁰⁾.

The Western core interpreted this as a regression of democracy over the past two decades. During the Obama administration, it was probably the most important task for the President to restore the prestige of the United States that could not have been easily compatible with intervention for disseminating democracy.

In addition, some of the spectacular democratization related efforts of the previous years (Afghanistan, Iraq) were largely unsuccessful and in Ukraine, it remained inconclusive and brought a partial result at best.

(18) HOBBSAWM, Eric, *The Age of Extremes: The Short Twentieth Century 1914-1991*. London, 1994.

(19) AUNG SAN SUU KYI, *Brainy Quote*, https://www.brainyquote.com/topics/democracy-quotes_3 Accessed July 20, 2021.

(20) ZAKARIA, Fareed, *The Rise of Illiberal Democracy*. *Foreign Affairs*, 76 (1997) 6, pp. 22-43.

During the Trump administration, the United States were not interested in democratic transformation, and the number one politician of the country did not seem suitable either to lead a world political actor. Seeing the situation, the allies of the U.S. tried to keep a distance from the leading power of the NATO alliance. This helped China and Russia as it provided the foundation of a division that was found desirable in Beijing and Moscow.

The Biden-administration has been facing the Gargantuan task to present continuity in some crucial areas of the country's foreign policy, including or rather first and foremost, great power competition while restoring the international prestige of the U.S. simultaneously. This requires keeping the focus on great power competition, pursue to achieve results with adequate attention to the interests of its allies and partners in difference from the Trump administration, and use a different host of means. This view has remained present in the view of Secretary of State Antony Blinken when he concluded: "We make mistakes, we have reversals, we take steps back... but... we... confront those challenges openly, publicly, transparently, not trying to ignore them, not trying to pretend they don't exist, not trying to sweep them under a rug"⁽²¹⁾.

5. Conclusions

The birth of a new bipolar international system is expected in the coming decades that will be characterized by the mutual relationship, and most probably rivalry, of the two dominant actors. Bearing in mind that the parties do not yet have long-term experience to deal with each other under the current distribution of power and influence this period will be associated with instability. In extreme cases, it is also possible that war would break out between the two states. If this does not happen, the question will arise whether this demonstrates that nuclear powers continue to avoid direct collisions or, if it were to take place between them, they would fight with conventional weapons, fought as a conflict of lower intensity. This was seen in 1969 between the Soviet Union and China and in the recent clash between India and China when nuclear powers collided directly but kept their confrontation strictly non-nuclear. If the world succeeds to avoid war completely, rivalry will be limited to other areas.

The bipolar structure will increasingly put other actors in front of a choice, which will form the periphery of one or the other pole.

(21) DEBENEDETTI, Gabriel, Secretary Swell on a Pissed-Off Planet: Antony Blinken, the impeccably polished secretary of state, faces a world that just might be post-diplomacy. *Intelligencer*, March 30, 2021. <https://nymag.com/intelligencer/article/antony-blinken-foreign-policy.html>. Accessed August 29, 2021.

If we project conclusions from the present for the future, we can expect Western Europe with the United States and Russia with China. Currently, it is a question how to secure the loyalty of Western Europe to the United States even though this may cause economic damage to the former, and how Western Europe should avoid being forced to break up with China. This is why some Western actors try to balance and maneuver between the two poles so as not to become more peripheral to the outer circle of Western Europe than before but also to join China's periphery directly. Meanwhile, some of them maximize the benefits of belonging to Western institutions both guaranteeing their security and the economic benefits of the European Union. And here the question arises as to how these states can participate values based integrations while 'paying' with political loyalty for the economic benefits they may have with China (and in some cases Russia) for their cooperation. It is questionable how long this peacock dance can continue and when such states find themselves in an impossible situation (if at all) due to their swing policies. The fact that a Member State cannot be excluded from either the EU or NATO reinforces the temptation for this pragmatic, if not outright cynical policy. However, it would be dangerous to pursue such a course by states, which are yet to join one or both of the two organizations, because unexpected barriers to entry may rise (higher).

Although China defines itself as an international political actor that does not expect its partners to share the Chinese model, but its expectations are clear in terms of the red lines its partners are not supposed to cross. China has taken advantage of that the West is not united in its reaction to the emerging situation. However, China does not use the same tools to "promote" division as Russia with far more modest economic power. Suffice it to refer here to the 17+1 cooperation⁽²²⁾. A similarly beneficial cooperation framework is not offered by Russia. It offers the Eurasian Economic Union to its post-Soviet partners but there is hesitation to join due to certain disadvantages.

It would also be in the interest of the United States that Russia does not fall China's lap. Even though Moscow may have the same interest, by no means the result is certain. Namely not because Russia as an independent civilization - more precisely as its center - assumes a multipolar international system where it defines its role as one of the poles of the system.

(22) 17+1 became 16+1 (again) in Spring 2021 with the voluntary departure of Lithuania from the group. See Kinling Lo, Lithuania quit 17+1 because access to Chinese market did not improve, its envoy says. *South China Morning Post*, June 1, 2021, <https://www.scmp.com/news/china/diplomacy/article/3135522/lithuania-quit-171-because-access-chinese-market-did-not> Accessed July 26, 2021.

This in turn prevents Moscow from accepting that it can only choose from the dependencies. And if the choice is inevitable, the Russian leadership would understandably choose China that is uncritical of its political system and that Moscow regards a more predictable partner than the West, first of all the U.S. It is another problem that Russia does not share the values of the West and does not want to do so for reasons of preserving systemic stability and on the basis of historically based alienation and disenchantment.

While Western policy is based on declared values, China and Russia are more pragmatic and that appeals to some. Although everyone who lived both in a democracy and in an autocratic system knows where it is better to live, at the level of political leaders the matter may appear differently. Preservation of power, behavior that is carried out in denial of declared values has always been present, but especially in countries where democracy does not go back for decades, if not centuries, has not developed organically, and hence the possibility of a de facto abolition of democracy attracts some leaders. Especially in cases where the preservation of their power is closely linked to individual enrichment, abuse of power and corruption. In their eyes the values and their declaration do not serve to respect them, but to legitimize their rule. The bipolar international system can be thought of as more stable than a multiplayer model. In addition, we have experience with bipolarity from thirty years earlier⁽²³⁾. However, it would be wrong to think of those experiences positively and it would be quite a simplification to extrapolate from them.

This is how we get to the title of Honoré de Balzac's perhaps most famous novel. We may state that the development of the international system, its built-in objective structural constraints, the power-maximizing reflexes, the doubtful lessons derived from the last three-quarters of a century, the repeated mistakes led to a situation from where we can draw a conclusion. After forty years of observing the international system it remains what it was: Illusions perdues.



(23) Similarly as John Mearsheimer concluded upon the end of the Cold War. Why We Will Soon Miss The Cold War. *The Atlantic Monthly*, Volume 266, (1990) No. 2; pp. 35-50, especially p. 37. <https://www.mearsheimer.com/wp-content/uploads/2019/07/A0014.pdf> Accessed July 26, 2021.



Professore
Marco Gemignani (*)

Le navi della Regia Marina e della Marina militare con il nome *Carabiniere* (quarta parte)

Il terzo Carabiniere

La Marina militare dopo la radiazione della nave esperienze *Carabiniere*, avvenuta come già ricordato alla Spezia il 14 gennaio 1965, rimase senza un'unità che portasse il nome di un militare dell'Arma e, per rimediare a questo a dimostrazione del profondo legame che univa la Benemerita alla Marina, fu deciso che una delle due fregate delle quali da pochi giorni era stata iniziata la costruzione ricevesse il nome *Carabiniere*. Infatti nei Cantieri Navali del Tirreno di Riva Trigoso, vicino a Genova, il 9 gennaio 1965 era stata impostata la fregata antisom *Climene*, il cui nome nel giugno successivo fu modificato in quello di *Carabiniere*, e lo stesso avvenne per l'unità gemella *Circe*, che venne ribattezzata *Alpino*, nome con il quale fu designata la classe⁽¹²⁰⁾.

Il Comandante generale dell'Arma, il generale di corpo d'armata Giovanni De Lorenzo, appresa la notizia inviò una lettera al Capo di Stato maggiore della Marina, l'ammiraglio di squadra Ernesto Giuriati, nella quale era scritto che “[...] mi è particolarmente gradito ringraziarLa, anche a nome dell'Arma tutta, per la bella notizia datami relativa all'intitolazione di una Fregata, in atto di costruzione, al Carabiniere in sostituzione del cacciatorpediniere recentemente posto in disarmo. Questo nuovo atto di simpatia della Marina nei confronti dell'Arma cementa ancora di più gli stretti vincoli di cameratismo già esistenti tra i valorosi Marinai d'Italia e i Carabinieri”⁽¹²¹⁾.

(*) Docente di Elementi di storia e strategia navale presso l'Accademia navale di Livorno.

(120) In realtà le fregate di questa nuova classe avrebbero dovuto essere quattro ma due, i cui nomi sarebbero stati *Perseo* e *Polluce*, non vennero realizzate per ristrettezze di bilancio, vedi Giorgio GIORGERINI, Augusto NANI, *Almanacco storico delle navi militari italiane. La Marina e le sue navi dal 1861 al 1995*, cit., pag. 409.

(121) Riportato in *Il Presidente della Repubblica presenzia la cerimonia del 151° Annuale della Fondazione dell'Arma dei Carabinieri*, in *Notiziario della Marina*, XII (1965), 6, pag. 20.



La fregata antisom *Carabiniere* pronta al varo il 30 settembre 1967
nei Cantieri Navali del Tirreno di Riva Trigoso
(Fototeca dell'Ufficio Storico della Marina Militare, Roma)

La fregata *Carabiniere* fu pronta per il varo il 30 settembre 1967 e il nuovo Comandante generale della Benemerita, il generale di corpo d'armata Carlo Ciglieri, nel messaggio che scrisse per l'occasione riportò che "Il 30 settembre p.v. in Riva Trigoso, avrà luogo il varo di una modernissima Fregata della Marina militare, che sarà battezzata con il nome di 'Carabiniere', per perpetuare una tradizione iniziata nel 1910 - con un cacciatorpediniere di uguale nome rimasto in servizio fino al 1924 [sic] - e proseguita poi nel 1938 con un altro cacciatorpediniere andato in disarmo nel 1965.

Dobbiamo essere grati, miei Carabinieri, alla nostra Marina militare per aver voluto ancora ricordare il nostro nome affidandolo a questa Sua nuova, moderna unità che, nel recare in mari e porti lontani il segno del Tricolore, unirà idealmente le condizioni dei marinai a quelle dei carabinieri, entrambi - se pure in settori differenti - vigili guardiani della sicurezza della nostra Patria, cui dedicano continuamente loro stessi con abnegazione silenziosa e totale.

Questa attestazione di colleganza costituisce, oltre agli elevati valori ideali che l'hanno ispirata, anche un cameratesco riconoscimento di simpatia e di apprezzamento da parte di tutti i Marinai per l'attività che, durante 87 anni, i Carabinieri hanno esplicata nei compiti ad essi affidati e svolti con piena partecipazione alla vita della nostra Marina militare.

Carabinieri! Uniti con tutto il nostro spirito alla Marina militare, nell'imminenza del varo della bella nuova unità di cui anche noi andiamo gloriosi, ravviviamo oggi nel nostro cuore il calore dei sentimenti più affettuosi e fraterni verso i marinai italiani e rivolgiamo il nostro commosso saluto alla gloriosa Bandiera della Marina che vediamo attorniata da quanti donarono generosamente in guerra ed in pace la vita sui mari per il bene dell'Italia.

È con questo auspicio che porgo al Signor Capo di Stato maggiore della Marina il ringraziamento più profondo e al Signor Comandante della Fregata, agli ufficiali, sottufficiali e marinai, componenti dell'equipaggio, il fervido saluto augurale mio e dell'intera Arma dei Carabinieri"⁽¹²²⁾.

Il giorno del varo a Riva Trigoso erano presenti l'onorevole Mario Marino Guadalupi, Sottosegretario alla difesa in rappresentanza del ministro Roberto Tremelloni, il generale Ciglieri Comandante generale dell'Arma e l'ammiraglio di squadra Alessandro Michelagnoli, Capo di Stato maggiore della Marina, che nel discorso che pronunciò ricordò il legame che univa la Forza armata alla Benemerita:

"La nuova Fregata, oggi varata a Riva Trigoso, verrà battezzata con un nome caro agli Italiani: 'Carabiniere', che fu già quello di due cacciatorpediniere

(122) Riportato in *La fregata portaelicotteri "Carabiniere" varata a Riva Trigoso*, in *Notiziario della Marina*, XIV (1967), 10, pag. 2.

della nostra Marina, ed è simbolo della continuità dei vincoli che legano la Marina all'Arma dei Carabinieri, le cui tradizioni non esaltano soltanto il passato ma sono sempre vive e attuali.

Vi sono alcune affinità spirituali tra la Marina e l'Arma dei Carabinieri, alcune doti che fanno parte di uno stesso patrimonio, come quello del riserbo, della fedeltà, del sacrificio silenzioso, della perseveranza nell'azione per conseguire un intento unico: il bene della Patria.

I marinai vigilano sui nostri mari, come i carabinieri sul nostro territorio, con compiti che possono riassumersi in una sintetica espressione: la sicurezza della Nazione.

La Marina ha avuto modo di valutare e di apprezzare anche direttamente le particolari doti dei Carabinieri attraverso l'alto rendimento dei Reparti che prestano servizio alle sue dipendenze da ben 87 anni.

Fu nel luglio del 1880 che, per la prima volta, venne istituito il Servizio dei Carabinieri per la Marina con compiti di controllo, di polizia ordinaria, e giudiziaria militare, negli Arsenali, negli Stabilimenti di lavoro. La fattiva opera di collaborazione fu svolta sempre con alto spirito di partecipazione alla vita della Marina, come se i Reparti addetti facessero parte integrante di Essa.

La nuova Fregata che entrerà a far parte della flotta, modernissima nei suoi impianti, nelle sue attrezzature, porterà dunque un nome che è simbolo del dovere, di quello che si deve fare come atto spontaneo e che scaturisce dal profondo rispetto per le istituzioni e dall'amore verso il popolo.

Sono certo che, in questo fausto giorno, i Carabinieri presenti a Riva Trigoso rappresentano anche i compagni lontani impegnati in zone impervie, in una lotta giornaliera per reprimere ogni illecito, ogni minaccia alla libertà, custodi di quei beni spirituali, sociali, di quei diritti che un popolo conquista dopo secoli di dura lotta e che costituiscono un patrimonio comune, espressione di civiltà e di progresso di un Paese.

La Marina adempie oggi affettuosamente ad un giusto atto di riconoscimento legando il nome dell'Arma alle fortune di questa nuovissima nave.

Al Comandante Generale, a tutti gli Ufficiali, Sottufficiali e Carabinieri invio il saluto della Marina e un fervido voto augurale⁽¹²³⁾.

Fra le numerose autorità presenti vi erano anche l'ammiraglio di squadra Raffaele Barbera, Comandante in capo del Dipartimento dell'Alto Tirreno, il dottor Pietro Rizzo, prefetto di Genova e monsignor Federico Favarin, ispettore della Curia militare che benedisse la nave, dopodiché la madrina, la signora Ines Marichetti D'Acquisto, madre del vicebrigadiere dei carabinieri Salvo D'Acquisto, Medaglia d'Oro al Valore Militare, lanciò la tradizionale bottiglia di

(123) Riportato in *ivi*, pag. 3.



La madrina del varo della fregata *Carabiniere*, la signora Ines Marichetti, madre del vicebrigadiere Medaglia d'Oro al Valore Militare Salvo D'Acquisto
(Fototeca dell'Ufficio Storico della Marina Militare, Roma)

spumante che si infranse contro la prua della fregata *Carabiniere* e quest'ultima scese in mare salutata dalle sirene del cantiere⁽¹²⁴⁾.

Nei mesi successivi i lavori a bordo dell'unità proseguirono alacremente cosicché entrò in servizio nell'aprile del 1968 ed ebbe come motto quello dell'Arma, ovvero "Nei secoli fedele" e le fu assegnato il distintivo ottico di fiancata F 581⁽¹²⁵⁾. Aveva una lunghezza fuori tutto di 113,30 metri, una larghezza 13,30 metri, e un dislocamento a pieno carico di 2.689 tonnellate a cui corrispondeva un'immersione di 3,80 metri. L'apparato motore era composto da quattro diesel Tosi OTV-320 e un paio di turbine a gas Tosi-Metrovick che consentivano una velocità massima di 29 nodi e l'autonomia, alla velocità di crociera di 18 nodi, era di 4.200 miglia nautiche.

L'armamento consisteva in sei cannoni da 76 millimetri del tipo OTO Melara "Allargato" in impianti singoli dei quali un paio collocati a prora, due lateralmente a dritta di fianco alla sovrastruttura e all'hangar e altrettanti nella medesima posizione a sinistra, sei tubi lanciasiluri in due impianti trinati Mk 32

(124) Ivi, pagg. 4, 6-8.

(125) Franco BARGONI, *Tutte le navi militari d'Italia 1861-2011*, cit., p. 49.



La cerimonia della consegna della fregata *Carabiniere* alla Marina Militare a Genova il 28 aprile 1968
(Fototeca dell'Ufficio Storico della Marina Militare, Roma)

da 324 millimetri posizionati ai lati dello scafo sotto il ponte di volo, un lanciasiluri (ovvero un lanciatore per le bombe antisommergibili) a canna singola Whitehead K 113 a prora dietro l'impianto sopraelevato da 76 millimetri e un elicottero medio in configurazione antisom. L'equipaggio era di 264 uomini⁽¹²⁶⁾.

Al momento dell'entrata in servizio la *Carabiniere* e l'*Alpino* vennero assegnate alla IX Squadriglia Fregate della I Divisione Navale con base alla Spezia costituendo la seconda generazione di fregate portaelicotteri della Marina militare italiana. All'epoca della loro realizzazione vennero considerate fra le migliori unità a livello mondiale della loro categoria e, sviluppando i concetti già tradotti in pratica con le fregate della classe "Carlo Bergamini", costituirono un eccellente esempio di unità polivalente con dislocamento contenuto, buona tenuta del mare e costi di esercizio limitati.

(126) Giorgio GIORGERINI, Augusto NANI, *Almanacco storico delle navi militari italiane. La Marina e le sue navi dal 1861 al 1995*, cit., pp. 448-449.



Il lanciatore di bombe antisommergibili Whitehead K 113 a canna singola
(Fototeca dell'Ufficio Storico della Marina Militare, Roma)

Lo scafo era suddiviso in quindici compartimenti stagni ed era a ponte continuo, con un cavallino prodiero piuttosto accentuato e con la zona centro-poppiera occupata dal ponte di volo e da un'aviorimessa fissa in grado di contenere un elicottero antisom di tipo medio.

Nella zona prodiera della sovrastruttura era collocata la plancia (con la Centrale operativa di combattimento) che aveva la caratteristica di essere su due piani, con quello più elevato arretrato rispetto al primo come si poteva notare anche dalle due file di finestrini.

Nella parte centrale della sovrastruttura era presente l'unico fumaiolo nel quale convergevano le condotte di scarico delle turbine a gas, dei quattro diesel principali e degli altrettanti diesel-alternatori⁽¹²⁷⁾.

La *Carabiniere* e la gemella *Alpino*, essendo le fregate più all'avanguardia della Marina militare, subito dopo la loro entrata in servizio vennero coinvolte

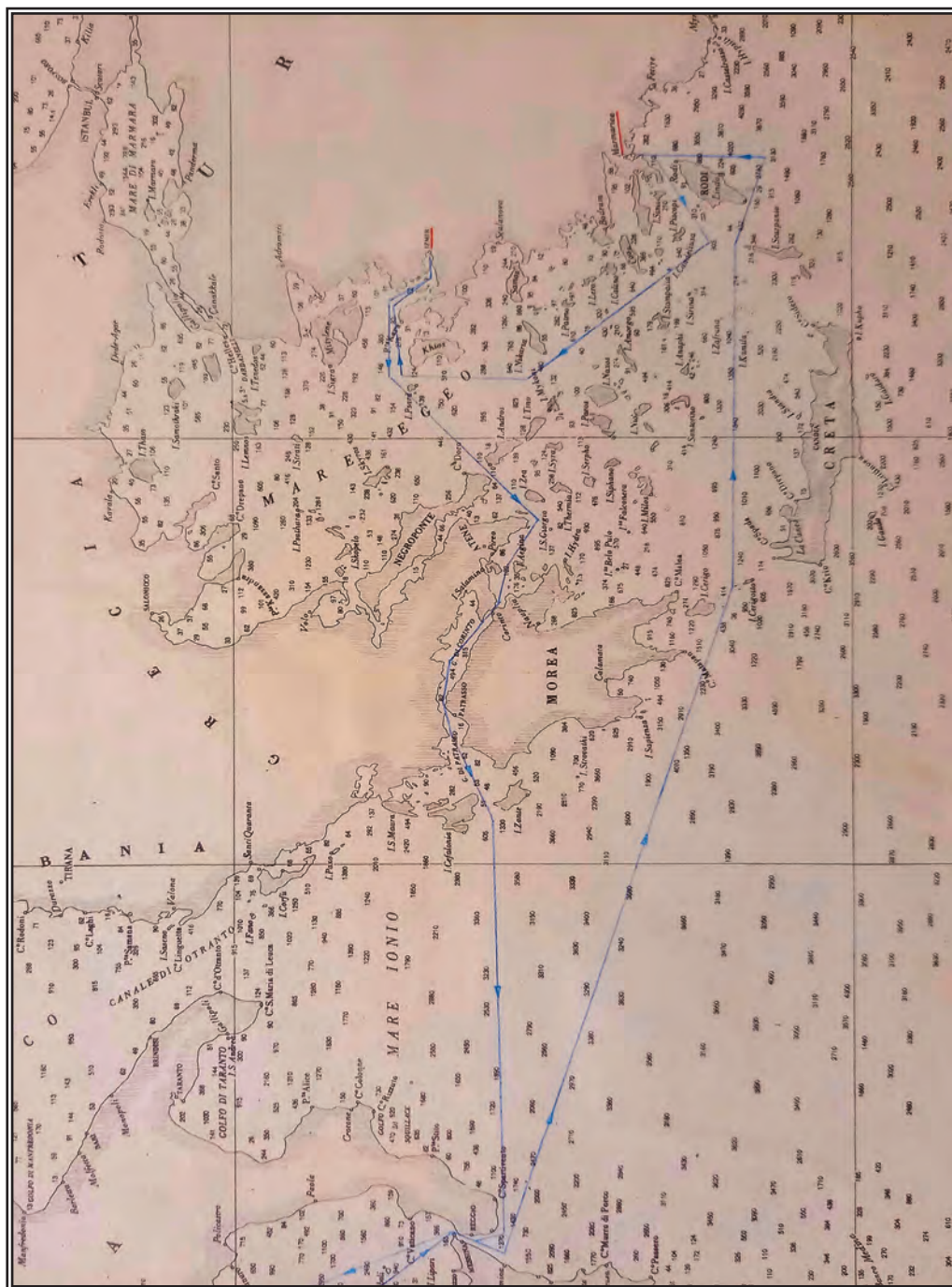
(127) Michele COSENTINO, Ruggero STANGLINI, *La Marina Militare italiana*, EDAI, Firenze, 1992, pag. 112.



L'elicottero in dotazione alla fregata *Carabiniere* sul ponte di volo a poppa dell'hangar
(Fototeca dell'Ufficio Storico della Marina Militare, Roma)

in alcune esercitazioni, delle quali una delle prime e delle più complesse fu sicuramente quella in ambito NATO "Dawn Patrol 1969" che si svolse fra il 20 aprile e il 2 maggio 1969 in Mediterraneo. Ad essa parteciparono oltre sessanta unità di superficie e subacquee e ben trecento velivoli italiani, britannici, greci, statunitensi e turchi e la Marina militare, oltre alle citate fregate *Carabiniere* e *Alpino*, schierò i cacciatorpediniere *Impavido*, *Indomito* e *Intrepido*, la cisterna *Sterope*, alcuni dragamine, una squadriglia di motocannoniere e tre sommergibili.

L'esercitazione fu diretta dal *Cincsouth*, ovvero il Comando in Capo delle Forze alleate dell'Europa meridionale e aveva il fine di addestrare le forze aeronavali della NATO alla sorveglianza di superficie e all'esecuzione di operazioni avanzate di lotta aerea, antisom, anfibia e nucleare e di esercitare i Comandi coinvolti ad attivare il sistema di allarme dell'Alleanza. I temi addestrativi pertanto furono piuttosto complessi, in quanto le unità impegnate dovettero eseguire operazioni di "ombreggiamento" di navi considerate avversarie, fornire appoggio aereo a formazioni in mare, svolgere attacchi simulati e compiere operazioni anfibie.



La rotta seguita dalla fregata *Carabiniere* durante una delle prime esercitazioni NATO alla quale partecipò, la “Early Affair” dal 13 al 31 marzo 1969
(Fototeca dell’Ufficio Storico della Marina Militare, Roma)

Tutte le esercitazioni vennero svolte come pianificato, meno lo sbarco a Capo Teulada che dovette essere annullato a causa delle proibitive condizioni meteomarine, e i risultati ottenuti vennero esaminati nel corso di una riunione che si tenne il 5 maggio presso il Comando NATO di Napoli⁽¹²⁸⁾.

Dopo questa attività il 16 luglio la *Carabiniere*, l'incrociatore lanciamissili e portaelicotteri *Andrea Doria* e la fregata antisom *Cigno* presero parte ad un'esercitazione bilaterale italo-americana denominata "Quick Draw 8-69" nelle acque del Tirreno insieme alla portaerei statunitense *John F. Kennedy*⁽¹²⁹⁾.



Le navi della Marina Militare italiana e della *Marine Nationale* francese che presero parte all'esercitazione "Passex Toza" in sosta nella base della Spezia
(Fototeca dell'Ufficio Storico della Marina Militare, Roma)

Nel mese di ottobre la *Carabiniere* fu impegnata addirittura in due esercitazioni: la prima chiamata "Passex Toza", dal 6 al 9 del mese, si svolse nel Tirreno settentrionale con la *Marine Nationale* francese e vi parteciparono da parte italiana, oltre alla fregata, anche le altre due unità che erano state impiegate nella "Quick Draw 8-69" alle quali si aggiunsero il sommergibile *Francesco Morosini* e

(128) *Attività della Squadra Navale durante il mese di aprile*, in *Notiziario della Marina*, XVI (1969), 5, pagg. 1-3.

(129) *Attività della Squadra Navale durante il mese di luglio*, in *Notiziario della Marina*, XVI (1969), 8-9, pag. 6.

alcuni velivoli bimotore Grumman S2F, dopodiché le navi della Marina militare effettuarono dal 9 all'11 una sosta nella base navale francese di Tolone. La seconda esercitazione, denominata "Transex", ebbe come teatro le acque di fronte alla Spezia e vide coinvolte il 16 ottobre le fregate *Carabiniere*, *Castore*, *Cigno*, la corvetta *Farfalla*, i sommergibili *Enrico Dandolo* ed *Enrico Toti* e il battello subacqueo britannico *Valiant*⁽¹³⁰⁾.

Tre giorni dopo questa attività addestrativa, il 19 ottobre, presso la Banchina Scali dell'Arsenale militare marittimo della Spezia si svolse la cerimonia della consegna della bandiera di combattimento alla fregata, vessillo che fu offerto dall'Associazione Nazionale Carabinieri.

All'evento presenziarono il capo di Stato maggiore della Marina, l'ammiraglio di squadra Virgilio Spigai in rappresentanza del Ministro della difesa, il generale di Corpo d'armata Luigi Forlenza, Comandante generale dell'Arma, l'ammiraglio di divisione Giovanni Ciccolo, facente funzioni di Comandante in capo del Dipartimento militare marittimo dell'Alto Tirreno, la signora Ines Marignetti D'Acquisto, madrina del varo e il dottor Augusto Bianco prefetto della Spezia.

Gli onori furono resi dalla Fanfara dipartimentale e da una compagnia di formazione composta da marinai e carabinieri, questi ultimi in grande uniforme storica.

La cerimonia iniziò con la benedizione della bandiera di combattimento da parte di monsignor Luigi Corazza, vicario generale dell'Ordinariato militare, che poi officiò la Santa Messa, dopodiché presero la parola il generale di divisione della Benemerita in congedo Efsio Anedda, presidente dell'Associazione Nazionale Carabinieri, il capitano di fregata Mario Porta, Comandante della *Carabiniere* e infine l'ammiraglio di squadra Spigai.

Il Capo di Stato maggiore della Marina nel suo discorso, rivolgendosi all'equipaggio della fregata, disse "Accettate la Bandiera di Combattimento con un impegno sublime di fede, un impegno di alta responsabilità che trascende di molto la formalità e la retorica. Nel vostro caso specifico sappiate che l'impegno dato è particolarmente impegnativo in quanto il motto che leggo sulle vostre sovrastrutture è un qualcosa che rappresenta l'obbligo di riammettere una tradizione di fedeltà e devozione alla Patria in pace e in guerra, nella buona e nell'avversa fortuna che costituiscono il massimo della tradizionalità dell'Arma dei Carabinieri"⁽¹³¹⁾.

(130) *Attività della Squadra Navale durante il mese di ottobre*, in *Notiziario della Marina*, XVI (1969), 11, pag. 14.

(131) Riportato in *Consegna della bandiera di combattimento alla fregata portaelicotteri Carabiniere*, in *Notiziario della Marina*, XVI (1969), 10, pag. 15.

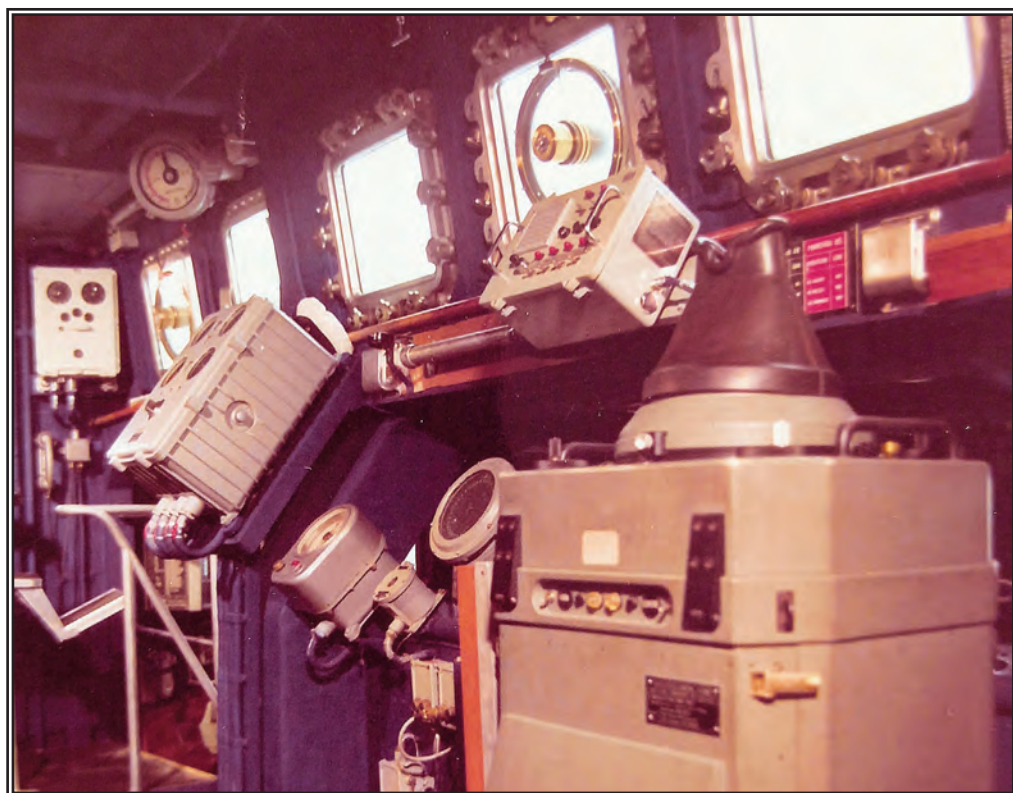
Al termine dell'orazione il presidente dell'Associazione Nazionale Carabinieri consegnò formalmente la bandiera di combattimento al capitano di fregata Porta, che a sua volta l'affidò al più giovane ufficiale della fregata che la fece alzare a riva, salutata da una scarica di fucileria, dal fischio dei nostromi, dalle sirene e dal gran pavese delle altre navi presenti nella base spezzina mentre la Fanfara dipartimentale suonava l'Inno di Mameli e veniva sparata una salva di ventuno colpi di cannone⁽¹³²⁾.



Il generale di divisione dell'Arma in congedo Efisio Anedda, presidente dell'Associazione Nazionale Carabinieri, mentre consegna la bandiera di combattimento al comandante della *Carabiniere*, il capitano di fregata Mario Porta alla Spezia il 19 ottobre 1969
(Fototeca dell'Ufficio Storico della Marina Militare, Roma)

(132) *Ibidem.*

La *Carabiniere* fu di nuovo intensamente impegnata in esercitazioni dal gennaio del 1970, quando dal 26 al 30 di quel mese venne coinvolta in un'attività addestrativa bilaterale italo-francese denominata "Passex Gema" che oltre alla fregata vide impiegati l'incrociatore lanciamissili e portaelicotteri *Andrea Doria* battente l'insegna del Comandante della I Divisione navale, il cacciatorpediniere *Impetuoso*, la corvetta *Farfalla*, il sommergibile *Cappellini*, aerei antisom Grumman S2F e i nuovi Breguet Atlantique, mentre la Marine Nationale schierò il cacciatorpediniere *D'Estrées* che alzava l'insegna del Comandante della Squadra del mediterraneo (Amiral commandant l'escadre de la Méditerranée, designato con l'acronimo Alescméd), le fregate *Le Bearnais* e *Le Provençal*, la nave appoggio sommergibili *Gustave Zédé* e l'unità di sostegno logistico *Rhin*; inoltre parteciparono alla complessa esercitazione anche velivoli dell'Aeronautica militare italiana e di quella d'oltralpe. Al termine dell'attività, dal 30 gennaio al 1° febbraio, le navi della Marina militare eseguirono una sosta operativa a Marsiglia, dopodiché rientrarono alla Spezia⁽¹³³⁾.



La plancia della fregata *Carabiniere*
(Fototeca dell'Ufficio Storico della Marina Militare, Roma)

(133) *Attività della Squadra Navale durante il mese di gennaio*, in *Notiziario della Marina*, XVII (1970), 2, pagg. 8-9.

La sosta nella base ligure durò solamente una decina di giorni perché dall'11 al 24 febbraio la *Carabiniere* partecipò ad un'ancora più grandiosa e articolata esercitazione chiamata "Safari" diretta dal Comandante in capo della Squadra navale. Per l'occasione furono impiegati, insieme alla *Carabiniere*, gli incrociatori *Andrea Doria*, *Caio Duilio* e *Giuseppe Garibaldi*, i cacciatorpediniere *Impavido*, *Impetuoso*, *Indomito*, *Intrepido* e *San Giorgio*, le fregate *Alpino*, *Canopo*, *Cigno*, *Margottini*, *Virginio Fasan*, i sommergibili *Alfredo Cappellini*, *Attilio Bagnolini*, *Enrico Tazzoli*, *Enrico Toti* e *Lazzaro Mocenigo*, le motocannoniere della I Squadriglia, i dragamine del IV Gruppo dragaggio, le navi trasporto *Andrea Bafìle* ed *Etna*, velivoli antisom e dell'Aeronautica Militare e il Battaglione San Marco⁽¹³⁴⁾.

Alla metà del mese di marzo la zona di Tangeri fu sconvolta da devastanti inondazioni che causarono molti danni e perdite di vite umane e il nostro Governo, per dimostrare la vicinanza alla popolazione marocchina, decise insieme alla Croce Rossa Italiana, di inviare un carico di aiuti consistente in duemilacinquecento coperte, quattordici quintali di latte e vestiario per cinquecento persone.

L'incarico di trasportare tale materiale fu affidato alla *Carabiniere* che, sempre al comando del capitano di fregata Porta, giunse a Tangeri il 19 marzo. Alla cerimonia di consegna degli aiuti, che si svolse a bordo della fregata, intervennero il dottor Armando Rota, console generale d'Italia a Tangeri e Mohamed Moatasim, governatore della provincia, entrambi i quali, nelle loro allocuzioni, misero in luce il forte legame che univa i loro due Paesi.

Al rientro in Italia dalla missione il capo di Stato maggiore della Marina, l'ammiraglio di squadra Virgilio Spigai, volle inviare un messaggio di apprezzamento al personale della *Carabiniere* per "[...] la prontezza nell'esecuzione dell'ordine impartito con brevissimo preavviso, la disciplina e lo spirito di sacrificio dell'Equipaggio nelle operazioni di imbarco e di sbarco del materiale, l'impeccabile comportamento dello Stato maggiore e dell'equipaggio nei contatti protocollari e privati avvenuti nel corso della sosta a Tangeri dell'Unità"⁽¹³⁵⁾.

In aprile la *Carabiniere* e le fregate *Aldebaran* e *Altair*, l'incrociatore lanciamissili e portaelicotteri *Andrea Doria* e la nave scuola *Palinuro*, al comando dell'ammiraglio di divisione Luigi Tomasuolo, si ormeggiarono a Cagliari per svolgervi un'attività di rappresentanza in occasione della "Giornata della Gente del Mare" rivolta soprattutto agli studenti delle scuole medie e superiori.

(134) *Attività della Squadra Navale durante il mese di febbraio*, in *Notiziario della Marina*, XVII (1970), 3, pag. 4.

(135) Riportato in *La fregata "Carabiniere" trasporta a Tangeri i soccorsi per gli alluvionati del Marocco*, in *ivi*, pag. 17.

Nel periodo in cui le navi rimasero nel porto sardo furono organizzate visite a bordo delle unità e per le scolaresche, per i membri della Lega Navale Italiana e per quelli dell'Associazione Nazionale Marinai d'Italia anche delle brevi uscite in mare⁽¹³⁶⁾.



Personale dell'Arma in visita sulla fregata *Carabiniere* per la classica foto ricordo
(Fototeca dell'Ufficio Storico della Marina Militare, Roma)

In maggio dal 18 al 21 si svolse nello Jonio un'esercitazione nazionale a partiti contrapposti denominata "Mare largo" disposta dal Comandante in capo della Squadra navale che si imbarcò sull'incrociatore *Giuseppe Garibaldi*. Ad essa, oltre a questa unità, parteciparono le fregate *Carabiniere*, *Alpino*, *Canopo*, *Cigno*, *Virginio Fasan*, l'incrociatore *Andrea Doria*, i cacciatorpediniere *Impavido* e *Intrepido*, i sommergibili *Alfredo Cappellini*, *Attilio Bagnolini*, *Enrico Dandolo*, *Enrico Tazzoli* e *Lazzaro Mocenigo*, le cisterne *Sterope* e *Stromboli*, aerei antisom ed elicotteri della Marina militare e velivoli dell'Aeronautica Militare⁽¹³⁷⁾.

Il 21 maggio, appena terminata questa attività addestrativa, la *Carabiniere*, l'*Alpino*, la *Cigno*, il cacciatorpediniere *Impavido* e l'incrociatore *Andrea Doria* furono coinvolti nel medesimo tratto di mare in un'esercitazione bilaterale italo-americana chiamata "Quick Drawn 3/70" con la portaerei statunitense *Forrestal*⁽¹³⁸⁾.

(136) *Attività della Squadra Navale durante il mese di aprile*, in *Notiziario della Marina*, XVII (1970), 5, pagg. 5.

(137) *Attività della Squadra Navale durante il mese di maggio*, in *Notiziario della Marina*, XVII (1970), 6, pag. 9.

(138) *Ibidem*.

La *Carabiniere* dal 16 al 20 giugno insieme all'*Andrea Doria*, all'*Intrepido* e all'*Enrico Tazzoli* effettuò una sosta operativa a Malta⁽¹³⁹⁾.



La centrale operativa di piattaforma della fregata *Carabiniere*, dalla quale si potevano controllare le macchine (Fototeca dell'Ufficio Storico della Marina Militare, Roma)

La fregata, dopo alcuni lavori di manutenzione, riprese la sua attività addestrativa il 1° novembre successivo partecipando a un'esercitazione del tipo "Transex" con unità statunitensi e le corvette *Pietro De Cristofaro*, *Salvatore Todaro*, elicotteri della Marina militare imbarcati e basati a terra e velivoli anti-som diretta dal Comando militare marittimo della Sicilia e dal 23 al 26 novembre fu impegnata in un'altra esercitazione, molto più complessa, denominata "Passex Lana" gestita dal Comandante della I Divisione navale italiana e dal Comandante della Squadra navale francese del Mediterraneo⁽¹⁴⁰⁾. A quest'ultima attività addestrativa presero parte per la Marina militare, oltre alla *Carabiniere*, l'incrociatore *Andrea Doria*, le fregate *Canopo* e *Cigno*, i sommergibili

(139) *Attività della Squadra Navale durante il mese di giugno*, in *Notiziario della Marina*, XVII (1970), 7, pag. 4.

(140) *Attività della Squadra Navale durante il mese di novembre*, in *Notiziario della Marina*, XVII (1970), 12, pag. 12.

Alfredo Cappellini ed *Enrico Toti* e la cisterna *Sterope*, mentre la *Marine Nationale* schierò i cacciatorpediniere *D'Estrées* e *Forbin*, le fregate *Le Bearnais*, *Le Brestois*, *L'Alsacien*, *L'Agenais*, il sottomarino *Daphné* e inoltre intervennero i nuovi elicotteri SH3D e i velivoli bimotori Grumman S2F e Breguet Atlantique.

Anche negli anni seguenti l'impegno addestrativo della *Carabiniere* nell'intero bacino del Mediterraneo fu intenso e qualche rara volta operò anche fuori di esso, come nel settembre del 1973 allorché fece rotta verso il Mar Nero. Era infatti accaduto che il governo dell'Unione Sovietica aveva formalmente richiesto alla Marina militare di inviare in visita ufficiale nei porti di Sebastopoli e di Odessa un paio delle sue unità e, per svolgere tale missione, erano state scelte la *Carabiniere* agli ordini del capitano di fregata Franco Mariotti e il cacciatorpediniere *Impavido* del capitano di vascello Marcello Pirozzi che imbarcava l'ammiraglio di divisione Paolo Mainini Comandante della I Divisione navale.

La crociera durò dal 12 al 29 settembre e le due unità, oltre ai porti sovietici, sostarono anche a Suda nell'Isola di Creta e a Istanbul in Turchia. La *Carabiniere* e l'*Impavido* giunsero a Sebastopoli il 17 settembre e l'ammiraglio Mainini eseguì le visite protocollari andando a trovare l'ammiraglio di squadra Susoiev, Comandante in capo della Flotta del Mar Nero, e il sindaco. Le due autorità sovietiche restituirono la visita salendo a bordo dell'*Impavido*, sulla quale venne anche l'ambasciatore italiano a Mosca, il dottor Piero Vinci e, fra le varie cerimonie che si svolsero durante la sosta, vi fu anche la deposizione di una corona al Monumento dei caduti di Sebastopoli.

Le unità della Marina militare, ripresa la navigazione, si spostarono a Odessa dove l'ammiraglio Mainini ripeté le visite protocollari incontrando il tenente generale Iamsikov, Comandante della Regione militare di Odessa, il contrammiraglio Trofimov, il più alto ufficiale della Marina sovietica presente, e il sindaco. Anche in questa seconda città furono organizzate manifestazioni sportive e culturali e cerimonie, fra le quali un omaggio al Monumento del Marinaio Ignoto di Odessa⁽¹⁴¹⁾.

Rientrate in Italia le due navi ripresero la loro attività addestrativa e, poiché sia la *Carabiniere* che l'*Alpino* erano intensamente impiegate, i vertici della Marina militare desideravano che esse fossero mantenute all'avanguardia sia per quello che riguardava i sensori e le apparecchiature, sia per quanto concerneva alcune strutture anche in base all'esperienza maturata nella realizzazione di nuove unità. Così a partire dal 1987 entrambe le fregate furono sottoposte a cicli di lavori nell'Arsenale Militare Marittimo della Spezia che comportarono la sostituzione degli originari sonar a scafo e a profondità variabile con un sistema

(141) *L'Impavido e il Carabiniere a Odessa*, in *Notiziario della Marina*, XX (1973), 10, pagg. 8-9.



La fregata *Carabiniere* all'ormeggio;
 nella foto si possono notare i due impianti singoli da 76 millimetri di dritta
 (Fototeca dell'Ufficio Storico della Marina Militare, Roma)

integrato DE 1164 identico a quello montato sulle allora modernissime fregate della classe "Maestrale", scelta che comportò la modifica strutturale dello specchio di poppa.

Contemporaneamente si dotò la *Carabiniere* e l'*Alpino* della cosiddetta "prora oceanica", consistente in un paraonde aggiuntivo collocato all'altezza del trincarino e fu rimossa una delle direzioni del tiro poppiere, interventi che modificarono parzialmente il profilo longitudinale delle due unità⁽¹⁴²⁾.

Nonostante i lavori per mantenere la *Carabiniere* e l'*Alpino* al passo con l'evoluzione tecnologica, la progressiva entrata in servizio di nuove e più performanti unità del medesimo tipo fece sì che esse cominciassero ad essere utilizzate per la sperimentazione di apparecchiature ed armi da installare sulle future costruzioni.

(142) Michele COSENTINO, Ruggero STANGLINI, *La Marina Militare italiana*, cit., pag. 112.



Una spettacolare incappellata della fregata *Carabiniere*
(Fototeca dell'Ufficio Storico della Marina Militare, Roma)

Questa funzione divenne la principale per la *Carabiniere* e tale impiego fu ufficializzato il 1° aprile 1992 quando essa passò alle dipendenze del Dipartimento militare marittimo dell'Alto Tirreno come piattaforma sperimentale e fu sottoposta a grossi lavori di modifica che comportarono, fra l'altro, la rimozione del lanciasiluri K 113 e dei sei impianti con i cannoni da 76 millimetri (quello sopraelevato prodiero e i quattro laterali) e l'installazione a poppavia dell'aviorimessa di un grosso traliccio sormontato da un'ampia piattaforma.

L'unità il 1° gennaio 1993 fu classificata nave ausiliaria per esperienze continuando comunque a mantenere il distintivo ottico di fiancata F 581 che contraddistingue le fregate invece di sostituirlo con la sigla alfanumerica che inizia con la lettera "A"⁽¹⁴³⁾. Il 31 dicembre 1994 la *Carabiniere* terminò i lavori di trasformazione, rimpiazzando come nave esperienze la *Quarto* che, costruita inizialmente come unità da sbarco, si era dimostrata inadatta a tale compito.

La *Carabiniere* cominciò così a testare i sistemi di combattimento previsti per le nuove navi della Marina militare e, fra le prime apparecchiature che sperimentò, vi furono il sistema antisiluro SLAT (*System Launching Anti Torpedo*), il lanciatore verticale per missili antiaerei MBDA Aster 15 o Aster 30 VLS

(143) Ivi, pag. 113.



L'unità trasformata in nave ausiliaria per esperienze per testare i radar e i sistemi d'arma che sarebbero stati installati sulle nuove unità della Marina Militare italiana
(Fototeca dell'Ufficio Storico della Marina Militare, Roma)

(acronimo di *Vertical Launch System*) A-43 che sarebbe stato installato sulle FREMM (Fregate Europee Multi Missione), il radar multifunzionale EMPAR (*European Multifunction Phased Array Radar*) SPY-790, che era parte integrante del sistema missilistico PAAMS (*Principal Anti Air Missile System*) che sarebbe stato utilizzato sulla portaerei *Cavour*, attuale nave ammiraglia, e sui cacciatorpediniere del programma “Orizzonte” *Andrea Doria* e *Caio Duilio*.

Lo Stato maggiore della Marina, dopo che la *Carabiniere* aveva svolto quarant'anni di servizio come fregata e come nave ausiliaria per esperienze, ne decise il disarmo e nel pomeriggio del 19 novembre 2008 presso la Banchina Scali nell'Arsenale militare marittimo della Spezia si svolse la cerimonia dell'ultimo ammainabandiera. Ad essa presenziarono l'ammiraglio di squadra Paolo La Rosa, Capo di Stato maggiore della Marina, il generale di corpo d'armata dei carabinieri Gianfrancesco Siazzu, Comandante generale dell'Arma, l'ammiraglio di squadra Franco Paoli, Comandante in capo del Dipartimento militare marittimo dell'Alto Tirreno e i vecchi comandanti della nave. Nel corso della cerimonia l'ammiraglio La Rosa nel suo discorso affermò che la Marina avrebbe assegnato nuovamente il nome *Carabiniere* ad un'unità di prossima costruzione e il generale Siazzu, presa la parola, ribadì i legami fra le due Forze armate sostenendo che la nave *Carabiniere* rappresentava una parte della storia della Marina militare ma anche di quella dell'Arma⁽¹⁴⁴⁾. Al termine dell'evento l'ultimo Comandante della *Carabiniere*, il capitano di vascello Claudio Caprara, consegnò la bandiera di combattimento all'ammiraglio Paoli e l'unità fu definitivamente radiata il 31 maggio 2010 e in seguito smantellata nel Bacino numero 5 dell'Arsenale militare marittimo della Spezia⁽¹⁴⁵⁾.

(144) Sandro Pellegrini, *Quando scortai sulla terza unità la mamma di Salvo D'Acquisto*, in *Il Secolo XIX*, 31 marzo 2014, pag. 17.

(145) Franco BARGONI, *Tutte le navi militari d'Italia 1861-2011*, cit., pag. 49.



**Dottore
Antonio Sabino (*)**

STUDI MILITARI

Esclusa l'applicabilità ai reati militari dell'art. 162-ter c.p. (*Estinzione del reato per condotte riparatorie*)

Nota a Cassazione Sentenza n. 27846, Udienza 2 dicembre 2021, Depositata 19 luglio 2021⁽¹⁾

La “giustizia riparativa”, pur tra varie criticità e i non trascurabili dubbi che segnano, con andamento variabile, le diverse declinazioni con cui ha trovato spazi significativi nel nostro ordinamento, costituisce una delle più trafficate frontiere del diritto penale, ricca di spunti evolutivi.

In particolare, nell'istituto disciplinato dall'articolo 162-ter del codice penale, il rapporto tra autore e vittima del reato assume un rilievo che attinge in profondità i tradizionali concetti di reato e di pena criminale, in quanto non solo i profili di afflittività connaturati alle conseguenze sanzionatorie dell'illecito penale ma il reato in quanto tale recedono fino ad estinguersi a fronte dell'attuazione di condotte riparatorie del danno.

Di certo, il fatto che il giudice, indipendentemente da una eventuale diversa volontà della vittima, sia tenuto a dichiarare, appunto, l'estinzione del reato una volta accertata la sussistenza dei presupposti di applicabilità della norma surrichiamata, primo fra tutti l'adeguatezza della condotta riparativa, relega in una visione alquanto romantica il mito della riconciliazione come fondamento della giustizia riparativa, ponendo in risalto, almeno per quanto riguarda l'ordinamento italiano, la vera natura dell'istituto, invero mai nascosta, quale strumento deflattivo che va ad unirsi ai tanti altri messi recentemente in campo dal legislatore per alleggerire l'insostenibile carico di lavoro che grava sugli organi della nostra giurisdizione ordinaria.

In ogni caso, non possono essere elusi i principi affermati in materia nell'ambito del diritto internazionale, con particolare riguardo al diritto dell'Unione europea che, con la Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del

(*) Procuratore Militare della Repubblica presso il Tribunale Militare di Roma.

(1) La sentenza è liberamente consultabile sul sito della Corte di Cassazione al link: <http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snp en&id=./20210719/snp en@s10@a2021@n27846@tS.clean.pdf>.

Consiglio del 25 ottobre 2012, sostitutiva della Decisione quadro 2001/220/GAI, ha stabilito le norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, esaltando l'importanza di prevedere strumenti sia sostanziali che processuali atti ad agevolare l'effettività del ristoro dei danni cagionati dal reato.

Non a caso l'articolo 1, comma 18, del disegno di legge delega approvato in via definitiva dal Parlamento in data 23 settembre 2021 (cosiddetto "Riforma Cartabia") prevede l'emanazione di decreti legislativi volti a definire una disciplina organica della giustizia riparativa, nel rispetto proprio delle disposizioni della sopra citata direttiva 2012/29/UE.

In tale contesto, la sentenza in commento appare particolarmente significativa per il sistema penale militare in quanto, nel ritenere conforme ai principi costituzionali, fissati nella nostra Carta fondamentale, l'inapplicabilità al reato di truffa militare dell'istituto dell'estinzione del reato per condotte riparatorie di cui all'articolo 162-ter c.p., ribadisce con forza la specificità dei reati militari, sotto il duplice profilo della lesione che essi in quanto tali producono a beni-interessi delle Forze armate dello Stato e della conseguente legittimità costituzionale dell'esclusione della querela di parte dal novero delle condizioni di procedibilità previste dal Codice penale militare.

Interessante notare che la decisione interviene con riguardo ad un reato - la truffa militare - che rientra nella categoria dei reati "obiettivamente" militari, ossia di quelle fattispecie che, a differenza dei reati "esclusivamente" militari (articolo 37, comma 1, c.p.m.p.), sono previsti come reati, nei loro elementi costitutivi, anche dal diritto penale comune.

Su tali questioni già da tempo sia la Corte Costituzionale sia la Cassazione si sono espresse in senso analogo, allorché sono state chiamate ad affrontare il delicato quanto problematico rapporto intercorrente tra la querela e la richiesta di procedimento, istituto previsto dall'articolo 260 c.p.m.p. come condizione di procedibilità per alcune categorie di reati militari di non particolare gravità.

In particolare il Giudice delle Leggi, nell'Ordinanza n. 186/2001, utilizzando espressioni non equivocabili nella loro perentorietà, ha sostenuto che "l'istituto della querela, non previsto attualmente in rapporto ad alcuno fra i reati militari, debba ritenersi con essi incompatibile, stante l'offesa alla disciplina e al servizio, e dunque ad un interesse eminentemente pubblico, che caratterizza tali fattispecie criminose".

Da parte loro anche i giudici di legittimità (Cass., Sentenza n. 9313/1998) si erano espressi in termini di sostanziale incompatibilità con il sistema penale militare della querela, la cui ratio, fondata sulla salvaguardia di interessi privati, mal si concilia con gli obiettivi di tutela che caratterizzano tutte le fattispecie di reato militare, ivi comprese, come si è visto, quelle "obiettivamente militari".

Perfettamente in linea con tali orientamenti, quindi, si colloca la decisione in esame.

In essa i supremi giudici, nel dichiarare la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale avanzata dalla difesa in riferimento all'applicabilità dell'articolo 162-ter, c.p., ai soli reati procedibili a querela e, quindi, non anche ai reati militari, afferma la piena ragionevolezza di tale limitazione, non solo perché i reati perseguibili a querela di parte sono "caratterizzati ontologicamente da minor disvalore della condotta", ma soprattutto perché "la specificità della truffa militare [ma, come si è detto, l'osservazione vale per tutti i reati militari n.d.r.] trova origine non soltanto nella qualità soggettiva dell'autore ma nella pluralità di beni giuridici offesi, che nel caso del militare vanno oltre il mero aspetto patrimoniale ma riguardano la disciplina militare e la fiducia tra appartenenti al medesimo corpo".

Come è evidente, un orientamento giurisprudenziale così consolidato nel tempo pone ostacoli pressoché insormontabili a possibili sviluppi legislativi volti ad esportare nel diritto penale militare anche gli eventuali ulteriori strumenti di giustizia riparativa che saranno introdotti in attuazione della delega contenuta nella recente riforma della giustizia di cui prima si è detto.

Non vi è dubbio, infatti, che una volta affermata la natura dei reati militari come fattispecie lesive principalmente di interessi pubblici costituzionalmente protetti, quali sono quelli che afferiscono al contesto militare in forza dell'articolo 52 della Costituzione, non può che essere esclusa la congruità al sistema di meccanismi che vengano a collocare in una dimensione meramente privata le scelte in ordine alla loro concreta perseguibilità. E ciò vale, quindi, sia con riferimento agli effetti delle condotte riparative, la cui funzione non potrebbe mai comportare la rinuncia dello Stato a perseguire penalmente l'illecito, sia sotto il profilo della congruità al sistema della querela, stante la sua natura di condizione di procedibilità legata ad interessi esclusivi della persona offesa dal reato.

Né le descritte limitazioni possono ritenersi lesive del diritto alla tutela giudiziaria che va riconosciuto alle vittime dei reati, anche se si tratti di soggetti in armi, in quanto resta sempre possibile, ed è unanimemente ritenuto sufficiente, il ricorso alle richieste risarcitorie in sede civile.

A questo punto, però, appare necessaria una precisazione con riguardo all'istituto della querela e alla sua asserita incompatibilità con il sistema penale militare. Infatti, se è vero che gli interessi pubblici sottesi al reato militare non possono soffrire limitazioni nella loro tutela derivanti da scelte frutto di valutazioni del tutto estranee a quegli interessi, non pare altrettanto certo che sia da escludere in assoluto l'ammissibilità di un meccanismo che, per i reati militari a minor tasso di lesività, pur lasciando intatto l'istituto della richiesta di

procedimento rimessa al Comandante di Corpo in quanto portatore dell'interesse pubblicistico oggetto di tutela, preveda anche per il singolo militare la facoltà di attivare il procedimento penale a salvaguardia dei propri diritti in qualità di persona offesa dal reato.

Trattasi di questione *de iure condendo* su cui non sarebbe inopportuno che il legislatore, nel contesto della sempre auspicata riforma del diritto penale militare, soffermi la sua attenzione.





LIBRI



Mario Cardillo

I “Grandi” della Finanza da Quintino Sella ad Augusto Fantozzi

Aracne editoriale, 2020, pagg. 308, euro 16,00

È uscito di recente nelle librerie un interessante saggio dal titolo *I “grandi” della finanza pubblica da Quintino Sella ad Augusto Fantozzi*, (Edizione Aracne).

L'autore è Mario Cardillo, Professore associato di Diritto tributario presso l'Università di Foggia e Presidente del Consiglio dell'Ordine dei commercialisti della medesima Provincia.

Si tratta di una carrellata su eminenti personalità che, nell'arco di circa centocinquanta anni, si sono soffermate sui problemi della finanza pubblica, avanzando proposte e prendendo iniziative; tutte queste azioni hanno portato, tra l'altro, l'effetto di elevare a dignità di scienza la pratica sostanzialmente seguita per l'individuazione dei mezzi economici al fine di sopperire alle pubbliche necessità.

L'attività professionale da lui svolta e specialmente il pluriennale insegnamento universitario lo rendono padrone della materia; perciò la scrittura è sempre chiara e facilmente comprensibile alla prima lettura, senza suscitare incertezze di interpretazione.

Sotto diverso profilo, occorre segnalare che nel lavoro di Cardillo non vi è spazio per pettegolezzi o aneddoti di vario genere, quanto, alla evidenza, fuoriescono dall'ambito delle questioni prese in considerazione.

A modo di conclusione alla ricerca effettuata, un'accurata ed esauriente postfazione, così ripercorre le vie che hanno elevato a scienza la disciplina del prelievo tributario, dedicando particolare attenzione ai principi costituzionali che regolano la materia.

Il saggio di Cardillo inizia ricordando Quintino Sella, l'ingegnere prestato alla politica tutto proteso a raggiungere il pareggio del bilancio, fino a proseguire con le altre personalità e ad arrivare a Francesco Tesoro, scomparso di recente.

Nella rassegna è dato di ravvisare il contributo fornito dalla regione della Puglia per l'affermazione di principi in tema di finanza pubblica.

Sono, infatti, ben tre le personalità provenienti da questa regione che hanno proclamato e diffuso per tutta la nazione il loro insegnamento in materia; precisamente sono: Oronzo Quarta, Antonio De Viti De Marco e Achille Donato Giannini.

Il primo nasce a Copertino nel 1840 nel profondo sud della penisola, quando quella terra faceva ancora parte del Regno delle Due Sicilie. Diventato magistrato, svolge le sue funzioni nelle varie sedi della Puglia, tra cui Lucera, e dell'Abruzzo; trasferitosi a Roma, raggiunge la qualifica apicale della carriera con la massima a Primo presidente della Cassazione.

Quarta è un giurista poliedrico: è esperto di diritto civile, penale, amministrativo e si interessa anche di diritto minorile per il quale prepara un apposito codice per minorenni.

Per i suoi meriti, Vittorio Emanuele III lo nomina senatore del Regno. Il motivo per il quale viene collocato nel saggio in argomento va ravvisato nel fatto che Quarta si è interessato anche di imposte. Allorchè, invece, viene istituita l'imposta sui redditi di ricchezza mobile (proposta originariamente da Quintino Sella, ma approvata successivamente quando era Ministro delle finanze Minghetti), emerse la necessità di specifici chiarimenti per la sua opportuna applicazione; a tanto provvede Quarto con il suo "commento" pubblicato dapprima unitamente a Paolo Clementini e solo con il suo nome nelle successive edizioni. Il suo lavoro è davvero pregevole per la sistematicità della esposizione e la ricca casistica indicata che rendevano più agevole la concreta applicazione del nuovo balzello.

Importante è la sua definizione del reddito da assoggettare all'imposta che viene ricordata in tutti i libri che si sono occupati della materia e che ancora oggi costituisce il punto di partenza per ogni ricerca al riguardo.

Anche Antonio De Viti De Marco è nato nella generosa terra del Salento, precisamente a Lecce nel 1858, grande economista e noto politico (tra l'altro è stato Consigliere di Giolitti), in Parlamento ha sempre difeso gli interessi del Mezzogiorno. Sostenitore del libero scambio ha scritto opere importanti quali: Il carattere teorico dell'economia finanziaria, I primi principi dell'economia finanziaria, La finanza teoretica, Moneta e prezzi. De Viti De Marco parla correttamente l'inglese e con questa lingua aveva frequente corrispondenza con gli studiosi di altri Paesi. Alquanto fruttuosa è stata, tra l'altro, la relazione con il deputato inglese, al quale si deve la promozione e l'approvazione del sistema sanitario di quel Paese. Si ritiene, infatti, che sia stato il pensiero di De Viti De Marco ad orientarlo e influenzarlo in tal senso, sostenendo il principio secondo cui ogni cittadino a prescindere dal suo livello economico e sociale, ha diritto a ricevere dallo Stato idonea assistenza dalla nascita alla fine dei suoi giorni; ed è, poi, lo stesso modello che ha trovato applicazione anche nel nostro ordinamento. Emerge, quindi, che talora sono i principi affermati e sostenuti dall'Italia ad essere esportati e recepiti in altri Stati.

Un altro pugliese è Achille Donato Giannini, nato nel 1888 a Foggia dove ha compiuto anche gli studi di secondo grado; laureatosi in giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Napoli, torna nei luoghi nati quando vince il concorso in magistratura ed esercita le sue funzioni nella vicina Lucera. Successivamente, transita nei ruoli dell'Avvocatura erariale (come era allora chiamata l'Avvocatura dello Stato) e, poi, si dedica alla libera professione; ma non tralascia l'insegnamento

universitario e svolge incarichi di docenza nelle Università di Cagliari, Trieste e Milano. Nel dopoguerra si trasferisce all'Università di Bari dove ricoprirà anche l'incarico di Preside della facoltà di giurisprudenza. Achille Donato Giannini è persona di alto sentire sotto ogni punto di vista.

Le sue "Istituzioni di diritto tributario" costituiscono un testo basilare per tutti gli studiosi della materia; i suoi "principi sulla obbligazione tributaria", sul "sostituto e sul responsabile d'imposta" sono di una limpidezza e razionalità senza uguali e restano validi anche oggi, senza essere scalfiti dall'incuria del tempo.

Nei rapporti nell'ambito universitario, il suo modo di agire si rivela impeccabile per signorilità e compostezza.

Nei confronti degli studenti si mostra di grande affabilità ed è generoso nell'attribuzione di voti all'esame, pensando evidentemente di incoraggiare e agevolare il loro ingresso nella vita.

Nei rapporti con gli altri professori, si mostra sempre disponibile e giammai insiste su posizioni preconcepite e comunque ingiustificate. Perciò è circondato di sentimenti che vanno oltre la semplice stima e si risolvono in una sincera devozione.

Significativa è la prefazione scritta per un lavoro di un giovane studioso. Di fronte ad una affermazione rivelatasi sfornita di idoneo fondamento, non la definisce errata, ma solo che non la condivide; giunge ad attribuirgli il merito di aver provocato una rimediazione sul tema che "stagnava" in una tediosa contrapposizione di concetti stereotipati, con nuove idee e più aderenti argomentazioni".

Ogni commento al riguardo è inutile, ma rende più vivo il rimpianto per la scomparsa di un così grande Uomo.

Professore Avvocato
Domenico La Medica



Elena Taddia

L'occhio di Rubens. Genova, 1600

Mauro Pagliai Editore, 2019, pagg. 143, euro 15,00

Elena Taddia è una studiosa che ha orientato la propria ricerca verso la storia culturale dell'età moderna, con particolare attenzione alla storia del crimine e del corpo.

Nel corso della sua carriera professionale ha dato alle stampe numerose pubblicazioni scientifiche in italiano, francese e inglese, mentre con questo volume si cimenta nel romanzo storico.

La struttura del romanzo è organizzata su un prologo, cinque capitoli e un epilogo. Come ricorda l'autrice,

il volume si basa su fonti storiche accurate che ella ha utilizzato sapientemente attraverso l'opera finzionale.

Le vicende si basano su documenti inediti, principalmente manoscritti, che la Taddia ha potuto consultare nel corso delle sue ricerche in archivi e biblioteche a proposito della Genova a cavallo tra il Cinquecento e il Seicento.

Ciò che immediatamente affascina del testo è la capacità di immergere il lettore in uno spaccato storico lontano dalla quotidianità di questi anni segnati dalla pandemia, ma allo stesso tempo reso vicino per le ansie di quegli uomini e di quelle donne che vivevano, accanto ai piaceri, le paure per una nuova epidemia pestilenziale che pure aveva colpito quelle terre.

In realtà, la Taddia magistralmente riesce a tratteggiare finemente l'ambiente culturale della Genova di quegli anni, una città-stato che aveva appena spostato il peso della sua bilancia commerciale dai possedimenti nel Mediterraneo Orientale al ricchissimo impero spagnolo grazie all'abilità dei suoi banchieri e mercanti.

Ciò che si può apprezzare è proprio il clima che la Superba viveva in quel periodo di transizione tra il Cinque e il Seicento quando i fiamminghi come Rubens e Van Dick costituivano una presenza costante nella città per raffigurare gli uomini e le donne dell'alta società dell'epoca. In questo senso, il grande merito dell'autrice non consiste unicamente nel sapere descrivere il quadro generale di quegli anni, ma nella capacità di saper delineare particolari e aspetti quotidiani che emergono dalle carte d'archivio che la studiosa ha consultato a lungo. Si potrebbe dire che, attraverso la sua narrazione, la Taddia riesce a far ascoltare il cinguettio degli uccellini che tanto piacevano a Giulio Pallavicino o a far apprezzare l'odore di limoni, tamarindi e di quegli alberi perfettamente inseriti nel clima ligure che molte ville fuori città custodivano gelosamente riparati dalle alte mura.

In particolare, il romanzo si muove attorno a un fascicolo, reperito quasi per caso, intitolato "Lettere per quel si vede d'amore, sonetti pur d'amore", scritti di un sacerdote, Domenico Bertoni. Ecco che la finzione mette in relazione prete Bertoni con Giulio Pallavicino, con Rubens e con Sofonisba Anguissola, carismatica figura di pittrice di quegli anni che frequentò a lungo la corte spagnola di Filippo II, mentre si affaccia sulla scena un giovane Antoon van Dick.

Tutte le vicende di grandi e piccoli personaggi si muovono su un piano narrativo dinamico e molto efficace che riesce a dipingere, in questo caso il verbo è d'obbligo, un quadro molto grande nel quale l'autrice si sa muovere con proprietà grazie al lungo tempo dedicato alla ricerca scientifica in tanti archivi e biblioteche.

In definitiva, l'opera riesce a immergere il lettore nella vita quotidiana della Genova di quegli anni, facendo emergere una società diversa da come si può immaginare oggi: sullo sfondo si apprezza un grande dinamismo del mondo mercantile e bancario di quel periodo e una continua litigiosità latente che abbraccia tutti gli strati della popolazione ligure di cui Giulio Pallavicino e Domenico Bertoni sono due rappresentanti, sia pure su piani diversi.

Tenente Colonnello
Flavio Carbone

ELENCO AUTORI

➤ **PROFESSORE PAOLO BARGIACCHI**

Ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli Studi di Enna "Kore".

➤ **DOTTORE ARTURO CANCRINI**

Professore Aggregato di Legislazione delle Opere Pubbliche nell'Università di Roma "Tor Vergata" e fondatore dello "Studio Legale Cancrini e Partners" di Roma.

➤ **DOTTORE VITO CAPUZZA**

Abilitato alle funzioni di Professore di seconda fascia (Professore Associato) di Diritto amministrativo.

➤ **PROFESSORE PIERMARIA CORONA**

Professore Ordinario presso l'Università degli Studi della Tuscia.

➤ **AVVOCATO SILVIA DE BLASIS**

Avvocato penalista. Dottoranda di ricerca in Diritto Penale presso l'Università degli Studi di Rome Tre.

➤ **MAGGIORE PAOLO DEL GIACOMO**

Capo 2ª Sezione - Ufficio Personale Marescialli, Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri.

➤ **PROFESSOR PÁL DUNAY**

Professor. NATO and European Security Issues.

➤ **AVVOCATO CARLO FARINA**

Docente di Diritto penale dell'economia presso la facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

➤ **PROFESSORE MARCO GEMIGNANI**

- *Professore Aggregato di "Storia Navale" presso l'Accademia Navale di Livorno;*
- *Consigliere dello Stato Maggiore della Marina per la pubblicistica navale;*
- *Membro del Comitato Consultivo dell'Ufficio Storico della Marina Militare (COMISTORLA);*
- *Consulente del Museo Tecnico Navale della Spezia.*

➤ **DOTTORE FRANCESCO PIO LASALVIA**

Magistrato ordinario in tirocinio presso il Tribunale di Bologna. Dottore di ricerca in diritto penale presso l'Università di Parma.

➤ **TENENTE COLONNELLO VITANTONIO MASI**

Comandante del Nucleo Investigativo di Polizia Ambientale Agroalimentare e Forestale (NIPAAF) di Frosinone.

- **TENENTE COLONNELLO ALFONSO MONTAGNESE**
Capo 1^a Sezione "Giuridico amministrativa" della Direzione di Amministrazione del Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri.
- **DOTTORE MASSIMO NUNZIATA**
Ricercatore di Diritto amministrativo nell'Università di Roma "Tor Vergata" e avvocato amministrativista in Roma.
- **DOTTORE FELICE PIEMONTESE**
Dottorando di Ricerca in Scienze Giuridiche - Università di Siena.
- **DOTTORE ANTONIO SABINO**
Procuratore Militare della Repubblica presso il Tribunale Militare di Roma.
- **PROFESSORE GIORGIO SPANGHER**
Già Ordinario di Procedura Penale.
- **DOTTORE DAVIDE SPINA**
Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Caltanissetta.

INSERTO

- **MAGGIORE FILIPPO BARNI**
Direttore di Laboratorio, PhD - Ufficiale addetto alla Sezione di Biologia - Reparto Investigazioni Scientifiche di Roma.
- **DOTTORESSA LOREDANA BUSCEMI**
Presidente dei Genetisti Forensi Italiani (GeFi).
- **DOTTORE FULVIO CRUCIANI**
Professore di Genetica, PhD - Dip. di Biologia e Biotecnologie "Charles Darwin", Sapienza Università di Roma.
- **TENENTE CHIARA DELLA ROCCA**
Frequentatrice del 3° Corso Formativo biennale per Ufficiali del Ruolo Tecnico
- **GENERALE DI BRIGATA RICCARDO SCIUTO**
Comandante del Raggruppamento Carabinieri Investigazioni Scientifiche (RIS)

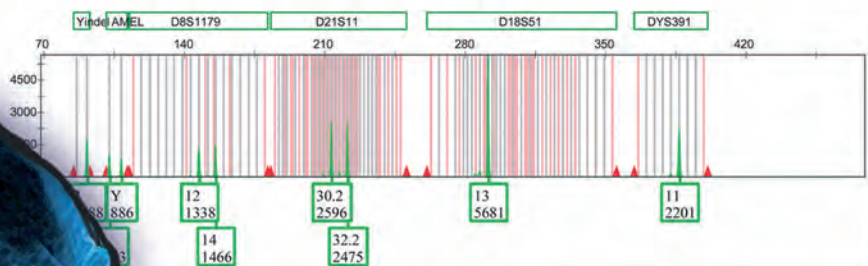


CARABINIERI

RaCIS

RAGGRUPPAMENTO INVESTIGAZIONI SCIENTIFICHE

"Quando un individuo entra in contatto con un luogo, lascia qualcosa di sè, così come qualcosa del luogo rimarrà sull'individuo"
Edmond Locard, L'enquête criminelle et les methodes scientifiques (1920)



CARABINIERI
Investigazioni Scientifiche

*Il ruolo della biologia e della genetica
forense nell'assistenza alle vittime di violenza*

INSERTO



**Generale di Brigata
Riccardo Sciuto^(a)**



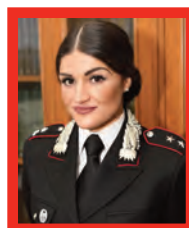
**Maggiore
Filippo Barni^(b)**



**Professoressa
Loredana Buscemi^(c)**



**Professore
Fulvio Cruciani^(d)**



**Tenente
Chiara Della Rocca^(e)**

Il ruolo della biologia e della genetica forense nell'assistenza alle vittime di violenza

SOMMARIO: 1. Premessa: Il Raggruppamento Carabinieri Investigazioni Scientifiche: una storia di eccellenza e innovazione. - 2. La repertazione delle tracce biologiche dalle vittime di violenza. - 3. Gli strumenti della biologia forense nei casi di violenza. - 4. Conclusioni.

1. Il Raggruppamento Carabinieri Investigazioni Scientifiche: una storia di eccellenza e innovazione

(Premessa del Comandante del RaCIS, Gen. B. Riccardo Sciuto)

La *criminalistica* riveste un ruolo sempre più cruciale nell'ambito del sistema della giustizia poiché fornisce indicazioni fondamentali per l'accertamento del reato e contribuisce, sul piano della ricerca, allo sviluppo di mirate forme di "difesa avanzata" tanto più utili quanto più sono condivise.

- (a) Comandante Raggruppamento Carabinieri Investigazioni Scientifiche.
- (b) Direttore di Laboratorio, PhD - Ufficiale addetto alla Sezione di Biologia - Reparto Investigazioni Scientifiche di Roma.
- (c) Presidente dei Genetisti Forensi Italiani (GeFi).
- (d) Professore di Genetica, PhD - Dip. di Biologia e Biotecnologie "Charles Darwin", Sapienza Università di Roma.
- (e) Frequentatrice del 3° corso formativo per Ufficiali del Ruolo Tecnico della Scuola Ufficiali.

Anche gli orientamenti Comunitari di settore⁽¹⁾ hanno evidenziato l'esigenza di affrontare in modo coerente, globale ed efficace le sfide poste da ogni tipo di criminalità alle società dei Paesi membri, ribadendo, in ciò, il ruolo centrale svolto dalle scienze forensi nel fornire informazioni scientificamente attendibili a sostegno dell'azione di prevenzione e di repressione, nonché per consentire il mutuo riconoscimento delle risultanze analitiche all'interno dei singoli contesti giudiziari. Si aggiunga, declinando ulteriormente, che l'istanza di sicurezza che giunge oggi dal cittadino risponde, non solo, alla sostanziale esigenza di tutela dell'incolumità fisica e della proprietà privata, ma anche alla custodia degli interessi diffusi della nostra collettività.

Per queste e per altre complementari ragioni, l'Arma dei Carabinieri destina, da oltre sessantacinque anni, un riguardo particolare alle investigazioni scientifiche. Risale, infatti, al 1955 l'istituzione del *Gabinetto Centrale di Documentazione e Indagini dell'Arma dei Carabinieri*, poi *Centro Carabinieri Investigazioni Scientifiche* e oggi *Raggruppamento Carabinieri Investigazioni Scientifiche*, che opera sull'intero territorio nazionale e, quando richiesto, all'estero.

Il valore di quelle intuizioni è testimoniato dai risultati raggiunti e unanimemente riconosciuti dal RaCIS e al RaCIS nel corso del tempo, esito del multiforme impegno specialistico attraverso il quale viene diuturnamente sostenuta l'azione dei Reparti dell'Arma, della Magistratura e delle altre Forze di Polizia per lo svolgimento degli accertamenti tecnico-scientifici nei vari settori della criminalistica, dall'esame della scena del crimine all'analisi delle tracce e dei reperti.

Il Raggruppamento può contare oggi su oltre quattrocento unità, distribuite su quattro Reparti Investigazioni Scientifiche (i RIS di Roma, Parma, Messina e Cagliari) e quattro Reparti specialistici centrali con competenza nazionale: il Reparto Tecnologie Informatiche, che effettua indagini tecniche nel settore del *Digital Forensics* e su apparati elettronici ad alta tecnologia, il Reparto Analisi Criminologiche, che offre supporto ai Comandi dell'Arma al verificarsi di crimini violenti, caratterizzati da particolare efferatezza, e nel contrasto alla cosiddetta "violenza di genere", il Reparto Dattiloscopia Preventiva, che verifica l'identità di persone sottoposte a fotosegnalamento dai Comandi Territoriali dell'Arma attraverso l'alimentazione e l'interrogazione della banca dati delle impronte digitali e palmari, e il Reparto Ricerca e Sviluppo, ultimo nato, che coordina le attività di ricerca e di collaborazione scientifica dei Reparti dipendenti, indirizza le iniziative di potenziamento tecnologico e cura le attività di assicurazione della qualità formale e sostanziale dei Laboratori.

(1) Cfr., *Le scienze forensi europee 2020*, progettualità del Consiglio dell'UE, 2011.

Sul piano scientifico, peculiare attenzione merita lo sviluppo delle analisi sul DNA che, dalla fine degli anni Ottanta, costituisce il settore che, più di altri, ha conosciuto uno sviluppo straordinariamente rapido. Un'accelerazione significativa delle capacità dell'investigazione scientifica dell'Arma è stato l'approvvigionamento degli amplificatori e dei sequenziatori: questi hanno favorito l'introduzione di tecniche di identificazione personale di incredibile potenzialità, prima impensabili. I successi derivanti da tali applicazioni sono di evidenza pressoché quotidiana sui media e la possibilità di esaminare campioni sempre più esigui, fino al limite teorico di una singola cellula, amplia smisuratamente lo spettro dell'azione investigativa. In questo ambito sono già disponibili sequenziatori di DNA di nuova generazione, in grado di fornire una grande quantità di informazioni dalle tracce biologiche. Parallelamente alla strumentazione, si sono sempre più perfezionati gli algoritmi statistici per la valutazione della parentela o per il riconoscimento delle tracce miste.

La professionalità dei Carabinieri del RaCIS è sviluppata su tre principali direttrici: la prima, perseguita con il costante e rigoroso aggiornamento professionale, indispensabile per operare proficuamente in ambiti altamente specialistici, coniugando vocazione operativa e affinamento tecnico-culturale, con crescente coinvolgimento del mondo accademico da cui provengono, sempre più numerose, richieste di contributi didattici; la seconda si avvale delle opportunità offerte da un modello organizzativo flessibile, che negli anni ha accresciuto le risorse umane, adeguato le articolazioni alle nuove esigenze e incrementato le potenzialità con nuovi strumenti; la terza valorizza lo scambio sempre più intenso di collaborazioni informative e operative con le più qualificate espressioni delle investigazioni scientifiche internazionali.

In tale ambito, il Raggruppamento è membro fondatore dell'ENFSI (European Network of Forensic Science Institutes), consesso europeo che promuove la cooperazione nel settore delle investigazioni scientifiche attraverso lo scambio di informazioni su metodi analitici, procedure di controllo della qualità, addestramento, programmi di ricerca, ecc.

Si tratta, pertanto, di un'eccellenza dell'Arma con straordinarie potenzialità operative, capace di misurarsi con i fenomeni criminosi che destano maggiore allarme sociale nel Paese, propri di una criminalità aggressiva e spregiudicata, capace di piegare ai suoi indegni fini le tante nuove opportunità offerte dal cosiddetto "villaggio globale" che, come sappiamo, consente una velocità di scambio di informazioni e di conoscenze anche criminali a livello transnazionale, superando i confini geografici e la capacità di risposta dei singoli sistemi giudiziari.

2. La repertazione delle tracce biologiche dalle vittime di violenza

2.1 L'acquisizione delle fonti di prova nei reati di violenza sessuale o maltrattamento: una necessaria interazione e integrazione tra personale sanitario e personale di polizia giudiziaria

La casistica giudiziaria e la letteratura scientifica specializzata dimostrano che i reati di violenza sessuale, ma anche in molte circostanze quelli di maltrattamento, rappresentano fattispecie delittuose e implicano contesti investigativi nei quali le scienze forensi, e in particolare la biologia forense, possono fornire un contributo investigativo e probatorio determinante.

Per sua intrinseca natura, infatti, il contatto diretto tra vittima e aggressore, spesso temporalmente e spazialmente esteso⁽²⁾, intenso in termini di pressioni, sfregamenti e frizioni e solitamente implicante il rilascio di tracce biologiche di varia natura, determina un significativo scambio reciproco interindividuale che, in accordo al *Principio di Interscambio di Locard*⁽³⁾, è requisito essenziale per un buon successo degli accertamenti biologico-forensi. Ciò che rende in molti casi estremamente proficua l'indagine biologica nei reati in cui si verificano contatti con queste caratteristiche è proprio il fatto che, indipendentemente dal *modus operandi* durante l'aggressione, è estremamente improbabile che tra la vittima e il reo non si verifichino scambi reciproci di tracce biologiche di una qualche entità e tipologia: dal tanto "comune" quanto frequente deposito di materiale biologico derivanti dai contatti cutanei (o che comunque utilizzano l'epidermide come mezzo di trasferimento, comunemente denominate "tracce da contatto"), alle tracce di saliva, di secrezioni vaginali, di sangue, al materiale fecale e, infine, alle tracce di liquido seminale che, anche nell'immaginario collettivo, sono quelle più specificamente associabili e circostanziabili ai reati di violenza sessuale.

La vasta, frequente ed eterogenea categoria di tracce biologiche che caratterizza questa fattispecie di reati ed in cui il Principio di Locard trova la sua massima espressione e applicazione, unitamente alle sempre più sofisticate prestazioni analitiche delle moderne tecniche di laboratorio, offrono enormi potenzialità

(2) In reati di questa tipologia i contatti che spesso si verificano sono non transitori e in grado di interessare più aree di contatto sul corpo degli individui coinvolti, sui loro indumenti e/o su eventuali oggetti utilizzati.

(3) "Ogni contatto lascia una traccia", aforisma semplificato derivante dalla citazione originale "La verità è che nessuno può agire con l'intensità propria delle attività criminali senza lasciare tracce multiple del suo passare. [...] gli indizi di cui io voglio parlare sono di due generi: qualche volta il criminale lascia le tracce su una scena con le sue azioni; altre volte, raccoglie sui suoi vestiti o sul suo corpo tracce dei suoi movimenti e della sua presenza", Edmond LOCARD, *L'enquête criminelle et les méthodes scientifiques*, 1920.

all'indagine tecnica di biologia forense, rendendola quindi spesso risolutiva nel supportare l'intero assetto investigativo durante le indagini preliminari e a supporto delle determinazioni dell'autorità giudiziaria.

Al tempo stesso, tuttavia, le tracce si depositano (spesso inconsapevolmente) tra individui nelle comuni relazioni interpersonali quotidiane (abbracci, strette di mano, oggetti condivisi, ecc.), anche laddove non sia stato necessariamente consumato un reato, e purtroppo talvolta anche durante le attività dei rilievi tecnico-scientifici a seguito della commissione di un reato.

Tali circostanze, unitamente alle straordinarie capacità tecnico-scientifiche di rilevarle⁽⁴⁾, impongono estrema cautela da parte degli investigatori e l'adozione, sia in sede di rilievi tecnici e repertamento, che nelle successive fasi analitiche e valutative di laboratorio, di procedure standardizzate affidabili, rigorose e condivise dalla intera comunità scientifica in cui vengano coinvolti medici di pronto soccorso e altri professionisti della emergenza, medici legali, personale specializzato di polizia giudiziaria e genetisti forensi.

È evidente che in un caso di maltrattamento/violenza sessuale, una volta assicurata alla vittima la prioritaria assistenza sanitaria e psicologica, gli operatori coinvolti dovranno garantire che le potenziali fonti di prova vengano assicurate: correttamente individuate, acquisite e conservate, affinché le successive indagini tecniche di polizia giudiziaria vengano condotte nella maniera più efficace, oggettiva e garantista possibile (sia nei confronti della presunta vittima, sia del presunto aggressore).

A tal fine, come in ogni indagine di natura tecnico-scientifica, il requisito essenziale e irrinunciabile è rappresentato da una opportuna condotta delle fasi iniziali della ricerca e della acquisizione delle fonti di prova, in carenza o in assenza delle quali l'intera indagine può risultare irrimediabilmente compromessa. Sarà pertanto necessario garantire:

- una corretta procedura di selezione, acquisizione e campionamento dei reperti in funzione del *modus operandi* nel caso in specie, della presumibile tipologia e condizioni delle tracce biologiche e delle informazioni raccolte dalla vittima;
- una corretta modalità di confezionamento e conservazione dei reperti per il trasferimento all'organo tecnico-scientifico che curerà le analisi di laboratorio richieste (principalmente analisi biologico forensi, analisi chimico-tossicologiche e analisi merceologiche);

(4) Poche decine di picogrammi di DNA, anche in condizioni di parziale degradazione, sono sufficienti, con le più recenti metodiche di tipizzazione genetica, per ottenere un profilo del DNA idoneo all'identificazione personale (un picogrammo corrisponde a un milionesimo di un milionesimo di grammo, $1 \text{ pg} = 10^{-12} \text{ g}$).

- una dettagliata catena di custodia dei reperti acquisiti;
- la redazione di tutti gli opportuni atti di polizia giudiziaria.

Le fasi appena descritte, per quanto ben note da tempo, spesso sono state (e, in parte, sono tutt'oggi) caratterizzate da criticità operative e procedurali, anche e soprattutto dettate dal fatto che esse presuppongono una interazione, una collaborazione e una integrazione di competenze e professionalità tra loro completamente diverse: quelle sanitarie, mediche, infermieristiche e psicologiche, coinvolte nelle fasi più iniziali di diagnosi e profilassi, e quelle medico legali e di polizia giudiziaria, che in parte si sovrappongono e in parte seguono quelle sanitarie.

2.2 Le più comuni tipologie dei materiali biologici nei casi di violenza sessuale e maltrattamento

In linea di principio ogni contatto interindividuale, diretto (tra le superfici corporee di due persone) o indiretto (per il tramite di oggetti o comunque superfici che a loro volta entrano in contatto con entrambe le persone), può determinare uno scambio di materiali biologici, nelle scienze criminalistiche definite *tracce biologiche*, da cui poter identificare gli individui coinvolti.

Nelle attuali fonti normative non si riscontra mai una specifica definizione di traccia biologica, il cui significato nel decreto di attuazione della legge istitutiva della Banca Dati Nazionale del DNA viene di fatto assimilato a quello di *reperto biologico*⁽⁵⁾; nella comune prassi operativa con il termine traccia biologica si intende un qualunque tipo di materiale contenente un qualche fluido biologico o tessuto biologico (sangue, saliva, liquido seminale, cellule epiteliali di sfaldamento, ecc.) correlabile ad un evento criminoso (materiale lasciato dall'autore del fatto-reato, dalla vittima e da qualunque altro soggetto comunque entrato in contatto con la scena del crimine).

Da un punto di vista criminalistico le tracce biologiche possono essere intese come la parte del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato⁽⁶⁾ potenzialmente utili a identificare colui che le ha lasciate su una scena del crimine, mentre, di solito, per reperto biologico si intende di fatto l'intero corpo del reato, cioè l'oggetto nel suo complesso ove sono state rilevate le tracce biologiche⁽⁷⁾ (*Figura 1*).

(5) Il legislatore, ai sensi dell'art. 2, lett. h), DPR 7 aprile 2016, n. 87, chiarisce: “Reperto biologico: traccia biologica presente su un reperto acquisito sulla scena del delitto o comunque su cose pertinenti al reato”.

(6) Vedasi, ad esempio, il dispositivo dell'art. 253 c.p.p.

(7) Ad esempio, se su un indumento vengono rilevati aloni di colore rosso bruno che risultano costituiti da materiale ematico umano, ciascun alone rappresenta una traccia, mentre l'intero indumento rappresenta il reperto.

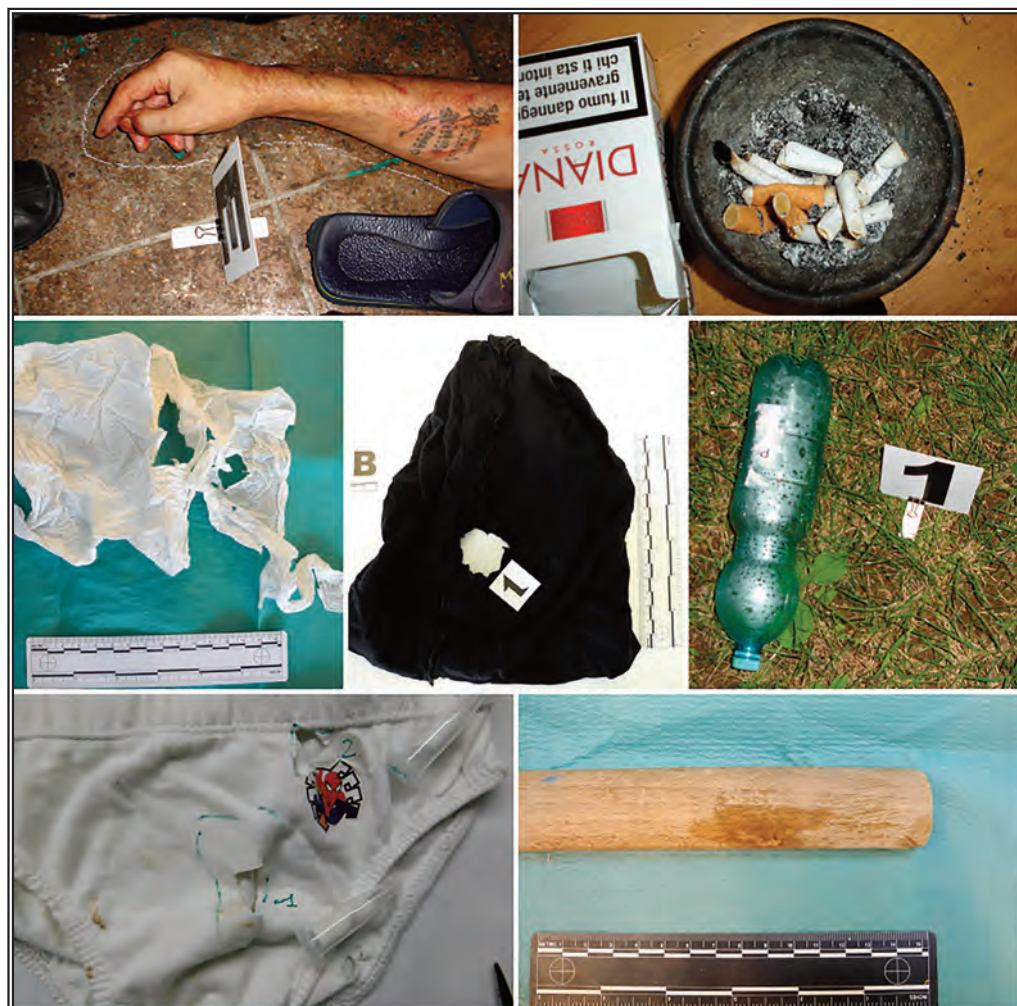


Figura 1

Reperti biologici che, tipicamente, vengono rilevati sulla scena del crimine: materiali sub-ungueali con tracce da contatto, mozziconi di sigaretta con saliva, fazzoletti intrisi di muco e saliva, passamontagna con muco, sudore e saliva, bottiglie con saliva in corrispondenza dell'avvitatura del tappo, biancheria intima con tracce di urina e liquido seminale, legno con tracce ematiche e da contatto.

Solitamente le tracce biologiche hanno una composizione molto eterogenea in quanto, oltre al materiale biologico umano, possono contenere materiali di origine non umana con cui entrano in contatto o su cui si distribuiscono⁽⁸⁾.

Tale peculiarità, unitamente a quantità spesso limitate di traccia biologica depositata, alla possibile degradazione delle biomolecole e alla formazione di miscele fisicamente indistinguibili di materiali biologici della stessa matrice

(8) Basti pensare alla saliva depositata su una gomma da masticare, al liquido seminale assorbito su un indumento o a sudore presente sulla superficie interna di un paio di guanti.

(saliva/saliva, sperma/sperma, ecc.) o diversa (sangue/saliva, sperma/saliva, ecc.) derivanti da più individui, rende spesso analiticamente complesse le attività di ricerca, caratterizzazione e tipizzazione genetica.

I casi di violenza sessuale, proprio per un *modus operandi* specifico nella gran parte dei casi, ma talvolta anche estremamente vario, sono caratterizzati da molteplici contatti, spesso intensi e non transitori, con superfici corporee di altri individui e con superfici di oggetti e dal deposito di una molteplicità di tracce costituite da materiale biologico diversificato. I reati sessuali costituiscono per questo una fattispecie delittuosa in cui può essere rilevata praticamente ogni tipologia di traccia: materiale biologico di varia natura⁽⁹⁾, in ogni possibile condizione⁽¹⁰⁾ e depositato su un'ampia categoria di reperti⁽¹¹⁾.

Le principali tipologie di materiali biologici comunemente osservati nei reati di violenza sessuale o maltrattamento sono: il sangue, il liquido seminale, la saliva, le tracce da contatto, le secrezioni genitali femminili, il fluido mestruale, le feci, l'urina e le formazioni pilifere.

> *Sangue*. Nei crimini che implicano azioni violente e traumatiche, quali le violenze sessuali o i maltrattamenti, compiuti con o senza l'ausilio di corpi contundenti, le tracce ematiche costituiscono una delle tipologie con maggiore frequenza di rinvenimento in una grande varietà di reati sia contro il patrimonio che contro la persona: sul corpo e sui vestiti della vittima o dell'aggressore, sugli eventuali oggetti utilizzati per il compimento dell'evento criminoso e, più in generale, sulla scena del crimine.

Il sangue è un tessuto connettivale fluido costituito da una sospensione di cellule o frammenti di cellule, denominata *frazione corpuscolata*, che rappresentano complessivamente il 45% del suo volume, in un mezzo di dispersione fluido denominato plasma, una soluzione colloidale prevalentemente acquosa (90%). La componente corpuscolata costituita dai cosiddetti *elementi figurati* cioè dai *globuli rossi* (*eritrociti*), *globuli bianchi* (*leucociti*) e *piastrine* (*trombociti*).

Da un punto di vista prettamente forense le cellule che racchiudono il maggior interesse operativo sono i globuli rossi e i globuli bianchi. I *globuli rossi*, pur essendo cellule anucleate (prive di nucleo cellulare e, quindi, di DNA nucleare), quindi non utili ai fini della tipizzazione genetica, contengono all'interno del loro citoplasma, una importante proteina intracellulare,

(9) Saliva, liquido seminale, sangue, materiale fecale, ecc.

(10) Materiale biologico degradato o integro, derivante da un singolo individuo o commisto, contenente solo materiali biologici o anche materiali extracorporei derivanti dalle superfici di deposito, prelevato direttamente dal corpo della vittima o depositato su un oggetto, ecc.

(11) Reperti costituiti da tamponamenti effettuati sul corpo della vittima, oggetti utilizzati per la commissione della violenza, indumenti, biancheria di uso domestico, tappezzerie, ecc.

l'*emoglobina*, e nella loro membrana plasmatica una proteina transmembrana-ria, la *glicoforina A*, entrambe estremamente utili alla caratterizzazione della loro natura biologica⁽¹²⁾.

D'altra parte sono invece i *globuli bianchi*, essendo dotati di nucleo cellulare e, quindi, di DNA nucleare, a rappresentare la principale (anche se non la sola) fonte di materiale genetico nel tessuto ematico da cui poter estrarre il DNA idoneo all'identificazione del donatore.

Un'ulteriore caratteristica di questo fluido biologico di particolare interesse in biologia forense è anche l'estrema diffusione in ogni distretto corporeo, dai capillari a tutti i tessuti, ne favorisce un rilascio relativamente frequente e non solo in caso di azioni traumatiche estreme: laddove intervengano azioni traumatiche che provocano lesioni, ferite o anche semplici escoriazioni, diventa molto probabile osservare la fuoriuscita di questo fluido e, quindi, il deposito di tracce ematiche.

Per questo motivo, anche nei casi cui intervengano attività sessuali, associate a percosse e lesioni di ogni tipo, il sangue, in particolare della vittima, soprattutto se rinvenuto sul sospettato (ad esempio sul corpo o sugli indumenti) costituisce una fonte preziosa per un'indagine tecnica, in quanto estremamente informativo in termini di identificazione personale e di solito molto significativo come evidenza a carico del sospettato in quanto potenzialmente circostanziabile al fatto criminoso.

Le tracce ematiche, contenendo concentrazioni di DNA stimate tra i 20000-40000 ng/ml per il sangue allo stato liquido e tra i 250-500 ng/cm² per le tracce ematiche essiccate, rappresentano una fonte molto cospicua di materiale genetico, tanto rilevante che, anche nei casi in cui i fenomeni ambientali esterni possano alterare l'integrità delle biomolecole, la tipizzazione delle tracce molto spesso porta a profili genetici idonei all'identificazione del donatore.

> *Liquido seminale* o *sperma*. Il liquido seminale rappresenta il fluido biologico derivante unicamente e specificamente dagli organi riproduttivi maschili ed è pertanto univocamente associabile agli individui di sesso maschile.

(12) Ad oggi, infatti, tutti i test specifici per la caratterizzazione specifica delle tracce ematiche sono basati sul riconoscimento immunologico di queste proteine. A questo riguardo va evidenziato che anche un'ulteriore molecola delle tracce ematiche, non proteica, l'*eme* (legante uno ione Fe²⁺) contenuta all'interno delle molecole di emoglobina e i suoi immediati prodotti di ossidazione, l'*emina* e l'*ematina* (entrambe leganti uno ione Fe³⁺), estremamente stabili e abbondanti, vengono abitualmente impiegate come *biomarcatori* per la caratterizzazione orientativa del materiale ematico (un *biomarcatore* in biologia forense è una specie chimica quanto più possibile specifica per un materiale biologico che, essendo idealmente presente solo in esso, può essere impiegata come indicatore ragionevolmente affidabile della presenza di quel materiale).

Le tracce di liquido seminale, insieme alle tracce ematiche e a quelle salivari, costituiscono una delle più frequenti tipologie di reperto rinvenute nei casi di violenza sessuale e quella più suggestivamente collegata a questa fattispecie delittuosa. Questa stretta associazione risulta estremamente rilevante e significativa laddove il racconto della vittima, unitamente a elementi investigativi e circostanziali, suggeriscono che è stata consumata una violenza sessuale.

Lo sperma è un fluido biologico prodotto degli organi riproduttivi maschili, nello specifico dalle vescicole seminali, dalle ghiandole di Cowper e di Littre, dalla prostata, dall'ampolla e dall'epididimo. Esso è costituito per il 95% del suo volume da una frazione liquida - il *plasma seminale* - e per il cinque per cento da una frazione cellulare - gli *spermatozoi* (aventi una concentrazione di circa 60-150 milioni/ml). Nel plasma seminale sono presenti in elevata quantità due importanti proteine ad alto grado di specificità per il liquido seminale, l'*antigene prostatico specifico* (PSA) e le *semenogeline I e II* (*Sg-I e Sg-II*), per questo utilizzate come marcatori elettivi per la caratterizzazione delle tracce di natura spermatica.

Gli spermatozoi, essendo le uniche componenti cellulari del liquido seminale, contengono materiale genetico all'interno del loro nucleo cellulare. Pertanto risultano la principale categoria di cellule del liquido seminale utili ai fini della tipizzazione genetica a partire da una traccia di sperma. Una caratteristica tipica delle tracce di liquido seminale, che ha profonde ricadute positive sugli aspetti analitici di laboratorio, è rappresentata dalla estrema resistenza alla degradazione delle molecole di DNA contenute negli spermatozoi a causa della associazione profonda tra le protamine e la doppia elica del DNA, che determina un impacchettamento dello stesso DNA e una sua indiretta protezione da tutti quei fattori ambientali che potrebbero pregiudicarne stabilità e integrità. Inoltre, il quantitativo di DNA nel liquido seminale depositato da un individuo sano risulta assolutamente rilevante a causa dell'elevata densità cellulare dovuta soprattutto agli spermatozoi: in una tipica traccia forense liquida e fresca la concentrazione di DNA è infatti stimata nell'ordine di circa 150000-300000 ng/ml, mentre su tamponi post-coitali di circa 10-3000 ng/tampone. L'elevata resistenza intrinseca degli spermatozoi alla degradazione, associata alla particolare stabilità e resistenza delle molecole di DNA e ad una sua elevata concentrazione, contribuiscono a rendere le tracce di liquido seminale ancora fresche, ma anche in condizioni di essiccazione, come il materiale biologico più stabile e persistente e con il più elevato successo analitico in fase di tipizzazione genetica. Tracce di liquido seminale (e di DNA), in condizioni tali da fornire profili genetici autosomici utili all'identificazione personale dell'aggressore, possono essere

infatti rilevate su prelievi effettuati in vagina (tamponi post-coitali), nel retto (tamponi rettali), in bocca (tamponi orali) e sulla pelle (tamponi dermici) entro un massimo di 48-72 ore dal rapporto (prevalentemente tamponi vaginali), sebbene la gran parte degli esiti di tipizzazione positivi si riscontri su tamponi acquisiti entro le 24-48 ore (per tutti gli altri).

Per quanto il liquido seminale presenti caratteristiche biologiche così funzionali alle indagini forensi e costituisca intuitivamente la tipologia di traccia più associabile ad un reato di violenza sessuale e, pertanto, quella dotata forse della maggiore e più significativa valenza investigativa e probatoria, non sempre essa si riscontra in tali fattispecie criminose. Ciò è dovuto a diverse circostanze⁽¹³⁾. In tutte queste situazioni, tutt'altro che infrequenti, dovranno essere ricercate altre tipologie di materiali biologici come saliva, sangue, materiale fecale, fluidi vaginali e, sebbene con una minore probabilità di successo analitico, tracce da contatto.

> *Saliva*. Le tracce di origine salivare, come il materiale ematico, presentano una diffusione estremamente ampia su una varietà di reperti e in svariate fattispecie criminose. A differenza delle tracce ematiche e soprattutto di quelle spermatiche, la saliva mostra un minor grado di associazione a una specifica attività e, di conseguenza, anche a una specifica condotta criminosa. Quantità più o meno rilevanti di saliva vengono, infatti, rilasciate, sia in ambiente domestico che lavorativo, a seguito di consuete azioni quotidiane e su un numero indefinito di oggetti senza che vi sia alcuna associazione alla commissione di un reato. Nei reati di violenza sessuale le tracce salivari della vittima o dell'aggressore, spesso in mistura tra loro o con altre tracce biologiche, risultano molto diffuse a seguito di baci, effusioni e rapporti orali sul corpo della vittima, del sospettato e su oggetti utilizzati per consumare una violenza o comunque presenti sulla scena del crimine (bicchieri, mozziconi di sigaretta, ecc.), utili ad acclarare la presenza di vittima e/o sospettato.

La saliva è un liquido costituito circa per il 99.5% del suo volume da acqua e per lo 0.5% da sostanze in essa disciolte, tra cui proteine, frammenti cellulari

(13) Tra cui, le più comuni:

- è avvenuta una violenza sessuale penetrativa (vaginale, orale o rettale) in cui, tuttavia, non vi è stata emissione di liquido seminale in quantità tali da poter essere rilevato, come nei casi in cui l'aggressore utilizzi un preservativo (che poi rimuove dalla scena del crimine), oppure in situazioni patologiche caratterizzate dall'assenza completa di eiaculazione (anciaculazione) o dall'assenza di emissione di sperma durante l'eiaculazione (aspermia);
- la violenza è stata perpetrata dall'aggressore non utilizzando il pene, ma altre parti del corpo (dita, mani, ecc.);
- la violenza è stata perpetrata tramite l'utilizzo di oggetti (falli finti, oggetti di comune uso domestico, come manici o bastoni, ecc.).

o cellule integre derivanti dall'epitelio di sfaldamento della mucosa orale e dei dotti ghiandolari ed elementi corpuscolari del sangue. Una delle principali classi di proteine presenti nella saliva è rappresentato dalle α -amilasi, in particolare dalla classe delle α -amilasi isoenzima S, presenti specificamente ed abbondantemente nella saliva e estremamente meno concentrate in altri fluidi, tra cui urina, sudore, feci, lacrime e secreti vaginali. L'abbondanza delle α -amilasi nella saliva e la relativa scarsità in altri fluidi, unitamente alla loro stabilità biochimica, fa sì che tali proteine vengano abitualmente utilizzate in ambito forense come marcatori predittivi della presenza di tracce di natura salivare tramite *test* a base immunologica.

La frazione corpuscolata della saliva è inoltre caratterizzata da quantitativi imprecisati, ma sicuramente rilevanti, di cellule di sfaldamento degli epitelii della mucosa oro-faringea e dei dotti salivari, da globuli bianchi e da frammenti cellulari più o meno integri. Tutti questi corpuscoli cellulari contengono abbondanti molecole di DNA relativamente integre che si aggiungono, nella saliva più che in altri fluidi (dove sono comunque presenti), a molecole di DNA libero (*cell free nucleic acids CNAs o cell free DNA, cfDNA*), cioè non incapsulato in cellule, derivante dalla progressiva frammentazione delle varie cellule presenti⁽¹⁴⁾. L'elevato contenuto di cellule nucleate a diversi gradi di integrità e di *cfDNA* continuamente riversate nella saliva dai vari epitelii mucosi porta a stimare nelle tracce salivari quantitativi di DNA idonei per la tipizzazione del DNA che variano tra i 1000 ng/ml⁽¹⁵⁾ e i 10000 ng/ml nelle tracce ancora liquide e fresche e tra i 100 ng/tampone e i 1500 ng/tampone nei tamponi oro-faringei fatti essiccare, rendendo pertanto questa categoria di tracce forensi tra le più ottimali per l'identificazione personale dopo liquido seminale e sangue.

> *Tracce da contatto e sudore.* Una categoria tanto diffusa quanto complessa da analizzare e da valutare nei contesti criminosi più svariati è quella delle tracce da contatto, con cui si intende materiale biologico a composizione eterogenea costituito, dal punto di vista forense, da varie componenti: cellule di sfaldamento dell'epidermide e delle mucose (verosimilmente depositate sulla cute attraverso i dotti sebacei e sudoripari), altre tipologie cellulari, diverse da quelle prodotte dalla cute e dai dotti sebacei e sudoripari, derivanti da differenti fluidi biologici (come sperma, saliva, sangue, ecc.), che si depositano

(14) Il DNA libero, non presente all'interno di cellule (*cell free DNA - cfDNA*), cioè DNA non incapsulato nel nucleo cellulare a sua volta contenuto all'interno della membrana cellulare, non costituisce una prerogativa della saliva, ma si rileva nella quasi totalità delle tracce biologiche, risultando tuttavia assai più significativo nei materiali biologici che derivano da un contatto stretto con epitelii (epidermide e mucose), tra cui principalmente il sudore, le feci e l'urina.

(15) Un nanogrammo corrisponde a un milionesimo di grammo, $1 \text{ ng} = 10^{-9} \text{ g}$.

sulla cute (solitamente sulle mani e sotto le unghie) e, infine, DNA libero, non presente all'interno di cellule.

Il sudore rappresenta, in molte circostanze, il mezzo di trasferimento e di deposito del contenuto cellulare di questo materiale biologico eterogeneo, e per questo, le tracce da contatto sono state spesso associate in maniera univoca al concetto di tracce di sudore⁽¹⁶⁾.

Tali tracce si vengono infatti a formare ogniqualvolta un soggetto tocca un altro soggetto e/o un oggetto, mediante un processo di *trasferimento* (transfer) di materiali biologici di varia natura presenti sul suo corpo. Il trasferimento può essere di *natura diretta* (primaria, dal soggetto donatore su superfici di oggetti e/o su sulla cute o sulle mucose di altri individui) o *indiretta* (secondaria, dal soggetto donatore su superfici di oggetti e/o su sulla cute o sulle mucose di altri individui per il tramite di un vettore intermedio che può essere un oggetto o un secondo soggetto).

A causa di una così vasta ed eterogenea possibilità di origine e di deposito è evidente che il materiale biologico generato per trasferimento costituisce una delle principali classi di tracce rilevabili su una grande vastità di reperti e in numerosi casi criminali, incluse le violenze sessuali e i maltrattamenti che, per loro intrinseca natura, sono sempre associate alle più svariate forme di contatto, spesso intense e traumatiche, che coinvolgono l'epidermide e gli organi genitali di vittima e aggressore. Le tracce che derivano dai contatti cutanei sono molto diffuse, per quanto spesso di complessa individuazione e analisi, soprattutto a causa della loro condizione di completa latenza (non mostrando alcun evidente contrasto cromatico con la superficie cui sono adese), della scarsa resistenza alla rimozione e della minore presenza di DNA. Per tali motivi cellule epiteliali in tracce da contatto sono rilevabili, fornendo profili genetici autosomici utili all'identificazione personale, sia all'interno delle cavità vaginale (ma non rettale e orale), che su vari distretti cutanei prevalentemente entro le 12-24 ore dal contatto intimo.

Poiché, nella maggior parte delle azioni compiute durante le violenze sessuali, oltre agli organi genitali e alla bocca, sono coinvolte le mani, e di estremo interesse in biologia forense sono proprio le dita, le unghie e gli spazi sub-ungueali, cioè quegli interstizi collocati tra la parte inferiore dell'unghia e il letto dell'unghia (la piccola porzione di pelle del dito su cui l'unghia poggia).

(16) In realtà, per maggiore correttezza, le tracce da contatto non si limitano al sudore che veicola le cellule epiteliali di sfaldamento, ma includono qualsiasi fluido biologico trasferito per il tramite delle superfici corporee (mani, viso, ecc.): il termine "contatto" indica infatti non tanto l'origine cellulare (o corporea) del DNA, quanto piuttosto una modalità di deposito, il trasferimento, che appunto avviene per contatto.

In questi spazi angusti e ridotti, grazie all'azione abrasiva dell'unghia specialmente durante le azioni traumatiche⁽¹⁷⁾, all'azione protettiva degli spazi stessi⁽¹⁸⁾ e alla possibilità che il deposito riguardi fluidi biologici ricchi di DNA (come sperma, saliva o fluidi vaginali), si accumula materiale biologico della vittima e/o dell'aggressore. Tali tracce sono definite dalla letteratura scientifica come materiale *sub-ungueale*⁽¹⁹⁾.

Per quanto estremamente diffuse come tracce su una gran quantità e tipologia di reperti e, in molte circostanze, utili all'identificazione degli individui con cui una persona può essere entrata in contatto, il materiale da contatto risulta caratterizzato da una indubbia complessità analitica dovuta a svariati fattori tecnici e circostanziali⁽²⁰⁾, inclusa la difficoltà di contestualizzarle o meno allo specifico contesto delittuoso⁽²¹⁾. Ciò si ripercuote inevitabilmente sugli aspetti interpretativi e valutativi dei risultati dell'indagine tecnica e, quindi, sul loro significato informativo e sulla loro valenza probatoria.

La questione della difficoltà di contestualizzazione di queste tracce legata principalmente alla impossibilità di determinare, con metodo scientifico attendibile, il tempo, le modalità e le circostanze in cui è avvenuto il rilascio, e comunque valida per qualsiasi traccia forense, assume, nel caso delle tracce da contatto, una delicatezza ancora maggiore. In queste tracce, più che in altre, sussistono infatti numerose variabili di carattere fisiologico-individuale (caratteristiche di sudorazione dell'individuo, abitudini personali, igiene personale, quantità di DNA depositato) e circostanziale (superfici di deposito, persistenza su

- (17) La vittima, ad esempio, per difendersi e per opporre resistenza, istintivamente utilizza le mani e spesso fa più o meno volontariamente uso anche delle proprie unghie nei confronti dell'aggressore.
- (18) Che proteggono il materiale biologico qui depositato dall'asportazione (anche mediante lavaggio delle mani).
- (19) La rilevanza dei materiali sub-ungueali è legata anche al fatto che contatti accidentali o contatti con materiali biologici esigui, tipici delle abitudini personali quotidiane, non determinano di solito accumuli consistenti di DNA esogeno sotto le unghie, portando quindi a rinvenire piuttosto raramente DNA estraneo a seguito dei consueti rapporti interpersonali.
- (20) Tra cui: quantità, spesso limitate, di DNA depositato, talvolta in condizioni di degradazione e, pertanto di difficile tipizzazione genetica; presenza di commistioni di materiali biologici solitamente da più individui che possono essersi accumulati a seguito del reato, ma anche in conseguenza dei contatti precedenti o successivi; impossibilità pratica di poter caratterizzare in maniera affidabile la natura di questa categoria di tracce a causa sia dell'assenza di marcatori biologici specifici e selettivi e, conseguentemente, dell'assenza, nei laboratori di biologia forense, di affidabili test attualmente disponibili per la caratterizzazione della loro natura.
- (21) *Contestualizzare* significa valutare quanto la traccia possa essere correlata al fatto in questione ipotizzando ragionevolmente modalità e circostanze in cui potrebbe essere avvenuto il deposito del materiale biologico. Si pensi al caso, piuttosto comune, in cui sul corpo, sugli indumenti e negli ambienti di pertinenza di una vittima di violenza o maltrattamento si rinvenivano materiali da contatto dovuti alle precedenti frequentazioni e ai comuni rapporti relazionali interpersonali che evidentemente nulla rilevano con la commissione del crimine.

tali superfici, tempi di contatto, intensità del contatto) che ne caratterizzano il rilascio, il deposito e la persistenza e che, spesso, sono difficilmente valutabili e ponderabili, per quanto la letteratura scientifica abbia fornito alcune indicazioni. La vasta variabilità derivante da tali fattori che influenza fortemente e, spesso, imprevedibilmente, qualità e quantità di DNA recuperabile, rende difficoltosa l'analisi di tipizzazione del DNA e complessa la valutazione, tramite il solo studio dei profili genetici, delle azioni (modalità e circostanze) che hanno condotto al deposito del DNA del soggetto sul reperto. In linea generale e in accordo alla letteratura scientifica internazionale, non è infatti sostanzialmente possibile fornire informazioni categoriche circa il deposito di tracce da contatto, i tempi di persistenza e i possibili trasferimenti secondari soprattutto a causa della imponderabile variabilità inter-individuale in termini di caratteristiche fisiologiche e di abitudini personali⁽²²⁾.

> *Secrezioni genitali femminili e fluido mestruale.* Le secrezioni genitali femminili e il fluido mestruale rappresentano i due fluidi biologici di specifica produzione da parte degli organi riproduttori femminili. La loro rilevazione sulle pertinenze di un individuo sospettato di un reato di natura sessuale è fortemente suggestiva di un contatto intimo potenzialmente correlato alla commissione del crimine.

La lubrificazione vaginale è determinata dalla presenza di un fluido, trasparente e omogeneo di colore biancastro e dalla consistenza viscosa, dato dalla commistione delle secrezioni provenienti dalle diverse strutture dell'apparato genitale femminile e, in particolare, dalla vagina. Nel suo insieme il fluido prodotto dall'apparato genitale femminile viene comunemente denominato come *secrezioni genitali femminili* e alla sua composizione concorrono più componenti: la componente maggiore è il trasudato vaginale, a cui si aggiungono il *secreto cervicale* e le *cellule epiteliali desquamate di provenienza vaginale e cervicale*⁽²³⁾. Nelle secrezioni vaginali si riscontrano numerose tipologie cellulari, tra cui leucociti, cellule di desquamazione della mucosa vaginale e/o uterina e anche una consistente popolazione microbica.

Le secrezioni genitali femminili, genericamente associate a ogni rapporto sessuale (specialmente se praticato volontariamente), sono in realtà rilevabili

- (22) Ciononostante, soprattutto in alcune circostanze, appare possibile tentare di ipotizzare, sulla base di ulteriori riscontri investigativi (anche di natura tecnica) e di considerazioni scientifiche e logico-deduttive, le modalità e le circostanze in cui potrebbe essere avvenuto il deposito del materiale biologico e, conseguentemente, formulare ipotesi ragionevoli e realistiche sulla contestualizzazione delle tracce all'evento.
- (23) Il trasudato vaginale si crea per il lento deflusso del sangue attraverso i capillari che irrorano l'epitelio vaginale; questo consente il passaggio di un filtrato plasmatico attraverso l'epitelio, dal letto vascolare alla cavità vaginale.

come tracce forensi su svariati reperti, sia di pertinenza della vittima come ad esempio la biancheria intima, e in tal caso risultano scarsamente rilevanti in ottica di identificazione del reo, sia di pertinenza dell'aggressore, come su indumenti vari, su parti corporee (ad esempio mani, pene e bocca), e in tal caso risultano estremamente significative in termini investigativi e probatori.

Per quanto spesso molto rilevanti per corroborare la sussistenza di un rapporto di natura sessuale e, quindi, un contatto intimo tra vittima e aggressore, la loro caratterizzazione biologica risulta difficilmente perseguibile con le attuali metodiche di laboratorio.

Il *fluido mestruale* è un insieme, estremamente eterogeneo, di sangue, secrezioni genitali, cellule e frammenti cellulari endometriali della parete dell'utero e, inoltre, estremamente ricco di popolazioni microbiche, che ogni donna in età riproduttiva perde ciclicamente ogni ventotto giorni per un periodo di quattro-cinque giorni.

Sebbene in maniera non frequente tracce di liquido mestruale possono essere associate a eventi di violenza sessuale.

Quando ciò avviene, trattandosi prevalentemente di materiale ematico in rilevante quantità e non semplice da rimuovere da superfici assorbenti (come gli indumenti), le tracce di questo tipo risultano di solito facilmente rilevabili ed estremamente utili soprattutto quando si depositano sulle pertinenze dell'aggressore, collegandolo in maniera convincente al rapporto sessuale. Per quanto difficilmente distinguibili dalle comuni tracce ematiche recentemente sono stati individuati biomarcatori utili alla sua caratterizzazione, i *dimeri-D di fibrina*, derivanti dalla sua degradazione enzimatica (fibrinolisi), specificamente presenti proprio nel sangue mestruale (e non nel sangue venoso e arterioso) e rilevabili con metodo immunologico.

Per quanto riguarda l'identificazione personale, le tracce di secrezioni vaginali, ma soprattutto quelle di fluido mestruale, in quanto entrambe ricche principalmente in cellule epiteliali mucose, ma anche in globuli bianchi, costituiscono una apprezzabile fonte di DNA che, come sopra accennato, diviene particolarmente rilevante laddove tali tracce vengano rinvenute sulle pertinenze del sospettato o su oggetti nell'uso del sospettato.

➤ *Feci e urina*. Le feci e l'urina rappresentano i principali prodotti di scarto dei processi digestivi e, da un punto di vista quantitativo, i materiali biologici più abbondanti che, quotidianamente, un individuo produce e riversa al di fuori del proprio corpo. In generale la loro associazione alla commissione di un reato è piuttosto modesta e solitamente limitata a specifiche situazioni, tra cui, *in primis*, le violenze sessuali.

Le feci sono costituite dal 75% di acqua e dal 25% di sostanze solide che derivano prevalentemente da residui alimentari non digeribili (cellulosa e cheratina), batteri non patogeni, acqua, muco e, in minor misura, da cellule epiteliali e frammenti cellulari della mucosa gastro-intestinale, pigmenti biliari modificati, proteine. Pur non trattandosi di un reperto comune a molte fattispecie delittuose, sicuramente le feci vengono invece rilevate in molti reati di violenza sessuale, come conseguenza di rapporti anali, o sugli indumenti della vittima stessa, oppure (e in tal caso diventano molto significative), su indumenti o oggetti del sospettato. Le tracce di natura fecale non sono associate a specifici biomarcatori e non sono per questo facilmente caratterizzabili tramite accertamenti forensi di laboratorio. Nella pratica operativa, tuttavia, la loro individuazione, sulla base delle indicazioni fornite dalla vittima, è solitamente piuttosto agevole, anche in presenza di quantità estremamente esigue del materiale fecale, ed è affidata, durante l'ispezione dei reperti, ad un esame organolettico (valutazione delle caratteristiche cromatiche, morfologiche e dell'odore). La tipizzazione del DNA dai reperti interessati da feci è invece solitamente piuttosto complessa, in particolare nei casi di tracce limitate, perché, pur essendo presente DNA in quantità elevata derivante dalle numerosissime cellule di sfaldamento degli epitelii dell'apparato digerente, la composizione complessa e così eterogenea di questo materiale rende molto difficoltoso il processo di recupero del DNA.

L'*urina* è il prodotto di scarto elaborato dai glomeruli renali, dopo il riassorbimento e la secrezione tubulare dei reni, ed eliminato attraverso l'uretere, la vescica e l'uretra. L'urina è composta per il 95% di acqua e per il resto di sali inorganici (soprattutto cloruri, fosfati e solfati) e di sostanze organiche tra cui principalmente urea, acido urico, creatinina, urobilinogeno e muco. Le principali componenti solide vengono di solito complessivamente denominate come *sedimento urinario*, alla cui formazione concorrono composti salini precipitati, cellule epiteliali derivanti dallo sfaldamento della uretra e dell'uretere, cellule ematiche lisate in piccola quantità e proteine, soprattutto l'*uromodulina* o *proteina di Tamm-Horsfall*, aggregata nei cosiddetti *corpi cilindrici*⁽²⁴⁾.

Dal punto di vista forense l'urina costituisce un materiale biologico piuttosto infrequente e, soprattutto, scarsamente associabile alla commissione di uno specifico reato (frequenti sono gli scambi volontari di campioni di urina destinati alle analisi tossicologiche per le valutazioni di idoneità sportiva e di idoneità alla guida).

(24) I *corpi cilindrici* sono formazioni derivanti dalla *proteina di Tamm-Horsfall* (o *uromodulina*) che gelifica all'interno del lume tubulare assumendone la forma. All'interno del gel proteico possono trovarsi emazie, cellule tubulari desquamate, leucociti.

In un numero poco rilevante di reati di violenza sessuale, e comunque sulla base di specifiche indicazioni da parte della vittima, questo fluido può essere utile a provare un contatto intimo tra vittima e aggressore. Il vantaggio associato con l'analisi delle tracce di urina è la possibilità di caratterizzarne la natura in maniera estremamente specifica grazie alla rilevazione immunologica dell'uroomodulina, unicamente espressa in questo fluido. Dal punto di vista della tipizzazione del DNA, in pratica, la maggiore possibilità di ottenere profili genetici utili all'identificazione si ha con tracce liquide dalle quali sia possibile isolare per centrifugazione il sedimento urinario ricco di frammenti cellulari nucleati e DNA libero (complessivamente il DNA nell'urina liquida ha una concentrazione media di 1-20 ng/ml), mentre le tracce essiccate raramente consentono di ottenere risultati apprezzabili (il sedimento risulta troppo disperso).

> *Formazioni pilifere.* Le formazioni pilifere, sebbene con una frequenza di rinvenimento molto inferiore rispetto ai materiali biologici sopra indicati, rappresentano possibili tracce rinvenibili in alcuni eventi di violenza sessuale, in particolare caratterizzati da colluttazione e azioni traumatiche in cui peli e capelli di vittima o aggressore possono trasferirsi alle rispettive pertinenze (sul corpo e sugli indumenti).

Esse sono formazioni epiteliali cheratinizzate, denominate *capelli*, se presenti nella parte alta del capo, e *peli*, se presenti in altre parti del corpo, diffuse sull'intera superficie corporea con esclusione delle piante dei piedi e del palmo delle mani. Dal punto di vista strutturale sono costituite da due porzioni, la radice e lo stelo. Dal punto di vista delle caratteristiche cromatiche e morfologiche le formazioni pilifere umane sono generalmente uniformi per colorazione e pigmentazione per la loro lunghezza (ad eccezione dei capelli tinti in cui è possibile apprezzare la differenza cromatica nella ricrescita). Sulla base della fase del loro ciclo vitale le formazioni pilifere possono trovarsi in tre diverse condizioni denominate *anagen* (fase di crescita attiva, molte cellule della radice presenti), *catagen* (fase di vita della formazione pilifera senza accrescimento, cellule della radice ancora presenti in buona quantità), *telogen* (fase terminale del ciclo vitale della formazione pilifera, con scarse cellule presenti).

Negli scenari tipici dei delitti che implicano contatti stretti e colluttazioni, come le violenze sessuali o i maltrattamenti, frequentemente vengono rinvenute formazioni pilifere strappate a seguito di azioni traumatiche di trazione e ritrovate, ad esempio, tra le dita della vittima, piuttosto che distaccate per caduta spontanea. In questi casi in cui le formazioni pilifere si presentano anche a gruppi o mazzetti, verosimilmente di origine comune, frequentemente il bulbo pilifero è spesso in fase di crescita *anagen* o *catagen*.

L'utilità investigativa e la valenza probatoria di più formazioni pilifere strappate, in relazione a reati che coinvolgono rapporti violenti e traumatici, sono quindi intuitivamente molto significative.

La tipizzazione del DNA (in particolare dei polimorfismi del DNA nucleare) si rivela concretamente utile nei soli casi in cui il bulbo pilifero è ricco di cellule nucleate, situazione che si riscontra nelle fasi di crescita anagen e, in parte, catagen (che peraltro includono la gran parte delle formazioni pilifere di maggior effettivo interesse investigativo, cioè quelle strappate dall'epidermide) che, in media, contengono da 1-750 ng/radice di DNA per formazione pilifera strappata dotata di radice⁽²⁵⁾.

In conclusione, tutti i materiali biologici sono potenzialmente rilevabili e possono essere rinvenuti in caso di maltrattamento e violenza sessuale. Tale situazione suggerisce che in gran parte degli accertamenti di biologia forense, l'attività di ispezione dei reperti e di ricerca e caratterizzazione delle tracce dovrebbe essere idealmente estesa alla individuazione di ogni possibile materiale biologico, senza preclusioni a priori. Ciononostante, per evidenti motivi di opportunità operativa dettata dalle circostanze dei fatti (riferite dalla vittima e/o dedotte dalle valutazioni cliniche), dalla razionalizzazione delle risorse e dal contenimento dei tempi di svolgimento degli accertamenti, al fine di ottimizzare l'indagine tecnica, la tipologia di reperti di interesse e le potenziali tracce ragionevolmente osservabili e quindi le conseguenti strategie analitiche di laboratorio dipendono da alcuni fattori e considerazioni, gran parte dei quali derivanti dall'esperienza operativa, ma anche dalla casistica pertinente riportata dalla letteratura scientifica⁽²⁶⁾.

Tali informazioni, che gli esperti devono necessariamente tenere in considerazione, dovranno opportunamente guidare sia l'attività di repertazione e, quindi, di selezione dei reperti, che, successivamente, nel laboratorio forense, l'ispezione, la ricerca delle tracce ritenute di concreto interesse in relazione ai

(25) Formazioni pilifere in fase *telogen*, prevalentemente perse per distacco spontaneo, contengono modeste quantità DNA, e risultano pertanto assai meno idonee alla tipizzazione genetica dei polimorfismi del DNA nucleare, mostrando una probabilità di successo analitico estremamente più esigua.

(26) Tra i fattori di maggiore rilevanza oggetto di valutazione, sin dalle fasi iniziali della repertazione, si rammentano:

- le modalità con cui viene consumato il rapporto tra vittima e aggressore;
- le caratteristiche della scena del crimine (luogo, superfici);
- le condizioni ambientali (esposizione a raggi solari, temperatura, umidità, ecc.);
- il tempo intercorso dal momento della commissione del fatto all'acquisizione dei reperti;
- le attività (in particolari inerenti alla sfera sessuale) che la vittima ha condotto nel periodo immediatamente precedente al crimine.

fatti, la scelta delle più adeguate attività analitiche da intraprendere e, infine, l'interpretazione dei risultati e la loro valutazione come potenziali fonti di prova.

2.3 Le procedure di repertazione sul corpo delle vittime, sugli indumenti e su oggetti

Chiunque può subire maltrattamenti e/o violenze sessuali, ma alcuni soggetti sono particolarmente vulnerabili, come bambini ed anziani, giovani donne, persone con disabilità, soggetti socio-economicamente disagiati e senza fissa dimora, prostitute, soggetti reclusi in ambiente carcerario, richiedenti protezioni internazionale, sempre più numerosi considerati gli attuali flussi migratori, e coloro che vivono in aree di conflitto.

Negli anni, oltre alla cospicua letteratura scientifica inerente agli aspetti più specificamente medici e investigativi soprattutto nei casi di violenza sessuale, sono stati elaborati protocolli, raccomandazioni e linee-guida, sia in ambito internazionale⁽²⁷⁾ che nazionale, finalizzati all'armonizzazione delle attività di natura sanitaria, assistenziale e di polizia giudiziaria da compiere dal momento in cui una vittima di violenza e/o maltrattamento accede ad una struttura sanitaria di pronto soccorso (cosiddetta fase di *triage*) o comunque dal momento in cui una vittima sporga querela per il fatto subito.

Il principale riferimento nazionale è attualmente rappresentato dal DPCM (Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri) del 24 novembre 2017, *Linee guida nazionali per le Aziende sanitarie e le Aziende ospedaliere in tema di soccorso e assistenza socio-sanitaria alle donne vittime di violenza*, (GU Serie Generale n. 24 del 30 gennaio 2018).

L'obiettivo di tali linee guida è quello di orientare e indirizzare il personale operante, in particolar modo il personale sanitario, nella scelta delle procedure più opportune per l'assistenza alle vittime di violenza e maltrattamento, fornendo un intervento adeguato e integrato di assistenza sanitaria, psicologica, ma anche giudiziaria. La *ratio* è quella di garantire, oltre al prioritario trattamento delle conseguenze fisiche e psicologiche di una violenza, tutte quelle procedure volte ad assicurare le fonti di prova necessarie per l'accertamento e la repressione del reato e per l'individuazione del reo e la verifica delle sue responsabilità penali.

(27) World Health Organization (WHO) - Department of Reproductive Health and Research (*Clinical management of rape and intimate partner violence survivors: developing protocols for use in humanitarian settings*, 15 December 2020; <https://www.who.int/publications/i/item/9789240001411>) e USA Department of Justice - Office of Justice Programs (*National Best Practices for Sexual Assault Kits: A Multidisciplinary Approach. Recommendations for a victim-centered approach in responding to sexual assault cases*, 7 August 2017; <https://nij.ojp.gov/topics/articles/national-best-practices-sexual-assault-kits-multidisciplinary-approach>).

A tal fine il DPCM del 24 novembre 2017 disciplina le procedure da seguire per la *Repertazione e conservazione delle prove*, facendo riferimento alle *Linee guida per la repertazione di tracce biologiche per le analisi di genetica forense nel percorso assistenziale delle vittime di violenza sessuale e/o maltrattamento*⁽²⁸⁾ curate dall'associazione scientifica *Genetisti forensi italiani* (GeFI)⁽²⁹⁾, integralmente riportate in Allegato C al decreto.

Tutte le realtà ospedaliere e sanitarie del territorio nazionale si sono allineate con quanto previsto dal DPCM citato.

Le raccomandazioni del GeFI, sia nei casi di violenza sessuale e/o maltrattamento, che nelle attività di laboratorio di identificazione personale mediante tecniche di genetica forense⁽³⁰⁾, costituiscono quindi attualmente il riferimento tecnico-operativo e scientifico nazionale per l'acquisizione delle fonti di prova dal corpo della vittima e/o dell'aggressore, dagli indumenti, dagli oggetti eventualmente utilizzati, nonché per i successivi accertamenti di laboratorio tesi alla ricerca ed alla caratterizzazione della natura delle tracce biologiche e all'identificazione personale tramite tipizzazione del DNA.

Il maltrattamento e la violenza sessuale, spesso associati l'un l'altro, rappresentano una emergenza medica con implicazioni sanitarie e responsabilità per tutti i professionisti della salute chiamati a soccorrere le vittime. Le priorità sono rappresentate dal tempestivo soccorso e dalla necessaria assistenza sanitaria, che deve essere garantita con dignità e sicurezza, con il trattamento di eventuali lesioni, la prevenzione delle gravidanze indesiderate e delle infezioni sessualmente trasmissibili, il supporto psicosociale e la ricerca delle prove utili a fini forensi, rappresentata dalle prime fasi di selezione, campionamento, confezionamento e conservazione dei reperti e delle tracce.

La raccolta delle prove forensi ha una sua validità se sono ben documentate le procedure utilizzate e la relativa catena di custodia⁽³¹⁾: una buona documentazione e la conservazione delle prove sono essenziali qualora la vittima

(28) GeFI (2013), *Linee guida per la repertazione di tracce biologiche per le analisi di genetica forense nel percorso assistenziale delle vittime di violenza sessuale e/o maltrattamento*.

(29) Il GeFI (*Genetisti Forensi Italiani*) è il gruppo di lavoro italiano della Società Internazionale di Genetica Forense (ISFG). Rappresenta una associazione scientifica senza scopo di lucro con l'obiettivo di promuovere lo sviluppo della Genetica Forense, area interdisciplinare della Medicina Legale in ragione delle sue connessioni con settori affini quali la Genetica Umana, la Genetica Molecolare, l'Ematologia e la Medicina Trasfusionale, la Biologia Molecolare, l'Antropologia Molecolare, la Statistica e il Diritto. Il GeFI è un gruppo di lavoro della Società Italiana di Medicina Legale (SIMLA).

(30) GeFI (2018) *Raccomandazioni nelle indagini di identificazione personale*.

(31) La catena di custodia rappresenta l'insieme delle procedure cliniche e di laboratorio, interamente registrate su supporti cartacei ed informatici, da adottare in tutte le operazioni, dal prelievo allo smaltimento, per garantire l'integrità e la tracciabilità del campione/reperito.

intenda intraprendere un percorso giudiziario per perseguire il/i colpevole/i e devono essere garantiti anche se la vittima non ha manifestato al momento l'intenzione di rivolgersi all'Autorità Giudiziaria.

Il personale sanitario, come previsto dal DPCM del 24 novembre 2017, deve essere quindi adeguatamente formato, in quanto di fronte all'assistenza delle vittime di violenza non ci si improvvisa, nulla viene lasciato al caso: non si deve andare alla ricerca del *kit*, del protocollo, dello specialista del caso, del medico legale, del biologo molecolare. I percorsi devono essere ben tracciati e le unità di crisi pronte ad intervenire adeguatamente in ogni momento; la maggior parte dei dipartimenti di emergenza della nostra realtà nazionale sono dotati di protocolli per i percorsi assistenziali delle vittime di maltrattamento/violenza e di *kit* dedicati per la raccolta delle prove forensi.

È necessario accogliere la vittima in un ambiente riservato, fornito di idonea illuminazione al fine di consentire un accurato esame clinico, che può richiedere più competenze mediche specialistiche anche in virtù dei fluidi biologici e delle eventuali tracce biologiche da raccogliere; è anche necessario un tavolo di appoggio per la compilazione della documentazione e per l'etichettatura dei reperti/campioni.

Ogni aspetto dell'assistenza sanitaria e delle procedure relative alla raccolta delle prove deve essere spiegato alla vittima di violenza in maniera approfondita al fine di ottenere un valido consenso, sia sul versante clinico che su quello forense, che si impone venga formalmente raccolto in accordo alla normativa vigente⁽³²⁾ e accluso alla documentazione relativa all'accertamento posto in essere. In molte Aziende Sanitarie/Ospedaliere sono in uso nei casi di violenza cartelle cliniche dedicate, al fine di facilitare la raccolta dei dati e delle prove; è bene evitare il ricorso ad acronimi o abbreviazioni che potrebbero suggerire diverse interpretazioni del dato raccolto. È fondamentale documentare il più possibile mediante rilievi fotografici sia le eventuali lesioni che le regioni ove viene effettuato il tamponamento per la ricerca di materiale biologico; in molti casi è indispensabile ricorrere a riferimento metrico. L'esame clinico, a cui deve partecipare anche il medico legale se presente nella realtà sanitaria ove si rivolge la vittima, inizia con la valutazione dello stato mentale di quest'ultima, al fine di verificare da una parte la validità del consenso alle procedure previste dai percorsi assistenziali dall'altra l'attendibilità della raccolta anamnestica, che deve guidare sia l'esame clinico che la raccolta delle prove. In molti casi di disabilità temporanea è opportuno, fatte salve esigenze cliniche non procrastinabili, rimandare la valutazione del caso.

(32) Legge 22 dicembre 2017, n. 219, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, (GU Serie Generale n. 12 del 16 gennaio 2018).

Molte vittime di violenza sono in stato confusionale per essere state costrette ad assumere sostanze xenobiotiche, dalle droghe dello stupro a quelle d'abuso, a farmaci svariati a cui si ricorre per sedare proprio le vittime, in particolare i bambini e gli anziani.

Nel colloquio con le vittime fragili è bene evitare ogni forma di interruzione perché può interferire con il rapporto di fiducia che deve necessariamente instaurarsi fra personale sanitario e vittima.

Per quanto riguarda i minori il consenso è demandato agli esercenti la responsabilità genitoriale; capita spesso che a fronte di un sospetto diagnostico di maltrattamento/violenza sessuale che riguarda un soggetto minorenne i genitori non acconsentano all'effettuazione delle procedure relative all'accertamento diagnostico ed alla raccolta di eventuali prove utili ai fini forensi. In questo caso viene direttamente informata l'Autorità Giudiziaria.

È fondamentale procedere ad una descrizione dettagliata dell'accaduto riferito dalla vittima, con particolare attenzione, per quanto attiene alle indagini di biologia forense, all'epoca in cui è avvenuto, al numero di aggressori, alla tipologia del contatto fisico, ad eventuali precedenti rapporti sessuali consenzienti con l'aggressore e la datazione di quest'ultimi, ad ogni attività svolta dalla vittima dopo la violenza (se si è cambiata gli indumenti, se si è lavata, ecc.).

Le lesioni possono fornire prove preziose ed essere sede di tracce biologiche dell'aggressore, quindi la pulizia o il lavaggio delle ferite dovrebbero, sempre dopo consultazione del clinico, essere rimandati all'esame forense, a meno che non prevalga una esigenza per la tutela della salute della vittima. In circa la metà dei casi si tratta di casi con lesioni di lieve-media gravità, che non interessano le aree genitali a cui più comunemente ricondurre una violenza sessuale, il che ovviamente non esclude quest'ultima. Lesioni di maggiore gravità, quali ad esempio un trauma cranico, un trauma addominale, hanno la precedenza sull'esame forense e per tale motivo il clinico, coadiuvato se possibile dal medico legale, deve adottare tutte le misure necessarie per salvaguardare eventuali prove.

La violenza sessuale che lascia evidenza di traccia biologiche dell'aggressore non sempre è da ricondurre a penetrazione vaginale, orale o anale, ottenuta più o meno con la forza, da parti anatomiche o addirittura da oggetti, ma può essere rappresentata da semplici toccamenti, palpeggiamenti delle regioni intime o di altre regioni della vittima, da sfregamenti di regioni corporee dell'aggressore/i con quelle della vittima, ecc. Per tale motivo, infatti, se la vittima è attendibile e consapevole, la raccolta delle prove deve essere guidata dal dato circostanziale riferito da quest'ultima; l'esperienza dell'operatore gioca un ruolo fondamentale in questa fase.

Le potenziali fonti di prova da raccogliere comprendono:

> *l'abbigliamento della vittima*; la struttura sanitaria che accoglie le vittime di violenza deve essere in grado di attivarsi per garantire alla vittima abiti sostitutivi. Capita frequentemente che la vittima di violenza sessuale si rechi al Pronto Soccorso o dal medico di fiducia, evenienza quest'ultima rara, dopo essersi lavata e aver rimosso gli indumenti che indossava nel momento della violenza; in questo caso è d'obbligo provvedere a salvaguardare l'abbigliamento in questione, dando indicazioni sulle modalità di conservazione idonee per preservare eventuali tracce biologiche.

Se la vittima è in condizioni di mantenere l'ortostatismo è indicato farla spogliare in piedi sopra un foglio grande di carta (generalmente vengono usati i fogli di carta bibula da laboratorio) o parte di un lenzuolo sterile, al fine di evitare che qualche reperto aderente all'indumento possa cadere durante la svestizione ed andare perso (ad es. capelli strappati o sciolti dell'aggressore/i, liquidi biologici). La carta o la stoffa vengono, se del caso, contrassegnati per identificare da che parte era rivolta la vittima e quindi piegati per conservare le prove.

Ogni indumento deve essere raccolto e conservato separatamente in buste di carta, riducendo al minimo la sua manipolazione; assolutamente da evitare sono i sacchetti di plastica che creano un ambiente umido che favorisce la degradazione del DNA.

Il vestiario bagnato deve essere accuratamente fatto asciugare in aria ambiente prima di procedere alla repertazione, senza ricorrere a fonti di calore eccessive, quali stufe o phon.

> *tamponature⁽³³⁾ delle principali aree attinenti la sfera sessuale*, quali i genitali esterni, la regione peniena, la vagina, la regione perivaginale, la cervice uterina, la regione ano-rettale, l'orofaringe e la regione peribuccale se il dato circostanziale lo richiede, o sempre se la vittima è minore, disabile o anziana o se sotto l'effetto di sostanze xenobiotiche e le circostanze impongono una certa urgenza nelle indagini. Le indicazioni della WHO (2020) prevedono, in caso di eiaculazione nella cavità buccale, di ricorrere a tampone asciutto da passare tra i denti e soprattutto nello spazio tra i denti e le gengive del mascellare inferiore, dove lo sperma tende a raccogliersi.

(33) Si ricorre al metodo del tamponamento se trattasi di tracce non trasportabili. I tamponi sintetici, di cui esistono diverse tipologie in commercio sono maggiormente raccomandati rispetto ai tamponi con punta in cotone, in quanto è stato dimostrato che consentono migliori risultati in termini di estrazione e di amplificazione del DNA; piccoli frammenti di DNA potrebbero infatti rimanere intrappolati fra le fibre di cotone. I tamponi possono essere usati asciutti o leggermente inumiditi con acqua sterile durante la raccolta da superfici asciutte (ad es.: cute, mucosa della cavità anale), passati delicatamente e ruotati nello stesso punto; devono essere effettuate almeno due tamponature per regione, (MARSHALL et al., 2014). I tamponi vanno poi riposti in contenitori sterili.

➤ *tamponature di ogni regione corporea* in cui potrebbero essere presenti tracce biologiche appartenenti al perpetratore (*Figura 2*); se eventuale materiale biologico dell'aggressore deve essere recuperato dalle mani, è opportuno avvolgerle delicatamente, evitando il contatto con altre regioni corporee e con oggetti vari e successivamente ricorrere a tampone umido;

➤ *materiale sub-ungueale*, da prelevare preferibilmente mediante tamponatura piuttosto che mediante taglio delle unghie; ciascuna unghia va poi posta in provette sterili;

➤ *peli pubici*, da raccogliere con la pettinatura in quanto potrebbero individuarsi peli pubici sciolti appartenenti all'aggressore/i; si può ricorrere a carta da filtro per rimuovere il materiale raccolto. Lo stesso pettine utilizzato deve essere repertato in contenitore sterile perché potrebbe aver rimosso materiale biologico dell'aggressore;

➤ *tamponature di fluidi corporei presenti sui capelli della vittima*; in alcuni casi è necessario procedere al taglio dei capelli interessati da fluidi corporei;

➤ *capelli strappati dalla vittima*.

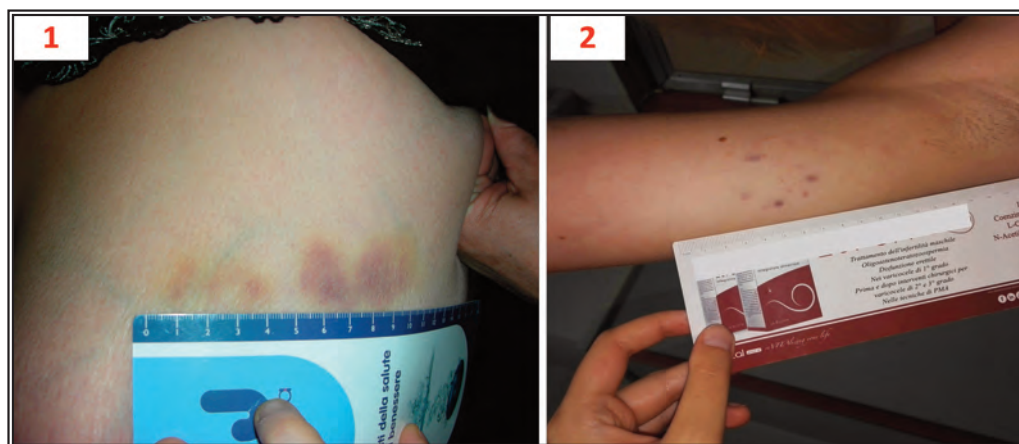


Figura 2

Regioni corporee oggetto di lesioni ecchimotiche in cui potrebbero essere presenti tracce biologiche appartenenti al perpetratore. *Immagine 1*: lesioni ecchimotiche da compressione dei polpastrelli di una mano in regione mammaria in donna 58enne violentata in pieno giorno in una via del centro. La vittima riferiva di essere stata palpeggiata a lungo e violentemente al seno. *Immagine 2*: minute lesioni ecchimotiche tondeggianti, disposte a disegnare un semicerchio a carico del braccio di una ragazza disabile 32enne violentata da un gruppo di coetanei. La vittima riferiva di essere stata oggetto di più morsi.

Altri reperti possono fornire prove cruciali: preservativi eventualmente usati durante la violenza, da conservare in contenitori sterili, ed assorbenti igienici, salva-slip, tamponi, pannolini, quest'ultimi da far asciugare e conservare in busta di carta.

Le raccomandazioni del *National Institute of Justice* (2017) non consigliano: il prelievo di vomito, in quanto non vi è alcuna evidenza scientifica sul recupero di materiale biologico utile a fini identificativi; il ricorso al filo interdentale per il recupero di eventuale materiale biologico residuo fra i denti e la tamponatura della cavità nasale o lavaggi nasali in caso di penetrazione orale, così come aspirazioni o lavaggi vaginali, in quanto potrebbe comportare il rischio di infezioni.

Se la violenza si è svolta in un ambiente chiuso sarà necessario indagare se possono essere presenti reperti utili per la ricerca di eventuali tracce biologiche, che dovranno essere preservati. Le principali aree di interesse da ispezionare nelle operazioni di sopralluogo da parte degli inquirenti e di eventuali ausiliari, quali il medico legale e il biologo molecolare, sono il pavimento, i tappeti, i copridivani, i cuscini, il bagno, la biancheria (ad es. lenzuola, asciugamani), i contenitori della spazzatura, anche del vicinato se del caso, dove magari reperire oggetti eliminati dall'aggressore, quali ad esempio i preservativi.

Deve essere evitata ogni forma di *contaminazione*, vale a dire lo spostamento di materiale biologico, quindi di DNA, non correlato alla violenza che si sta prendendo in esame. La contaminazione avviene durante o dopo la repertazione: si tratta di un fenomeno che il più delle volte coinvolge DNA in condizioni qualitative e quantitative sub-ottimali, costituendo spesso il cosiddetto *low template DNA (LT-DNA)* e che può portare a falsi risultati in una analisi di identificazione personale con gravi ricadute considerato il delicato ambito di indagine. Devono essere sempre usati i guanti, cambiati ad ogni repertazione, in quanto le attuali tecniche di indagini di genetica forense sono così sensibili da rilevare anche piccolissime quantità di DNA.

Le tracce biologiche che rappresentano fonti di prova sono in genere in quantità esigue nei casi di violenza ed è facile che vadano incontro a rapido deterioramento per cui occorre procedere quanto prima alla loro raccolta ed all'etichettatura.

La probabilità di ottenere informazioni può diminuire con il passare del tempo. La letteratura scientifica riporta le tempistiche ottimali per la raccolta delle prove biologiche in caso di violenza sessuale: penetrazione vaginale, entro le centoventi ore (cinque giorni); penetrazione anale, entro le settantadue ore (tre giorni); penetrazione orale, entro le ventiquattro ore (un giorno); morsi/saliva sulla cute, entro le novantasei ore (quattro giorni). È importante notare che nonostante le restrizioni temporali riportate dalla casistica di merito per ogni tipologia di materiale biologico, è bene sempre procedere alla raccolta di una eventuale traccia biologica in caso di violenza.

3. Gli strumenti della biologia forense nei casi di violenza

3.1. Strumenti e finalità di un'indagine di biologia forense

La biologia forense rappresenta quella disciplina delle scienze criminalistiche che si avvale di principi e metodiche analitiche tipiche della moderna biologia molecolare, della biochimica, della genetica umana e di popolazioni e della biostatistica per compiere accertamenti di laboratorio di quantità, spesso residue, minimali e frequentemente degradate di materiale biologico, rinvenute sulla scena di un delitto, sul corpo del reato⁽³⁴⁾ o sulle cose pertinenti ad esso⁽³⁵⁾ (artt. 253 e 321 c.p.p), con la finalità di contribuire all'identificazione dell'autore del reato e alla comprensione della dinamica delittuosa.

In particolare, in termini pratico-operativi, una moderna indagine tecnica di biologia forense nel contesto di un qualsiasi fatto criminoso, ivi inclusi i reati di violenza e maltrattamento, consente di perseguire tre obiettivi, che di fatto corrispondono alle fasi consequenziali dell'intero flusso di lavoro degli accertamenti di laboratorio (*Figura 3*):

> la ricerca mediante accurata ispezione, anche con l'ausilio di specifici dispositivi tecnici (ad esempio, le cosiddette *lampade forensi*), la individuazione e la descrizione di tracce biologiche sulla scena del crimine e sui reperti acquisiti sulla scena del crimine;

> la caratterizzazione della natura biologica della traccia mediante saggi biochimici e immunologici, finalizzata a comprenderne la natura biologica o non biologica (diagnosi generica), l'eventuale origine umana (diagnosi di specie) e, infine, la tipologia di materiale biologico umano (diagnosi regionale);

> la caratterizzazione genetica di una traccia tramite l'analisi di tipizzazione delle *regioni polimorfiche* del genoma umano (*tipizzazione genetica o tipizzazione del DNA*) e, quindi, in presenza di soggetti di confronto, l'identificazione personale del donatore di quella traccia mediante analisi comparativa e valutazione biostatistica del *peso dell'evidenza*⁽³⁶⁾.

(34) Cose sulle quali o mediante le quali il reato è stato commesso e cose costituenti il prodotto, il profitto o il prezzo del reato.

(35) Cose che servono, anche indirettamente, ad accertare la consumazione del reato, le sue circostanze e il suo autore come tracce lasciate dal reato e cose che hanno subito le conseguenze del reato.

(36) Il peso dell'evidenza (*weight of evidence*) è un concetto scientifico tipico del contesto giuridico che può essere definito come una valutazione quantitativa mediante analisi probabilistica del grado di supporto che una evidenza scientifica fornisce ad una o più ipotesi sia in ambito investigativo che probatorio.

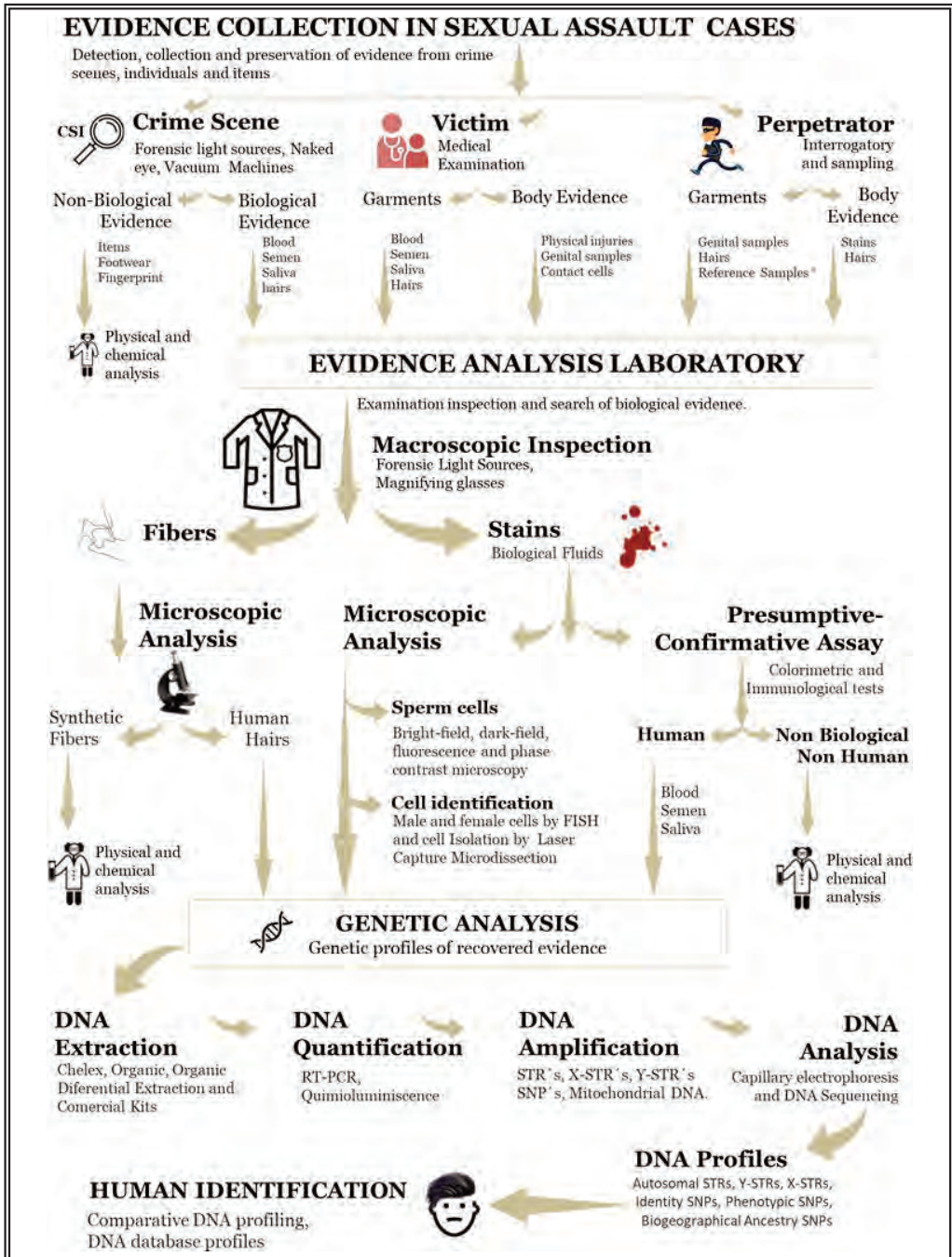


Figura 3

Flusso di lavoro dell'indagine tecnica di biologia forense, dalla scena del crimine agli esiti della tipizzazione del DNA per fini identificativi, in un tipico caso di violenza sessuale (immagine tratta da: Ramos GONZÁLEZ, *et al.*, 2019).

La ricerca razionale e ragionata, l'individuazione e la caratterizzazione biologica di una traccia rappresentano attività propedeutiche e imprescindibili nella dinamica dell'indagine tecnica in quanto da tali attività dipende la possibilità di rilevare e selezionare potenziali materiali biologici su cui poter orientare le successive analisi di tipizzazione del DNA⁽³⁷⁾. Durante tali attività, oltre alla individuazione dei prelievi di interesse da effettuare sul reperto, vengono acquisite informazioni sulle caratteristiche morfologiche, cromatiche e posizionali della traccia, nonché sulla tipologia dei materiali biologici che la costituiscono⁽³⁸⁾.

Gli accertamenti di tipizzazione del DNA, da compiersi sulle aree del reperto così selezionate e prelevate, l'interpretazione dei dati analitici, i cosiddetti *profili genetici* o *profili del DNA*, e le eventuali successive attività di comparazione e analisi biostatistica del peso dell'evidenza finalizzate all'identificazione personale, oltre a rappresentare il fulcro su cui è incardinata l'attività di biologia forense in termini di evoluzione scientifica e tecnologica e di risorse profuse, racchiudono il maggiore contenuto informativo dell'indagine tecnica di biologia forense. I profili del DNA, qualora qualitativamente e quantitativamente idonei all'identificazione personale, costituiscono pertanto il principale obiettivo dell'intera indagine biologica.

3.2 La ricerca e la caratterizzazione della natura biologica delle tracce

L'attività operativa ed analitica dello specialista della scena del crimine e del laboratorio biologico-forense è finalizzata, soprattutto nelle prime fasi, all'ispezione dei luoghi e delle cose alla ricerca di reperti potenzialmente utili alle indagini sui quali ricercare tracce biologiche che dovranno essere prima caratterizzate (cioè dovrà esserne definita la natura) e poi tipizzate geneticamente per l'identificazione del donatore. Scena del crimine e reperti sono quindi accuratamente ispezionati al fine di individuare possibili tracce e comprenderne la natura prima di procedere alla tipizzazione del DNA.

(37) L'attività di individuazione di possibili aree di interesse su un reperto costituisce una fase molto critica dell'intera indagine, specialmente nel caso di reperti molto estesi, eterogenei e costituiti da materiali ostici da ispezionare (indumenti sporchi, terreni, superfici in muratura, ecc.), perché di fatto da essa dipende la selezione dei prelievi da effettuare e da sottoporre a tutte le analisi: un errore in questa fase può infatti pregiudicare il buon esito complessivo dell'indagine di laboratorio.

(38) L'insieme di questi elementi informativi è funzionale alla selezione delle più appropriate strategie di analisi e alla razionale contestualizzazione della traccia repertata rispetto al fatto-reato commesso, risultando pertanto essenziali alla formulazione di corrette ipotesi investigative e determinanti per completare le informazioni derivanti dall'analisi identificativa del DNA e, quindi, in definitiva, a consentire all'Autorità Giudiziaria di comprendere quanto la traccia e il donatore individuato siano effettivamente circostanziabili all'evento.

L'insieme di queste attività ha una triplice funzione:

- > selezionare in maniera mirata e ragionata sulla base di considerazioni investigative, circostanziali e tecniche i soli reperti ritenuti di concreto interesse investigativo, cioè correlati al fatto e, quindi, effettivamente funzionali e utili all'indagine;

- > acquisire le sole tracce biologiche di natura umana, selezionando così le aree del reperto che dovranno essere campionate per le analisi di laboratorio;

- > definire il tipo di materiale biologico presente nella traccia individuata.

Le prime attività di ispezione, selezione e acquisizione mirata dei reperti avviene ovviamente sulla scena del crimine, per poi proseguire, sui reperti acquisiti, nel laboratorio con la medesima finalità: focalizzare l'attenzione e le risorse in maniera mirata e acquisire unicamente i potenziali materiali biologici verosimilmente correlati con il crimine.

Nel laboratorio, oltre ai dispositivi che agevolano il personale nella ricerca delle tracce, vengono impiegati anche *test* orientativi e di conferma che, al tempo stesso consentono di confermare le tracce di interesse e caratterizzarne la natura. L'importanza della attività di accertamento del tipo di materiale biologico che compone una traccia, soprattutto nella valutazione della rilevanza del dato genetico identificativo rispetto al profilo delittuoso e alla dinamica dei fatti (quindi rispetto alla questione della contestualizzazione della traccia alla scena del crimine e al crimine stesso) è testimoniata sia dalla letteratura scientifica internazionale, che nazionale: laddove possibile questa fase analitica è imprescindibile. Sul punto le ultime raccomandazioni del GeFI (2018) ammettono delle deroghe legate al fatto che i *test* di diagnosi di natura possono comportare la distruzione di parte della matrice biologica di una traccia, o la sua diluizione⁽³⁹⁾. Dove invece, in accordo alle sopracitate raccomandazioni, il tentativo di caratterizzazione di una traccia viene ritenuto obbligatorio è proprio il caso in cui si sospetta che una traccia sia costituita da liquido seminale o sia una mistura di diversi fluidi tra cui sperma. “La conferma o meno della presenza di sperma, in questi casi, determina infatti la scelta dei successivi protocolli estrattivi (cosiddetta estrazione differenziale) potendo quindi influenzare profondamente il buon esito delle analisi”, (GeFI, 2018).

Le attività di ispezione possono essere svolte mediante ispezione macroscopica, semplicemente ad occhio nudo, senza l'ausilio di alcun particolare

(39) In tali circostanze “l'operatore può decidere di omettere questo passaggio, in particolare in presenza di tracce latenti o microscopiche e in casi in cui la determinazione dell'origine tissutale del campione è scarsamente rilevante, rispetto all'identificazione genetica del suo donatore. In questo caso la decisione dovrà essere adeguatamente motivata nel report finale e presa possibilmente in accordo con eventuali consulenti delle parti”, (GeFI, 2018).

dispositivo o *test* chimico, qualora le tracce presenti siano visibili ad occhio nudo, oppure, più spesso, con l'impiego eventuale di opportuni dispositivi tecnici o *test* di laboratorio che in letteratura vengono definiti come *metodi fisici* e *metodi chimici* (Figura 4).

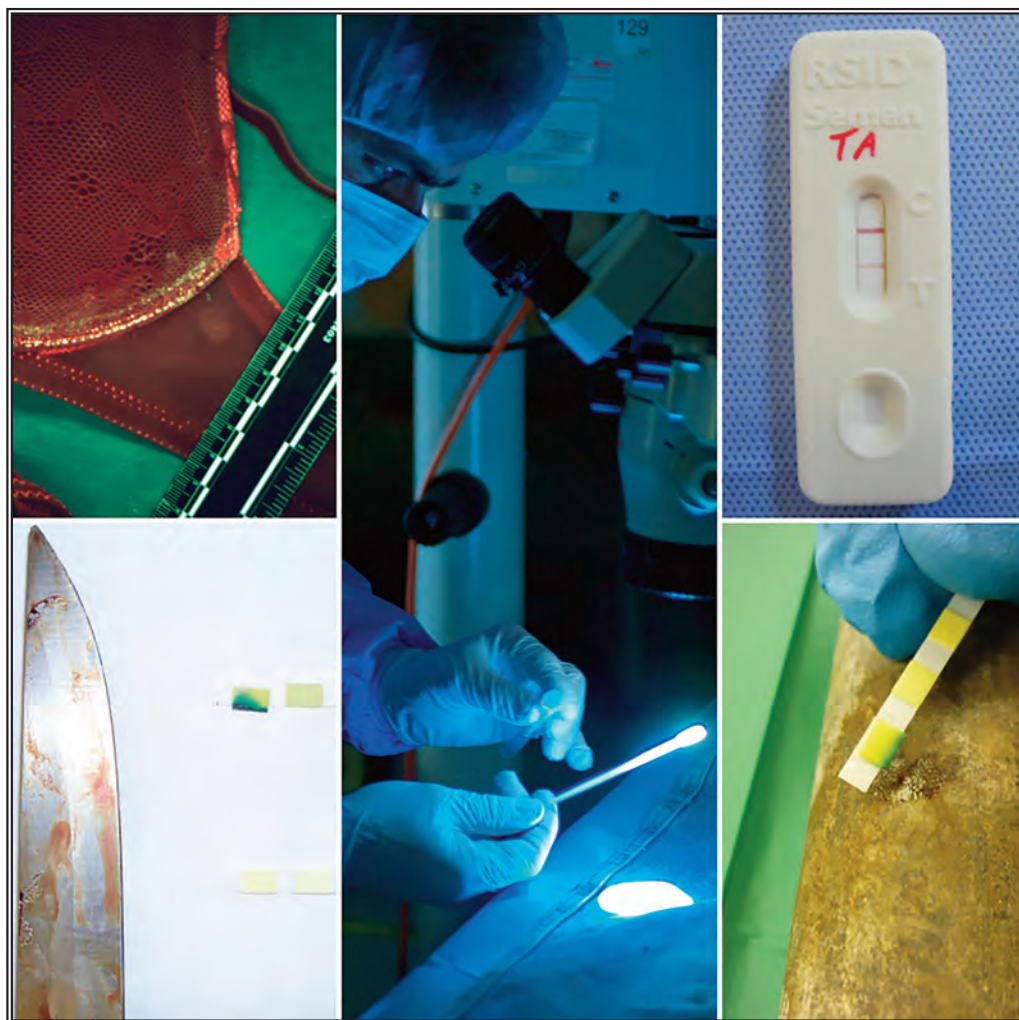


Figura 4

Metodi di ricerca, rilevazione e caratterizzazione di potenziali tracce biologiche su reperti sia durante le attività di sopralluogo, rilievi tecnici e repertamento, che sulla scena del crimine.

I *metodi fisici* sono strumenti del laboratorio raggruppabili in tre principali categorie: *stereoscopi*, *microscopi* e *lampade forensi*, che hanno la funzione di esaltare i contorni delle tracce rispetto al substrato su cui sono depositate, favorendone così l'individuazione (Figura 5).

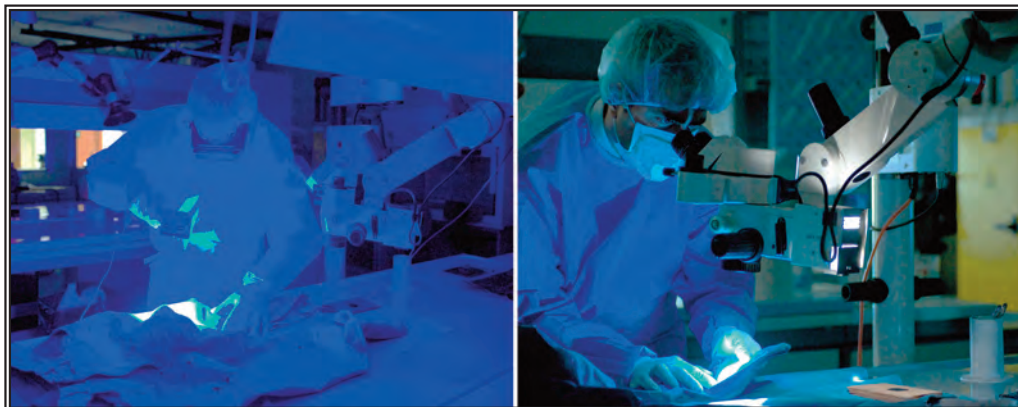


Figura 5

La ricerca di possibili tracce biologiche su reperti, in particolare se depositate in minima quantità e/o in condizioni di latenza, nel laboratorio: lampade forensi (immagine a sinistra) e stereoscopi (immagine a destra) (immagine a sinistra tratta da: *I Carabinieri delle Investigazioni Scientifiche*, Publimedia s.r.l., Milano, 2015).

L'osservazione mediante *stereoscopi* permette una visione tridimensionale a basso potere di ingrandimento, mentre l'osservazione delle tracce mediante *microscopi* permette una visione bidimensionale ad alto potere di ingrandimento. Il loro impiego è solitamente circoscritto al laboratorio più che alla scena del crimine.

Esse hanno come finalità quella di rilevare nel caso degli stereoscopi la presenza di microtracce (quali tracce ematiche o microcristalli ematici essiccati, seminali, salivari, ecc.), nel caso dei microscopi la presenza di elementi cellulari caratteristici (quali eritrociti per il sangue, cellule epiteliali per la saliva, e, soprattutto, spermatozoi per lo sperma.) in condizioni tali da poter essere correlati al fluido dal quale provengono⁽⁴⁰⁾. In pratica l'utilizzo dei microscopi in biologia forense è limitato alla rilevazione delle sole cellule spermatiche tramite l'impiego di protocolli di colorazione⁽⁴¹⁾ o di marcatura in fluorescenza dedicati⁽⁴²⁾ e alle formazioni pilifere.

(40) Nella pratica operativa gli stereoscopi, hanno fundamentalmente una funzione di ricerca macroscopica e aspecifica finalizzata alla individuazione di possibili tracce biologiche evidenti sui reperti e alla definizione delle loro caratteristiche generali (forma, colore, dimensione, localizzazione, ecc.). I microscopi, invece, impiegabili utilizzando luce bianca o luce fluorescente, vengono impiegati per l'osservazione diretta di elementi cellulari fluido o tessuto specifici e, quindi, hanno la funzione di diagnosi specifica di un particolare materiale biologico, più che di una sua ricerca sui reperti.

(41) Ad esempio il *blu di N-metilene* e l'*acetato di cresil violetto*, che, interagendo in particolare con la cromatina ed il DNA, consentono una colorazione differenziale delle varie regioni cellulari.

(42) Ad esempio utilizzando anticorpi monoclonali derivatizzati con fluorofori come *Alexa 488* che legano specificamente un bersaglio proteico contenuto nelle teste degli spermatozoi.

Nel caso degli spermatozoi l'obiettivo della ricerca microscopica è quello di individuare gli elementi cellulari (o i frammenti cellulari) di interesse, mettere in evidenza morfologia e dimensioni (testa e coda dello spermatozoo), il numero e il rapporto con la componente epiteliale in caso di tamponi vaginali, orali o rettali⁽⁴³⁾. Nel caso delle formazioni pilifere il microscopio potrà consentire, mediante verifica delle caratteristiche cromatiche, soprattutto di pigmentazione, e morfo-strutturali, prevalentemente l'osservazione di una radice e la suddivisione dello stelo in cuticola, corticale e midollo (assenti nelle fibre di sintesi) e valutazione dell'*indice midollare*⁽⁴⁴⁾, la differenziazione delle formazioni pilifere di natura umana da quelle animali non umane dalle fibre di natura sintetica. Inoltre l'osservazione microscopica è funzionale anche a comprendere, nel caso delle formazioni pilifere umane, la loro fase evolutiva (*anagen, catagen e telogen*), utile per le successive strategie di analisi di tipizzazione del DNA.

Le *lampade forensi (forensic light sources)*, sono dispositivi ad emissione di luce in grado di emettere onde elettromagnetiche monocromatiche nell'intervallo dell'ultravioletto (UV), del visibile (VIS) e dell'infrarosso (IR). La funzione delle lampade è quella di facilitare sia sulla scena del crimine (in cui rappresentano i dispositivi più utilizzati), che nel laboratorio, la ricerca, l'osservazione e la documentazione video-fotografica dei materiali biologici, in particolare quando essi si presentano allo stato latente cioè non chiaramente distinguibili ad occhio nudo o mediante gli stereoscopi dalla superficie su cui sono depositate. Il loro principio di impiego è basato sul fatto che praticamente tutti i materiali biologici, contenendo biomolecole (soprattutto proteine e altri composti non proteici come vitamine, porfirine, ecc.) manifestano proprietà di *fluorescenza intrinseca (autofluorescenza)* evidenziabile con una esposizione a luce ad una o più specifiche lunghezze d'onda, solitamente collocate nell'intervallo dell'UV e del visibile⁽⁴⁵⁾.

- (43) Mentre un esito positivo è correlabile inequivocabilmente alla presenza di liquido seminale, un eventuale esito negativo non consente di escludere la presenza di liquido seminale nella traccia per una serie di motivi di natura circostanziale (assenza di eiaculazione, degradazione delle componenti cellulari, ecc.) o patologica (soggetti oligospermici, azospermici o vasettomizzati).
- (44) Il diametro del midollo è un parametro di notevole importanza in quanto il suo rapporto percentuale con il diametro totale dello stelo (*indice midollare*), costituisce il più importante criterio di valutazione per la diagnosi di appartenenza alla specie umana. Nell'uomo, infatti, l'indice midollare raggiunge al massimo il valore del trenta per cento, contrariamente a quello che accade nelle rimanenti specie animali per le quali il valore di tale parametro risulta superiore.
- (45) L'irraggiamento delle tracce biologiche con luce a lunghezze d'onda comprese tra circa 380 e 530 nm (luce violetta-blu-verde) determina un'emissione per fluorescenza di colore violetta e/o giallo-azzurro rilevabile in condizioni di buio completo e mediante l'impiego di speciali filtri ottici in banda passante (occhiali), che selezionano la sola luce di emissione in fluorescenza che deriva appunto dal materiale biologico.

Tutte le altre tracce biologiche con basso indice di assorbimento (saliva, liquido seminale, urina, ecc. , ma non il sangue), anche se in situazioni di complessità⁽⁴⁶⁾, vengono di routine individuate e circoscritte sfruttando questi dispositivi luminosi. Tali dispositivi non comportano alcun prelievo o asportazione della traccia o di sue parti che rimane pertanto completamente disponibile per gli ulteriori *test* di caratterizzazione della natura biologica e per la tipizzazione genetica. Nelle violenze sessuali l'utilizzo delle lampade forensi è estremamente diffuso, sia sui reperti che sul corpo della vittima in quanto, con l'eccezione del sangue e feci (presente come aloni o come tracce a bordi definiti, ma di solito visibile), le altre tracce, essendo trasparenti o opalescenti, non sono facilmente osservabili sulle superfici ove sono depositate⁽⁴⁷⁾.

Accanto ai metodi fisici anche i *metodi chimici*, rappresentati da *test* di laboratorio, vengono impiegati per confermare che un'area di un reperto, individuata tramite stereoscopio o mediante lampade forense, sia effettivamente interessata da materiale biologico e, perlomeno per alcuni fluidi, per caratterizzarne la natura. I metodi chimici convenzionalmente impiegati nelle indagini tecniche e la cui valenza operativa è riconosciuta dalla comunità scientifica consistono in *test* biochimici e biomolecolari, denominati convenzionalmente come *test presuntivi*⁽⁴⁸⁾ e *test confermativi*⁽⁴⁹⁾, differenti per performance analitiche, principi di funzionamento e profili di impiego (tipologia e condizione in cui si presentano le tracce) (*Figura 6*).

-
- (46) Di modesta quantità (pochi mm²), in condizioni latenti, depositate su reperti estesi e morfologicamente complessi (biancheria, indumenti, pavimenti, tappezzerie, ecc.), ma anche sul corpo stesso della vittima.
- (47) Si pensi alle tracce di sperma che, sebbene si presentino, quando sono abbondanti e concentrate, come aloni bianco-giallastri rilevabili mediante ispezione macroscopica da parte di un occhio esperto, su alcune tipologie di reperti sono scarsamente visualizzabili. Questo risulta particolarmente vero nei casi in cui il substrato di deposizione di tali tracce risulta, per sua natura o per somiglianza cromatica, non sufficientemente in contrasto con le tracce, rendendole quindi non chiaramente evidenti.
- (48) I test presuntivi, tutti basati su reazioni redox o idrolitiche, sono estremamente sensibili, ma caratterizzati da ridotta specificità (consentono una caratterizzazione indicativa, ma non certa). Ad oggi i *test* presuntivi di maggior impiego operativo solo quelli che consentono la rilevazione di presunte tracce ematiche come il *test della tetrametilbenzidina* e il *test del luminol* (marcatore: gruppo *eme* dell'emoglobina e i suoi derivati ossidati *emina* ed *ematina*) e di presunte tracce salivari, il *test dell' α -amilasi* (marcatore: tutte le isoforme di α -amilasi).
- (49) I test confermativi, prevalentemente basati su reazioni di riconoscimento immunologico, sono assai specifici e molto affidabili in termini di diagnostici (consentono una caratterizzazione praticamente certa), tuttavia richiedono, per la loro effettuazione, quantità maggiori di traccia da testare rispetto ai *test* presuntivi; inoltre ad oggi, nelle attività di indagine di biologia forense, non esistono test di conferma per tutte le tipologie di tracce, ma solo per il sangue (marcatori: *emoglobina* e *glicoforina A*), il liquido seminale (marcatori: *PSA* e *semenogelina I e II*), la saliva (marcatore: α -*amilasi isoenzima S*), l'urina (marcatore: *proteina di Tamm-Horsfall*) e il sangue mestruale (marcatore: *dimeri-D di fibrina*).

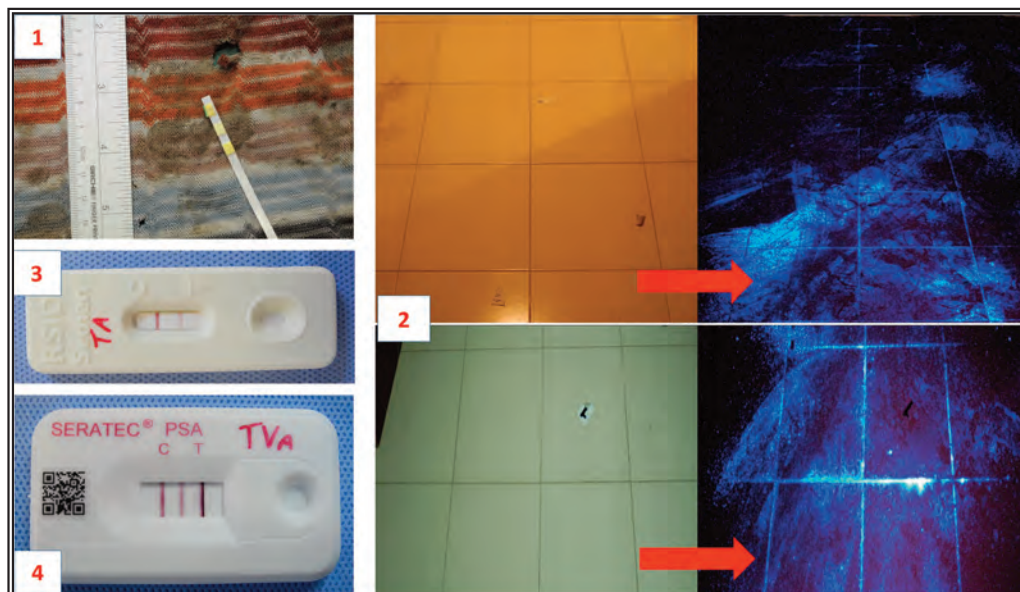


Figura 6

La caratterizzazione orientativa mediante test presuntivi (immagini 1 e 2) e specifica mediante test confermativi (immagini 3 e 4) della natura biologica della traccia. *Immagine 1*: test presuntivo per il materiale ematico a base di *tetrametilbenzidina*. *Immagine 2*: test presuntivo per il materiale ematico a base di *Luminol*. *Immagine 3*: test confermativo per materiale spermatico tramite rilevazione di Sg. *Immagine 4*: test confermativo per materiale spermatico tramite rilevazione di *PSA* (immagine 2 tratta da: A. BERTI, F. BARNI, A. PACE, *Le analisi delle macchie di sangue sulla scena del crimine. Una guida pratica e teorica sul BPA*, Edi-Ermes, Milano, 2011).

Essi consentono la diagnosi di alcuni fluidi biologici umani, mediante la rilevazione, quanto più specifica e sensibile, di una o più marcatori biologici tipicamente presenti in quel materiale biologico in grande concentrazione e scarsamente presenti, o addirittura assenti, in altre sostanze, di natura biologica e non biologica (organica e inorganica).

In linea generale i *test* presuntivi presentano un minor livello di specificità rispetto ai *test* confermativi, ma se ne differenziano solitamente perché dotati di un maggiore limite di rilevazione. Inoltre quasi tutti i *test* presuntivi consentono di mantenere praticamente inalterata la traccia da testare, conservandone l'integrità strutturale e dimensionale, in quanto per la loro effettuazione è solitamente richiesta una quantità minimale di campione. Di contro i *test* confermativi hanno il rilevante vantaggio di fornire, con elevata attendibilità, esiti certi della natura della traccia biologica, sebbene non per tutte le tipologie di tracce esistono *test* con queste caratteristiche di specificità.

Nei reati di violenza sessuale i *test* presuntivi e confermativi trovano un larghissimo impiego dovuto al fatto che, come già ricordato, in queste fattispecie

delittuose, ogni tipologia di materiale biologico può essere depositata, e la sua caratterizzazione può avere profonde implicazioni investigative e dibattimentali.

Ciò è vero in particolare per il liquido seminale che rappresenta il materiale biologico oggetto delle più approfondite ricerche e della necessaria caratterizzazione biologica.

La sicura caratterizzazione di una traccia, tuttavia, è inficiata da molteplici criticità.

> Non per tutte le tracce, come abbiamo visto, sono stati scoperti marcatori tessuto-specifici (unicamente presenti in quel fluido), per cui non esistono *test* confermativi per tutti i fluidi biologici possibili ma, attualmente, solo per liquido seminale, saliva, sangue, urina e, recentemente, fluido mestruale. Per altre tipologie di tracce, quali il secreto vaginale, il DNA da contatto, il sudore o le feci risulta caratterizzata da importanti profili di aspecificità⁽⁵⁰⁾.

> I marcatori proteici tessuto-specifici sono spesso sensibili alle condizioni ambientali in cui si trovano per cui possono andare incontro a deperimento a causa di agenti fisici (luce, calore, umidità, ecc.), chimici (detergenti, disinfettanti, pH, ecc.) e della esposizione all'esterno del corpo in condizioni non fisiologiche⁽⁵¹⁾.

> Le prestazioni analitiche dei *test* comunemente impiegati nell'attività operativa di biologia forense e, in particolare, la sensibilità, non sono talvolta adeguate alle condizioni di degradazione e di scarsità di materiale in cui versano le tracce biologiche.

> L'effettuazione dei *test* specifici comporta comunque un utilizzo di una parte della traccia che, se è estremamente esigua, potrebbe non risultare più sufficiente per la tipizzazione del DNA⁽⁵²⁾.

Per cercare di superare o comunque di mitigare tali problematiche da diversi anni sono in atto studi sperimentali. Queste sperimentazioni sono volte a mettere a punto nuove metodiche di biologia molecolare, indipendenti dai

(50) L'identificazione certa di tali tracce risulta, quindi, impossibile con i test immunologici disponibili, soprattutto per l'assenza e l'importante e imponderabile variabilità di marcatori biologici specifici, stabili e in adeguata quantità in esse presenti.

(51) La perdita della integrità strutturale e conformazionale delle proteine può condurre alla incapacità dei test immunologici di rilevarle. Quando ad esempio, tamponi intracorporei vengono effettuati, a seguito di violenza, non nell'immediatezza dei fatti, ma a distanza di giorni, si può verificare un deperimento più accentuato delle molecole proteiche rispetto al DNA (che, nelle cellule spermatiche, è molto resistente al deperimento). In tali casi si potrà ottenere un profilo del DNA utile, ma non si riuscirà a caratterizzare la natura della traccia da cui esso deriva.

(52) Tale problematica si accentua ulteriormente nei casi in cui una stessa traccia biologica debba essere sottoposta a più *test* differenti per verificare se ad essa abbiano contribuito materiali biologici eterogenei (nei casi di misture, ad esempio, saliva/sperma).

marcatori proteici e, soprattutto, dai *test* presuntivi e confermativi tradizionali⁽⁵³⁾. Le nuove metodiche di analisi molecolare in via di sperimentazione, su cui si sta concentrando l'attenzione della comunità scientifica forense, sebbene oggetto di ingenti investimenti, risorse e oggetto di numerose pubblicazioni scientifiche, non hanno tuttavia ancora raggiunto l'idoneo grado di attendibilità analitica per renderle operativamente applicabili alle situazioni reali.

Una volta individuata, descritta in relazione alle caratteristiche di posizione, colorazione, forma e dimensioni, e caratterizzata biologicamente, la traccia nel suo complesso o in parte (se possibile tale approccio è preferibile per non pregiudicare una eventuale ripetizione di tutti gli accertamenti) viene prelevata mediante asportazione per ritaglio con opportuni bisturi o, in alternativa, tamponata con specifici dispositivi in grado di "catturare" selettivamente quanto più materiale biologico possibile evitando la rimozione del substrato su cui la traccia è depositata. Il materiale biologico prelevato è dunque avviato alle fasi di estrazione e quantificazione del DNA, propedeutiche alla tipizzazione identificativa del materiale genetico.

3.2. La tipizzazione del DNA a scopo identificativo

a. La variabilità genetica nell'uomo

Si può affermare con certezza che non esistono due esseri umani che condividano lo stesso materiale genetico; non è quindi sorprendente che l'analisi del DNA sia divenuta uno strumento fondamentale nelle indagini criminali a fini identificativi.

La variabilità genetica può essere studiata a diversi livelli di osservazione, dall'analisi del fenotipo visibile fino al massimo livello di risoluzione rappresentato dalla sequenza del DNA.

(53) Le metodiche sperimentali su cui si è indirizzata la comunità scientifica, anche sfruttando le nuove tecnologie di *sequenziamento parallelo ultramassivo* (*Massively Parallel Sequencing*, MPS o *Next Generation Sequencing*, NGS), puntano anche a consentire la contemporanea caratterizzazione di più materiali biologici, riducendo quindi il consumo della traccia e contraendo i tempi di analisi. Le metodiche sperimentali più significative sono: l'analisi dell'*RNA messaggero* (*mRNA*), cioè del profilo di trascrizione del DNA in mRNA di alcuni geni fluido-specifici selettivamente espressi da certi tipi cellulari e non da altri, come metodo di diagnosi della natura biologica di tracce anche esigue; l'analisi dell'intero *trascrittoma*, cioè dell'intero profilo di trascrizione del DNA in mRNA di un fluido (non di specifici marcatori, ma di numerosissimi marcatori contemporaneamente); l'analisi del *microbioma*, cioè della microflora (batterica e fungina) che, in materiali come le feci, la saliva, la pelle, i fluidi vaginali, mestruali, popola in maniera specifica e unica i distretti corporei da cui derivano tali fluidi; l'analisi del *proteoma*, cioè del profilo di espressione genica in proteine, anch'esso diverso a seconda del materiale biologico; l'analisi dei *marcatori epigenetici* che includono i *miRNA* e il *profilo di metilazione del DNA*, diversi e caratteristici da fluido biologico a fluido biologico; l'*analisi iperspettrale di imaging del vicino infrarosso* (NIR) di tracce abbinate ad analisi chemiometriche degli spettri.

Nell'ultimo ventennio, il grande sviluppo delle tecnologie di analisi molecolare ha permesso di conoscere la sequenza completa del genoma di molte specie, compreso l'uomo, e di confrontare tra loro genomi di specie diverse (variabilità inter-specie) e genomi d'individui diversi della stessa specie (variabilità intra-specie). Per quanto riguarda l'uomo, il progetto internazionale “*mille genomi*”⁽⁵⁴⁾ ha permesso di comprendere in dettaglio la natura molecolare e il grado di variabilità esistente non solo tra popolazioni diverse (variabilità inter-popolazioni), ma anche tra individui della stessa popolazione (variabilità intra-popolazione). Quest'ultimo livello di osservazione è quello di maggiore rilevanza per il genetista forense (per indagini a fini identificativi), sebbene in alcune applicazioni specialistiche possano essere rilevanti anche la variabilità genetica inter-popolazioni (ad esempio per inferire l'origine geografica di una persona di interesse ignota) o la variabilità inter-specie (ad esempio nelle indagini relative alle mistificazioni alimentari).

La diversità genetica che oggi osserviamo nella nostra specie è conseguenza dell'azione di diversi fattori evolutivi, primo tra tutti la mutazione, che, come suggerisce il nome stesso, consiste nel cambiamento di una porzione del genoma. Le mutazioni possono interessare sia le cellule somatiche che le cellule della linea germinale, ma solo queste ultime vengono trasmesse alle generazioni successive attraverso i gameti. Ogni mutazione avvenuta nella linea germinale, nel momento in cui viene trasmessa da genitore a figlio, determina la comparsa di un nuovo allele nella popolazione, il cui destino nel tempo (in termini di frequenza allelica) dipende da ulteriori forze evolutive (selezione, migrazione ed altre). Se l'allele generato per mutazione (allele derivato) aumenta di frequenza nella popolazione a scapito dell'allele da cui si è originato (allele ancestrale), si avrà la comparsa di un nuovo polimorfismo genetico. Più precisamente, possiamo dire che un *locus* è polimorfico quando presenta nella popolazione in esame almeno due alleli comuni (con frequenza maggiore dell'uno per cento)⁽⁵⁵⁾.

Da un punto di vista molecolare nel genoma umano si osservano differenti tipologie di polimorfismi genetici, solo alcuni dei quali sono rilevanti per le indagini genetico forensi:

➤ I *polimorfismi per sostituzione di base* sono la classe di polimorfismi più numerosa con una distribuzione nei cromosomi che può essere considerata, in prima approssimazione, omogenea.

(54) 1000 Genomes Project Consortium (attualmente confluito in: *The International Genome Sample Resource (IGSR)*, <https://www.internationalgenome.org/>).

(55) Secondo alcuni autori, la soglia di frequenza dell'allele meno comune oltre la quale si può parlare di polimorfismo è pari al cinque per cento.

Nell'uomo è presente un polimorfismo per sostituzione ogni 100-200 basi di DNA nucleare (per un totale di decine di milioni di polimorfismi), e approssimativamente una differenza ogni 1000 basi se si confrontano due individui presi a caso da una popolazione. A causa del basso tasso di mutazione (nell'uomo 2.3×10^{-8} sostituzioni per base ogni generazione), i polimorfismi per sostituzione di base sono di norma biallelici (due sole basi alternative presenti nel pool gametico della popolazione) quindi poco informativi a fini identificativi.

> I *polimorfismi indel*, dovuti a piccole inserzioni/delezioni, sono dieci volte meno comuni dei polimorfismi per sostituzione. Le indel che coinvolgono una sola base, assieme ai polimorfismi per sostituzione nucleotidica, vengono comunemente chiamati SNPs (*Single Nucleotide Polymorphism*). Sostituzioni di base e indel sono gli unici polimorfismi che si trovano nel DNA mitocondriale umano, mentre nel DNA nucleare sono presenti diversi altri tipi di variazione.

> I *microsatelliti* (noti anche come STRs, *Short Tandem Repeats*) sono elementi comuni nel genoma degli eucarioti e sono caratterizzati da ripetizioni contigue di una sequenza di DNA di 1-6 basi. Il numero di ripetizioni è generalmente inferiore a trenta unità per una lunghezza complessiva di meno di 200 basi. Alla fine degli anni Ottanta, si è scoperto che molti dei microsatelliti (in particolare quelli più lunghi) sono altamente polimorfici e multiallelici, con alleli che differiscono per il numero di ripetizioni del motivo semplice. L'elevato numero di alleli è conseguenza principalmente di un tasso di mutazione particolarmente elevato (intorno a 10^{-3} mutazioni per microsatellite ogni generazione). Nella maggior parte dei casi i microsatelliti mutano per perdita o acquisizione di una singola unità ripetuta, sebbene possano essere raramente coinvolte centinaia o migliaia di ripetizioni.

> I *minisatelliti* sono, come i microsatelliti, una classe di elementi caratterizzati da ripetizioni in tandem di una sequenza di DNA. Il motivo ripetuto è più lungo rispetto ai microsatelliti (fino a cento basi) e la lunghezza complessiva dell'elemento può arrivare a decine di migliaia di basi. I minisatelliti sono multiallelici e più variabili dei microsatelliti con alleli che differiscono sia per il numero di ripetizioni in tandem che per la loro struttura nucleotidica.

Oltre a queste quattro classi di polimorfismi, che trovano, o hanno trovato in passato, applicazione in genetica forense, esistono nel DNA nucleare diverse altre tipologie di *loci variabili biallelici* (polimorfismi per presenza/assenza di elementi trasponibili, polimorfismi citogenetici) e *multiallelici* (*copy number variants*, sequenze telomeriche) di grande rilevanza biologica ma che, per ragioni diverse, sono di scarsa utilità nella genetica forense.

b. La variabilità genetica come strumento d'indagine forense a fini identificativi

La diversità dei genomi riveste una grandissima importanza per le sue implicazioni evolutive. Per il genetista, tuttavia, i polimorfismi hanno anche un grande interesse dal punto di vista applicativo, che prescinde dalla rilevanza biologica delle mutazioni stesse. I microsatelliti, ad esempio, grazie alla loro elevata eterozigosità⁽⁵⁶⁾, sono stati utilizzati nell'ultimo ventennio come strumento di elezione per la mappatura dei geni umani. Allo stesso modo, nella genetica forense, i polimorfismi del DNA rappresentano lo strumento attraverso il quale ottenere degli *input* investigativi o identificare autori di reati. Il genetista forense sfrutta la diversità esistente tra individui (ma anche tra popolazioni e specie differenti) al fine di risolvere controversie di tipo legale. Il campo di applicazione della variabilità del DNA in ambito forense spazia dalle analisi che riguardano l'uomo (*test* di paternità e parentela, identificazione di resti umani nei disastri di massa, identificazione di reperti nelle indagini criminali ecc.) alle indagini relative all'identificazione di materiale biologico proveniente da specie protette in via di estinzione.

Negli ultimi quarant'anni la genetica ha acquisito un'importanza sempre maggiore all'interno delle scienze forensi grazie alla messa a punto di metodologie molecolari che hanno permesso l'analisi di polimorfismi ad elevato grado di variabilità direttamente a livello di DNA. In precedenza, l'analisi genetica forense poteva contare solo su polimorfismi di gruppo sanguigno o su polimorfismi genetici analizzati a livello di proteine. Questi sistemi polimorfici sono caratterizzati da un basso grado di variabilità genetica e presentano problemi relativi alla rapida degradazione della componente biologica utile. La prima metodologia basata sull'analisi del DNA venne descritta nel 1984 da Alec Jeffreys con il nome di *DNA fingerprinting* e venne applicata proprio per risolvere due noti casi di violenza sessuale avvenuti nel Leicestershire, in Inghilterra. In questa metodologia, il DNA estratto da reperti biologici veniva frammentato, sottoposto ad un processo di separazione fisica su gel (*elettroforesi*) e trasferito su una membrana di nitrocellulosa (*Southern Blotting*); Veniva quindi utilizzata una sonda molecolare in grado di riconoscere contemporaneamente il motivo ripetuto di differenti minisatelliti (sonda *multi-locus*). L'elevato grado d'informazione che veniva fornito dal DNA fingerprinting derivava quindi dalla combinazione di due fattori: il numero elevato di loci analizzati in un singolo esperimento e l'elevata eterozigosità dei singoli loci (i minisatelliti rappresentano la

(56) L'eterozigosità corrisponde alla proporzione di individui eterozigoti (quindi con due alleli differenti) all'interno di una popolazione che sia in equilibrio di H-W. In questo contesto possiamo considerare l'eterozigosità come una misura di diversità genetica.

classe di polimorfismi del DNA più variabili nel genoma umano), rendendo estremamente improbabile che due individui non imparentati condividessero il medesimo profilo genetico. Nonostante i suoi indubbi vantaggi, questa tecnica basata sull'analisi di minisatelliti è stata sostituita da tecniche di analisi più sofisticate e performanti basate su un'altra classe di marcatori per certi versi simili, i microsatelliti. Questi uniscono all'elevato grado di diversità intra-popolazione, una caratteristica biologica di grande importanza: sono di dimensioni più contenute e possono quindi essere amplificati mediante una tecnica chiamata PCR (*Polymerase Chain Reaction*). L'amplificazione mediante PCR permette di ottenere una quantità di DNA sufficiente del campione biologico anche quando questo sia presente in tracce minime e/o sia degradato, come avviene spesso nelle indagini criminali. È possibile, inoltre, amplificare mediante PCR numerosi microsatelliti contemporaneamente (*PCR multiplex*). I prodotti della PCR (ovvero gli alleli dei singoli microsatelliti) vengono poi distinti gli uni dagli altri mediante elettroforesi, sfruttando la differente lunghezza degli alleli e/o dei singoli loci⁽⁵⁷⁾. Il risultato finale è un *elettroferogramma* in cui sono distinguibili tra loro i differenti microsatelliti e, per ciascun microsatellite, i differenti alleli. Il profilo genetico mostrato in “figura 7a-7b”, è un esempio di elettroferogramma derivante da un unico contributore, in cui non si evidenziano particolari problemi di natura tecnica o biologica.

In casi come questo, la lettura del genotipo restituita dai software di analisi può essere considerata altamente attendibile. La lettura di elettroferogrammi complessi dovuti al contributo genetico di più individui, a forte degradazione del DNA e/o sua presenza in quantità minime, richiede invece l'intervento di un esperto e l'adozione di accorgimenti operativi che seguano delle procedure standardizzate, come quelle riportate nelle raccomandazioni GeFI del 2018 (*Figura 8*).

Per fini identificativi, una domanda cui deve dare una risposta il genetista forense riguarda la compatibilità del profilo genetico ottenuto da un reperto con quello di un determinato individuo. Se i due profili sono differenti, l'interpretazione è piuttosto semplice: il reperto biologico non appartiene all'individuo (esclusione). Nel caso in cui i due profili genetici siano identici si parla invece di match o concordanza e per valutare il peso dell'evidenza ottenuta dall'analisi genetica è necessario conoscere quanto quel profilo genetico sia comune nella popolazione: minore è la frequenza nella popolazione, maggiore è il peso della compatibilità osservata.

(57) Al fine di massimizzare il numero di microsatelliti analizzabili con un singolo esperimento *multiplex*, oltre a sfruttare la differente lunghezza dei prodotti PCR, si utilizza una marcatura differenziale dei prodotti PCR mediante molecole chiamate fluorocromi, capaci di emettere luce di diverso colore quando eccitate da una sorgente di luce laser.

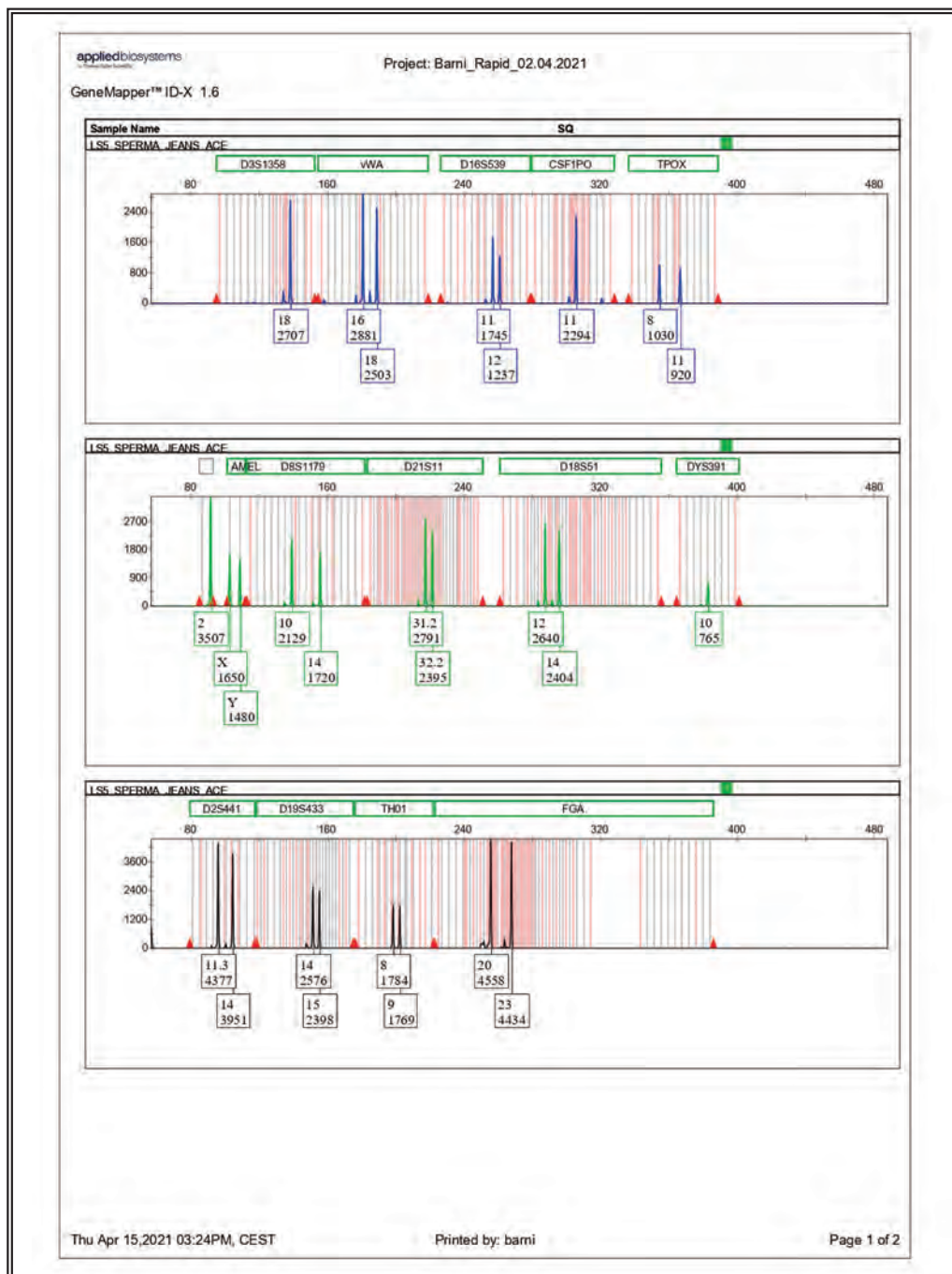


Figura 7a

Profilo genetico (elettrofogramma) ottenuto mediante amplificazione PCR ed elettroforesi del DNA estratto da un reperto biologico.

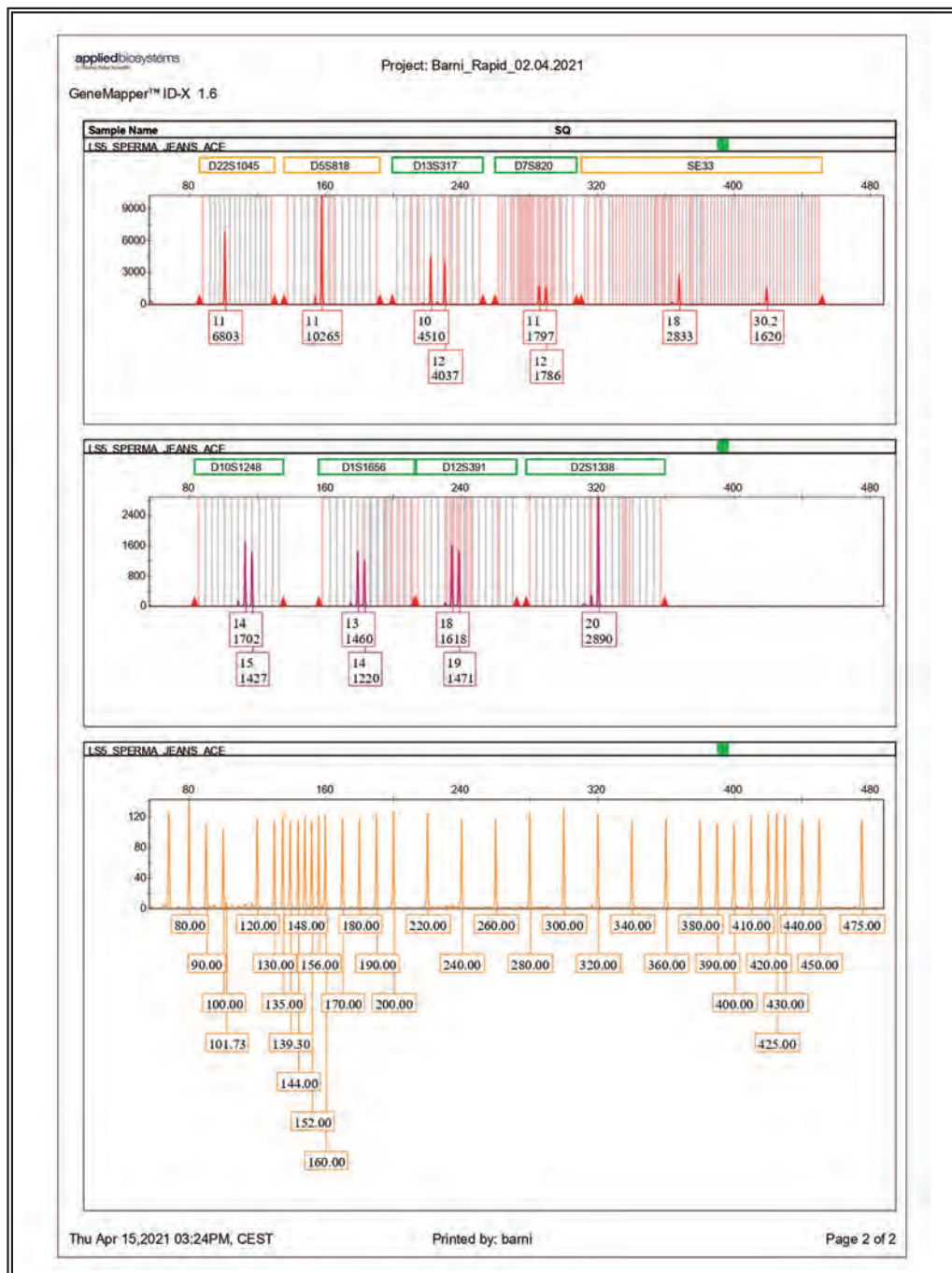


Figura 7b

Profilo genetico (elettroferogramma) ottenuto mediante amplificazione PCR ed elettroforesi del DNA estratto da un reperto biologico.

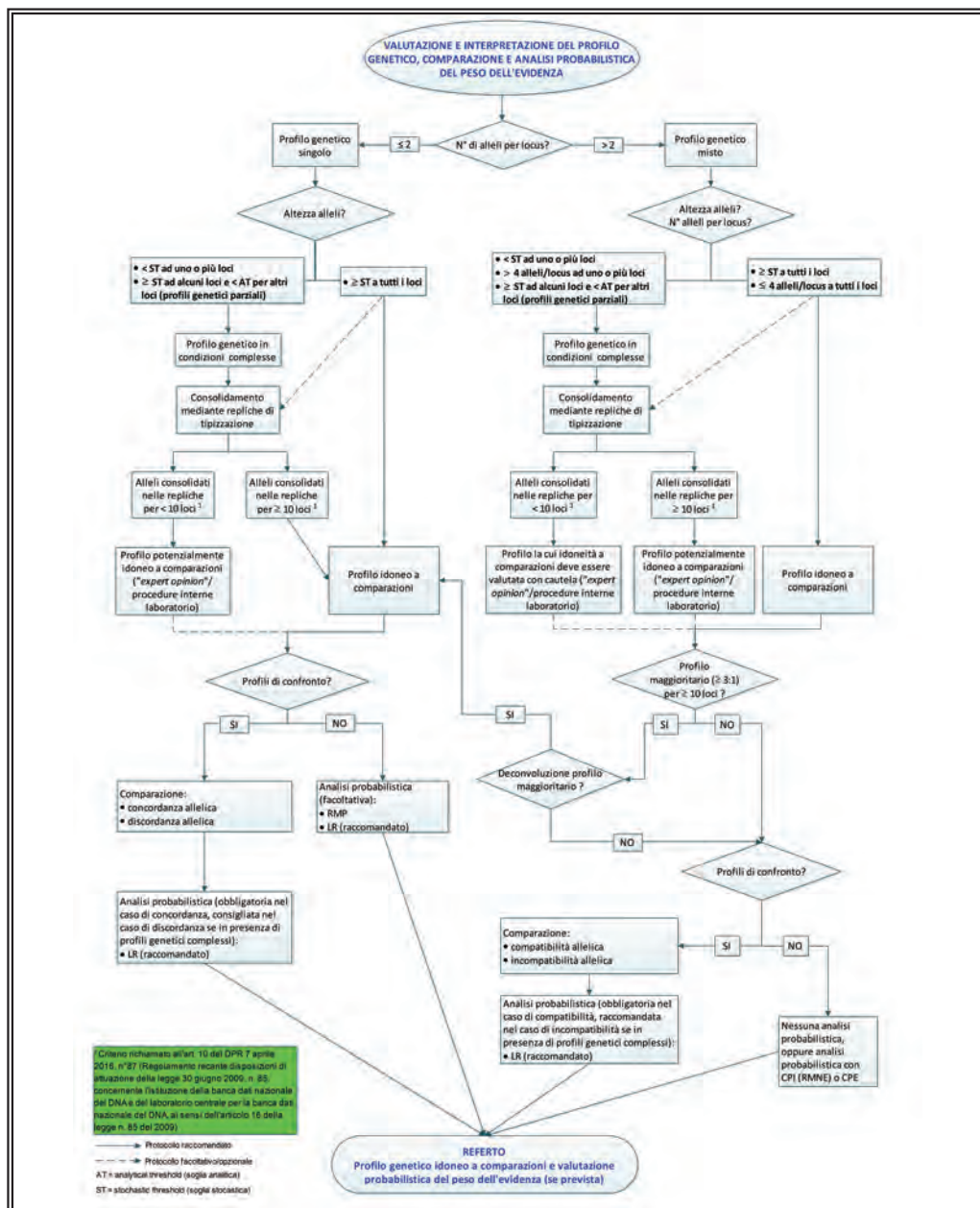


Figura 8

Schema delle procedure di valutazione e interpretazione di un profilo genetico a seconda delle sue caratteristiche, di comparazione a un profilo genetico di confronto e di valutazione probabilistica del peso dell'evidenza elaborato dal GeFI nelle raccomandazioni del 2018. La procedura di identificazione personale tramite tipizzazione del DNA, soprattutto nei casi di maggiore complessità, richiede un approccio analitico-valutativo basato su metodologie e criteri condivisi dalla comunità scientifica.

Per calcolare la frequenza teorica di un determinato profilo genetico i genetisti hanno a disposizione dei database di frequenze alleliche per diverse popolazioni e per tutti i loci utilizzati in ambito forense.

Per ciascun microsatellite, in una determinata popolazione, la frequenza del genotipo osservato si ottiene quindi dalle frequenze alleliche riportate nel database, facendo alcune assunzioni⁽⁵⁸⁾.

La frequenza dell'intero profilo genetico, cioè dell'insieme dei genotipi per tutti i microsatelliti analizzati, viene poi ottenuta moltiplicando le frequenze dei singoli genotipi (regola statistica del prodotto), ammettendo che i vari loci siano tra loro indipendenti.

Per avere un'idea di quanto siano potenti i microsatelliti per fini identificativi si consideri una ideale situazione in cui vengono analizzati, in una singola multiplex, dieci microsatelliti⁽⁵⁹⁾, ciascuno con dieci alleli ugualmente comuni nella popolazione (quindi ciascuno con una frequenza del dieci per cento).

La probabilità che due individui presi a caso nella popolazione condividano il genotipo per uno solo dei dieci microsatelliti analizzati sarà inferiore al due per cento, mentre la probabilità che condividano tutti e dieci i microsatelliti sarà un numero talmente piccolo da poter essere considerato pari a zero ai fini pratici⁽⁶⁰⁾.

c. L'identificazione personale nei crimini contro le donne

Nei casi di violenza sessuale, per la natura stessa del reato, molto spesso si otterranno dei reperti cui avranno contribuito sia la vittima che l'aggressore con i propri fluidi biologici.

Da questi reperti risulteranno dei profili genetici complessi (profili misti), in cui per ciascun microsatellite saranno visibili fino a quattro differenti alleli, per quei loci in cui la vittima e l'aggressore siano eterozigoti per alleli diversi (Figura 9). In questi casi l'operatore esperto avrà il compito di attribuire i differenti alleli alla vittima o all'aggressore, seguendo dei precisi *standard* operativi regolamentati a livello nazionale e internazionale.

(58) È possibile calcolare le frequenze genotipiche come prodotto delle frequenze alleliche solo se si assume che coppie di alleli siano assortiti casualmente nei genotipi, ovvero che la popolazione si trovi in equilibrio di Hardy-Weinberg (H-W). È importante sottolineare che la maggior parte delle popolazioni presenta frequenze genotipiche molto vicine all'equilibrio di H-W, rendendo l'inferenza a partire dalle frequenze alleliche lecita o eventualmente soggetta ad errori minimi e comunque quantificabili.

(59) Nella realtà, le *multiplex* oggi utilizzate in campo forense comprendono oltre venti differenti microsatelliti, alcuni dei quali con un numero di alleli molto elevato.

(60) Più precisamente, per il singolo microsatellite la probabilità in questione è pari a 1.9%, mentre per l'intero profilo è pari a 6×10^{-18} .

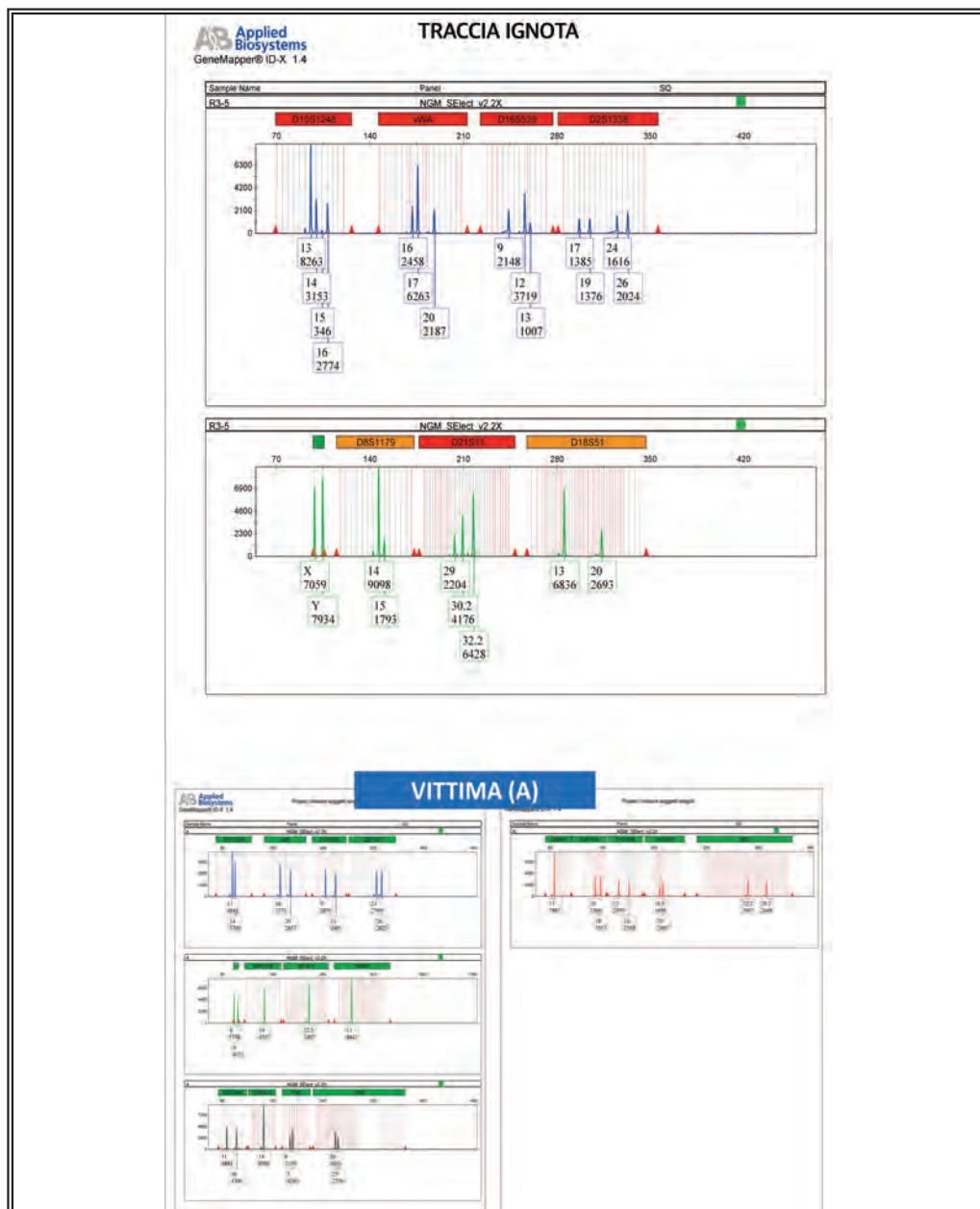


Figura 9a

Porzione di profilo genetico misto “bilanciato” ottenuto in laboratorio mescolando in proporzione 1:1 DNA di due individui di sesso maschile. Semplificando, è possibile utilizzare il profilo genetico dell’ipotetica vittima (A) al fine di ricostruire per sottrazione il genotipo dell’aggressore ignoto, il cui profilo genetico è mostrato in (B).

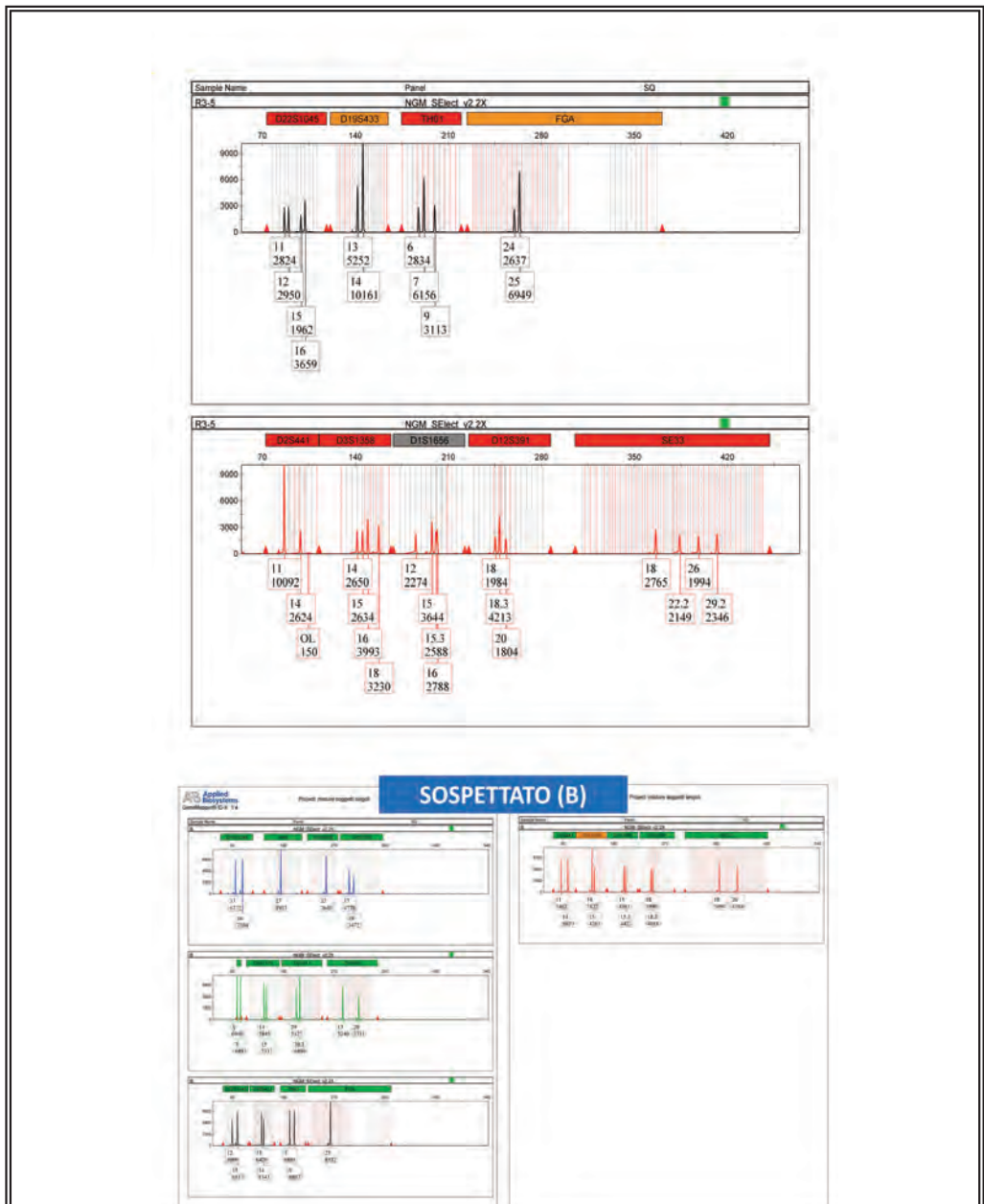


Figura 9b

Porzione di profilo genetico misto “bilanciato” ottenuto in laboratorio mescolando in proporzione 1:1 DNA di due individui di sesso maschile. Semplificando, è possibile utilizzare il profilo genetico dell’ipotetica vittima (A) al fine di ricostruire per sottrazione il genotipo dell’aggressore ignoto, il cui profilo genetico è mostrato in (B).

Il processo di deconvoluzione del profilo misto nelle sue singole componenti può essere complicato da diversi fattori. Ad esempio, se nell'abuso sono coinvolti più aggressori, il profilo genetico risultante potrebbe presentare un numero elevato di alleli per *locus*, con maggiori difficoltà nell'attribuzione ai singoli contributori.

Fenomeni quali la degradazione del DNA o la presenza di quantità molto sbilanciate di DNA dei singoli contributori rappresentano ulteriori problemi che rendono la deconvoluzione delle misture biologiche una sfida che richiede operatori particolarmente qualificati.

Nelle violenze sessuali, nel caso in cui il quantitativo di DNA della vittima sia fortemente preponderante su quello dell'aggressore, quest'ultimo potrebbe non essere rilevabile nell'elettroferogramma, o esserlo in una misura tale da portare a risultati inconclusivi (*Figura 10*) circa il suo profilo genetico.

Profili misti fortemente sbilanciati come quello illustrato in figura 10 sono piuttosto comuni nei casi di violenza sessuale.

Al fine di ottenere un profilo genetico leggibile dell'aggressore che non sia mascherato da quello femminile, in questi casi, il genetista forense può fare ricorso all'analisi di polimorfismi che si trovino esclusivamente nel maschio, ovvero i microsatelliti del cromosoma Y⁽⁶¹⁾.

d. Il ruolo del cromosoma Y nelle indagini sui reati sessuali

Il cromosoma Y rappresenta l'unica porzione "sesso specifica" del genoma umano, essendo tutte le altre componenti genetiche (autosomi, cromosoma X, DNA mitocondriale) presenti in entrambi i generi, maschile e femminile.

Ai fini forensi, questa sua peculiarità viene sfruttata per ottenere informazioni in misture biologiche fortemente sbilanciate, come quelle frequentemente ritrovate nelle aggressioni sessuali, in cui il contributo in DNA del maschio sia di diversi ordini di grandezza inferiore a quello femminile.

Il *kit* commerciale per l'analisi di microsatelliti del cromosoma Y oggi più performante contiene ventisette differenti siti polimorfici ed è in grado di restituire un *aplotipo* maschile⁽⁶²⁾ rilevabile anche in misture in cui la componente femminile sia mille volte più elevata rispetto a quella maschile (*Figura 11a-11b*).

(61) Nelle misture fortemente sbilanciate con componente maschile minoritaria, un'alternativa (non sempre perseguibile) all'analisi dei polimorfismi del cromosoma Y è rappresentata dall'estrazione differenziale del DNA maschile e femminile, qualora provenienti da tipi cellulari differenti (ad esempio spermatozoi e cellule della mucosa vaginale).

(62) Un *aplotipo* è un la combinazione di varianti alleliche lungo un cromosoma contenente loci in *linkage disequilibrium*, cioè strettamente associati tra loro e che tendono a essere trasmessi in blocco. Gli alleli della regione non ricombinante dell'Y (SRY, 95%) sono sempre associati a formare aplotipi, così come gli alleli del genoma mitocondriale.

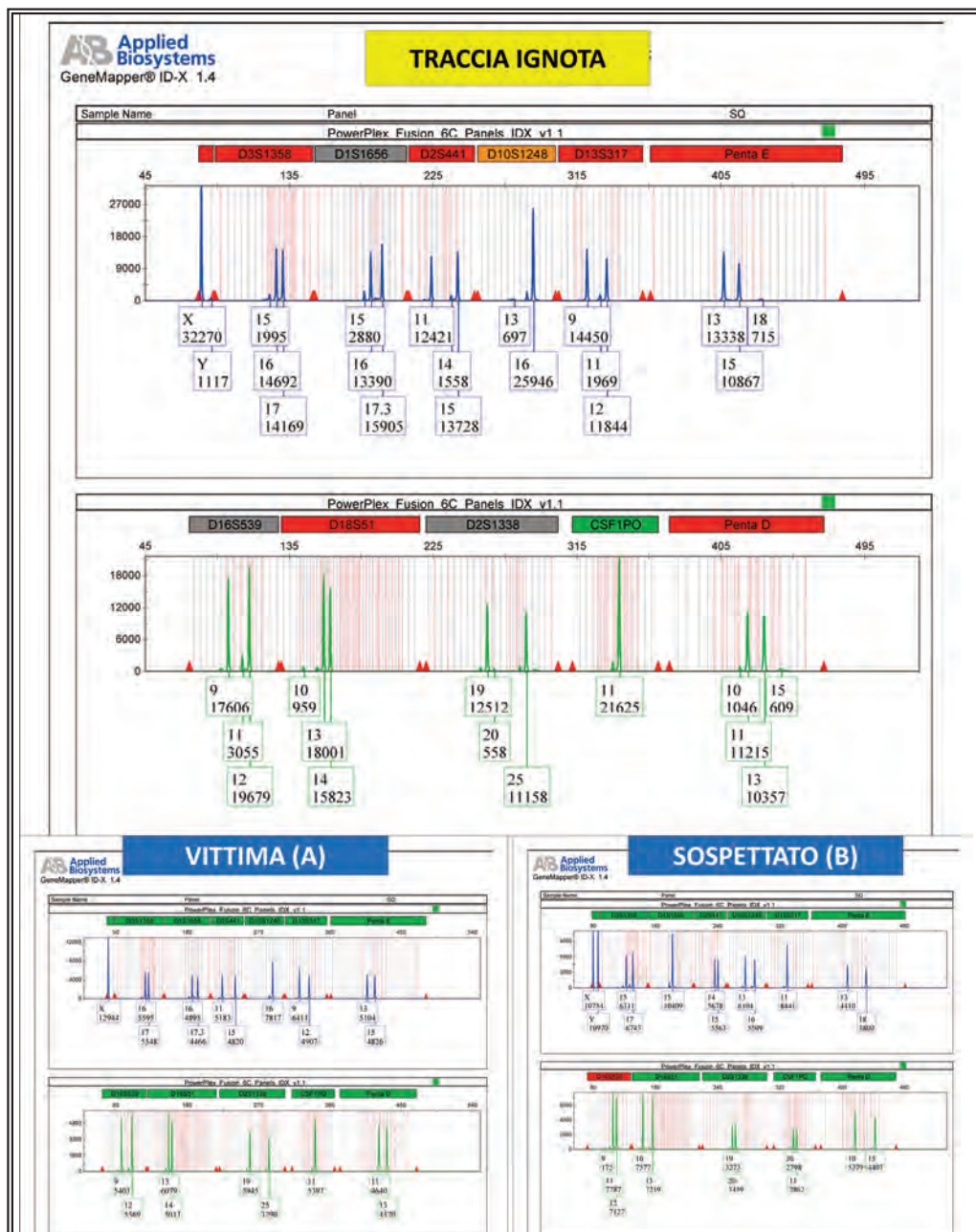


Figura 10

Porzione di profilo genetico misto fortemente sbilanciato, in cui la componente genetica della vittima femminile (A) è preponderante su quella dell'aggressore maschile (B). Per la maggior parte dei loci, gli alleli dell'aggressore non sono rilevabili, oppure il segnale è talmente basso da rendere difficile o impossibile l'attribuzione allelica (si veda ad esempio l'allele 15 per il microsatellite D1S1656).

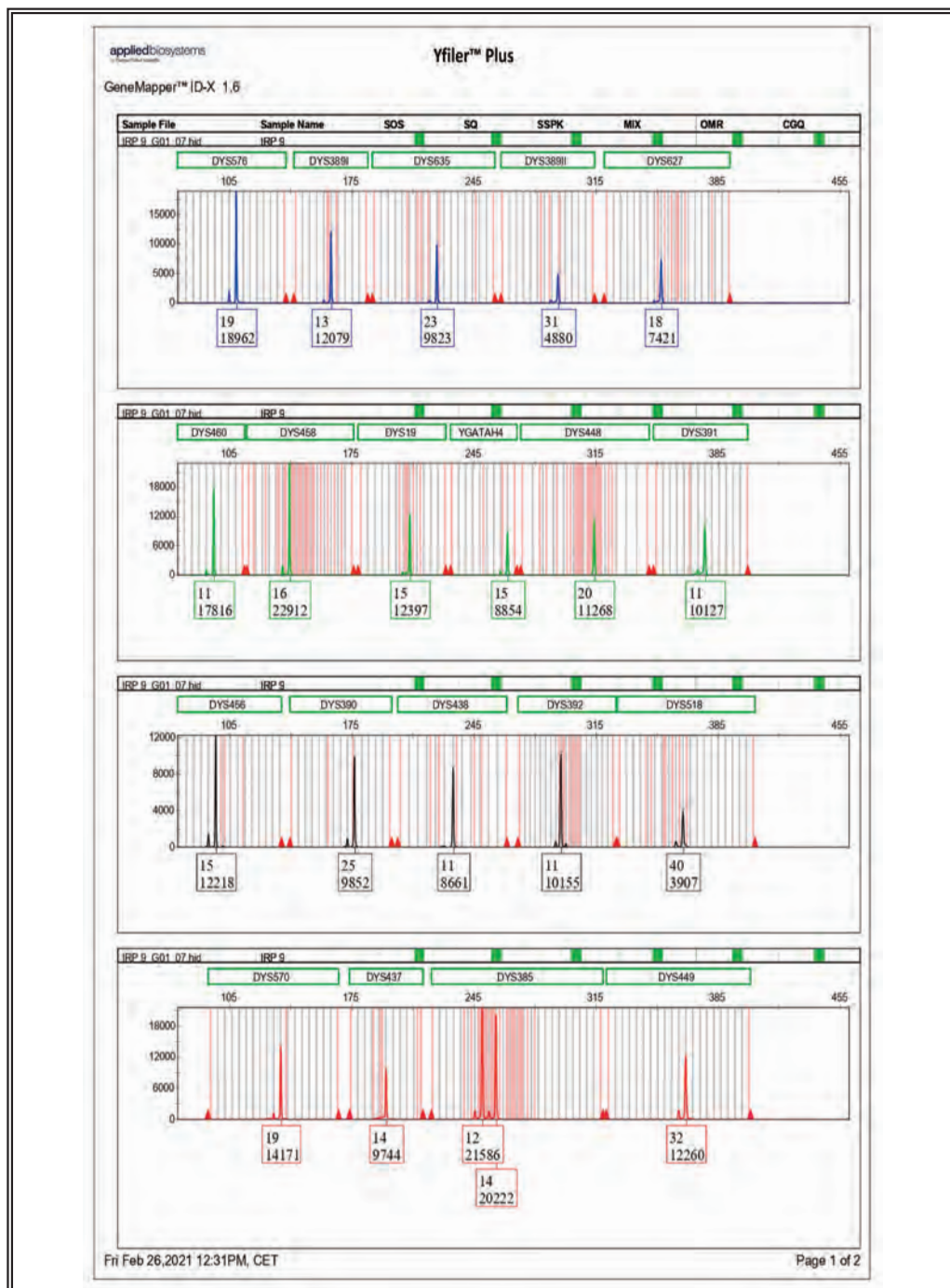


Figura 11a
Un elettroferogramma di un aplotipo Y-STRs.

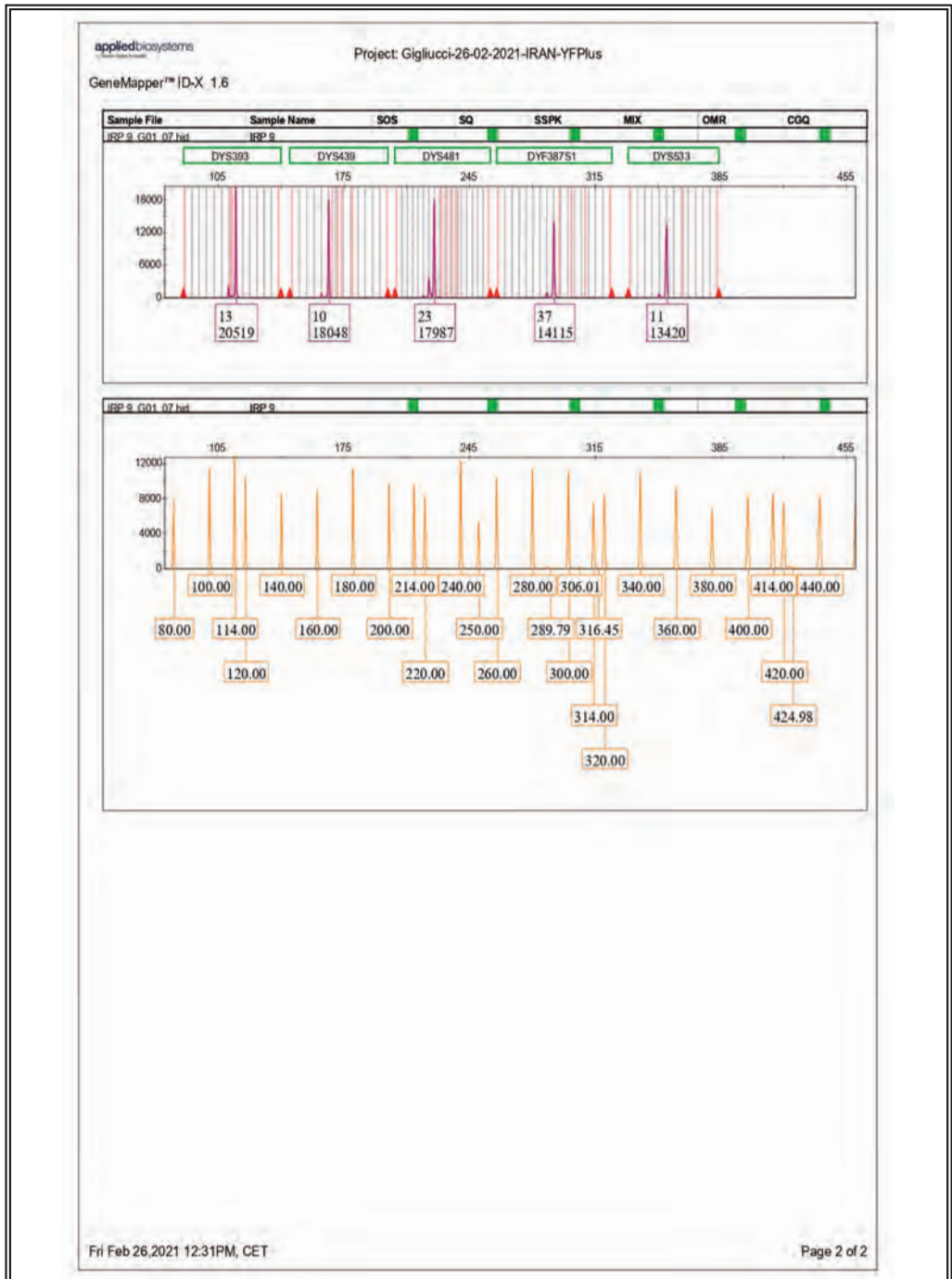


Figura 11b
 Un elettroferogramma di un aplotipo Y-STRs.

Considerato che gran parte dei reati, non solo quelli sessuali, sono commessi molto più frequentemente da individui di sesso maschile, ci si potrebbe chiedere per quale motivo nella maggior parte dei casi si preferiscano utilizzare multiplex di microsatelliti autosomici, facendo ricorso al cromosoma Y solo in determinate circostanze, quali ad esempio quelle appena descritte (misure femmina-maschio sbilanciate). La risposta a questo interrogativo viene proprio dalla natura biologica del cromosoma Y. Per prima cosa, il cromosoma Y, essendo ereditato solo per via paterna, si trova nei maschi in condizioni di aploidia, ovvero in singola copia, a differenza dei cromosomi non sessuali (autosomi) che sono presenti in coppie (una copia di origine materna ed una di origine paterna). Ciò limita molto il potere di discriminazione: per un microsatellite con dieci alleli, ad esempio, avremo 55 possibili genotipi autosomici⁽⁶³⁾ e solo dieci possibili genotipi per il cromosoma Y (ovvero un numero pari a quello degli alleli). Un secondo fattore limitante il potere di discriminazione del cromosoma Y, anche più rilevante del primo, è che questo non va incontro a ricombinazione meiotica, un processo che interessa invece il cromosoma X e tutti gli autosomi, per i quali determina il rimescolamento degli alleli di origine materna e paterna.

L'assenza di ricombinazione del cromosoma Y implica che tutti gli individui appartenenti alla stessa linea di discendenza paterna condivideranno lo stesso aplotipo, ovvero la stessa combinazione di alleli dei siti polimorfici analizzati⁽⁶⁴⁾. Per questi motivi, il cromosoma Y non può essere considerato un sistema che permetta l'identificazione personale.

Sebbene con questi limiti nelle sue potenzialità identificative, rimane il fatto che l'analisi del cromosoma Y possa rappresentare, in alcune circostanze, l'unica fonte di informazione genetica disponibile per avere degli input investigativi. Per questo motivo, negli ultimi dieci anni, la comunità scientifica ha perseguito delle strategie che permettessero di incrementarne il potere di discriminazione. A questo fine, sono stati identificati nuovi microsatelliti caratterizzati da un tasso di mutazione particolarmente elevato⁽⁶⁵⁾, chiamati RM Y-STRs (microsatelliti a mutazione rapida del cromosoma Y).

(63) Per un sistema polimorfico diploide con n alleli, il numero di possibili genotipi è pari a $n(n + 1)/2$.

(64) L'assenza di ricombinazione fa sì che gli alleli dei diversi siti polimorfici del cromosoma Y non possano essere considerati come assortiti in modo casuale, una condizione nota come *linkage disequilibrium* (LD). In presenza di LD, il peso statistico di un eventuale match tra profili Y (ovvero la frequenza del profilo stesso nella popolazione) non può essere derivato come prodotto delle frequenze degli alleli dei singoli siti polimorfici (come avviene per i siti autosomici).

(65) Per la precisione, sono stati identificati venticinque microsatelliti con un tasso di mutazione superiore a 10^{-2} /mutazioni microsatellite/generazione; quindi un tasso che è un ordine di grandezza superiore a quello comunemente osservato per altri microsatelliti.

La frequenza delle mutazioni è tale da permettere in molti casi di distinguere geneticamente, analizzando in multiplex un numero adeguato di RM Y-STRs, anche fratelli o coppie padre-figlio.

3.3 Gli esiti dell'indagine tecnico-biologica e la refertazione delle risultanze analitiche di laboratorio

Gli obiettivi delle attività di indagine tecnico-biologica sono quelli di fornire all'Autorità Giudiziaria e agli organi investigativi di Polizia Giudiziaria ogni possibile elemento informativo di natura biologica (dato analitico-strumentale, interpretazione del dato e valutazione complessiva) utile all'identificazione degli individui potenzialmente coinvolti e funzionale alla comprensione delle possibili responsabilità di tali individui e, quindi, della dinamica dell'evento delittuoso.

A questo scopo, al termine delle attività tecniche di laboratorio (ovviamente in caso di un esito positivo degli accertamenti), l'esperto dovrebbe poter disporre dei seguenti dati analitici:

- > numero, caratteristiche morfologiche (dimensioni, colorazione, bordi, visibili o non visibili ad occhio nudo, ecc.) e posizione sui reperti delle tracce biologiche osservate;
- > tipo di fluidi biologici presenti nelle tracce, presenti singolarmente o come commistione di più fluidi (sangue, saliva, liquido seminale, urina, tracce da contatto, ecc.);
- > profilo del DNA STRs autosomico ed eventualmente aplotipo Y-STRs e loro attribuzione ai soggetti potenzialmente coinvolti nell'evento;
- > esito dell'eventuale confronto con i profili genetici archiviati nella Banca Dati Nazionale del DNA tramite l'applicativo CoDIS (*Combined DNA Index System*)⁽⁶⁶⁾ nel caso in cui il procedimento sia instaurato contro ignoti o comunque nel caso in cui l'esito della comparazione con il soggetto sospettato sia risultato negativo.

La valenza di queste informazioni tecniche è intuitivamente poderosa in quanto tali dati sono già di per sé capaci di avvalorare (o indirizzare diversamente, nel caso di esito negativo della comparazione fra profili del DNA) un'ipotesi investigativa (e un'ipotesi accusatoria nel dibattimento) nei confronti di un individuo, il che rappresenta appunto il fine ultimo delle scienze forensi: orientare e supportare gli organi investigativi sul territorio e l'Autorità Giudiziaria nelle proprie determinazioni fornendo dati oggettivi e

(66) Ai sensi della legge 30 giugno 2009, n. 85 e del DPR 7 aprile 2016, n. 87 e dei successivi decreti collegati.

considerazioni tecniche basate sui dati stessi e svolte in ossequio a raccomandazioni e linee-guida di rango nazionale e internazionale⁽⁶⁷⁾. Oltre alla valenza investigativa come parte rilevante del fascicolo del pubblico ministero nell'ambito delle indagini preliminari gli accertamenti di biologia forense si configurano, anche in fase dibattimentale, come potente fonte di prova. In più occasioni, infatti, la Suprema Corte di Cassazione si è espressa a questo riguardo puntualizzando, ad esempio, che “gli esiti dell'indagine genetica condotta sul DNA hanno natura di prova, e non di mero elemento indiziario ai sensi dell'art. 192 comma secondo c.p.p., sicché sulla loro base può essere affermata la responsabilità penale dell'imputato, senza necessità di ulteriori elementi convergenti”⁽⁶⁸⁾.

Le indagini biologiche nei reati di violenza sessuale e maltrattamento, anche a causa della vasta eterogeneità di contesti in cui avvengono, di reperti interessati, di dinamiche possibili e, infine, di tipologia di tracce coinvolte, spesso presentano elementi di complessità dal punto di vista tecnico-analitico, dell'interpretazione dei risultati e della valutazione del loro significato come fonti di prova⁽⁶⁹⁾.

Accanto a situazioni più evidenti e chiare nella prassi operativa si riscontrano frequentemente criticità tecniche che complicano gli accertamenti e rendono più articolata l'interpretazione e la valutazione degli esiti analitici. Di seguito si riportano i principali fattori di criticità.

► In primo luogo una eventualità non ricorrente, ma comunque possibile, è la mancata rilevazione di tracce sui reperti, il che evidentemente preclude ogni successivo accertamento di laboratorio e, in pratica, corrisponde a un esito negativo dell'indagine biologica⁽⁷⁰⁾.

(67) Ad esempio: ENFSI (2016) *Guideline for evaluative reporting in forensic science*; GeFI (2018) *Raccomandazioni nelle indagini di identificazione personale*; GILL, et al. (2018); ROEWER, et al. (2020); GILL, et al. (2020).

(68) Corte di Cassazione, Sez. Seconda, n. 43406 del 1° giugno 2016, SYZIU.

(69) In un tipico caso di violenza sessuale le analisi possono, ad esempio, portare a rilevare su un indumento o sul corpo della vittima tracce, poi risultate costituite da liquido seminale del presunto aggressore identificabile tramite il confronto con il proprio profilo genetico. L'informazione tecnico-scientifica che in uno scenario del genere viene ottenuta e veicolata all'Autorità Giudiziaria è dunque rappresentata dal fatto che sul reperto, in una determinata posizione, sono state trovate tracce di sperma inequivocabilmente riconducibili al sospettato.

(70) Contrariamente a quanto si possa ritenere, anche il non osservare tracce sui reperti può essere dovuto a molteplici fattori e comunque può assumere anch'esso una valenza informativa da ponderare attentamente. Si pensi ad esempio al caso in cui il reato sia stato commesso, ma l'autore abbia adottato ogni possibile precauzione per non lasciare traccia dei propri fluidi (indossando guanti, un preservativo, ecc.); ancora, al caso in cui la vittima di una violenza sessuale decida di sporgere querela a distanza di tempo dalla commissione, dopo essersi accuratamente lavata e dopo aver lavato i propri indumenti, contribuendo, seppur involontariamente, alla rimozione di ogni possibile avvenuto contatto; o infine alla situazione in cui una presunta vittima denunci un reato che in realtà non è mai stato commesso.

> Anche laddove la ricognizione dei reperti consenta poi di osservare potenziali tracce biologiche umane una problematica tutt'altro che infrequente è legata ai materiali biologici per i quali non esistono accertamenti di laboratorio specifici in grado di diagnosticarne la natura biologica, *in primis* le tracce da contatto o le secrezioni di origine vaginale. Una situazione analoga si verifica laddove siano presenti quantità presumibilmente molto limitate, al limite delle attuali potenzialità analitiche, di una determinata traccia (tipico è il caso di microtracce e tracce latenti) e l'analista deve privilegiare l'analisi del DNA alla diagnosi del tipo di fluido biologico depositato⁽⁷¹⁾. In tutti questi casi in cui l'analisi di tipizzazione del DNA consente di ottenere il profilo genetico del donatore della traccia di cui tuttavia non può essere determinata la natura, l'esperto può ricorrere ad altre considerazioni di carattere tecnico-scientifico, logico-deduttivo e fattuale (tipo di reperto, probabile tipologia di contatto, possibilità di escludere le altre più comuni tipologie di tracce) al fine di inferire, in maniera suppositiva ma comunque basata su logica e ragionevolezza, la tipologia del materiale biologico rilevato⁽⁷²⁾.

> Una circostanza che può verificarsi per una pletora di motivi che singolarmente o sinergicamente possono esserne causa è quella in cui i profili genetici che si ottengono sono caratterizzati da un livello di complessità tecnica tale da risultare di difficile interpretazione e, quindi, parzialmente o addirittura del tutto non idonei all'identificazione personale, come nel caso di profili genetici incompleti a causa dello scarso quantitativo di DNA presente o eventi di degradazione del DNA, profili genetici misti derivanti dal contributo di fluidi biologici da molteplici soggetti (più di quattro-cinque), oppure dal contributo di soggetti legati da legami di parentela (reati commessi in ambito familiare o nel caso dei maltrattamenti)⁽⁷³⁾.

(71) Considerato che in molte situazioni risulta molto più informativo dal punto di vista investigativo e probatorio poter pervenire all'identificazione certa di un soggetto piuttosto che all'esatta caratterizzazione del tipo di fluido, spesso, anche in aderenza alle raccomandazioni del GeFI del 2018, si predilige la tipizzazione del DNA per identificare gli individui coinvolti.

(72) Se, ad esempio, la violenza viene commessa abusando di una vittima con una mano o un oggetto i fluidi biologici coinvolti, da cui verranno ottenuti i profili genetici compatibili con vittima e aggressore, potranno essere secrezioni vaginali e sudore: la loro natura potrà essere solo inferita, ma non potrà essere, con le analisi ad oggi disponibili, scientificamente acclarata e dimostrata.

(73) Una situazione che talvolta si osserva è quella in cui, a causa del livello sub-ottimale del DNA rilevabile, è possibile ottenere dalla traccia solo l'aplotipo Y-STRs, non identificativo dell'individuo ma, nella migliore delle ipotesi, di una determinata discendenza patrilineare, e non il profilo autosomico STRs, che invece rappresenta lo strumento elettivo di identificazione personale.

Tuttavia, anche laddove le informazioni derivanti dagli accertamenti biologici, mostrino situazioni di maggiore “incertezza” analitica dovuta anche a tali fattori di criticità⁽⁷⁴⁾, i dati ottenuti possono comunque assurgere al rango di indizi particolarmente gravi e qualificati. Sempre secondo l’orientamento giurisprudenziale della Suprema Corte in questi casi la loro valenza come fonti di prova sarà da considerarsi più limitata, ma comunque idonea ai fini delle indagini e anche nel dibattimento: “nei casi in cui l’indagine genetica non dia risultati assolutamente certi, ai suoi esiti può essere attribuita valenza indiziaria”⁽⁷⁵⁾ che dovranno pertanto essere coniugati con ulteriori elementi di carattere indiziario che, proprio in base alla norma del secondo comma dell’art. 192 c.p.p., unitamente alla traccia di DNA, presentino caratteristiche di gravità, precisione e concordanza.

Le attività di analisi del laboratorio biologico-forense portano dunque a ottenere dati di natura prettamente oggettiva, sebbene spesso associati a complicazioni analitiche e interpretative.

Le informazioni derivanti da un’indagine tecnica in ogni settore della criminalistica, inclusa la biologia forense, costituiscono una preziosa fonte di prova che dovrà tuttavia essere ponderata e valutata, soprattutto dagli organi giudiziari, al fine di comprendere se essa sia effettivamente circostanziabile all’evento criminoso e, in ultima analisi, quanto essa rilevi ai fini dell’indagine nei confronti di un sospettato. Pur non potendo approfondire in questa sede, per motivi di economia espositiva, un argomento così complesso come il valore informativo (e probatorio) ma anche i limiti correlati a un’indagine tecnica, è opportuno comunque evidenziare il fatto che i dati strumentali e le eventuali interpretazioni e valutazioni esperte riferite dallo specialista di biologia forense dovranno integrarsi con un quadro investigativo e probatorio più generale che includa elementi informativi tradizionali ed eventualmente ulteriori accertamenti tecnici, e comunque essere ponderati e valutati dall’Autorità Giudiziaria⁽⁷⁶⁾.

(74) Escludendo ovviamente palesi violazioni “delle regole procedurali prescritte dai protocolli scientifici internazionali in materia di repertazione e conservazione dei supporti da esaminare, nonché di ripetizione delle analisi”; in tali casi gli esiti di “compatibilità” del profilo genetico comparato non hanno “il carattere di certezza necessario per conferire loro una valenza indiziante, costituendo essi un mero dato processuale, privo di autonoma capacità dimostrativa e suscettibile di apprezzamento solo in chiave di eventuale conferma di altri elementi probatori” (Corte di Cassazione, Sez. Quinta, n. 36080 del 27 marzo 2015, KNOX).

(75) Corte di Cassazione, Sez. Seconda, n. 8434 del 5 febbraio 2013, MARILLER.

(76) Per un dettagliato approfondimento sulla valutazione delle evidenze biologiche in ambito di indagini preliminari e nel dibattimento si veda, ad esempio: P. FELICIONI, *La prova del DNA nel procedimento penale. Profili sistematici, dinamiche probatorie, suggestioni mediatiche*, Giuffrè, Milano, 2018.

In realtà la valutazione dei risultati di un'indagine tecnico-biologica secondo canoni inferenziali logico-giuridici e investigativi rappresenta forse uno dei punti di maggiore rilevanza ma anche di criticità nell'impiego delle scienze forensi nel processo penale.

Il rinvenimento su una scena del crimine, oppure su di un oggetto in qualche modo correlato al crimine, del materiale biologico di un individuo stabilisce intuitivamente un collegamento tra quell'individuo e il corpo del reato e le cose ad esso pertinenti (oggetti utilizzati per commettere una violenza o la vittima stessa) e, conseguentemente, induce a creare un nesso con la commissione di quel reato.

Una tale conclusione automaticamente discendente in maniera acritica dai dati può portare a errate valutazioni e avere ripercussioni rilevanti nell'intero procedimento penale, soprattutto (ma non solo) nel caso di reati come le violenze commesse in ambito domestico o comunque in situazione di convivenza che implicino condivisione di spazi, di oggetti e di rapporti interpersonali. E ciò è dovuto al fatto che alla presenza del DNA di un individuo possono essere offerte spiegazioni alternative all'attribuzione del reato a quell'individuo che ha lasciato propri fluidi biologici in quel luogo o su quell'oggetto.

La *corretta contestualizzazione dei dati biologici* (che attribuiscono una determinata traccia a un individuo) alla commissione del fatto-reato è alla base della ponderazione della loro effettiva valenza investigativa e probatoria. Ma nella gran parte dei casi la contestualizzazione non è direttamente derivabile dagli accertamenti di laboratorio e appunto richiede la sinergia di ogni elemento di indagine, non solo di natura scientifica.

Ciò dipende da alcuni limiti ad oggi intrinseci agli accertamenti di biologia forense, e principalmente dal fatto che le tracce biologiche (qualsiasi traccia in qualsiasi reato) non possono essere datate in maniera affidabile attraverso accertamenti di laboratorio⁽⁷⁷⁾, né è possibile dimostrare modalità o circostanze in cui è avvenuto il loro rilascio⁽⁷⁸⁾.

(77) Fatta eccezione per alcune metodiche di natura sperimentale ancora oggetto di valutazione della comunità scientifica attualmente non esistono metodiche di laboratorio scientificamente attendibili utilizzabili nelle indagini tecniche.

(78) Questa situazione si verifica, come sopra accennato, anche in molti casi di violenza sessuale e nei maltrattamenti in famiglia. In tali casi il solo fatto di aver osservato il materiale biologico di un individuo (ad esempio un convivente) su un reperto non implica in maniera logicamente consequenziale il suo coinvolgimento nella commissione del reato, né addirittura la commissione del reato stesso. In casi del genere, soprattutto se caratterizzate da situazioni di abituale convivenza tra la presunta vittima e il presunto aggressore, il contributo della biologia forense potrà consentire di acclarare un possibile rapporto sessuale o un contatto, che tuttavia non è necessariamente di per sé riconducibile a una condotta criminosa o a uno specifico evento criminoso.

In ultima analisi le scienze forensi, inclusa la biologia, offrono spesso un supporto prezioso alle attività di indagine e a un quadro probatorio, ma necessitano del contributo di ulteriori elementi tecnico-scientifici, come gli accertamenti condotti in sede di pronto soccorso, unitamente alle informazioni investigative di natura tradizionale e comunque necessitano sempre di un processo logico-valutativo che spetta prioritariamente alla Autorità Giudiziaria.

Una volta completata l'attività tecnica di raccolta dei dati strumentali (esiti dei *test* per la diagnosi della natura biologica e analisi di tipizzazione dei polimorfismi del DNA autosomico e del cromosoma Y) e l'elaborazione critico-valutativa e interpretativa l'esperto ha il compito di trasferire informazioni e conclusioni all'Autorità Giudiziaria e alla Polizia Giudiziaria operante sul territorio.

La naturale conclusione delle attività di indagine tecnica nei casi di violenza o maltrattamento, così come in ogni altro caso giudiziario, è rappresentata dalla preparazione di una relazione tecnica (referto o report di biologia forense) in cui vengano riferiti, in maniera quanto più possibile completa e dettagliata, tutte le attività svolte dal momento della ricezione dei reperti al momento della conclusione delle analisi.

In ambito nazionale, per quanto sul piano più specificamente giuridico le relazioni siano tutte sostanzialmente riconducibili alla forma della perizia, della consulenza tecnica (dell'ufficio del pubblico ministero o di parte), o, infine, dell'atto atipico di polizia giudiziaria (categoria, quest'ultima, in cui ricade la quasi totalità delle attività svolte dagli organi scientifici delle Forze di Polizia), dal punto di vista tecnico-contenutistico possono essere descritte più tipologie di referto biologico forense⁽⁷⁹⁾.

In *figura 12* è riportato un esempio della forma più sintetica di refertazione, il *rapporto di prova*.

(79) Il GeFI, nelle proprie *Raccomandazioni nelle indagini di identificazione personale*, (2018), individua tre diverse tipologie di referto: una forma più estesa e particolareggiata recante tutti i dati raccolti nell'indagine tecnica e generalmente "commissionata" dall'Autorità Giudiziaria, che comunque costituisce la tipologia più auspicabile di documento, la "*consulenza tecnica, perizia o indagine tecnica di Polizia Giudiziaria*"; una forma estremamente più sintetica, per molti versi simile ad un tipico referto di laboratorio di analisi, la cui forma è disciplinata da norma ISO/IEC 17025, recante i riferimenti della forza di polizia procedente, dell'Autorità Giudiziaria titolare del procedimento penale, i dati salienti inerenti a reperto, tracce e profili genetici ottenuti, il "*rapporto di prova*"; una forma simile alla indagine tecnica di Polizia Giudiziaria ma più concisa, snella e solitamente non definitiva, con la funzione di supportare tempestivamente durante le indagini preliminari le determinazioni dell'AG, l'"*Indagine tecnica o rapporto preliminare di Polizia Giudiziaria*".

Nella sua forma più completa ed esaustiva una relazione tecnica, specialmente in un caso complesso come una violenza sessuale, dovrebbe includere, alcuni dati essenziali di seguito riportati.

> I riferimenti di carattere giudiziario al caso (numero di procedimento penale, autorità giudiziaria inquirente, parte offesa e indagato, accertamenti richiesti, ecc.) nonché le informazioni di carattere generale riguardanti il caso in esame, soprattutto derivanti dal racconto della vittima (tipologia e modalità dell'aggressione, numero di individui coinvolti, indumenti indossati, ecc.), che siano funzionali alle attività di ispezione dei reperti e di ricerca delle possibili tracce, quindi per la comprensione della strategia di indagine e dei risultati ottenuti⁽⁸⁰⁾.

> Una descrizione minuziosa, documentata mediante fotografie con riferimento metrico, dei plichi utilizzati per confezionare i reperti e dei reperti stessi (con particolare riferimento all'elenco dei reperti da esaminare, allo stato di conservazione, ecc.) con relativa codifica univoca del laboratorio⁽⁸¹⁾.

> L'esito dell'attività di ispezione dei reperti e di ricerca di potenziali tracce biologiche, con una chiara mappatura e documentazione fotografica delle aree del reperto ritenute di interesse (in caso di reperti estesi come indumenti o oggetti) e una codifica univoca delle tracce osservate⁽⁸²⁾.

> L'esito della caratterizzazione della natura biologica delle tracce che evidenzia chiaramente, qualora possibile, se il materiale biologico rilevato sia costituito da uno specifico fluido come saliva o liquido seminale o se possa essere una commistione di materiali diversi, eventualità questa molto comune soprattutto nei reati di violenza sessuale⁽⁸³⁾.

(80) Questa tipologia di elementi informativi nell'ambito della relazione tecnica risulta essenziale per motivare e giustificare, soprattutto nel dibattimento, le scelte dell'esperto nella selezione delle tracce e dei più opportuni protocolli analitici e nella fase di valutazione dei risultati.

(81) I reperti che vengono sottoposti ad accertamenti, così come i plichi nei quali sono stati confezionati, devono essere chiaramente riportati in relazione in maniera tale che risulti evidente su quale materiale in reperto sono state effettivamente svolte le indagini tecniche.

(82) I risultati ottenuti, per una corretta interpretazione nell'ambito del caso, devono essere univocamente riconducibili a una determinata traccia e a un determinato reperto e la loro descrizione deve essere tale da consentire una chiara rappresentazione, anche a coloro che non hanno assistito alle operazioni di laboratorio, delle caratteristiche rilevate in sede di osservazione come la mappatura esatta della traccia sul reperto, le sue caratteristiche morfologiche e cromatiche, ecc. La minuziosa descrizione di posizione, numerosità, estensione e ogni altra caratteristica morfologica, cromatica, posizionale delle tracce assume quindi un ruolo rilevante per la comprensione del significato informativo dei dati e per una corretta valutazione da parte dell'Autorità Giudiziaria.

(83) Al fine di circostanziare la traccia rilevata all'evento la descrizione di quale sia il tipo di fluido rilevato assume un ruolo determinante, per cui nella relazione dovrà essere riportato l'esito del *test* di caratterizzazione biologica della traccia nel caso delle tracce per le quali esistono test di conferma (saliva, liquido seminale, sangue e urina) e, al tempo stesso, anche l'indicazione della verosimile natura nel caso di tracce per le quali non esistono test specifici (tracce da contatto sul corpo o sotto le unghie, secreti vaginali, ecc.).

> L'esito della tipizzazione del DNA e dell'eventuale comparazione con profili genetici di soggetti coinvolti nel fatto e dell'analisi probabilistica del peso dell'evidenza⁽⁸⁴⁾.

> Le conclusioni a cui l'esperto è giunto per rispondere alle richieste dell'Autorità Giudiziaria (delega o incarico) e una eventuale valutazione sui risultati ottenuti. Questa parte della relazione rappresenta forse il punto più delicato dell'intera indagine tecnica di biologia forense in quanto in essa vengono descritti gli esiti complessivi dell'indagine che, a seconda della specifica tipologia (consulenza tecnica, perizia o indagine tecnica di Polizia Giudiziaria), talvolta non si limitano a una elencazione e descrizione dei risultati, ma possono assumere il carattere di vere e proprie considerazioni critico-valutative⁽⁸⁵⁾.

> Materiali, metodi analitici e protocolli utilizzati per le analisi⁽⁸⁶⁾ ed eventuali rapporti strumentali delle analisi eseguite (ad esempio i tracciati elettroforetici completi e ogni altro rapporto strumentale, come per esempio il *report* del *software* utilizzato per l'analisi statistica)⁽⁸⁷⁾.

Nella prassi giudiziaria, prescindendo dagli aspetti più formali di classificazione, è evidente che qualsiasi relazione tecnica, rappresentando la descrizione dell'indagine di laboratorio fatta al termine delle attività, debba comunque svolgere una funzione essenziale: cristallizzare e fissare informazioni, dati analitici sui reperti e, spesso, valutazioni sui risultati, che entreranno prima nel fascicolo del pubblico ministero ed, eventualmente, in quello del dibattimento.

(84) Al fine di poter correttamente rappresentare l'attribuzione di una traccia a un individuo e la relativa valenza identificativa (cioè quanto il dato genetico ottenuto sia in grado di supportare l'identificazione di un soggetto come donatore della traccia) nella relazione dovrà essere indicato se un profilo genetico ottenuto è a singolo contributore, oppure se deriva dalla commistione di fluidi da più individui, l'esito del confronto (concordanza/compatibilità o discordanza/incompatibilità) e l'esito della eventuale valutazione probabilistica recante il valore del rapporto di verosimiglianza e la relativa valutazione verbale.

(85) Quando il referto biologico forense viene redatto nella forma di una consulenza tecnica o di una perizia è più frequente che l'esperto concluda i propri accertamenti anche riferendo discussioni e valutazioni, suffragate dai risultati ottenuti e dalla letteratura scientifica. Nel caso degli atti tecnici prodotti dagli organi di Polizia Giudiziaria, invece, è prassi abbastanza consolidata quella di riportare gli esiti analitici e corredarli di una eventuale spiegazione e di considerazioni che ne favoriscano la comprensione agli organi "non tecnici".

(86) È ormai prassi consolidata che in ogni referto tecnico-scientifico una parte venga dedicata alla descrizione delle metodiche e dei protocolli analitici impiegati per consentire a eventuali consulenti tecnici di parte o comunque ad altri esperti che dovessero successivamente subentrare nello stesso caso giudiziario (ad esempio un perito in incidente probatorio o nel dibattimento) di comprendere e valutare come sono state svolte le attività sul piano metodologico.

(87) Per quanto solitamente questa documentazione sia parte praticamente costante nelle consulenze tecniche o nelle perizie, nelle relazioni tecniche di Polizia Giudiziaria tale materiale non viene usualmente allegato, ma viene fornito alle Parti aventi diritto su esplicita richiesta alla Autorità Giudiziaria procedente.

Un elaborato tecnico, in particolare se nella sua forma più dettagliata e completa (*Consulenza tecnica, perizia o indagine tecnica di Polizia Giudiziaria*), intende infatti perseguire tre obiettivi:

- raccogliere in una forma più o meno estesa e particolareggiata dati scientifici ottenuti dalle analisi sui reperti (descrizione dei reperti e del loro stato, caratteristiche e natura delle tracce, esiti della tipizzazione del DNA, interpretazione e valutazioni sugli esiti, ecc.);

- trasferire in maniera esaustiva, comprensibile ma scientificamente ineccepibile dati e valutazioni all’Autorità Giudiziaria inquirente e giudicante e agli organi di Polizia Giudiziaria con cui poter sostanziare le proprie determinazioni di competenza (nell’ambito della fase pre-dibattimentale o dibattimentale);

- permettere all’esperto che ha svolto le attività di riferire correttamente e integralmente, durante le escussioni testimoniali nel dibattimento, le indagini tecniche condotte anche a distanza di anni, svolgendo in tal senso un ruolo di “memoria” tecnica di grande ausilio⁽⁸⁸⁾.

I reati di violenza sessuale e maltrattamento, implicando contatti multipli e spesso estesi sia alle superfici corporee che su indumenti e oggetti e implicando il potenziale rilascio di fluidi biologici molto eterogenei, configurano situazioni di indubbia complessità per il biologo forense. Tale grado di complessità si ripercuote anche sui destinatari degli accertamenti, spesso non tecnici della materia: magistratura inquirente e giudicante, avvocati, forze di polizia operanti sul territorio.

Soprattutto in questi casi, anche in accordo alle raccomandazioni “operative” dell’ENFSI (2016), la redazione di un referto analitico di biologia forense costituisce pertanto una parte molto delicata cui l’esperto dovrà prestare particolare attenzione ispirandosi, tra gli altri, a principi di correttezza scientifica (aderenza a raccomandazioni e norme cogenti laddove previste), esaustività, chiarezza espositiva e comprensibilità tali da permettere la corretta comunicazione del significato della informazione scientifica ottenuta.

4. Conclusioni

La violenza sulle persone fragili è una piaga mondiale, una violazione dei diritti umani che troppo spesso vive avvolta nel silenzio. È un fenomeno universale, assolutamente trasversale, che interessa ogni ceto sociale, economico e

(88) Non è infrequente che l’esperto che ha svolto accertamenti tecnici in un caso giudiziario possa essere chiamato a renderne testimonianza (secondo il principio dell’oralità nel processo penale) anche a distanza di anni dalla conclusione delle attività tecniche.

culturale, senza distinzione di età, religione, e razza, di cui amaramente conosciamo solo la punta visibile di un grande iceberg sommerso. Nel periodo poi di emergenza epidemiologica sanitaria COVID-19, lo stesso distanziamento sociale, il *lockdown*, le restrizioni ai contatti ed alla circolazione e la chiusura economica hanno portato ad una “pandemia ombra”, con un aumento del rischio di violenza domestica, quella cosiddetta “a porte chiuse”, sulle persone fragili. La convivenza e il confinamento forzati hanno infatti, da un lato, aggravato situazioni di violenza preesistenti mentre l'emergenza epidemiologica, dall'altro, ha drasticamente ridotto le possibilità di formulare delle richieste di aiuto. Secondo un comunicato del 7 aprile 2020 della WHO “la violenza domestica continua a rappresentare la maggiore minaccia alla salute pubblica globale anche in periodo di emergenza”.

Non è necessario esplorare i meandri nascosti della nostra società, perché si tratta di crimini “della porta accanto”, troppo spesso colpevolmente sottovalutati, che si annidano negli interstizi della società, a volte in ambiti sfuggenti ed insospettabili, che tuttavia quasi ogni giorno sono oggetto di attenzione della cronaca nazionale, con episodi che talvolta culminano in situazioni ancora più drammatiche, quali la morte delle vittime di violenza.

La gravità del problema è stata colta soprattutto negli ultimi decenni dal legislatore, con la formulazione di normative specifiche⁽⁸⁹⁾, ed altre se ne attendono, ad esempio, per una tutela *ad hoc* degli anziani, nei cui confronti sono in crescente aumento fenomeni di abuso, maltrattamento e violenza fisica e psicologica.

È un fenomeno complesso, in cui tutte le Istituzioni, dalle Forze dell'ordine alla Magistratura, e tutti i professionisti che orbitano attorno al problema, medici, infermieri, psicologici, biologici, avvocati, assistenti sociali, educatori, sono chiamati, secondo un imperativo giuridico, deontologico ed etico, a collaborare in un'ottica multidisciplinare per la lotta contro la violenza.

(89) Si elencano i principali riferimenti normativi: legge 15 febbraio 1996, n. 66, *Norme contro la violenza sessuale*, (c.p. artt. 609-bis-*octies*); legge 3 agosto 1998, n. 269, *Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori quali nuove forme di riduzione in schiavitù*; legge 5 aprile 2001, n. 154, *Misure contro la violenza nelle relazioni familiari*; legge 9 gennaio 2006, n. 7, *Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile*, del DPR 30 maggio 2002, n. 115, *Testo unico in materia di spese di giustizia*; Codice penale: art. 583-bis, *Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*; legge 23 aprile 2009, n. 38, *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*; legge 27 giugno 2013, n. 77, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, fatta a Istanbul l'11 maggio 2011; DL 14 agosto 2013, n. 93, *Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere*, convertito in legge 15 ottobre 2013, n. 119; Art. 24 del D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 80, *Congedo per le donne vittime di violenza di genere*; DDL 2719, *Modifiche al codice civile, al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in favore degli orfani per crimini domestici*.

Anche la scienza e l'avanzamento scientifico-tecnologico hanno un ruolo fondamentale nella lotta contro la violenza sulle persone fragili; la biologia e la genetica forense, come si è voluto illustrare in questo lavoro, hanno rivoluzionato infatti le indagini e il perseguimento di crimini violenti come il maltrattamento e la violenza sessuale, notoriamente difficili da indagare e perseguire, mediante lo studio di tecniche analitiche sempre più affascinanti e dei polimorfismi del DNA. La prova del DNA può, infatti, rappresentare uno strumento molto potente di indagine soprattutto nelle aggressioni sessuali, che sono gli unici crimini in cui la prova biologica del reo viene frequentemente rinvenuta sul corpo della vittima. È evidente che il successo di una indagine è sempre affidato alla effettiva compenetrazione dell'indagine investigativa tradizionale, irrinunciabile, e dell'indagine scientifica, sapientemente combinate.

L'istituzione e l'attivazione, a partire dal 2016, della Banca dati nazionale del DNA⁽⁹⁰⁾, importante strumento tecnologico che consente l'archiviazione di profili genetici di condannati in via definitiva o di chi è sottoposto a misure cautelari per reati dolosi gravi e di tracce biologiche acquisite sulla scena del crimine, rappresenta un ulteriore fondamentale strumento nell'azione di contrasto alla violenza, consentendo la potenziale attribuzione di una identità a un profilo genetico ignoto correlato al crimine.



(90) Istituita e regolamentata ai sensi della Legge 30 giugno 2009, n. 85 e del DPR 7 aprile 2016, n. 87.

Bibliografia

- 1000 Genomes Project Consortium, AUTON A., BROOKS L. D., DURBIN R. M., GARRISON E. P., KANG H. M., KORBEL J. O., MARCHINI J. L., MCCARTHY S., McVEAN G. A., ABECASIS G. R., (2015) *A global reference for human genetic variation*. *Nature* 526(7571):68-74.
- ALESSANDRINI A., VALERIANI F., GIAMPAOLI S., BERTI A., SPICA V. R.; TAGLIABRACCI A., (2013), *Identificazione di fluidi biologici: metodologie biochimiche e molecolari in ambito medico legale*. *Rivista italiana di medicina legale*, 35:2 647-660.
- BALLOU S. et al. (2013), *The Biological Evidence Preservation Handbook: Best Practices for Evidence Handlers*. National Institute of Standards and Technology and the National Institute of Justice. Washington, DC, USA (<https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/ir/2013/NIST.IR.7928.pdf>).
- BERTI A., BARNI F., PACE A. (2011), *Le analisi delle macchie di sangue sulla scena del crimine. Una guida pratica e teorica sul BPA*, Edi-Ermes, Milano.
- BOWMAN Z. E., MOSSE K. S. A., SUNGAILA A. M., VAN OORSCHOT R. A. H., Hartman D., (2018), *Detection of offender DNA following skin-to-skin contact with a victim*. *Forensic Sci Int Genet.* 37:252-259.
- BURRILL J., KOMBARA A., DANIEL B., FRASCIONE N., *Exploration of cell-free DNA (cfDNA) recovery for touch deposits*, (2021), *Forensic Sci Int Genet.*, 51:102431.
- Corte di Cassazione, Sez. Seconda, n. 43406 del 1° giugno 2016, SYZIU.
- Corte di Cassazione, Sez. Seconda, n. 8434 del 5 febbraio 2013, MARILLER.
- Corte di Cassazione, Sez. Quinta, n. 36080 del 27 marzo 2015, KNOX.
- DPR 7 aprile 2016, n. 87 (GU n. 122 del 26 maggio 2016), *Regolamento recante disposizioni di attuazione della legge 30 giugno 2009, n. 85, concernente l'istituzione della banca dati nazionale del DNA e del laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA, ai sensi dell'articolo 16 della legge n. 85 del 2009*, in https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.del_presidente.della.repubblica:2016-04-07;87.
- ENFSI, (2016), *Guideline for evaluative reporting in forensic science*, in https://enfsi.eu/wp-content/uploads/2016/09/m1_guideline.pdf.
- FELICIONI P., (2018), *La prova del DNA nel procedimento penale. Profili sistematici, dinamiche probatorie, suggestioni mediatiche*, Giuffrè, Milano.
- FONNELØP A. E., JOHANNESSEN H., HEEN G., MOLLAND K., GILL P., (2019), *A retrospective study on the transfer, persistence and recovery of sperm and epithelial cells in samples collected in sexual assault casework*. *Forensic Sci Int Genet.* 43:102153.
- GATTI E (2021) *Il DNA come strumento di identificazione, esigenze investigative e diritti della persona: uno sguardo alla giurisprudenza ed alla prassi*, *Questione Giustizia* in <https://www.questionegiustizia.it/articolo/il-dna-come-strumento-di-identificazione-esigenze-investigative-e-diritti-della-persona-uno-sguardo-alla-giurisprudenza-ed-alla-prassi>.

- > GeFI (2013) *Linee guida per la repertazione di tracce biologiche per le analisi di genetica forense nel percorso assistenziale delle vittime di violenza sessuale e/o maltrattamento* in <http://www.gefi-isfg.org/temp/2202201374428.pdf>.
- > GeFI (2018) *Raccomandazioni nelle indagini di identificazione personale* in <http://www.gefi-isfg.org/temp/20112018100445.pdf>.
- > GILL P., BRENNER C. H., BUCKLETON J. S., CARRACEDO A., KRAWCZAK M., MAYR W. R., MORLING N., PRINZ M., SCHNEIDER P. M., WEIR B. S., (2006), *DNA commission of the International Society of Forensic Genetics: Recommendations on the interpretation of mixtures*. *Forensic Sci Int.* 160(2-3):90-101.
- > GILL P., HICKS T., BUTLER J. M., CONNOLLY E., GUSMÃO L., KOKSHOORN B., MORLING N., VAN OORSCHOT R. A. H., PARSON W., PRINZ M., SCHNEIDER P. M., SIJEN T., TAYLOR D., (2018), *Guidelines highlighting the importance of propositions: Part I: evaluation of DNA profiling comparisons given (sub-) source propositions*, *Forensic Science International: Genetics*, 36, 189-202.
- > GILL P., HICKS T., BUTLER J. M., CONNOLLY E., GUSMÃO L., KOKSHOORN B., MORLING N., VAN OORSCHOT R. A. H., PARSON W., PRINZ M., SCHNEIDER P. M., SIJEN T., TAYLOR D., (2020), *DNA Commission of the International Society for Forensic Genetics: Assessing the value of forensic biological evidence - Guidelines highlighting the importance of propositions. Part II: Evaluation of biological traces considering activity level propositions*. *Forensic Sci Int Genet.* 44, 102186.
- > GILL P., JEFFREYS A. J., WERRETT D. J., (1985), *Forensic application of DNA fingerprints*. *Nature*, 318(6046):577-9.
- > RAMOS GONZÁLEZ B., CÓRDOVA MERCADO M., SALAS SALAS O., HERNÁNDEZ REYES J. C., GUARDIOLA RAMOS M., SOLIS ESQUIVEL E., CASTELLANOS AGUILAR G., and DIAZ TORRES P., (2019), *Biological Evidence Analysis in Cases of Sexual Assault* in: BOLDURA O. M., BALŤĂ C. e AWWAD N., (2019), *Biochemical Analysis Tools - Methods for Bio-Molecules Studies*. IntechOpen, London, UK.
- > GOPINATH S., ZHONG C., NGUYEN V., GE J., LAGACÉ R. E., SHORT M. L., MULERO J. J., (2016), *Developmental validation of the Yfiler® Plus PCR Amplification Kit: An enhanced Y-STR multiplex for casework and database application*. *Forensic Sci Int Genet.* 24:164-175.
- > HAAS C., NEUBAUER J., SALZMANN A. P., HANSON E., BALLANTYNE J., (2021), *Forensic transcriptome analysis using massively parallel sequencing*. *Forensic Sci Int Genet.* 52:102486.
- > IACOBELLI A., (2016), *Il Raggruppamento Carabinieri Investigazioni Scientifiche e l'evoluzione della moderna genetica forense*. *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri* n. 1/2016.
- > LEE H. C., LADD C., (2001), *Preservation and Collection of Biological Evidence*. *CROAT MED J*; 42(3):225-8.
- > Legge 30 giugno 2009, n. 85, (G.U. n. 160 del 13 luglio 2009 - Suppl. Ordinario n. 108), *Adesione della Repubblica italiana al Trattato concluso il 27 maggio 2005 tra il Regno del Belgio, la Repubblica federale di Germania, il Regno di Spagna, la Repubblica*

- francese, il Granducato di Lussemburgo, il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica d'Austria, relativo all'approfondimento della cooperazione transfrontaliera, in particolare allo scopo di contrastare il terrorismo, la criminalità transfrontaliera e la migrazione illegale (Trattato di Prum). Istituzione della banca dati nazionale del DNA e del laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA. Delega al Governo per l'istituzione dei ruoli tecnici del Corpo di polizia penitenziaria. Modifiche al codice di procedura penale in materia di accertamenti tecnici idonei ad incidere sulla libertà personale”, in <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2009;85~art16-com1>.
- LI R., (2015), *Forensic Biology*. CRC Press, Boca Raton, Florida, USA.
 - LOCARD E., (1920), *L'enquête criminelle et les méthodes scientifiques*. Ernest Flammarion éditeur, Paris.
 - MALEGORI C., ALLADIO E., OLIVERI P., MANIS C., VINCENTI M., GAROFANO P., BARNI F., BERTI A., (2020), *Identification of invisible biological traces in forensic evidences by hyperspectral NIR imaging combined with chemometrics*. *Talanta* 1;215:120911.
 - MARSHALL P. L., STOLJAROVA M., LARUE B. L., KING J. L., BUDOWLE B., (2014), *Evaluation of a novel material, Diomics X-Swab™, for collection of DNA*. *Forensic Sci Int Genet.* 12: 192-198.
 - MATTE M., WILLIAMS L., FRAPPIER R., NEWMAN J., (2012), *Prevalence and persistence of foreign DNA beneath fingernails*. *Forensic Sci Int Genet.* 6(2):236-43.
 - MEAKIN G., JAMIESON A., (2013), *DNA transfer: review and implications for case-work*. *Forensic Sci Int Genet.* 7(4):434-43.
 - PARKER G. J., MCKIERNAN H. E., LEGG K. M., GOECKER Z. C., (2021), *Forensic proteomics*. *Forensic Sci Int Genet.* 54:102529.
 - PREVIDERÈ C., FATTORINI P., (2016), *La complessità (in genetica forense: l'analisi di DNA in limitata quantità (Low copy number DNA) e l'interpretazione di tracce commiste*. *Riv. It. Med. Leg.*, 1, p. 184.
 - RaCIS, (2015), *I Carabinieri delle Investigazioni Scientifiche*. Publimedia s.r.l., Milano.
 - RALF A., LUBACH D., KOUSOURI N., WINKLER C., SCHULZ I., ROEWER L., PURPS J., LESSIG R., KRAJEWSKI P., PLOSKI R., DOBOSZ T., HENKE L., HENKE J., LARMUSEAU M. H. D., KAYSER M., (2020), *Identification and characterization of novel rapidly mutating Y-chromosomal short tandem repeat markers*. *Hum Mutat.* 41(9):1680-1696.
 - ROBINSON J. M., PASTERNAK Z., MASON C. E., ELHAIK E., (2021), *Forensic Applications of Microbiomics: A Review*. *Front Microbiol.* 13;11:608101.
 - ROEWER L., ANDERSEN M. M., BALLANTYNE J., BUTLER J. M., CALIEBE A., CORACH D., D'AMATO M. E., GUSMÃO L., HOU Y., DE KNIJFF P., PARSON W., PRINZ M., SCHNEIDER P. M., TAYLOR D., VENNEMANN M., WILLUWEIT S., (2020), *DNA commission of the International Society of Forensic Genetics (ISFG): Recommendations on the interpretation of Y-STR results in forensic analysis*, *Forensic Sci. Int. Genet.* 48, 102308.

- > SHUTE, R., (2019), *The Role of Biological Evidence in Sexual Assault Investigations. Forensic Technology Center of Excellence. U.S. Department of Justice, National Institute of Justice, Office of Investigative and Forensic Sciences.* NC, USA in <https://forensiccoe.org/beyond-dna-reports-sexual-assault-reform/>.
- > SENSABAUGH G., (2016), *Serology: Overview.* Editor(s): JASON PAYNE-JAMES, ROGER W. BYARD. *Encyclopedia of Forensic and Legal Medicine* (Second Edition), Elsevier.
- > SUGAR N. F., FINE D. N., ECKERT L. O., (2004), *Physical injury after sexual assault: findings of a large case series.* *Am J Obstet Gynecol.* 190(1):71-6.
- > SWGDAM, (2016), *Recommendations for the Efficient DNA Processing of Sexual Assault Evidence Kits* in https://1ecb9588-ea6f-4feb-971a-73265dbf079c.filesusr.com/ugd/4344b0_4daf2bb5512b4e2582f895c4a133a0ed.pdf.
- > USA Department of Justice - Office of Justice Programs, (2017), *National Best Practices for Sexual Assault Kits: A Multidisciplinary Approach. Recommendations for a victim-centered approach in responding to sexual assault cases* in <https://nij.ojp.gov/topics/articles/national-best-practices-sexual-assault-kits-multidisciplinary-approach>.
- > VAN OORSCHOT RAH, SZKUTA B, MEAKIN GE, KOKSHOORN B, GORAY M., (2019), *DNA transfer in forensic science: A review.* *Forensic Sci Int Genet.* 38:140-166.
- > VIRKLER K., LEDNEV I. K., (2009), *Analysis of body fluids for forensic purposes: from laboratory testing to non-destructive rapid confirmatory identification at a crime scene.* *Forensic Sci Int.* 188(1-3):1-17.
- > WHITE C, MCLEAN I., (2006), *Adolescent complainants of sexual assault; injury patterns in virgin and non-virgin groups.* *Journal Clinical Forensic Med.* 13(4):172-80.
- > World Health Organization (WHO) - Department of Reproductive Health and Research (2020) *Clinical management of rape and intimate partner violence survivors: developing protocols for use in humanitarian settings* in <https://www.who.int/publications/i/item/9789240001411>.





Finito di stampare nel mese di dicembre 2021
nello Stabilimento Officine Carte Valori e Produzioni Tradizionali
dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A.
Via Salaria, 691 - 00138 Roma

CARABINIERI

RaOIS

RAGGRUPPAMENTO INVESTIGAZIONI SCIENTIFICHE

"Quando un individuo entra in contatto con un luogo, lascia qualcosa di sè, così come qualcosa del luogo rimarrà sull'individuo"
Edmond Locard, L'enquête criminelle et les methodes scientifiques (1920)

