

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

2020 - Anno XLI

Bimestrale di Dottrina, Giurisprudenza e Documentazione

FASCICOLO SPECIALE n. 4-5-6 del 31/12/2020

Luglio 2020 - Dicembre 2020

Sommario

DOTTRINA

- "RIFLESSIONI SULLA SENTENZA N.234/20 DELLA CORTE COSTITUZIONALE CONCERNENTE IL PRELIEVO SULLE PENSIONI PIÙ ALTE" di Giulio Maninchedda, Prefetto della Repubblica in pensione.
- "COSTRUIRE LA CITTÀ, COSTRUIRE L'IMMAGINAZIONE DEGLI SPAZI URBANI: IL CASO DELLA CITTÀ DI TRIESTE" di Enrico Conte, Direttore Dipartimento Lavori Pubblici e Project financing del Comune di Trieste.
- "GESTIONE, PIANIFICAZIONE E CONTROLLI NEGLI ENTI LOCALI MINORI: PROSPETTIVE PER UNA RIFORMA RADICALE" di Sergio De Dominicis, Avvocato e cultore universitario nelle materie della Contabilità pubblica e del Diritto dell'economia.
- "L'ORGANIZZAZIONE DELLE FUNZIONI SANITARIE SUL TERRITORIO. ANALISI DELLE DIVERSITA' TRA LE REGIONI LOMBARDIA E VENETO PER COMPRENDERNE LA DIFFERENTE DIFFUSIONE DELLA PANDEMIA" dell'Avv. Antonio Saporito, Dottore di ricerca con tesi in Diritto amministrativo.
- "LA RESPONSABILITÀ DELLA P.A. DA ATTO LECITO Un mero indennizzo o un integrale risarcimento quale forma di ristoro a seguito di un atto lecito dannoso?" di Luca Venerando Giuffrida, Dottore di ricerca in diritto amministrativo.
- "LA SCELTA DEL CONTRAENTE NELL'ATTIVITÀ DI TRASFERIMENTO TECNOLOGICO (Applicazione delle disposizioni contenute nel codice dei contratti pubblici e delle norme di diritto pubblico/privato)" di Liborio Capozzo e Antonella Gorga - Consiglio Nazionale delle Ricerche.

- "IL DANNO ERARIALE DA ECCESSO DI PRESCRIZIONI MEDICHE" dell'Avv. Fabio Landolfi, Docente di Diritto amministrativo Università telematica Pegaso.
- "LA RIFORMA MADIA E ACCESSO PUBBLICO GENERALIZZATO" dell'Avv. Paola Serafino, Funzionario Amministrativo Università degli Studi di Napoli Federico II.
- "LICENZA DI SBAGLIARE (ANCHE MOLTO GRAVEMENTE), OVVERO LE INSIDIE DELLA LEGISLAZIONE DELL'EMERGENZA" di Lio Sambucci, Ricercatore e professore aggregato di Contabilità di Stato - Sapienza Università di Roma.
- "IL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO COMUNALE: UNA FIGURA INTERESSANTE DA ANALIZZARE" di Mario Tocci, Avvocato del Foro di Cosenza.
- "IN MUSICA E PAROLE: GLI INNI NAZIONALI NELLA DOTTRINA DELLO STATO MODERNO" di Matteo Carrer, Ricercatore RTDB in Diritto pubblico nell'Università degli Studi di Bergamo.
- "ORGANISMI DI DIRITTO PUBBLICO: LA PROBLEMATICHE INTERPRETAZIONE DEL REQUISITO TELEOLOGICO" di Ersilia Sanginario.
- "MICROSOFT CASES AND THE NEW ECONOMIC APPROACH: A COMPARATIVE STUDY" di Luigi Maria Pepe, PhD in Comparative Law and Processes of Integration.
- "THE IMPLEMENTATION OF ENVIRONMENTAL AND SAFETY STANDARDS FOR THE NUCLEAR AND MINING WASTE MANAGEMENT IN ITALY. WHICH ROLE FOR THE PUBLIC REGULATORS?" di Luigi Maria Pepe, PhD in Comparative Law and Processes of Integration.
- "CORRUPTION OFFENCES IN A COMPARATIVE LAW DOGMATIC PERSPECTIVE" di Ugo Pioletti, Professore Aggregato di Diritto penale presso l'Università degli Studi di Camerino.

GIURISPRUDENZA

- Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per la regione Emilia Romagna - **Sentenza n. 210 del 29 dicembre 2020** - Responsabilità - Danno all'immagine - Assenteismo fraudolento - Effetti sentenza Corte Costituzionale n. 61/2020.

DOCUMENTAZIONE - SEGNALAZIONI

- P. Monea, G. Pizziconi, M. Cristallo, M. Mordenti, ["Rapporto di lavoro e gestione del personale in Regioni, Enti locali, Camere di commercio e Società a partecipazione pubblica"](#) (Maggioli Editore, 2020, pp 986, € 98).
- Michael Sciascia, ["La Corte dei conti, organizzazione, funzioni e procedimenti"](#) (Giapeto Editore, Napoli, 2020, pp 511, € 48.00).

Presentazione della rivista

Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli Enti pubblici

www.contabilita-pubblica.it

Rivista scientifica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato consultivo interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1959 e al decreto del Ministero delle finanze 28 dicembre 1972 - ISSN 0393-5604. La versione online della rivista viene pubblicata sul dominio www.contabilita-pubblica.it, attualmente ospitato in hosting presso la società Tiscali Italia S.p.a. con sede legale in località Sa Illetta, ss. 195, km. 2.300, 09123 Cagliari, ROC n. 13133, C.F. 02508100928.

Direttore responsabile: Prof. Avv. Salvatore Sfrecola

Comitato di direzione: Angelo Buscema - Luigi Condemi - Giovanni Di Leo - Luciano Calamaro - Rocco Di Passio - Edoardo Giardino - Antonio Mitrotti - Domenico Paternostro - Giampiero Pizziconi - Salvatore Sfrecola - Adriano Tortora - Elio Vitale - Paola Maria Zerman

Responsabile della Segreteria di direzione: Giuseppe Girone

Direttore scientifico: Prof. Avv. Salvatore Sfrecola

Comitato scientifico: Prof. Andrea Altieri (Università degli Studi Link Campus) - Prof. Paolo Bianchi (Università degli Studi di Camerino) - Prof.ssa Annamaria Bonomo (Università degli Studi di Bari "Aldo Moro") - Prof. Marco Brocca (Università del Salento) - Prof. Simone Budelli (Università degli Studi di Perugia) - Prof.ssa Elena Buoso (Università degli Studi di Padova) - Prof.ssa Maria Agostina Cabiddu (Politecnico di Milano) - Prof. Augusto Cerri (Università degli Studi di Roma "La Sapienza") - Prof. Raffaele Chiarelli (Università degli Studi Guglielmo Marconi) - Prof. Salvatore Cimini (Università degli Studi di Teramo) - Prof. Juan Carlos Covilla Martinez (Universidad Externado de Colombia) - Prof. Ruggiero Dipace (Università degli Studi del Molise) - Prof. Gian Paolo Dolso (Università degli Studi di Trieste) - Prof.ssa Elena D'Orlando (Università degli Studi di Udine) - Prof.ssa Vera Fanti (Università di Foggia) - Prof. Paolo Giangaspero (Università degli Studi di Trieste) - Prof. Edoardo Giardino (Università Lumsa) - Prof.ssa Valentina Giomi (Università degli Studi di Pisa) - Prof. Ludovico Mazzaroli (Università degli Studi di Udine) - Prof. Roberto Miccù (Università degli Studi di Roma "La Sapienza") - Dott. Antonio Mitrotti (Università degli Studi di Teramo) - Prof. Dante Flávio Oliveira Passos (Universidade Estadual de Paraiba) - Prof. Massimiano Sciascia (Università telematica Pegaso)

Redazione: Marco Bufacchi, Giuseppe Girone, Licia Grassucci, Marco Pisano, Elena Sfrecola, Maria Elisabetta Sfrecola, Micaela Zignani

Responsabile della Segreteria di redazione: Maria Elisabetta Sfrecola

La Direzione e l'Amministrazione hanno sede presso l'Editore "Pagine" S.r.l., via Gualtiero Serafino, 8 - 00136 Roma.

Per la pubblicazione di articoli, note e recensioni, il testo deve essere inviato in versione word direttamente alla Redazione della Rivista, e-mail: webmaster@contabilita-pubblica.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma n. 17534 del 2 febbraio 1979.

Per richiedere informazioni: webmaster@contabilita-pubblica.it

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

2020 - Anno XLI

RIFLESSIONI SULLA SENTENZA N.234/20 DELLA CORTE COSTITUZIONALE CONCERNENTE IL PRELIEVO SULLE PENSIONI PIÙ ALTE

di Giulio Maninchedda, Prefetto della Repubblica in pensione

1. In linea generale non può farsi a meno di cogliere i segni di una logica non del tutto lineare nello svolgersi del ragionamento complessivo che culmina nell'effetto finale della dichiarazione di non fondatezza (parziale) della questione di legittimità dell'art. 1, comma 261, della legge 145/18.

Il punto cardine sul quale poggia la linea argomentativa della sentenza è il limite temporale del bilancio triennale dello Stato, periodo entro il quale ogni intervento "deve essere scrutinato nella sua singolarità ed in relazione al quadro storico in cui si inserisce" (para, 15.4.2 e para 18.12). Si confina così la valutazione del prelievo nei limiti dell'ordinaria scansione temporale del ciclo del bilancio triennale in cui vengono definite le esigenze e le misure finanziarie ritenute necessarie per quel periodo.

Il riferimento ad un "quadro storico" avrebbe dovuto comportare un orizzonte temporale ben superiore ad un triennio: la "storia" dei contributi di solidarietà è andata e va

assai oltre la vigenza temporale di un singolo bilancio triennale. Sembra di essere di fronte ad una artificiosa frammentazione del continuum del tempo e della storia in segmenti indipendenti refrattari ad ogni influenza degli eventi verificatisi in precedenza.

Compare una forma, non nuova, di sottile ostinazione a considerare il succedersi dei prelievi nel tempo come elemento ininfluenza di valutazione. Limitando ad un triennio l'esame della misura ablativa è agevole sostenere la tollerabilità di un prelievo di durata relativamente breve su pensioni ritenute con sufficiente capacità di resistenza e la sua ragionevolezza e adeguatezza a fronte della perdurante prevalenza delle esigenze di garanzia del sistema previdenziale nel complessivo scrutinio di costituzionalità.

La tesi che esclude, nel quadro dello scrutinio di legittimità, la rilevanza della ripetizione dei contributi si basa sulla mancanza di identità formale delle singole fattispecie (leggi diverse, differenti periodi di applicazione, saltuarie interruzioni, diversi scaglioni ed aliquote, ecc...). Non tiene conto dell'essenza fondante dei contributi, tutti prelievi coattivi per esigenze pubbliche previdenziali a carico di una ristretta categoria di cittadini, effettuati per periodi consecutivi o a cadenza ravvicinata per oltre due decenni (dal 2000 i trattamenti sono stati decurtati per sedici anni su venti con prelievi di varia denominazione e misura).

Le obiezioni decadono nella visione rigidamente confinata nei limiti del bilancio 2019-2021.

2. Nella sentenza le carenze del sistema previdenziale sono considerate non sanabili nel giro di pochi anni. Si afferma che “occorre evidenziare l’esistenza di una “debolezza sistemica” difficilmente governabile per il tramite degli interventi necessariamente temporanei, per di più operati soltanto su redditi pensionistici ormai consolidati” (para. 18.12)

Da questa valutazione è agevole dedurre che la perdurante debolezza del sistema previdenziale continuerà a comportare, in mancanza di una rivisitazione organica del sistema, una assidua e facile attenzione del legislatore nei confronti dei maggiori redditi di pensione con interventi impropriamente sostitutivi della fiscalità generale.

Tuttavia nella stessa sentenza viene osservato che sarebbe costituzionalmente illegittima una dimensione “temporale del prelievo così ampia da tradire una logica di stabilità del contributo” (para. 18.4). Da questa osservazione, che riecheggia un principio precedentemente affermato nella sentenza 173/16, la Corte fa discendere l’illegittimità della durata quinquennale del contributo da ricondurre nell’alveo della correttezza costituzionale per mezzo della sua riduzione a tre anni.

Se la durata quinquennale è ritenuta rivelatrice del carattere stabile del contributo, il ragionamento dovrebbe valere con maggiore evidenza per i periodi coperti dal succedersi di prelievi ripetuti in un “quadro storico” più prolungato, anche questo rivelatore di “una logica di stabilità”. Contraddittoriamente, invece, non si completa quel percorso logico che ha condotto alla riduzione temporale della misura e

che avrebbe dovuto portare alla illegittimità costituzionale del contributo, non solo della sua durata.

3. La limitazione all'orizzonte temporale del bilancio triennale entro cui valutare la correttezza costituzionale del prelievo riveste un aspetto singolarmente innovativo. Appare come un ardito balzo in avanti che supera il pesante condizionamento dei criteri di scrutinio elaborati in precedenza dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza n.173 del 2016 che, nella loro insistita formulazione analitica, costituivano una sorta di decalogo prefigurante un "modello" costituzionalmente plausibile di contributo di solidarietà.

Pur non essendo invocabile la regola dello "stare decisis", la Corte sembra rimasta refrattaria all'efficacia persuasiva del precedente, frutto di un'analisi approfondita e completa di tutti gli aspetti rilevanti della questione. Traspare, piuttosto che un adattamento flessibile del precedente, una sua non argomentata elusione nella parte più significativa che presentava una forza, in certo modo, prescrittiva. Sono rimaste in ombra le ragioni per cui si è ritenuto di discostarsi da quella pronuncia, salvo il richiamo alle esigenze legate alla crisi "attuale" e "grave" del sistema previdenziale che, in questo come in altri casi, vengono presentate come munite di una preponderanza assoluta, "tirannica", nel bilanciamento con le altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette presenti nel giudizio come, tra le altre, l'affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica di situazioni legittimamente maturate e consolidate.

Nella sentenza 173/16 era stata indicata una pluralità di requisiti di cui tenere conto per valutare la legittimità del contributo, tra i quali, il carattere di "misura del tutto eccezionale", "contingente, straordinaria, temporalmente circoscritta" "nel senso che non può essere ripetitiva e tradursi in un meccanismo di alimentazione del sistema di previdenza" e deve "essere comunque utilizzata come misura "una tantum". Si affermava anche espressamente (ad abundantiam) che deve rispettare il principio di proporzionalità .

In quella pronuncia detti requisiti apparivano rispettati sia pure "al limite".

Il confronto diretto con quelle indicazioni è stato schivato grazie all' innovativo carattere di scrutinio limitato alla proiezione triennale del bilancio. Tuttavia, il principio di proporzionalità restava ineludibile ed operante indipendentemente dall'ambito temporale di riferimento e idoneo a condurre verso la fondatezza del dubbio di costituzionalità.

Sotto questo profilo non si rinvengono le ragioni per le quali sia stato ritenuto equilibrato il rapporto del mezzo (imposizione del pesante onere) al fine (apprezzabili vantaggi dei soggetti INPS più deboli, grado di ausilio al sistema previdenziale) .E' trascurata la valutazione della misura dei possibili benefici conseguenti al prelievo che, a fronte degli 80 milioni di euro annui stimati derivanti dal forte sacrificio individuale dei soggetti incisi, si riducono ad un vantaggio simbolico e irrisorio per la nutrita platea dei potenziali destinatari della iniziativa legislativa che rivela così una "inefficacia strumentale" mancando di dimensioni sufficienti

anche per un riequilibrio parziale e momentaneo del sistema previdenziale.

Nella stessa pronuncia sembra darsi atto di questa situazione, da un lato, quando si riferisce ad "aliquote di riduzione piuttosto severe" (p. 18.4) e ad un "sacrificio...personalmente gravoso anche in ragione del succedersi di ripetuti prelievi nei due trascorsi decenni" (p. 18.12) e, dall'altro, quando riconosce che la provvista finanziaria derivante dal contributo risulta "di assai modesta entità " (p. 18.11).

Un intervento presentato come equitativo e riequilibratore non può limitarsi a realizzare la sola parte ablativa del progetto. La "pars destruens" non può non essere accompagnata da una adeguata "pars construens" a meno di non compromettere la ragionevolezza e la proporzionalità dell'intervento.

La giurisprudenza ha concepito una sorta di "test di proporzionalità" che esplora il rapporto costi-benefici come elemento rivelatore dei requisiti di ragionevolezza e proporzionalità propedeutico allo scrutinio di costituzionalità.

Nella logica assolutoria della sentenza, da qualche parte definita "indulgente", il criterio del bilanciamento dei contrapposti interessi di rango costituzionale concretamente adottato dal legislatore sembra rimasto privo di evidenza.

Da ultimo una osservazione, che dovrebbe precedere tutte le altre, riguardante il punto focale della pronuncia; la discutibile riconduzione della valutazione della misura nell'ambito temporale del bilancio triennale.

In effetti, dalla sentenza emerge un tipo di bilanciamento anomalo che contrappone con successo la forza del quadro triennale del bilancio stabilito con legge ordinaria agli interessi costituzionalmente protetti presenti nel giudizio, attribuendo implicitamente a norme di una fonte ordinaria la prevalenza rispetto alle disposizioni della Carta che tutelano quelli interessi.

Tale osservazione finale appare assorbente di ogni altro possibile commento.

4. Il ragionamento sviluppato nella parte motiva della sentenza, se riguardato nelle sue logiche conseguenze pratiche, appare foriero di ipotesi peggiorative della situazione futura dei pensionati incisi dalla misura in corso. Non viene contestata, infatti, la legittimità del prelievo in sé ma soltanto la sua durata che supera il quadro triennale dello strumento contabile 2019-2021: quindi prelievo legittimo valutato "singulatim" in un ambito temporale limitato per esigenze finanziarie proprie di quel periodo.

In questa ottica si avanza l'ipotesi non peregrina che in occasione di ogni bilancio, in relazione alla crisi permanente del settore previdenziale, il legislatore predisponga un appuntamento ablativo per le pensioni più alte.

5. La sentenza non si è soffermata su alcuni aspetti delle norme censurate che gli organi rimettenti avevano diffusamente illustrato per dedurre puntuali e motivati dubbi di legittimità riferiti a specifiche disposizioni della Costituzione.

Era stata sottolineata l'irrazionale differenza di trattamento tra pensioni retributive e pensioni contributive non avendo il legislatore tenuto conto delle anzianità di servizio e del relativo ammontare dei contributi versati. Molti pensionati

con metodo retributivo hanno al proprio attivo contributi per oltre quaranta anni che costituiscono, già di per sé, "contributi di solidarietà" non incidenti sull'ammontare delle loro pensioni. Da qui si era prospettata l'irragionevole penalizzazione di coloro che hanno già contribuito in varia misura alla solidarietà endoprevidenziale senza alcun vantaggio personale. Il ricalcolo delle pensioni retributive con il metodo contributivo avrebbe condotto, con tutta probabilità, a trattamenti almeno non inferiori a quelli retributivi per molti soggetti interessati.

Sotto questo profilo, la scelta apodittica del legislatore non ha consentito di comprendere se e in quale misura la titolarità della pensione contributiva giustifichi l'esenzione dal prelievo e la differenza di trattamento. Si è trascurato che l'invocato principio della solidarietà endoprevidenziale avrebbe dovuto portare a ridurre anche i trattamenti pensionistici contributivi di pari livello di quello dei pensionati incisi, entrambi parte del circuito previdenziale. Il raggiungimento del fine dell'equità riequilibratrice è rimasto tutto da dimostrare.

Non ha avuto rilievo la contraddizione relativa, da un lato, all'esclusione dal prelievo dei trattamenti pensionistici (anche misti e retributivi) riconosciuti ai superstiti e, dall'altro, all'applicazione del contributo alle pensioni a carico della Gestione separata dell'INPS interamente liquidate con il metodo contributivo.

Queste argomentazioni, tendenti a supportare i dubbi di costituzionalità sollevati sotto il profilo della irragionevolezza e della disparità di trattamento dell'intervento legislativo, hanno trovato solo risposte assertive o parziali.

6. Altro punto sul quale sembra mancare una motivata valutazione riguarda la questione delle pensioni "miste"- Le pensioni in parte contributive e in parte retributive soggiacciono al trattamento di quelle interamente retributive. Ciò sembra contraddire il criterio generale di selezione adottato dalla stessa norma istitutiva della misura riduttiva, norma intesa a far salvi gli emolumenti calcolati su base contributiva. Aspetto, questo, che appare irragionevole e contrario al principio di eguaglianza. La questione non è secondaria nel panorama pensionistico considerato che larga parte delle pensioni ordinarie in atto sono di natura mista ed i loro titolari sono stati soggetti per periodi di tempo non indifferenti al regime contributivo. Anche questo punto problematico non è stato affrontato nella sentenza.

Si soggiunge che, come conseguenza della impostazione complessiva della normativa esaminata, forse sarebbe stato possibile costruire (da parte dei giudici di merito?) una interpretazione costituzionalmente orientata all'applicazione della misura riduttiva alla sola parte retributiva dei trattamenti misti.

7. Alcune considerazioni generali suggerite dalla problematica sollevata dalla legge censurata.

La sistemazione delle finanze previdenziali non potrà raggiungersi se non con una riforma organica del sistema, in particolare con l'assunzione totale e definitiva da parte della collettività del finanziamento del vasto settore assistenziale superando i periodici trasferimenti statali di sostegno per via legislativa.

È probabile che, fino ad allora, alla categoria dei pensionati con trattamenti maggiori resterà un ruolo obbligatorio di potenziale "cassa di riserva", peraltro con effetti, per forza di cose, pressoché irrilevanti per il complesso delle esigenze previdenziali.

In una visione più generale si dovrebbe evitare il sorgere ed il consolidarsi di certi orientamenti secondo cui sia consentito imporre sacrifici, più o meno pesanti, ad una cerchia ristretta di soggetti senza vantaggi apprezzabili per altri interessi protetti. Trasparirebbe, più che un fine diretto a soddisfare interessi pubblici, piuttosto un intento di perseguire di preferenza determinate categorie di cittadini prescindendo dagli effetti positivi delle iniziative a loro carico.

Così come avviene nel caso del prelievo sulle pensioni maggiori ove all'iniziativa politica non è estranea una componente ideologica che fa pensare che lo scopo primo non sia tanto quello del soccorso al sistema previdenziale ed ai suoi soggetti più deboli, quanto quello di colpire le pensioni più alte ritenute ingiustificato privilegio.

Si coglie a volte un atteggiamento avverso al successo professionale ed al benessere economico, anche quello relativo, raggiunti dopo anni ed anni di impegno e di lavoro con ruoli di alta responsabilità.

Diverso sarebbe il giudizio qualora nell'ambito delle scelte politiche discrezionali del legislatore i sacrifici fossero distribuiti tra tutti i cittadini con metodo progressivo in relazione al reddito individuale di ciascuno.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

2020 - Anno XLI

COSTRUIRE LA CITTÀ, COSTRUIRE L'IMMAGINAZIONE DEGLI SPAZI URBANI: IL CASO DELLA CITTÀ DI TRIESTE

di Enrico Conte, Direttore Dipartimento Lavori Pubblici e Project financing del Comune di Trieste

Abstract

La finalità del contributo che viene proposto nasce dalla constatazione che, a fronte della gravità delle conseguenze socio economiche derivanti dalla pandemia da Covid-19, i consueti strumenti utilizzati da chi, nei diversi comparti, si occupa delle Città non sono più sufficienti.

Da oltre un decennio lo strumentario a disposizione delle Città (dopo la grave crisi economica del 2008) si era dimostrato inadeguato, tanto più perché intrecciato con una crisi di credibilità della classe dirigente del Paese. Ma non è solo questione di strumenti o di modelli: è questione di paradigmi culturali dei quali c'è necessità.

Sommario: 1. Premessa 2. Costruire l'immaginazione degli spazi urbani 3. L'importanza dell'arte pubblica.4. La prospettiva del Countryside 5. La città nell'era della riproduzione turistica 6.La Ferriera di Servola 7.Conclusioni e proposte.

Premessa

Tutto non sarà più come prima, si affrettavano a dire anche autorevoli commentatori, durante la prima fase della pandemia, spinti dalla constatazione che la crisi globale che ne sarebbe derivata

avrebbe avuto natura epocale, si azzardavano a sostenere che niente sarebbe stato come ante Covid-19, come se il Paese potesse automaticamente attrezzarsi con nuove metodologie e nuovi modelli per fronteggiare la crisi post emergenza sanitaria, vissuta come un'apocalisse.

Uno sguardo meno frettoloso, congiunto con la constatazione che l'Italia richiede interventi strutturali, ha prodotto l'improvviso silenzio di chi riteneva che, con l'uso di una bacchetta magica, si sarebbe risolto ogni problema: quando servono, piuttosto, una prospettiva e una visione che aiutino a costruire quei paradigmi dei quali c'è necessità per un cambio d'epoca. Parafrasando le parole di un antropologo, Vito Teti, si potrebbe dire che "bisognerebbe assumere una concezione processuale, aperta, dinamica e relazionale, con un progetto a tutto campo che metta in gioco".

Quando questo non accade, e l'approccio è solo ed esclusivamente normativo (generale e astratto), non accompagnato da un percorso in grado di innestare fenomeni di cambiamento e di innovazione sociale, le previsioni legislative (le migliori intenzioni) restano sulla carta, magari anche se di rango costituzionale.

Si pensi, quale fenomeno paradigmatico, al principio di sussidiarietà orizzontale contemplato ormai da venti anni dall'art. 118, comma 4 della Costituzione (Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale) applicato da pochi iniziati, come accaduto per gli strumenti del project financing e dei PPP, anche perchè non adeguatamente conosciuti dalla PA intesa come sistema.

Gregorio Arena, nel suo ultimo appassionato libro "I custodi della bellezza" e Annalisa Marinelli, ne "la città della cura", provano a rilanciarlo partendo dalla constatazione che in questi anni sono comunque tanti gli esperimenti riconosciuti di cittadinanza attiva sul territorio, e lo fanno fornendo un quadro concettuale che non si esaurisce nell'individuazione degli strumenti, un regolamento comunale per l'amministrazione condivisa dei beni comuni e un fac-simile di patto di collaborazione, ma offrendo una visione che dovrebbe essere assunta da ogni decisore politico-amministrativo come base da cui partire e utilizzare per misurarsi con un altro modo di fare amministrazione, non autoreferenziale, innanzi tutto.

La Città, in questa prospettiva, diventa un "bene comune", non solo per i suoi pezzi di territorio e i suoi beni materiali che richiedono una cura manutentiva nell'interesse generale, ma come bene immateriale indistinto e da ripensare unitariamente, valorizzare, tutelare e

proteggere, sulla falsa riga dei patrimoni riconosciuti dall'Unesco.

Provare ad uscire dal panorama asfittico, di esclusivo presente, composto dai timori e dalle paure dovute al virus invisibile nel quale si è precipitati, misurarsi con logiche di processo, partendo dalla consapevolezza di un necessario cambio di paradigmi culturali.

Lo scritto si colloca pertanto su un terreno di riflessioni multidisciplinari, mescolando una pratica dal basso (euristica) con l'utilizzo di concetti apparentemente astratti, ma che possano trovare ricadute nell'esperienza, su di un terreno dove si realizzano pratiche di incrocio tra materie diverse, l'urbanistica, i lavori pubblici, l'architettura, il paesaggio, l'estetica, il pensiero filosofico e sociologico, l'ambiente urbano e rurale, gli spazi destinati all'educazione.

Anche la recente legge n. 120 dell'11 settembre 2020 non sembra cogliere la vera posta in gioco e la necessità che, più che semplificare con nuove norme, è necessario dotare le PA di una visione aggiornata alla complessità dei problemi da risolvere.

Quelli messi in atto da Governi di ogni forma e colore, sostiene Sandro Amorosino "sono tutti meccanismi di deresponsabilizzazione che confermano la convinzione che la battaglia per la semplificazione continuerà ad essere persa sinchè ci si affiderà a cascate di norme semplificatrici senza deamministrativizzare molte attività e al contempo intervenire sulle strutture e sulla cultura delle amministrazioni".

Lo scritto vorrebbe promuovere e stimolare riflessioni sulle trasformazioni in atto delle Città post pandemia, ma lo fa partendo da una esperienza, la rinascita, tutt'ora in corso, della Città di Trieste che viene proposta come espressione di una realtà di natura paradigmatica, perché attraversata, contemporaneamente, da due processi, la riconversione del Porto Vecchio(630 mila metri quadri di Magazzini liberty) e quella di un vecchia acciaieria, la Ferriera di Servola, spenta definitivamente dopo 120 anni di attività, simbolo di un'era industriale che si chiude, lasciando in dotazione un' area da bonificare e da destinare allo sviluppo portuale (piattaforma logistica).

Un contesto territoriale, per quanto esposto, che sembra particolarmente adatto ad operazioni di rigenerazione urbana, nell'accezione che viene data in un recente DDL/Senato, il n. 1943: un complesso sistematico di trasformazioni urbanistiche, edilizie, ambientali e socio economiche, volte a favorire l' integrazione sociale, culturale e funzionale degli edifici e degli spazi.

Si aggiunge a queste considerazioni una riflessione sul terreno della psicologia sociale: le trasformazioni, se hanno la pretesa di configurarsi come progetti di sviluppo, devono sì essere dettate dall'esigenza di soddisfare bisogni collettivi, ma devono prima di ogni cosa essere immaginate, come ricorda lo storico israeliano Harari, da chi, nel pubblico, come nel privato, abbia voglia di mettersi in gioco, con intraprendenza, curiosità, laboriosità, capacità di assumersi i rischi.

"Il rimedio alla imprevedibilità della sorte – ci ricorda Hannah Arendt -- alla caotica incertezza del futuro è la facoltà di fare e di mantenere le promesse" .

Il filo conduttore dello scritto è dato da un pensiero integrato che guarda alla Città nel suo insieme, mantiene i piedi nelle cose-esperienza, mettendo in relazione spazi agli antipodi ma che fanno parte di un tessuto urbano considerato unitariamente, cerca di far dialogare un pensiero immaginario con il principio di realtà.

Vengono proposte alcune chiavi di lettura, per guidare nella percezione contemporanea del fenomeno urbano.

Il paragrafo 6, quello dedicato alla dismissione di una vecchia Ferriera, è curato dal giornalista Francesco De Filippo. Si chiude con una proposta aperta, volta a coinvolgere la Città: la creazione di una Officina-laboratorio per formulare un'idea-progetto al Sindaco in carica, con un esperimento di "resistenza vitalistica" , come la definisce Peter Sloterdijk.

2.Costruire l'immaginazione degli spazi urbani

"Penso all'uomo che costruisce le cose, che crea, che lavora la terra, le pianure dell' Ovest come le miniere di ferro della Pennsylvania. E' sempre un problema di costruzione: con un pennello, con un badile, con una penna". Jackson Pollock

Trieste ha la struttura e le caratteristiche di una città industriale e di una capitale, ciò che si voleva diventasse a partire da Maria Teresa d'Austria nel 1700, che promosse l'anima multietnica, la vocazione commerciale e marittima, la sua modernizzazione.

Città di mercato, come si rivela dal suo antico nome, Tergeste (terg, nell'illirico-celtico significa mercato, al quale si aggiunge il suffisso este, usato per i toponimi di città nel venetico-preromano) fu proclamata porto franco nel 1719, dall'Imperatore Carlo VI d'Asburgo, i cui diritti furono estesi a città e territorio dal suo successore, Maria Teresa d'Austria.

Chi attraversa il suo tessuto urbano - è stata sotto gli Asburgo dal 1509 al 1919, poi città-stato e, dal 1954, formalmente parte dell'Italia - incontra insediamenti civili e produttivi pensati e realizzati in un'altra epoca: sono le loro dimensioni e la loro natura a confermarlo, basti pensare all'altezza dei palazzi del centro storico (solo Milano nello stesso periodo poteva contare su altezze anche superiori a 5 piani) e dei suoi borghi (nei quali sono disseminati opifici, magazzini emporiali, palazzi neo classici e liberty), o all'estensione di aree destinate ad attività portuali e industriali.

Valgano per tutte, a titolo di esempio, l'area del Porto Vecchio (circa 630 mila mq e 40 Magazzini) o quella della Ferriera di Servola, entrambe collocate in punti opposti e ai margini del centro abitato.

Per circostanze storiche, economiche e amministrative è accaduto che, nel giro di pochissimi anni, a partire dalla fine del '900, il processo di sviluppo di Trieste avesse una accelerata: la città, da post industriale si sta trasformando, rapidamente, in centro turistico (negli ultimi anni registra incrementi a due cifre) immerso, invero, in un processo che interessa molte città non solo italiane e tantissime del Vecchio continente.

Circostanze politiche intrecciate tra di loro hanno fatto sì che, nel giro

di poche decadi, si concretizzassero quelle condizioni che, per lo meno negli ultimi trent'anni, venivano reclamate a gran voce, e così è accaduto che, dal 2017, il Municipio sia diventato proprietario di tutto il Porto Vecchio, che ha perso la caratteristica di area demaniale per diventare patrimonio disponibile da valorizzare, che Trieste venisse proclamata Città europea della Scienza e sede di Esf 2020 e che la Ferriera di Servola, realizzata alla fine dell'800, il 9 aprile 2020 (giorno dell'ultima colata), con il suo oramai problematico altoforno, cessasse l'attività, dopo più di 120 anni di onorato servizio.

Queste trasformazioni hanno finito per convergere e coincidere con un fenomeno fisico planetario, la pandemia da Covid-19, un evento "totale" che sta riconfigurando, anche senza che lo si voglia, la visione del mondo contemporaneo, e dunque anche le sue categorie, le principali chiavi di lettura di una realtà che sembra aver presentato il conto ad un mondo fragile perché in crisi di immaginazione.

L'occasione che ha adesso la Città, a partire precipitosamente dal 2020, è pertanto quella di ripensarsi non tanto per riprodurre superati modelli, ma per sperimentarne di nuovi, in linea con una certa sua vocazione che è quella di essere luogo di confine, territorio marginale dall'identità "indefinita" dove, sia pur tra mille contraddizioni e resistenze, si sperimentano e si ricercano nuove soluzioni, magari con pragmatismo, ma con metodo, possibilmente tenuto insieme da una visione.

Non sembra sia privo di rilevanza ricordare che Trieste ha un'origine artificiale, di "comunità immaginata", come scriveva Scipio Slataper nel 1909, città che non poteva vantare tradizioni di cultura, tanto che, per colmare questo vuoto, già nel 1810, fu fondata la prima società di Minerva che iniziò a pubblicare nel 1829 l'Archeografo triestino.

Trieste, lo rammenta il testo alla stessa dedicato da Claudio Magris e Angelo Ara, è una Città astratta e premeditata, come diceva Dostoevskij di Pietroburgo, cresciuta per la decisione di un governo, anzichè per un processo di sviluppo organico, città indefinibile, o "non-luogo", secondo la definizione rivolta a Trieste da Hermann Bahr.

D'altronde tra i gesti e le tecniche da una parte, e lo spirito e l'immaginazione dall'altra, non c'è discontinuità ma si tessono, piuttosto, la grande trama delle vicende umane.

Lo storico israeliano Yuval Noah Harari sostiene che ciò che sta alla base dello sviluppo umano è l'immaginazione, nelle scelte individuali come nella prospettiva collettiva.

Il nostro rapporto con la storia - ci ricorda W.G. Sebald in Austerlitz - è un rapporto con le immagini già predefinite e impresse nella nostra mente, immagini che noi continuiamo a fissare mentre la verità è altrove.

Noi non vediamo e quindi non conosciamo ciò che viviamo - annota Mario Perniola - la vita non è qualcosa il cui significato possa essere colto immediatamente. La vita naturale e empirica ci sfugge continuamente.

Vivere allora non è altro che un continuo scomparire, come sembrano ammonirci le immagini del Porto Vecchio con paesaggi tornati in vita e rapidamente trasformati.

Vengono proposte tre fondamentali chiavi di lettura, tre prospettive, da utilizzare per promuovere una riflessione e un ripensamento del paesaggio urbano complessivo che, per le sue caratteristiche, positive o negative che siano (basti pensare alla "distopia" rappresentata per anni dall'abbandono e dalle "quasi rovine" del Porto Vecchio), è in

grado di incidere, significativamente, sulla percezione che la città ha di se stessa e delle sue potenzialità.

La chiave - dell'arte pubblica, quella del Countryside e, infine, quella turistica e dei servizi - *spunti di riflessione tutti finalizzati a una riconfigurazione della città e dei suoi spazi, in un periodo di passaggio e di trasformazione, fatto dalla possibilità di reinventare una città intera, non solo il suo Porto Vecchio o gli spazi industriali della Ferriera di Servola, ma anche al suo interno rifunzionalizzando le sue innumerevoli infrastrutture pensate in un'altra epoca e rivolte ad altri bisogni, e ad un'altra dimensione demografica.*

Una ricostruzione storica autonoma è dedicata alla Ferriera di Servola, integrata con un'idea di progetto per la valorizzazione museale di quello che resta dell'impianto dopo la sua completa demolizione, e inserita in un percorso volto a valorizzare i beni culturali di archeologia industriale presenti a Trieste.

3. L'importanza dell'arte pubblica

L'architettura e le opere d'arte contemporanea sembra debbano restare fuori dai centri storici. Il restauro urbano è l'operazione preferibile, non solo del singolo edificio, ma di un complesso di edifici, accompagnato, magari, dal divieto di demolizioni e ricostruzioni e dal fermo ai cambi di destinazione.

I motivi sono molteplici: una certa pigrizia della committenza pubblica che preferisce non allarmare i cittadini, Sindaci e amministratori-dirigenti che, tante volte, intercettano il bisogno di un sentire rivolto al passato (retrotopia la chiama *Zygmunt Bauman*) e con ciò carico di

nostalgia e decadenza; i centri di promozione e di produzione dei beni culturali i cui curatori, forse, preferiscono artisti solo quando non turbano i sogni di collezionisti o di semplici estimatori; i programmi di scuola e di università che, tante volte, trattano la storia dell'arte non con la necessaria attenzione per le ricadute sul presente; le Soprintendenze che, al netto da comportamenti opportunistici, svolgono molto spesso un ruolo troppo sbilanciato su tutela e conservazione, piuttosto che sulla valorizzazione dei beni culturali che richiede una reinterpretazione dei canoni consueti; una concezione museale di ciò che ha valore artistico tanto da confinare le opere in luoghi chiusi e facilmente riconosciuti, dove prevalgono le collezioni permanenti collocate all'interno di teche, rispetto a mostre temporanee e transitorie in spazi aperti al pubblico. Tutto questo spiega perché non è raro che progetti anche di qualità architettonica vengano ritenuti, dissonanti, disarmonici di significativa alterazione delle forme di un edificio vincolato. Nel frattempo, mentre i centri storici venivano comunque conservati e preservati, sono stati dimenticati i disastri che si sono consumati nelle periferie, dove uno sguardo centrato sul presente ha portato alla distruzione del contesto rurale, per discutibili pianificazioni e per una diffusa mancanza di architettura paesaggistica di qualità.

Lo spazio, sia quello pubblico che quello privato, è un luogo mentale, frutto della personale concezione della relazione con il mondo, esito di non scontati processi culturali, di lenti d'ingrandimento acquisite, di elaborazioni e sedimentazioni, nonché una conseguenza dell'ambiente circostante.

Il Codice dei Beni Culturali e del paesaggio non vieta la realizzazione di interventi moderni in prossimità di un bene tutelato. Quello che occorre verificare (art. 20) è piuttosto la compatibilità dei nuovi manufatti con il carattere storico artistico di ciò che pre-esiste. Ecco,

allora, che l'eventuale inserimento di un intervento che parli un linguaggio contemporaneo, ben può ritenersi compatibile, magari per caratteristiche di riconoscibilità e reversibilità.

Il cuore del problema è allora il rapporto tra monumenti antichi e moderni. L'architettura è visione del futuro, è arte viva e, per sua natura, dovrebbe accettare la possibilità di essere modificata e, sia pure parzialmente, riscritta attraverso semplici "addizioni". La storia (degli edifici e degli spazi pubblici) delle città è una serie continua di ripetizioni e di strappi, il cui insieme e la cui mescolanza rende i paesaggi urbani affascinanti e unici.

Nel dopoguerra, in un clima di ricostruzione volto alla ripresa economica e sociale del Paese, ha segnato un momento di rilevante attenzione il tema dell'arte negli edifici pubblici (ma anche negli edifici condominiali), grazie alla legge 717 del 1949 che prevedeva che una percentuale di spesa dei quadri economici fosse destinata ad opere d'arte.

Dopo gli anni del boom economico, e in un contesto segnato dalla necessità di conciliare il costo di nuove infrastrutture con metodiche e tempistiche maggiormente pragmatiche, vennero paradossalmente sottratte, dal novero delle opere pubbliche dove contemplare uno spazio per l'arte, le scuole, le Università, l'edilizia industriale e quella sanitaria.

Una recente Circolare Ministeriale prova a rilanciare l'argomento per promuovere il valore del patrimonio edilizio pubblico attraverso linguaggi contemporanei.

Colpisce che restino ancora escluse dall'obbligo (non certo dalla

possibilità) le scuole, le università, l'edilizia industriale e sanitaria, le piazze, i parchi, le aree da rigenerare, luoghi per riqualificare i quali continua a non essere necessario contemplare una voce di spesa per opere d'arte, nonostante l'intrinseca capacità delle stesse di parlare e trasmettere, attraverso l'estetica, valori educativi e simbolici.

Eppure il recupero sistematico di quella buona prassi di realizzare opere d'arte grazie alla previsione di spesa nelle infrastrutture pubbliche, avrebbe il valore di un investimento dai molteplici significati, se è vero che promuovere l'arte vuol dire stimolare un pensiero critico, capace di cogliere, attraverso le forme di un'opera, le tensioni, le aspettative, le decisioni, le assenze, i sogni o gli incubi di un'epoca, in una parola il nostro presente.

Ecco allora che uno sguardo più aperto e critico magari consentirebbe di aggiornare la stessa azione di tutela delle Soprintendenze, come non sembra sia accaduto nel caso della sala *Tripovich* dove si è persa l'occasione di esprimere un orientamento di tutela maggiormente coerente con i più aggiornati principi della materia, per una tutela effettiva e contestuale, tale da salvaguardare non già isolati segni del passato, bensì la capacità espressiva di un insieme complesso, voluto dalla comunità in un inscindibile *continuum*.

Chissà, forse ha ragione Salvatore Settis quando si interroga se esistano specialisti del paesaggio che siano davvero in grado, con piena competenza, di affrontare tutti gli aspetti di un problema, da quelli estetici, storico artistici, geografici, architettonici, giuridici, sociologici, antropologici.

Non sarà forse meglio, si chiede lo storico dell'arte, partire dal semplice assunto che un tema come questo non è di pertinenza esclusiva di nessuna disciplina?

“Il mondo - così Olga Tokarczuk - è diventato molto complesso, non intellegibile nel suo insieme. Così ci siamo chiusi nelle nostre bolle in Rete, nelle materie di cui siamo esperti, nei mestieri e interessi particolari. Nessuno ha più accesso alla totalità dell’esperienza. In questo senso abbiamo subito un processo di proletarizzazione, come quando un artigiano che sapeva produrre, ad esempio una scarpa, finiva in una fabbrica dove produceva solo una parte di una scarpa e perdeva il suo sapere”.

“Abbandonare ritualità e consuetudini consolidate - sostiene Vincenzo Trione a proposito di public art - superare quell'elitarismo di cui non di rado (le stesse) appaiono vittime, insomma, ripensarsi: non senza una certa radicalità. Riscoprendo la propria funzione profondamente pubblica. Affiancando alle attività di promozione e di valorizzazione delle collezioni programmi fitti di public art.

E sostenendo opere concepite da artisti in dialogo con critici, con curatori, con architetti e con urbanisti. Non “semplici” sculture da contemplare, ma installazioni in grado di confrontarsi in modo problematico con gli ambienti, di cui possono diventare parte integrante, ristrutturandone l'organizzazione e la percezione (anche se in maniera provvisoria). Autentici inciampi visivi. Monumenti orizzontali, destinati a essere visti e attraversati da noi. Opere senza piedistallo, capaci di disturbare l'architettura e l'urbanistica”.

“La public art - sempre Vincenzo Trione - deve stringersi dentro, introdursi sotto, sovrapporsi a ciò che già esiste nella città. Il suo comportamento consiste nell'eseguire operazioni su ambienti già costruiti, ha osservato Vito Acconci. Forse, memore di quel che aveva scritto in uno dei suoi più celebri saggi, Martin Heidegger, secondo il quale, nei suoi momenti più alti, l'arte si dà sempre come “presa di

possesso dello spazio". Ci piacerebbe che, in questo momento (senza dubbio) storico, supportati dal Ministero e dalle amministrazioni locali, i nostri musei d'arte contemporanea investissero risorse per sostenere creazioni pubbliche realizzate da artisti che perseguono l'insolito, lo stupore, l'emozione, l'empatia.

Artisti che, con i propri segni, mirano a riestetizzare alcuni spazi delle città (dal centro alle periferie), intendendo la propria pratica non come mero esercizio relegato dentro le pareti protettive dei siti museali e delle gallerie, ma come avventura civile, altamente democratica e politica, che aspira alla polis perchè è nella polis la sua inclinazione naturale e la sua meta. Palestra del pensiero e delle immagini, gratuita, aperta a tutti. Occasione di partecipazione diffusa: consapevole e ludica.

La public art vuole stimolare il pubblico a vivere lo spazio in maniera attiva. Inoltre, attribuendo un ruolo centrale all'audience specific, può favorire il possibile rinnovamento antropologico di intere comunità. E alimentare, in chi vive in un quartiere, senso delle radici e dell'appartenenza, coscienza civile, rinnovata dignità. L'arte pubblica? E' libera. E' davvero di tutti. E per incontrarla non bisogna pagare nessun biglietto. Basta passare da un marciapiede.

4. La prospettiva del Countryside

Secondo gli ultimi aggiornamenti del World Urbanization Prospects delle Nazioni nel 2050 il 68% della popolazione mondiale vivrà nelle città, nonostante le stesse occupino appena il 5% delle terre emerse.

E' una prospettiva insostenibile, Countryside, The Future - così Rem Koolhaas - è in aperta polemica con questa visione.

“L'urbanizzazione non può essere l'unico modello di sviluppo, e questa previsione rischia di essere un alibi per continuare a sostenerlo.

Al momento, gli scienziati prospettano due teorie: *Half Earth* e *Shared Planet*. La prima si basa sulla separazione netta fra una natura quasi incontaminata e lo spazio abitato dagli esseri umani che include città e coltivazioni. La seconda invece implicherebbe una maggiore integrazione fra le due sfere. In ogni caso ognuna di queste teorie deve mettere in campo cambi radicali nella produzione a tutti i livelli dall'industria all'agricoltura e richiede un deciso intervento di politica e tecnologia.

Il ritorno alla campagna avrebbe effetti molto forti sul global warming, studi mettono in evidenza come il global warming potrebbe essere affrontato lasciando metà del pianeta allo stato naturale, sviluppando solo l'altra metà. Certo con interventi più efficaci e radicali di quelli attuali: utilizzando al meglio la tecnologia e minimizzando le emissioni di CO2.

Fin dall'antichità, dalla Cina all'Impero Romano c'è sempre stata una visione idealistica della campagna come luogo di ispirazione poetica, ozio, evasione. Ma, nel momento in cui la campagna è il territorio complesso che abbiamo detto, la scelta di viverci diventa un'opportunità professionale e di qualità della vita. Oggi le giovani generazioni l'hanno capito, in Italia, ad esempio, c'è grande interesse per il riutilizzo di territori rurali e borghi antichi abbandonati.

L'aspetto fisico della città - sostiene l'antropologa Anna Lazzarini - il suo corpo, appare come oggetto di un conflitto incessante di

presenze, di riscritture materiali, di riusi, di cambiamenti, di rappresentazioni o di funzionalità delle stesse strutture. L'esperienza della città si dispiega, da una parte tra memorie, storie, tradizioni che diventano monumenti e dall'altra proiezioni nel futuro, necessità di pensarsi continuamente entro una dimensione di ulteriore destinazione. E in questo scarto tra ciò che è stata e ciò che sarà, tra la trama di significati che sono stati condivisi e il disegno che progetta di perseguire, si apre la dimensione politica della città: la politica in quanto tale è infatti caratterizzata da un' intensa idealità costruttrice capace di trascendere la quotidianità.

Si collega a questo pensiero volto a rendere meno densa la vita della città, l'utopia della paesizzazione dell'urbe, della quale si fa promotore a Parigi Carlos Moreno, della Sorbona, per una città di prossimità, policentrica e più lenta, che tenda a rendere fruibili gli spazi urbani con servizi a portata di 15 minuti, a piedi, o con l'uso di mezzi sostenibili -Viene recuperata dagli urbanisti in periodo post Covid-19 il modello delle "città arcipelago" pensato già negli anni '60 del secolo scorso e riconducibile a Oswald Ungers, per una città con meno centri iper terziarizzati e con grandi aggregatori, ma con quartieri autosufficienti, capaci di valorizzare la dimensione umana e i rapporti di vicinato(Stefano Boeri).

Da "Trieste è una donna" con Umberto Saba che abbiamo visto aggirarsi nella città vecchia tra gente non proprio illustre "che viene e che va/dall'osteria alla casa o al lupanare/dove son merci e uomini il detrito/di un gran porto di mare".

5. La città nell'era della riproduzione turistica

In origine - così Boris Groys - la città nasce come progetto per il futuro: la gente si spostava dalla campagna per sfuggire alle antiche forze della natura e per costruire un futuro che poteva essere controllato e modellato.

L'intero corso della storia dell'umanità sino a oggi è stato definito da questa migrazione dalla campagna alla città, una dinamica a cui, in effetti, la storia deve la sua direzione.

Anche se la vita in campagna è stata ripetutamente stilizzata come l'età dell'oro, fatta di armonia e appagamento "naturale", questo ricordo abbellito di una vita trascorsa nella natura non ha mai trattenuto la gente dal portare avanti il proprio percorso storico.

La città possiede di per sé una dimensione intrinsecamente utopica per il fatto di essere situata al di fuori dell'ordine naturale. La città si trova nel ou-topos. Un tempo erano le mura a delineare il luogo in cui veniva costruita una città, designando chiaramente il suo carattere utopico, ou-topian.

Più la città era considerata utopica, più era difficile raggiungerla e accedervi, sia che fosse Lhasa in Tibet, la celestiale Gerusalemme o Shambala in India.

Tradizionalmente, le città si isolavano dal resto del mondo per costruire il proprio futuro. Quindi la città autentica non solo è utopica ma anche anti-turistica: essa si dissocia dallo spazio muovendosi nel tempo.

La lotta con la natura non è cessata, ovviamente, neanche all'interno della città. Cartesio, nell'incipit del suo Discorso sul metodo, aveva già osservato che le città storicamente evolute non erano totalmente immuni all'irrazionalità dell'ordine naturale, infatti avrebbero dovuto essere totalmente demolite se fosse stato necessario costruire una città nuova, razionale ed efficiente sul terreno sgombrato. In seguito Le Corbusier chiese la demolizione di Parigi per far spazio alla costruzione di una nuova città razionale. Da qui, il sogno utopico della totale razionalità, trasparenza e controllabilità di un contesto urbano ha scatenato un dinamismo storico che si manifesta nella trasformazione perpetua di tutti i settori della vita urbana: la ricerca dell'utopia ha obbligato la città a subire un processo permanente di superamento e distruzione di se stessa (ragion per cui la città è diventata il luogo naturale per rivoluzioni, sconvolgimenti, nuovi inizi, mode passeggiere e stili di vita in continua evoluzione). Costruita come oasi di sicurezza, essa è divenuta presto il palcoscenico per l'instabilità, la criminalità, la distruzione, l'anarchia e il terrorismo.

La città si presenta, quindi, come un mix di utopia e distopia di cui senza dubbio si nutre la modernità applaudendone maggiormente gli aspetti distopici piuttosto che quelli utopici: la decadenza urbana, il pericolo e la stranezza inquietante.

La città dell'effimero eterno è stata spesso ritratta in letteratura e rappresentata al cinema: è la città che conosciamo, ad esempio, grazie a Blade Runner o a Terminator I e II, dove viene costantemente data l'autorizzazione a radere tutto al suolo, solo perchè la gente è instancabilmente impegnata a creare spazio per ciò che deve succedere, per i futuri sviluppi.

L'arrivo del futuro è sempre ostacolato e rimandato perchè i resti del tessuto urbano precedentemente edificato non possono mai essere rimossi del tutto, rendendo impossibile il completamento della fase preparatoria. Se, infatti, esiste qualcosa di permanente nelle nostre città, va cercato in queste preparazioni incessanti per la costruzione di qualcosa che promette di durare a lungo; è nel perpetuo rinvio di una soluzione finale, l'asestamento infinito, le continue riparazioni e l'adeguamento costante e frammentario a nuovi vincoli.

In tempi moderni, questo impulso utopico, la ricerca di una città ideale, si è progressivamente indebolito, sostituito dal fascino per il turismo.

Oggi, quando non si è più soddisfatti della vita nelle città in cui si vive, non si lotta più per cambiarla, rivoluzionarla o ricostruirla, ci si trasferisce semplicemente altrove – per un periodo o per sempre – alla ricerca di ciò che manca nella propria città.

La mobilità tra le città – sia per turismo che per migrazione – ha alterato radicalmente il nostro rapporto con la città e le città stesse. Globalizzazione e mobilità hanno in pratica rimesso in questione il carattere utopico della città riscrivendo l'ou-topos urbano nella topografia dello spazio globalizzato.

Non è una coincidenza che McLuhan, nelle sue riflessioni sul mondo globalizzato, abbia coniato il termine "villaggio globale" invece di città globale.

Per il turista, così come per l'emigrante, è il paesaggio in cui sorge la città ad essere ancora una volta la questione centrale. E' stata soprattutto la prima fase del turismo moderno (che da ora in poi

definisco turismo romantico) ad aver generato un atteggiamento anti-utopico nei confronti della città.

Il turismo romantico nella sua veste ottocentesca ha gettato una certa paralisi sulla città che ha finito per essere considerata un aggregato di attrazioni turistiche. Il turista romantico non è alla ricerca di modelli universali utopistici, ma di differenze culturali e identità locali. Il suo sguardo non è utopico ma conservativo, non guarda al futuro ma al passato.

Il turismo romantico è una macchina progettata per trasformare la transitorietà in permanenza, la fugacità in assenza del tempo, l'effimero nel monumentale.

Quando un turista attraversa una città, il luogo viene esposto al suo sguardo come se fosse privo di storia, di eterno, come se fosse una somma di edifici che è sempre stata lì e resterà sempre come al momento del suo arrivo, perchè il turista non può tracciare le trasformazioni storiche della città o percepire l'impulso utopico che spinge la città verso il futuro.

Si può quindi affermare che il turismo romantico abolisce proprio l'utopia, portandoci a considerarla come ultimata.

Lo sguardo turistico romanticizza, monumentalizza ed esternalizza tutto ciò che è alla sua portata.

A sua volta, la città si adatta a questa utopia materialista, allo sguardo di Medusa del turista romantico.

I monumenti di una città, dopotutto, non sono sempre stati lì ad aspettare di farsi vedere dai turisti, anzi, è stato il turismo a creare questi monumenti. E' il turismo che monumentalizza una città; lo

sguardo del turista di passaggio trasforma la vita urbana perennemente fluida, in continuo mutamento, in una monumentale immagine dell'eternità. Il crescente volume del turismo, inoltre, accelera il processo di monumentalizzazione”.

Processo di monumentalizzazione che, se spostato dalle cose alle persone, viene colto dal sociologo del turismo Rachid Amirou, quando racconta un aneddoto che si svolge in un paesino provenzale, in Francia, dove i pensionati ricevevano una piccola somma dal municipio *per condurre esattamente il loro stile di vita abituale*.

6. La Ferriera di Servola

“... ecco edifici di fuoco che camminano, si sventrano e rovesciano a terra viscere di topazi e rubini! Noi assistiamo così alla fusione del nuovo sole futurista, più colorato, più fantastico... Oh! come invidiamo le case appollaiate sulle colline circostanti, le case attente a cui la gioia ubbriacante del fuoco incendia gli occhi ogni notte. Come invidiamo le nuvole dalle facce accaldate e l'orizzonte marino solcato da lunghi riflessi scarlatti!”(Filippo Tommaso Marinetti, in A. Palazzeschi, L'incendiario 1910).

Una realtà caratterizzante di Trieste.

La bora, il Castello di Miramare, piazza Unità d'Italia. E, quando ancora l'industria pesante era un vanto per un Paese occidentale, oltre che una importante posta del relativo Pil – dunque ben prima di diventare il simbolo della insensibilità ambientale e di un'economia non ancora evolutasi nella tecnologia e nei servizi - la Ferriera.

Se il Porto era lo sguardo sull'Altrove, la Ferriera era la potenza e la modernità autoctona. Per decenni Trieste ha vissuto poggiata su queste due realtà e il loro carico di suggestioni.

La tortuosa storia della Ferriera comincia il 24 novembre 1897 quando l'impianto siderurgico di Servola, tecnologicamente avanzato, cominciò a funzionare. Era un gioiello dell'ingegneria e dell'industria meccanica che la Krainische Industrie Gesellschaft (KIG) di Lubiana aveva fatto costruire su suggerimento della ditta A. Eulambio e Fratello di Trieste. Il suo cuore meccanico produceva ghisa e ferroleghe.

Anni duri, di lavoro in condizioni terribili; i triestini inizialmente se ne stavano alla larga, a contatto con l'altoforno c'erano gli sloveni. Negli anni si aggiungono la cokeria, un forno Martin, un laminatoio.

Anni di grandi cambiamenti politici e geografici: nel 1924 l'impianto diventa italiano, della Società Alti Forni e Acciaieria della Venezia Giulia e sette anni più tardi di ILVA-Alti Forni e Acciaierie d'Italia di Genova.

L'industria siderurgica è motivo di orgoglio nazionale: il 18 Settembre 1938 Benito Mussolini non può mancare alla inaugurazione del Laminatoio.

Nonostante gli sconvolgimenti sociali, la Ferriera attraversa quasi indenne il secondo conflitto mondiale, il dopoguerra e più passaggi di proprietà tra cui quello all'Italsider, fino alla privatizzazione alla fine degli anni '80, alla Pittini (1990-1994). E' un periodo di crisi per il mercato dell'acciaio e nella politica economica italiana, di grandi cambiamenti: nel 1992 l'Iri viene trasformata in società per azioni, nel 1993 viene abolito il ministero delle Partecipazioni statali in seguito a un referendum, il processo di privatizzazione di tante aziende pubbliche è in atto.

La Ferriera per Trieste non è una fabbrica come tante, è connaturata in essa; e le sue difficoltà sono le difficoltà della città: dopo il

fallimento della Pittini e periodi di commissariamento della fabbrica, nel 1994 l'allora Sindaco Riccardo Illy si mette alla testa del Consiglio comunale e di un lungo corteo di cittadini e in fiaccolata da Servola raggiunge il Municipio, in piazza Unità d'Italia.

L'anno dopo l'impianto è rilevato dal Gruppo Lucchini e cambia nome in Servola Spa. Nel 2005 il colosso siderurgico russo Severstal assume il controllo, prima parziale e poi totale del gruppo ma nel 2010 cede il suo 80 per cento alla Lucchini Spa. Il 21 dicembre 2012 la Ferriera è in amministrazione straordinaria a seguito della richiesta presentata dall'azienda Lucchini Spa.

Precarietà societarie che si ripercuotono (o ne sono lo specchio) sulla produzione.

Le proteste di piazza si susseguono e forse ottengono l'attenzione sperata, con gli operai in un freddo inverno di bora ad alternarsi per settimane in una tenda montata in piazza della Borsa.

E' il 2014 quando l'amministrazione regionale, Presidente Debora Serracchiani, estrae dal cilindro il Gruppo Arvedi di Cremona.

Pochi e rapidi passaggi burocratici d'obbligo e il 30 gennaio a Roma viene siglato un Accordo di Programma tra vari ministeri che avvia un percorso di reindustrializzazione del sito della Ferriera di Servola, mettendo a disposizione per interventi di tutela ambientale 42,5 milioni di euro. E' il 18 aprile quando si diffonde la notizia che il gruppo Arvedi ha inviato una manifestazione d'interesse per acquistare il complesso aziendale di Trieste Servola Spa, tramite la controllata Siderurgica Triestina. Un interesse formalizzato il 28 luglio in una proposta di acquisto e concretizzatosi il 6 Ottobre in una cessione definitiva da parte della Lucchini degli impianti e dei 410 lavoratori dipendenti.

Il Cavalier Arvedi ha grandi idee, vuole lasciare il segno a Trieste.

Vecchio stampo di industriale perbene, intende la fabbrica come un fattore trainante di crescita economica, culturale e civica del territorio in cui opera. Non è un caso se la Siderurgica Triestina si impegna a investire 170 milioni di euro nell'impianto di Servola. Ma la riconversione industriale è complessa e i tempi lunghi. Il Sindaco di centro-sinistra Roberto Cosolini nel tentativo di salvaguardare lo stabilimento e l'occupazione, chiede in breve tempo l'abbattimento delle emissioni inquinanti.

La gestione Arvedi si mostra sensibile all'argomento e ben si coniuga con la direzione dell'impianto di Francesco Rosato che già in passato si era distinto per lo spirito di corpo che aveva saputo creare tra i lavoratori con grandi doti di mediazione. Si progetta uno speciale filtro che viene installato in cokeria, i risultati sono buoni e i valori di benzo(a)pirene, la sostanza più nociva del ciclo di produzione, si abbassano sotto il limite massimo consentito dalle norme.

L'impianto ottiene tuttavia il rilascio dell'Autorizzazione integrata ambientale (Aia) ma il quadro politico locale cambia radicalmente e in pochi mesi: nel giugno 2016 è eletto Sindaco per la terza volta pur non consecutiva Roberto Dipiazza, alla guida di una Giunta di centro-destra; il cavallo di battaglia della sua campagna elettorale è stato la chiusura della Ferriera, gli abitanti di Servola ci hanno creduto e manifestato frequentemente contro l'impianto. Il 18 maggio 2018 il leghista Massimiliano Fedriga presenta la nuova Giunta: Debora Serracchiani, che aveva appoggiato l'arrivo di Arvedi a Trieste, non si presenta alle elezioni regionali(entrerà in Parlamento con il recupero dei resti). Fedriga sostituisce la ex governatrice anche nella carica di commissario per la Ferriera.

La situazione si complica e il rapporto tra amministrazioni locali e Siderurgica triestina si incrina, frequenti sono gli scambi di accuse sui mancati reciproci mantenimenti degli impegni presi; fino a divenire incompatibile. Questo è il coinvolgimento della Arvedi in una

controversa giudiziaria convincono il Gruppo a cedere e, nell'estate 2019, si avviano contatti per la dismissione dell'area a caldo e una svolta green dell'impianto. Il 5 settembre 2019 Giovanni Arvedi abbandonando la proverbiale riservatezza fa pubblicare una lettera aperta annunciando l'imminente blocco della produzione dell'area a caldo, una decisione "conseguenza di scelte operate da altri" e presa "a malincuore" e con "amarezza".

A rischio ci sono anche circa 500 posti di lavoro.

Il 21 ottobre l'azienda presenta un nuovo piano industriale al ministero dello Sviluppo economico, alla presenza del Ministro Stefano Patuanelli, incentrato sulla riconversione dell'area a caldo e sulla decarbonizzazione del sito produttivo, potenziamento dell'area a freddo e delle attività logistiche.

Le parti si accordano perché nella trasformazione non vi siano esuberi occupazionali.

Il Cavaliere Giovanni Arvedi vive il 9 aprile 2020 "uno dei giorni più tristi" della sua "lunga vita di lavoro": l'area a caldo della Ferriera di Servola ha smesso di funzionare. A commuoversi sono anche gli operai, la città nel suo insieme sembra invece meno sensibile al momento epocale che sta vivendo, con l'ultima colata, la Ferriera chiude dopo 123 anni.

Il 23 giugno 2020 viene siglato l'Accordo di Programma per l'area della Ferriera di Servola a Trieste tra il Gruppo Arvedi, I.CO.P. S.p.A.-PLT, e le parti pubbliche. Il progetto: un polo industriale con oltre 400 occupati, costituito dall'attività siderurgica "a freddo" gestita dal gruppo Arvedi, e una piattaforma logistica collegata gestita da Icop-PLT. Nell'ex "area a caldo" della Ferriera sorgerà un polo logistico, favorito dalla realizzazione di un nuovo snodo ferroviario e

dall'allargamento della banchina portuale.

“..... è una stagione/nuova, sconosciuta/che le quattro della tradizione/raccoglie, supera e scompono/aprendo il campo a un tempo/indefinito, penoso e scriteriato” (Franco Marcoaldi) ... e che ci mette in relazione con il cuore dell'Europa, nel Saarland in Germania, con il Comune di Völklingen, dove aveva sede un importante impianto siderurgico che, nel 1994, è stato inserito nell'elenco dei Patrimoni dell'umanità Unesco, un ambiente industriale sviluppatosi nel corso del XIX e XX secolo, con caratteristiche simili a quelle di Servola.

Il veloce smantellamento dell'impianto triestino, certo legato alle tempistiche della riconversione dell'area in piattaforma logistica e snodo ferroviario, ha tuttavia aperto un nuovo capitolo, anche per la possibilità di valorizzare quella parte residua dei manufatti recuperati e sottratti alla distruzione.

Le fotografie e il video sono stati realizzati tra settembre e ottobre 2020, con lo scopo di documentare e testimoniare gli ultimi giorni dello stabilimento, in un periodo storico e con un clima “sospeso” che risentiva, anche psicologicamente, di quanto ingenerato dalla pandemia da Covid -19, che ha ragionevolmente influenzato gli autori.

Manufatti da inserire in un progetto museale riconducibile al filone “archeologia industriale” e da collocare in un percorso che metta in relazione e dialogo i più significativi beni tutelati dal Codice dei Beni Culturali e del paesaggio: la Centrale Idrodinamica e la Sottostazione elettrica in Porto Vecchio, accanto al nuovo Museo del Mare nel Magazzino 26, il Gasometro del Broletto, il Museo della guerra e della pace Diego de Henriquez, il Museo ferroviario a Campo Marzio e

l'Ursus, il pontone galleggiante del 1914, a tutti gli effetti simbolo di un'epoca.

Beni da inserire in un percorso che serva per valorizzare l'identità industriale della città, mescolando fruizione al pubblico con l'offerta di servizi per il curioso e il turista, storia industriale, economia e cultura del territorio, per la valorizzazione di luoghi che possano sempre più consolidare la loro attrattività quali locations per set cinematografici e poi per cineturismo (accade già per Porto Vecchio).

Less is more

(Ludwig Mies van der Rohe)

7. Conclusioni e proposte

La relazione tra Trieste e il suo Porto Vecchio sembra riprendere la distinzione francese tra Ville e Cité. Nel XVI secolo, ricorda Richard Sennet, la Cité giunse a connotare lo stile di un quartiere, o i sentimenti della gente nei confronti dei vicini e degli stranieri e il suo attaccamento al luogo in cui viveva. Da una parte un territorio edificato ma distopico-la Ville-dall' altra la Cité - il modo in cui la gente abita e vive, con una antropologia, con un tipo preciso di coscienza e consapevolezza, con le aspirazioni di vita collettiva della popolazione.

La trasformazione e la rifunzionalizzazione del Porto Vecchio dovrà auspicabilmente avvenire alla luce di questo paradigma, se si vorrà rigenerare quell'area e renderla parte viva della città, piuttosto che un luogo artificiale, e dove possano convivere attività post-industriali, servizi e residenze in grado di renderlo attrattivo, vivace, creativo, sia

per i servizi pubblici presenti, quelli culturali con la Centrale Idrodinamica e la Sottostazione elettrica, il Museo del Mare in corso di realizzazione nel Magazzino 26, insieme con la nuova sede dell'Immaginario Scientifico, le masserizie dei profughi del Magazzino 18, e il nuovo Centro Congressi con i connessi servizi e sottoservizi stradali , sia per quelli legati alla ricerca che, mettendosi in relazione con l'Urban Center Imprese di Corso Cavour, possano approfittare del nuovo contesto per essere un po' meno "comunicazione", ma più produzione di ricerca applicata e integrata, con il suo valore aggiunto in termini di crescita economica sostenibile di qualità e di lavoro.

Ricerca non solo scientifica in senso stretto, ma come attitudine dei distinti "saperi" all'approfondimento e a cercare (creare) interferenze, a dialogare con apertura, mettendo in discussione modelli consolidati e proponendo nuove soluzioni, con nuove metodiche per i molteplici problemi.

Il presente è la risultante di un flusso di eventi che proviene dal passato, diceva Walter Benjamin, che concepiva il passato come l'altra faccia del presente, derivante da un prodotto di esso. E' il presente che genera al suo interno il passato e il passato non può esistere indipendentemente da un presente che lo testimonia e lo redime. Passato, in questa sede, non tanto come mera memoria statica, bensì come precedente che rinnova la sua forza, basti pensare al fatto che dietro le facciate storicistiche delle architetture del Porto Vecchio si nascondono le sfide tecnologiche intraprese dai progettisti e dalle ditte costruttrici austriache e italiane per far fronte alle nuove esigenze strutturali e prestazionali richieste per l'uso specifico dei fabbricati. Le fabbriche di quello che fu un tempo il Neuen Hafen triestino " un libro aperto di storia dello sviluppo del calcestruzzo armato", con i suoi brevetti, per tutti il sistema Monier, il

prodotto di una fase decisiva della storia della Tecnica delle Costruzioni in calcestruzzo armato nel settore edilizio in ambito internazionale (il totale complessivo dei solai dei fabbricati nel Porto Vecchio realizzati secondo sistemi sperimentali, tra i quali il Monier, sarebbero pari a 260mila mq) o basti osservare Palazzo Berlam, sulle Rive, ispirato ai grattacieli di New York.

Chissà, forse in questi ultimi trent'anni siamo stati tutti vittime inconsapevoli di una grande assenza, di quella domanda che ci interroga sul "perché" si fanno le cose, sulla loro finalità, fuori dalla riproduzione meccanica di una procedura, assenza che ha alimentato la difficoltà di innescare pensieri creativi, di generare ipotesi sul futuro, di inventare soluzioni, di costruire una visione "vedere l'intima oscurità che si chiude dietro la superficie delle cose- così Giorgio Agamben - rompere la continuità per rileggere la storia in maniera problematica. E' come se quell'invisibile luce che è il buio del presente proiettasse la sua ombra sul passato e questo acquisisse la capacità di rispondere alle tenebre dell'ora" ... e, viene da aggiungere, usare un approccio problematico per aggrapparsi alla realtà, per provare a cambiarla, per tentare di migliorare le cose partendo dal micro-luogo dove si vive, per inventare nuovi modi di vivere la città.

In questa fase storica di conclamato disordine globale, sono le città con il loro governo le uniche Istituzioni che possano dare una serie di risposte ai tanti bisogni e desideri delle persone. Non fu per caso se, nel secondo dopoguerra, furono scelti i Comuni per attuare i progetti del Piano Marshall.

"Anche le città credono d'essere opera della mente o del caso- così Italo Calvino- ma né l'una né l'altra bastano a tenere su le loro mura. Di una città non godi le sette o settantasette meraviglie, ma la risposta che dà a una tua domanda".

Nel suo libro-diario scritto tra il 1970 e il 1986, *Scolpire il tempo*, Andrej Tarkovskij annota con sorprendente lungimiranza, portandoci su di un terreno di ricerca spirituale e individuale, e con un invito che si adatta, sorprendentemente, alla crisi *post Coronavirus*.

“Viviamo in un mondo di idee fabbricate per noi da altri, sviluppandoci secondo i parametri di queste idee, o scostandoci ed entrandovi in conflitto, in maniera sempre più insanabile è ormai chiaro per tutti che l'uomo si è sviluppato senza sincronia tra il processo di conquista dei beni materiali e quello di perfezionamento spirituale abbiamo creato una civiltà che minaccia di distruggere l'umanità. Figurandoci di essere sostenitori della scienza per rendere più convincenti i nostri cosiddetti intenti scientifici, sezioniamo il processo unitario e indivisibile dello sviluppo umano e, mettendone a nudo una sola delle sue molle, la più visibile, ritenendo che sia quella che muove tutto, tentiamo non soltanto di giudicare gli errori del passato, ma di progettare il futuro!”

Adesso Trieste, come tutte le città del pianeta, è immersa in una crisi globale dovuta al Covid-19, una crisi di dimensioni senza precedenti recenti (la spagnola, negli anni '20 del '900, causò 50 milioni di morti, la seconda guerra mondiale, nel 1945, 60 milioni), ma occorre uno sforzo collettivo fatto di nuovi metodi e di nuovi paradigmi, tanto più necessari in un Paese in debito di cambiamento da almeno 30 anni. Problemi irrisolti che si trascinavano da anni, come per esempio la Ferriera di Servola, hanno iniziato a trovare una soluzione, grazie all'ingente investimento (30 milioni) necessario per bonificare il sito, che verrà poi assegnato all'Autorità Portuale, con la decisiva collaborazione di Arvedi.

Ma non c'è impresa collettiva che non sia il frutto della collaborazione

di molti, dei cittadini, delle Istituzioni pubbliche, delle Imprese e dei saperi, che hanno il compito di pensare ad una città che non sia fatta di pezzi separati, ma di parti integrate perché in dialogo continuo, dove l'industria sa produrre cultura e la ricerca sa rivolgersi ai problemi del territorio da risolvere, perchè sa rendersi "applicata".

Tra gli esiti di questo progetto potrebbe esserci la creazione di una "Officina-laboratorio", in collaborazione con la ricerca universitaria, con l'obiettivo di formulare un progetto di Fattibilità tecnico economica, da presentare al Sindaco in carica, che abbia ad oggetto la rigenerazione dell'area della Lanterna(uno dei luoghi irrisolti della città nonostante la sua centralissima collocazione) e la musealizzazione dei reperti della Ferriera, nel quadro della creazione di un percorso che comprenda i beni di archeologia industriale della città. Ma un museo che non sia un reliquiario ma un pretesto e un punto di riferimento per interrogarsi sui nuovi processi industriali, sulla produzione di acciaio sostenibile, sull'importanza del verde urbano per diminuire la produzione di CO2, un luogo che stimoli e promuova incontri, seminari, convegni per interrogarsi sulle sfide dell'intelligenza artificiale e su quelle dell'e-commerce che, indirettamente, stanno modificando il volto della città e dei negozi di vicinato.

Ci accompagna, infine, la riflessione di Remo Bodei sulle tre classiche e fondamentali dimensioni del tempo: il presente, il ,passato e il futuro, tutte da rispettare e comprendere dal momento che "la vista acquista maggiore pienezza solo se le tre dimensioni sono, per quanto è possibile, armoniosamente intrecciate tra loro" e non puo' non venire in mente la fune di Ludwig Wittgenstein che descrive il

formarsi di un intreccio di fibra su fibra: la robustezza del filo non è data dal fatto che una fibra corre per tutta la sua lunghezza, ma dal sovrapporsi di molte fibre: qualcosa percorre tutto il filo, l'ininterrotto sovrapporsi di queste fibre.

Quanto alle sollecitazioni e alle proposte volte a dare risposte ai problemi *post* pandemia non possono non riprendersi le parole di Renzo Piano: "credo che la risposta debba essere un nuovo modo di abitare gli spazi pubblici, nella città dischiusa e aperta ...ma la risposta non può essere tecnica, dev'essere per forza politica, sociale, scientifica, in una parola deve essere umanistica ... c'è nella Città ... un'altra bellezza più profonda che è quella umana fatta di energia, solidarietà, passioni e desideri. Quella fatta di giovani carichi di speranza e voglia di un futuro migliore, quegli stessi giovani che, con un lungo cammino davanti, hanno il compito di salvare la Terra ... una bellezza che non è intesa in maniera frivola e superficiale, ma dove l'invisibile raggiunge il mondo visibile; questo tipo di bellezza, credo possa essere il vero antidoto alle barbarie. I greci hanno coniato una parola *kalokagathòs* che unisce l'ideale di bellezza al valore morale. Il bello non significa semplicemente bello, ma vuol dire anche buono. Anche in russo la parola *krasotà* definisce qualcosa di non visibile, come disse il principe Myskin di Dostoevskij: la bellezza salverà il mondo".

Bibliografia essenziale

- Angelo Ara e Claudio Magris, Trieste, Giulio Einaudi, 1987.
Arena Gregorio, I custodi della bellezza, 2020, disponibile on line.
Marc Augè, Rovine e macerie, Bollati Boringhieri, 2004.
Paul Auster, L'invenzione della solitudine, Einaudi, 1997.
Roland Barthes, La camera chiara, Einaudi, 2003.
Jean Baudrillard, Il delitto perfetto, Raffaello Cortina Editore, 1996.

- Zygmunt Bauman, Città di paure – città di speranze, Castelvecchi, 2019.
- Walter Benjamin, Immagini di città, Einaudi, 2007.
- Walter Benjamin, Breve storia della fotografia, Passigli Editori, 2014.
- Francesco Bonami, Lo potevo fare anch' io, Mondadori, 2007.
- Eugenio Borgna, La nostalgia ferita, Einaudi, 2018.
- Mario Botta e Paolo Crepet, Dove abitano le emozioni, Einaudi, 2007.
- Nicolas Bourriaud, Estetica relazionale, Post Media Books, 2010.
- Italo Calvino, Avventura di un fotografo, in Gli amori difficili, Einaudi, 1972, Le città invisibili, Einaudi, 1972.
- Albert Camus, Lo straniero, Bompiani, 2005.
- Elias Canetti, La provincia dell'uomo, Adelphi, 1978.
- Antonella Caroli, Punto Franco Vecchio, Tecnologie, sistemi costruttivi, opere professionali e normativa del Porto di Trieste, 1996.
- Byung – Chul Han, La società della stanchezza, Gransasso Nottetempo, 2012.
- Gilles Clément, Manifesto del terzo paesaggio, Editions Sujet/Objet, 2004.
- Luca Dal Pozzolo, Esercizi di sguardo, Editrice Bibliografica, 2019.
- Ivano Dionigi, Segui il tuo demone, Laterza, 2020.
- Umberto Eco, Opera Aperta, Tascabili Bompiani, 2009.
- Giovanni Battista Maria Falcone, Rottami, FinArt Editore, 2019.
- Vilèm Flusser, Per una filosofia della fotografia, Bruno Mondadori, 2006.
- Joan Fontcuberta, La furia delle immagini, Einaudi, 2018.
- Michael Freeman, La visione del fotografo, Logos, 2014.
- Paolo Grossi, Oltre la legalità, Laterza, 2020.
- Boris Groys, Art Power, Postmedia Books, 2012.
- Maurizio Guerri e Francesco Parisi, Filosofia della Fotografia, Raffaello Cortina, 2013.
- Yuval Noah Harari, 21 lezioni per il XXI secolo, Bompiani, 2018.
- James Hillman, L'anima dei luoghi, Rizzoli, 2004.
- Michel Houellebecq, La Lettura, 18 ottobre 2020.
- Milan kundera, Lo scherzo, Adelphi, 1993.
- Charles Landry, L'arte di fare la città, Codice, 2006.
- Paolo Legrenzi, Regole e caso, Il Mulino, 2017.
- Claude Lévi – Strauss, Cristi di oscure speranze, Gransasso – Nottetempo, 2008.
- Vittorio Lingiardi, Mindscapes, Raffaello Cortina, 2017.
- Keywords, Decalogo per una formazione all'arte contemporanea, Antonella Marino e Maria Vinella, FrancoAngeli, 2016.
- Rem koolhaas, Countryside a report, Feltrinelli, 2020.
- Claudio Marra, Fotografia e pittura nel Novecento (e oltre), Bruno Mondadori, 2012.
- Carlos Martí Arís, Silenzi Eloquenti, Christian Marinotti Edizioni, 2007.
- Monica Mazzolini, Uno scienziato al museo, Linea, 2020.

Silvia Mazzucotelli Salice, *Arte pubblica*, Franco Angeli, 2015.
Tommaso Montanari – Vincenzo Trione, *Contro le mostre*, Einaudi, 2017.
Edgar Morin, *Sull'Estetica*, Raffaello Cortina Editore, 2019.
Jan Morris, *Trieste*, Il Saggiatore, 2014.
Paolo Mottana e Giuseppe Campagnoli, *La città educante*, Asterios, 2017.
Demetrio Paparoni – Arthur C. Danto, *Arte e Poststoria*, Neri Pozza Editore, 2020.
Renzo Piano, *la Repubblica*, 22 novembre 2020.
Salvatore Piermarini, *Il Perduto incanto*, Rubbettino, 2019.
Salvatore Piermarini e Vito Teti, *Pathos*, Rubbettino, 2019.
Carlo Ratti, *La città di domani*, Einaudi, 2017.
Silvia Mazzucotelli Salice, *Arte Pubblica*, Franco Angeli, 2015.
W.G. Sebald, *Austerlitz*, Adelphi, 2001.
Richard Sennett, *Costruire e abitare*, Feltrinelli, 2018.
Salvatore Settis, *Architettura e Democrazia*, Einaudi, 2017.
Salvatore Settis, *Paesaggio, Costituzione, cemento*, Einaudi, 2019.
Peter Sloterdijk, *L'imperativo estetico*, Raffaello Cortina, 2014.
Susan Sontag, *Sulla Fotografia*, Einaudi, 1977.
Pietro Spirito, *Trieste è un'altra*, Mauro Pagliai Editore, 2012.
Andrej Tarkovskij, *Scolpire il tempo*, Istituto Internazionale Andrej Tarkovskij, 2016.
Antonella Tarpino, *Spaesati*, Einaudi, 2012.
Vincenzo Trione, *Effetto Città*, Bompiani, 2014.
Marguerite Yourcenar, *Memorie di Adriano*, Einaudi 1988.
Federico Vercellone, *Simboli della fine*, il Mulino, 2018.
Nigel Warburton, *La questione dell'arte*, Einaudi, 2004.
Wim Wenders, *Una volta*, Contrasto, 2015.
Italo Zannier, *La lanterna della fotografia*, La Nave di Teseo Editore, 2017.

Trieste 8 dicembre 2020

Enrico Conte
Direttore Dipartimento Lavori Pubblici e Project financing
Comune di Trieste
erricone@libero.it
cell 348.0064127

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

2020 - Anno XLI

GESTIONE, PIANIFICAZIONE E CONTROLLI NEGLI ENTI LOCALI MINORI: PROSPETTIVE PER UNA RIFORMA RADICALE

di Sergio De Dominicis, Avvocato e cultore universitario nelle materie della Contabilità pubblica e del Diritto dell'economia

1. L'aziendalismo nel sistema di diritto pubblico

Le Province ed i Comuni sono Enti locali minori, mentre le Regioni hanno autonomia istituzionale nel contesto della riforma costituzionale del 2001, perché, per certi profili, contribuiscono alla forma di governo statale. Infatti, le Regioni partecipano alla elezione del Capo dello Stato e sono Enti del decentramento autonomistico nel sistema costituzionale vigente.

Nella economicità del presente studio occorre, tuttavia, osservare qualcosa di più.

Visto che il sistema amministrativo italiano, dopo l'approvazione del T.U.E.L. n. 267 del 2000, è profondamente cambiato; visto che con la riforma del titolo V della Costituzione, decisa con legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001, il controllo "ab esterno" sugli atti degli enti locali è stato soppresso e sostituito da forme di controllo "ab interno" sulle

attività e sulle gestioni, conferendo i relativi poteri ai revisori dei conti e agli altri organi di vigilanza interna, anche in funzione della formazione del giudizio di valutazione, sui risultati dell'azione amministrativa; e, dell'esito positivo, consentendo l'erogazione dei premi in deroga da devolvere ai dirigenti amministrativi, visto che tutta l'attività di gestione degli enti locali è stata attribuita ai responsabili degli uffici sezionali, residuando agli amministratori soltanto le funzioni di indirizzo, di controllo e di vigilanza sull'attività amministrativa, cui non può ritenersi estranea l'attività di sollecitazione, da essere, comunque, regolamentata a cura della G.M. previa riforma statutaria, nel rispetto della separazione delle rigide competenze amministrative, intestate ai vertici sezionali rispetto alle attività istituzionali degli organi politici; e visto altresì, che nei trasferimenti erariali a favore degli enti locali ricorre la sollecitazione a rendere produttivi i beni patrimoniali disponibili ossia a prevederne la loro utilizzazione economica; tutto ciò premesso, allo scopo di migliorare la funzionalità amministrativa degli Enti territoriali minori (Comuni e Province) si reputa giusto che alcune metodologie vengano mutate dal mondo delle imprese "iure privatorum utitur", e altresì alcuni meccanismi organizzativi tipici delle aziende dei privati, che come è noto, esercitano le loro attività per fini di lucro. Ne deriva che lo scopo lucrativo non può ritenersi estraneo alla funzione degli enti locali. Infatti il patrimonio di questi Enti minori viene sovente abbandonato o non utilizzato in chiave economica, con grave danno pubblico.

L'utilitas economica costituisce, pertanto, una qualità dell'attività pubblica e la sua mancanza può integrare gli estremi della responsabilità amministrativa innanzi alla Corte dei Conti.

Vero è che le poderose ed inaspettate riforme dell'inizio del secolo XXI hanno cercato di cancellare il passato e di far cambiare fisionomia agli enti locali minori. Va, pertanto ricordato che nel mondo delle imprese, sia private che pubbliche, il governo della gestione si basa su tre fasi procedurali tipizzate, quali: a) la pianificazione strategica, b) la pianificazione operativa, c) ed il controllo di gestione.

Per pianificazione si intende, in generale, il processo decisionale programmatico della esecuzione degli obiettivi aziendali, dei mutamenti strategici, ove necessari e delle risorse da impiegare per il loro raggiungimento. Infatti, le politiche organizzative che devono informare l'acquisizione, l'uso e l'assegnazione dei beni messi a disposizione, rientrano nel concetto di pianificazione.

Il piano strategico costituisce, pertanto, l'espressione documentale del processo di pianificazione che, secondo le ultime disposizioni in vigore, si estende in ambito pubblicistico entro un arco di tre- cinque anni.

Il piano esprimerebbe tutte le decisioni che il management pubblico ha assunto nell'esercizio economico-finanziario con riguardo agli obiettivi di medio e lungo termine, perseguibili nel rispetto degli indicatori finanziari, di supporto economico e di mercato, siccome capaci di fornire indicazioni sul costo degli obiettivi programmati.

Sul piano aziendalistico, di diritto privato, valgono anche le strategie di business per il raggiungimento degli scopi preordinati nel c.d. master plan.

Il piano operativo, infine, costituisce l'espressione documentale del processo di programmazione produttiva. Esso contiene la "traduzione" della pianificazione strategica in termini gestionali, nel senso che con esso si mira a rendere concrete le opzioni produttive.

La fase successiva, dal punto di vista gestionale, è quella che delimita l'orizzonte temporale di azione e specifica nei dettagli le azioni e le scelte da porre in essere.

Sarebbe proprio quella, per ultima rappresentata, la fase del controllo di gestione.

Essa implica una verifica dei risultati in termini quantitativi e qualitativi entro un arco temporale prestabilito.

Al relativo giudizio consegue poi, un vero e proprio riesame degli atti e dei presupposti visti nel contesto operativo in cui si è svolto il teatro gestionale.

Ove seguisse un eventuale giudizio negativo ciò potrebbe fare emergere irregolarità, illegittimità o perfino illiceità, sanzionabili nelle varie sedi competenti.

Da studiosi di diritto siamo indotti a separare, sul piano concettuale, le anomalie anzidette.

Per irregolarità deve intendersi una difformità procedimentale il cui esito potrebbe implicare un giudizio amministrativo ex post sui risultati. Per illegittimità si intende la violazione dei canoni classici del diritto amministrativo e, segnatamente, la violazione di legge, l'incompetenza e l'eccesso di potere. Quest'ultima anomalia implica la pronuncia di un organo superiore ossia una decisione vincolante, erogata o da un'autorità sovraordinata (ad esempio, Ministero dell'interno rispetto ad un Prefetto), oppure una sentenza di un giudice speciale, come il TAR - Consiglio di Stato.

Per illiceità si intende il contrasto con una norma imperativa - amministrativa che implica l'irrogazione di una sanzione riparatoria assunta dal giudice contabile, Corte dei Conti.

Nel campo privatistico il risultato positivo, senza irregolarità nei fatti di gestione, non ha rilievo. Il che può non essere valido in un contesto di diritto pubblico.

Infatti i risultati negativi nel campo del diritto amministrativo, determinando un pregiudizio all'economia pubblica o un danno erariale, costituiscono le condizioni per l'esercizio dell'azione di responsabilità innanzi alla Corte dei Conti, i cui poteri sono affidati al Pubblico Ministero Contabile.

Dopo la parentesi squisitamente giuridica va precisato che il ciclo globale della pianificazione e del controllo in chiave gestionale si svolge attraverso tre momenti procedurali che, possiamo indicare nel modo che segue

La pianificazione strategica, nel lungo termine volta ad orientare la definizione delle linee guida strutturate; la pianificazione operativa, che mira a tradurre le strategie economiche in azioni aziendali; il controllo di gestione, mirato, nel breve termine, ad indirizzare e a definire gli obiettivi del budget, ossia del PEG operante nel sistema degli enti locali, finalizzati all'economicità, all'efficienza ed all'efficacia nell'uso delle risorse assegnate nel quadro dell'esercizio..

Trattasi della strategia delle c.d. "tre E", elaborate in ragione del cambiamento radicale, progettate e realizzate nella gestione degli Enti locali e di molti altri enti pubblici territoriali o istituzionali.

Il controllo di gestione agisce, invero, da propulsore, affinché il contenuto del piano operativo sia attuato in ogni sua parte dalla competente struttura organizzativa dell'Ente locale.

Questo controllo deve, pertanto, essere tradotto nel riesame dei traguardi a breve termine, quantificati e realizzati in tutte le loro

varianti, e poi assegnati alla responsabilità gestionale dei dirigenti, per il perseguimento dei risultati da sottoporre a verifica ex post.

In concreto si tratta di riscontrare se quanto è stato compiuto corrisponde alle decisioni di bilancio.

Questo schema generale su cui si innesta il governo della gestione, della pianificazione e del controllo, in uso nel mondo imprenditoriale di diritto privato, si ritiene, cum grano salis, applicabile, "con i dovuti adattamenti", anche alla pubblica amministrazione ed agli Enti locali minori in funzione strumentale, per l'esercizio degli obblighi istituzionali, preordinati mediante le decisioni di bilancio ed attuati attraverso i c.d. PEG.

Dunque, e' partita da qui la stagione persistente del riformismo a Costituzione invariata!

Sulla base delle indicazioni che provengono dagli esperti di scienza aziendale, si può delineare uno schema di governo della gestione della P.A, con particolare riferimento agli Enti locali minori, utilizzatori di documenti contabili che il Testo Unico del 2000 prescrive in modo tassativo, dopo le riforme "a Costituzione invariata" !.

Infatti, la pianificazione strategica è rappresentata negli enti locali dal Bilancio di previsione e dal DUP ossia dal Documento Unico di Programmazione, che altro non è che l'analisi degli obiettivi da realizzarsi, secondo piani e progetti approvati con gli atti deliberativi degli organi istituzionali dell'Ente locale, Giunta (G.M.) e Consiglio (C.C.).

Ultima considerazione, in tema di controllo di gestione.

Per quanto attiene alla pianificazione operativa o gestionale va ribadito che essa è rappresentata dal PEG, ossia dal Piano Esecutivo di Gestione, affidato ai singoli comparti amministrativi dell'Ente locale ed è appena il caso di evidenziare che nel bilancio di un Ente pubblico c'è più di un PEG per materia o per settori di materie amministrative.

Infine, il controllo di gestione riguarda la verifica del raggiungimento degli obiettivi prefissati in un quadro di economicità, di efficienza ed efficacia (cfr. Vittorio Galatro, " Controllo interno nell'Ente locale" Giuffrè, Milano)

Questo quadro che, pur non discostandosi dai canoni di regolarità e di conformità ai principi di diritto pubblico, deve essere visto in funzione della legittimità amministrativa, ossia in osservanza delle disposizioni relative alle competenze precostituite ed ai procedimenti legali previsti dalle varie leggi di settore.

In termini giuridici significa che, ad esempio, le disposizioni sul procedimento espropriativo per pubblica utilità non possono applicarsi al procedimento per un pubblico concorso!

In definitiva, il controllo di gestione sull'Ente locale è condizionato dalla pianificazione delle risorse disponibili, dal giudizio di congruità interno, reso manifesto dalle delibere del collegio dei Revisori, e dal complesso delle attribuzioni conferite dalla legge agli organi istituzionali dell'Ente.

Tra le disposizioni di fondamentale importanza v'è la separazione tra la funzione di indirizzo politico – amministrativo e la gestione delle risorse economiche autorizzate col bilancio, la prima riservata ai politici, la seconda alla dirigenza amministrativa locale ossia ai responsabili dei settori pubblici, sia interni che esterni.

Il controllo di gestione, istituito nato dopo le riforme di sistema ideate da Bassanini, tra i più acuti giuristi italiani del XX secolo, è quel controllo che il legislatore ha richiamato, in più occasioni, nelle leggi di bilancio e nelle altre normative di settore; ad esempio, per applicare le disposizioni sulla spending review.

La qual cosa induce a pensare che detto sistema sia indispensabile per esercitare legittimamente l'attività amministrativa negli enti locali minori!

Questo controllo, al fine di mettere a confronto costi e risultati, serve a valutare i livelli di economicità, di efficienza ed efficacia dei servizi locali realizzati con criterio privatistico nella gestione dei beni disponibili dell'Ente locale e degli altri servizi pubblici di rilievo locale.

Del resto, l'introduzione del pareggio di bilancio e l'estensione a tutti gli enti del principio di armonizzazione contabile, specie dopo la riforma dell'articolo 81 della Costituzione, è consistito nella predisposizione di una filiera di indicatori utili per i controlli esterni, tra cui quelli della Corte dei Conti - Sezione del controllo regionale e dei Servizi Ispettivi della Ragioneria Generale dello Stato, nonché, ovviamente, per la buona cognizione di chi gestisce l'Ente locale a vario titolo.

Peraltro, amministratori, dirigenti funzionari ed impiegati assegnati a specifiche attività settoriali devono essere informati sulle disposizioni imposte dallo Stato, dall'Unione Europea e dalla Regione di appartenenza, per valutare, poi, i criteri idonei a prevedere la misura e la ripartizione dei trasferimenti e dei contributi pubblici. Dovrebbe trattarsi, pertanto, di personale amministrativo dotato di elevato livello culturale e di buona preparazione giuridica.

Il controllo di gestione negli Enti locali, pertanto, non dovrebbe rappresentare un semplice adempimento imposto dalle sopravvenute prescrizioni normative, ma costituire uno strumento per gestire con criteri di managerialità il budget delle risorse pubbliche assegnate con il PEG ossia delle risorse affidate a società partecipate o in house.

Orbene con Bassanini tutto può essere oggetto di devoluzione ab esterno, siccome ciò che conta non è la funzione, ma il risultato. Di orientamento radicalmente opposto si collocava invece il pensiero di M.S. Giannini.

Quanto precede consente di conoscere, in estrema sintesi, che il meccanismo di gestione del nuovo bilancio dell'Ente locale, la cui base contabile è costituita dal PEG, non solo proietta un'immagine molto diversa rispetto al passato ma induce l'Ente locale, ove sprovvisto di mezzi adeguati, a fare ricorso a società specializzate nei relativi adempimenti contabili.

Il giochetto studiato a tavolino è cosa fatta!

Nei termini suindicati la questione è veramente paradossale!

Il controllo di gestione, obbligatorio per tutti i Comuni, indipendentemente dalla loro dimensione demografica, implica l'esercizio di un controllo interno, ai sensi dell'art. 196, comma 1°, del TUEL del 2000, al fine di garantire:

- a) La realizzazione degli obiettivi programmati;
- b) La corretta ed economica gestione delle risorse pubbliche;
- c) L'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione;
- d) La trasparenza nell'esercizio dell'azione amministrativa.

Orbene, le predette sequenze procedurali vengono affidate nei piccoli o medi Enti a società esterne specializzate. V'è da dire, inoltre, che le suindicate fasi legali si applicano soltanto nelle materie e nei settori del patrimonio disponibile dell'Ente locale; quindi va escluso che esse possano riguardare beni patrimoniali indisponibili o beni demaniali.

Dopo la prima fase, mirata all'impostazione, all'organizzazione ed all'applicazione del controllo di gestione subentra la fase finale riguardante la verifica ed il riscontro dei risultati conseguiti nei vari settori di competenza amministrativa ed in qualsiasi altra situazione in cui venga consentita l'amministrazione economica o produttiva dei beni patrimoniali disponibili. Infatti, è di palmare evidenza che solo alcuni beni comunali possono conformarsi al sistema dei controlli di gestione.

Ai sensi dell'art. 196, secondo comma, del TUEL n. 267/2000, si tratta di riscontrare, ex post:

- a) Lo stato di attuazione degli obiettivi programmati;
- b) La funzionalità dell'organizzazione complessiva dell'ente;
- c) Il raggiungimento del sistema imposto dalle famose tre E: economicità, efficienza ed efficacia.

Peraltro, il controllo di gestione si manifesta essere una "guida" anche per gli amministratori locali, oltre che per la dirigenza amministrativa dell'Ente siccome tende a fornire "chiarezza", attraverso i report del modus operandi e di come sia andata la gestione pubblica, nell'esercizio finanziario annuale.

Il referto o report è il mezzo attraverso il quale vengono forniti i risultati del controllo sulla gestione. Non si tratta soltanto di mere informazioni

rese a consuntivo, ma di comunicazioni e di note ufficiali emesse durante lo svolgimento dell'attività gestionale dell'Ente.

Si è sostenuto, in proposito, che ciò serve a valorizzare i controlli e a dare ad essi quella funzione di guida o di moral suasion nello svolgimento delle operazioni amministrative.

E' importante, tuttavia, chiarire il significato di alcuni termini ritenuti peculiari nel controllo di gestione.

Ci si riferisce, in particolare, al valore ed al significato delle famose tre "E".

Per economicità si intende acquisizione dei fattori economicamente più convenienti per la produzione o utilizzazione di beni o servizi, al minor costo possibile. Il che dovrebbe implicare la formazione di un negozio pubblico rispettoso sia delle regole del diritto privato, che di quelle preliminari o propedeutiche allo stesso diritto pubblico. La ricerca sulla economicità della gestione implica, in vero, la conoscenza del contesto economico, dei valori mercantili di riferimento e di ogni altra utile cognizione mirata alle scelte tecnicamente più opportune ed economicamente più valide.

Per efficienza si ritiene essere l'adeguatezza degli strumenti utilizzati ossia l'utilizzazione corretta dei fattori impiegati per ottenere il miglior risultato possibile, sia dal punto di vista qualitativo che quantitativo, ovviamente in relazione alla quantità delle risorse messe a disposizione con il PEG.

Per efficacia si ritiene essere l'idoneità dei mezzi utilizzati per il raggiungimento degli scopi e degli obiettivi preordinati, con verifica del risultato ossia, concretamente, con convalida del servizio offerto alla collettività locale.

L'impianto teorico disegnato dal professor Galatro, già segretario generale provinciale e studioso di diritto e scienza dell'amministrazione, prospetta l'ultimo scenario contabile, cui devono approdare gli Enti locali minori.

La sentenza della Corte di Cassazione n. 19883/2015 ha dettato, per ultimo, un principio da prendere a riferimento per la misurazione dell'Efficienza dell'Efficacia e dell'Economicità nell'esercizio dell'attività gestionale nella pubblica amministrazione.

I giudici affermano che " per stabilire se un Ente pubblico abbia o meno tenuto una condotta consapevole occorrerebbe confrontare il comportamento tenuto rispetto alla condotta che nelle medesime circostanze avrebbe tenuto l'homo eiusdem generis et condicionis", visto come persona scrupolosa che opera secondo i criteri della prevedibilità e dell'evitabilità da parte di un P.A. che, ai sensi dell'art. 1, comma primo, della legge 7 agosto 1990, n. 241, rispetti il procedimento legittimo, agisca in modo efficiente e senza inutili aggravii, non perda tempo e rimuova eventuali ostacoli con imparzialità e senza discriminazioni ed, infine, si serva di funzionari preparati e efficienti, ai sensi degli articoli 97 e 98 della Costituzione.

La Suprema Corte di Cassazione ha precisato, altresì, che la dirigenza pubblica nel compiere gli atti di propria competenza, compresa l'adozione di provvedimenti amministrativi nuovi, debba essere valutata con i criteri previsti dagli articoli 1176, secondo comma, c.c. ed in conformità con quanto proclama l'articolo 2236 c.c., comparando la condotta tenuta in concreto con quella che, in teoria, avrebbe dovuto essere osservata nelle stesse circostanze o nelle stesse condizioni.

La Corte di Cassazione precisa, altresì, che se l'ignoranza della legge non è consentita in capo al normale cittadino, detta ignoranza è

inammissibile rispetto all'amministratore di una cosa pubblica: "ignorantia legis non excusat"!

Significativo è, poi, quanto ha affermato il Procuratore Generale della Corte dei Conti nella relazione di apertura dell'anno giudiziario 2015 allorché è stato detto che l'accertamento della mancanza dei requisiti di efficienza, efficacia ed economicità, venendosi a trasformare in accertamento circa la violazione della legittimità dell'azione amministrativa non potrebbe non comportare che il doveroso promovimento delle iniziative processuali del P.M. contabile, quale promotore di giustizia, che agisce nell'interesse dell'ordinamento giuridico costituzionale ed in rappresentanza dei diritti e degli interessi superindividuali.

Il P.M. contabile, esattamente come il P.M. penale, esercita le proprie attribuzioni di Attore pubblico in rappresentanza dello Stato – Comunità. Ed è questo il motivo per il quale è inamovibile!

Infatti, egli come magistrato è organo autonomo ed indipendente in rappresentanza dello Stato – Comunità, ossia della Repubblica tout court.

2. Precisazioni giurisprudenziali e normative

La pregevole analisi sui controlli di gestione conferma le note qualità di studioso del professor Vittorio Galatro, ma non può non osservarsi che con l'ingegneria istituzionale possono prospettarsi bei progetti di riforma, che tuttavia restano tali solo sulla carta.

Dopo circa venti anni dal T.U.E.L 267/2000 alcuni istituti innovativi andrebbero ripensati e rimodulati, a prescindere dalla loro importanza giuridica.

Infatti, avere obbligato tutti gli Enti locali minori, indipendentemente dalla loro dimensione urbanistica e socioeconomica, a gestire la propria organizzazione facendo ricorso al controllo di gestione nell'impiego dei beni patrimoniali disponibili, compresi quelli utilizzati nei servizi pubblici, mutuando i criteri di efficienza dalle discipline aziendalistiche, può apparire sintomatico di un mutamento del quadro giuridico in vigore, ma, in concreto, i buoni risultati sono parsi assai modesti o addirittura improbabili.

Nella realtà gli spazi discrezionali o le facultas riservate agli amministratori locali sono ridottissimi; e , perciò, impegnare il già esiguo personale amministrativo in alambicchi cartacei è come gettare benzina sul fuoco.

I risultati effettivi riscontrati negli enti locali medi e piccoli sono effimeri e le spese per fare ricorso ad aziende specializzate per riempire moduli complicatissimi, in funzione del trionfo "della scienza amministrativa", rasentano non solo il ridicolo ma anche l'illecito erariale.

Infatti, sulla eventuale responsabilità amministrativa per disservizio o per spreco di risorse pubbliche ci sarebbe molto da dire e da contestare nel relativo giudizio di responsabilità.

Qui si può soltanto affermare che i difetti o i vizi di gestione nell'amministrazione degli Enti locali minori, ove rasentino l'antigiuridicità penale o contabile oppure entrambe, devono essere denunciati dal collegio dei revisori dei conti che, come è noto, esercitano la funzione di controllo interno in ordine alla regolarità e legittimità contabile. Spetta ai Revisori l'analisi e il referto sui documenti contabili che comprendono l'attività amministrativa e la gestione dei beni pubblici nell'esercizio annuale.

In caso di omessa segnalazione di irregolarità, i Revisori rischiano di essere imputati per omissione di atti d'ufficio e per concorso esterno nella causazione del danno erariale, almeno come responsabili secondari.

Certamente non spetta ai Revisori dell'Ente pronunciarsi sulla correttezza complessiva delle gestioni delle aziende partecipate, ove tale obbligo non rientri tra gli adempimenti necessari, come convenuti tra l'Ente locale ed i Revisori medesimi.

I Revisori sono i garanti del controllo di gestione, anche sulla scorta di "altri controlli" interni o esterni.

Questo controllo ha rilievo interno ed è cosa diversa dal controllo sulla gestione, affidato agli organi del riscontro contabile della Corte dei Conti (Sezione autonomia, Sezioni Regionali di controllo e Consiglieri delegati, incardinati presso la Sezione del controllo).

Secondo alcuni autorevoli commentatori (Aldo Carosi, Luigi Giampaolino ed altri) il controllo sulla gestione integra una forma di "controllo collaborativo" , mirante alla c.d. moral suasion ossia a forme di "autocorrezione" in virtù dei generali poteri di autotutela.

Peraltro, i poteri sindacatori della magistratura contabile nel settore dei controlli sulla gestione implicherebbero una attività "paragiurisdizionale". Una pagina a sé andrebbe scritta sulla responsabilità civile ed amministrativa degli amministratori e dipendenti delle aziende pubbliche partecipate.

Gli studi più recenti si sono molto interessati delle questioni inerenti la responsabilità gestionale causata dalle perdite economiche riscontrate nei bilanci consuntivi delle società partecipate.

Oltre che differenziare la colpa degli amministratori delle società private rispetto a quelli delle società pubbliche, per la diversa natura delle

gestione e delle relative finalità, molto si è discusso in dottrina con riguardo agli orientamenti della giurisprudenza della Corte Suprema di Cassazione sulla competenza dell'organo a giudicare della responsabilità amministrativa: e se i danni "per mala gestio" debbano essere portati al giudizio del Giudice Contabile oppure innanzi a quello dell'AGO.

Le relative problematiche sono estese e complesse.

Qui si può dire soltanto che Comuni e Province devono dare attuazione, con provvedimenti amministrativi adeguati, alle scelte politiche disposte dallo Stato e dalla Regione di appartenenza entro la cornice del T.U.E.L n. 267 del 2000, nonché delle direttive e dei regolamenti europei.

Come è stato autorevolmente osservato dalla più preparata dottrina (cfr. Michele Oricchio, Presidente di Sezione della Corte dei Conti) la riforma del titolo V della Costituzione avvenuta nel 2001, nell'aumentare almeno formalmente il potere legislativo delle Regioni ha determinato condizioni distorsive dell'intero sistema normativo nazionale.

Infatti, il principale effetto dell'anzidetta riforma Costituzionale è stato quello di incrementare i contenziosi tra lo Stato e le Regioni e nelle Regioni tra loro, con evidente sperpero di denaro pubblico per spese processuali e consulenze legali, ed altresì con pregiudizio del buon andamento giurisdizionale in capo alla stessa Corte Costituzionale, investita continuamente di questioni sulla competenza come parcellizzata in modo criptico nel rinnovato articolo 117 della Costituzione.

Inoltre, va ricordato che l'art. 1 del DL n. 174 del 2012 prevede che la Corte dei Conti, in sede di giudizio di parificazione del rendiconto regionale annuale, possa sollevare questione di legittimità costituzionale in via incidentale per avere riscontrato spese senza copertura o in

contrasto con i principi del bilancio; principi ora regolati dalle nuove disposizioni costituzionali inserite, quasi di soppiatto, negli articolo 81, 97 e 117 Cost., con conseguente emersione delle nuove proposizioni precettive, molto limitative dell'autonomia delle Regioni.

Il che ha causato una maggiore rilevanza del sistema dei controlli e del giudizio di parificazione regionale, ritenuto dalla Consulta come "giudizio di legittimità" a tutti gli effetti (cfr. Cost., Sentenze nn. 184/2016, 49 e 238/2018 e 105/2019).

Le Regioni, dunque, da Enti di programmazione sono, poi, divenuti organi decentrati dell'attività amministrativa in nome e per conto dell'U.E, assumendo veste e finalità di Enti di spesa nelle materie oggetto di finanziamento europeo. Il che ha implicato l'addizione di un complesso di attribuzioni regionali extra ordinem.

Gli effetti negativi di questo nuovo sistema verranno prima o poi in evidenza e bisognerà rivedere l'intero meccanismo dei trasferimenti europei.

La disciplina contabile degli enti locali minori resta, in ogni caso, orientata, oltre che dalla legge 5 giugno 2003, n. 131, dalle disposizioni precettive che si deducono dall'interpretazione dell'articolo 119 della Costituzione e da tutte le altre proposizioni normative che li riguardano in Costituzione, deducibili, in primis, dal primo e secondo comma dell'articolo 118, che proclama il principio della sussidiarietà orizzontale, e dell'articolo 120, secondo comma, che conferisce poteri surrogatori al Governo a tutela dell'unità giuridica ed economica dello Stato, in applicazione della c.d. sussidiarietà verticale.

La storia, comunque, è andata avanti, ma negli enti locali minori, in disparte l'opzione informatica a vantaggio prevalente degli operatori amministrativi, tutto è rimasto fermo ed immobile, come prima e peggio di prima, salvo rare ed encomiabili eccezioni.

La crisi demografica e la carenza di iniziative imprenditoriali, anche di modesta entità, hanno svuotato i comuni piccoli e medi, specialmente di quelli montani e meridionali, causandone una nuova e pericolosissima marginalità sociale ed economica.

Questa situazione, assai preoccupante da molti punti di vista, dovrebbe essere nota al Ministero dell'Interno che, attraverso i suoi Prefetti, ne porta le maggiori responsabilità per i futuri disastri economici e demografici che si preannunciano.

Infatti, la pur moderata presenza antropologica su tutto il territorio nazionale, un tempo, costituiva un motivo di sicurezza e di equilibrio ambientale.

Lo spopolamento dei territori montani costituisce, ora, un pericolo mortale per il sistema ecologico ed esige una risposta politica sollecita ed efficace, destinando, ad esempio, a molti Comuni al limite dell'estinzione, flussi migratori provenienti dalle aree meridionali del Mediterraneo.

3. Soluzioni ultimative e precauzionali

La soluzione, con riguardo ai numerosi problemi organizzativi e gestionali degli Enti locali minori, va ricercata nella storia di questi stessi Enti.

Prima della criticabile riforma del titolo V della Costituzione, Province e Comuni costituivano ripartizione dell'amministrazione pubblica statale e rappresentavano un equilibrato e virtuoso decentramento autonomistico, assoggettato al controllo preventivo di legittimità sugli atti e/o sugli organi da parte delle Prefetture della Repubblica che ne assicuravano altresì il coordinamento in funzione dell'interesse generale ed in conformità con le leggi di settore.

Lo smantellamento dei poteri prefettizi nel 1966, forse, rientrava nella strategia di una ideologia che preparava la "contestazione studentesca" del 1968 e gli anni di piombo del 1970.

Fecero seguito i CO.RE.CO che rappresentano lo zenith della partitocrazia, culminata con la reazione giustizialista di "mani pulite" a Milano e con la fine della "Prima Repubblica" a governo parlamentare.

Infine, con la proclamazione della prevalenza etica ed istituzionale dello Stato - Comunità in conformità con la nuova versione dell'articolo 114 Cost., gli Enti locali sono stati rimodulati in profondità e vivono ora in perenne condizione di sbandamento.

Le leggi costituzionali nn. 2 e 3 dell'ottobre 2001 hanno riordinato le competenze normative primarie e secondarie delle Regioni disegnando un nuovo assetto del titolo V, attribuendo, altresì, un autonomo potere regolamentare ai Comuni ed alle Province, in ordine alla disciplina delle rispettive organizzazioni ed allo svolgimento delle funzioni loro attribuite con legge dello Stato.

La loro sopravvivenza appare legata, a nostro avviso, a due fattori. Innanzi tutto, alla robusta riduzione delle competenze amministrative dei Municipi ed alla loro riorganizzazione entro la cornice delle Comunità montane o delle Comunità marinare; e, poi, alla soppressione di

qualsiasi competenza attiva in materia di edilizia e di opere pubbliche oltre una certa soglia economica.

La materia edilizia, fonte di corruzione e di voto di scambio, dovrebbe essere sottratta ai Comuni e, per l'effetto, attribuita ad altro Ente, come, ad esempio, le Città Metropolitane, sotto la vigilanza e il controllo preventivo di legittimità delle Prefetture, che dovrebbero avvalersi di organi provinciali rimodulati e riordinati con la diretta partecipazione di altre Autorità statali decentrate.

Alle Regioni, infine, andrebbero sottratte tutte le competenze normative primarie previste dal nuovo articolo 117 della Costituzione.

Le Regioni sono state pensate come Enti di programmazione e così devono poter sopravvivere.

La loro riorganizzazione, perciò, va ripensata ab imis e le loro strutture burocratiche rimodulate, consentendo ai dipendenti di essere trasferiti negli altri Enti pubblici locali o istituzionali entro l'area territoriale di provenienza.

Salus rei publicae suprema lex est!

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

2020 - Anno XLI

L'ORGANIZZAZIONE DELLE FUNZIONI SANITARIE SUL TERRITORIO. ANALISI DELLE DIVERSITA' TRA LE REGIONI LOMBARDIA E VENETO PER COMPRENDERNE LA DIFFERENTE DIFFUSIONE DELLA PANDEMIA

dell'Avv. Antonio Saporito, Dottore di ricerca con tesi in Diritto amministrativo

SOMMARIO: 1. IL SERVIZIO SANITARIO NAZIONALE E LA SUA (RI)ORGANIZZAZIONE; 2. L'ATTUAZIONE DELL'ART. 116, COMMA 3, COST.:IL REGIONALISMO DIFFERENZIATO; 3. L'IMPATTO SULLA MATERIA DELLA «TUTELA DELLA SALUTE»; 4. IL REGIONALISMO SANITARIO IN VENETO E LOMBARDIA. PROPOSTE ED ACCORDI; 5. LA LEGGE REGIONALE 23/2015: LA RIFORMA DEL SISTEMA SOCIO SANITARIO LOMBARDO; 5.1. IL SISTEMA SANITARIO LOMBARDO: LA PRIMA VITTIMA DEL COVID; 6. IL SISTEMA SANITARIO VENETO: LA L.R. 19/2016; 6.1. IL RUOLO DELLA BIOSORVEGLIANZA; 7. CONFRONTO TRA MODELLI DIVERSI NELLA GESTIONE DELLA PANDEMIA; 8. CONCLUSIONI.

1. Durante l'emergenza da Covid-19 si è molto parlato e si parla ancora del Sistema Sanitario Nazionale (d'ora in poi anche "S.S.N."), della sua importanza e della necessità, visti gli esiti negativi di

talune gestioni, di ripensare il c.d. regionalismo differenziato a livello sanitario, a favore di un consolidamento delle competenze statali¹.

Qualunque discussione e proposta deve partire dalla conoscenza dell'oggetto o della realtà di cui si discute, quindi, del S.S.N. in tutti i suoi aspetti: natura, organizzazione, funzionamento. Solo dopo aver acquisito le informazioni necessarie sarà possibile parlare di ripartizione delle competenze e di compiti da affidare agli enti locali ed alle Regioni.

Nonostante l'indubbia rilevanza del Servizio Sanitario Nazionale, la nostra Costituzione non lo menziona direttamente, né contiene una definizione di esso, ma ne pone solo le premesse, stabilendo, nell'art. 32 che è compito della Repubblica tutelare la salute, ritenuta diritto fondamentale dell'individui e interesse della collettività e garantire cure gratuite agli indigenti.

L'altra fonte a cui si deve fare riferimento è l'art. 117 Cost.² che, inizialmente, affidava alle Regioni a statuto ordinario la competenza legislativa in materia di assistenza sanitaria ed ospedaliera; le Regioni dovevano esercitare tale potestà osservando i principi fondamentali stabiliti dalle leggi statali.

Si è dovuto attendere il 1978 affinché il S.S.N. venisse istituito con la legge n. 833³ che ha dato attuazione ai principi sanciti dall'art. 32

¹ R. BALDUZZI, *Ci voleva l'emergenza Covid-19 per scoprire che cos'è il Servizio sanitario nazionale?*, in *Amministrazione in Cammino*, 10 aprile 2020.

² In dottrina cfr., tra gli altri, R. BALDUZZI, *Titolo V e tutela della salute*, in R. BALDUZZI, G. DI GASPARE (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, Milano, 2002; ID (a cura di), *La sanità italiana tra livelli essenziali di assistenza, tutela della salute e progetto di devolution*, Milano, 2004; ID (a cura di), *I servizi sanitari regionali tra autonomia e coerenze di sistema*, Milano, 2005; D. MORANA, *Il riparto delle funzioni legislative: la fine della competenza concorrente? (art. 117 Cost.)*, in F.S. Marini, & G. Scaccia (a cura di), *Commentario alla riforma costituzionale del 2016* (pp. 241-255). Napoli, 2016; ID *Art. 117, comma 3-4-5 Cost.*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, & G.E. Vigevani (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo - Vol. II*. Bologna, 2018;

³ Prima dell'entrata in vigore di questa legge, la normativa nazionale in materia di sanità era contenuta nel R.D. 27 luglio 1934, n. 1265, all'interno del quale il

Cost., garantendo una tutela universalistica e più ampia di quella prevista dalla stessa norma costituzionale che, riferendosi agli "indigenti", sembrava restringere troppo la cerchia dei destinatari delle prestazioni di cura⁴.

In senso ampio sono state interpretate anche le locuzioni "assistenza sanitaria e ospedaliera" contenute nell'art. 117 Cost., riferendole alla prevenzione, all'igiene ed alla sanità pubblica.

Sotto il profilo organizzativo la legge del 1978 assegnava ai Comuni ed alle Unità sanitarie locali⁵ funzioni di responsabilità e di erogazione dei livelli di assistenza nell'ambito della programmazione nazionale e regionale; il S.S.N. aveva il compito di produrre ed erogare interventi socio-assistenziali omogenei, accessibili da parte di ogni individuo, a cui era riconosciuto un diritto soggettivo di accesso al servizio stesso, su tutto il territorio nazionale.

La legge istitutiva si ispirava ai principi di universalità della tutela sanitaria, a quella di unicità del soggetto istituzionale referente e garante delle prestazioni, al principio di eguaglianza degli assistiti, a quello di globalità delle prestazioni ed a quello di socialità.

Prima dell'intervento legislativo il sistema era caratterizzato da un'eccessiva frammentazione e dallo scarso coordinamento tra i clienti.

legislatore aveva posto le norme afferenti la struttura e le attribuzioni dell'amministrazione sanitaria, l'esercizio delle professioni e delle attività sanitarie in genere, l'igiene del suolo e dell'abitato, la tutela igienica dell'alimentazione, dell'acqua potabile e degli oggetti di uso personale. Il R.D. contemplava anche i provvedimenti contro le malattie infettive e sociali e regolamentava la polizia mortuaria, l'igiene e la sanità locale e la polizia veterinaria. G. VERONELLI, *Compendio di diritto sanitario*, Napoli, 2013, pag. 6.

⁴ Sull'evoluzione del sistema sanitario italiano cfr. G. FRANCE, F. TARONI, *The Evolution of Health-Policy Making in Italy*, in *J Health Polit Policy Law* (2005) 30 (1-2): 169-188; P. PELEO, *Assistenza sanitaria e sistema sanitario*, in *European Journal of Public Health Studies*, 2019.

⁵ In cui il S.S.N., pur essendo una struttura centrale, risultava articolato.

Vi era, infatti, una insufficiente propensione alla prevenzione rispetto alla cura e un'accentuata disparità tra i trattamenti erogati, non solo sotto il profilo organizzativo e funzionale, ma anche economico.

Per garantire una gestione uniforme della tutela della salute su tutto il territorio nazionale, la legge ne affidava la gestione alle Unità sanitarie locali, concepite come strutture operative dei Comuni e delle Comunità montane, inizialmente prive di personalità ed articolate in distretti di base e di pronto intervento, per l'erogazione dei servizi di primo livello.

Il mancato conseguimento degli obiettivi perseguiti con la legge del 1978 ne ha reso necessaria la revisione, attuata con i d.lgs. 502/1992 e con il d.lgs. 517/1993. Con il primo intervento, il legislatore ha reso le USL delle aziende locali, dotate di personalità giuridica pubblica, autonomia organizzativa, amministrativa, patrimoniale, contabile, gestionale e tecnica, anche in un'ottica di efficientamento del Sistema sanitario, ottimizzazione delle risorse, controllo della spesa e di contenimento del disavanzo.

Con lo stesso intervento di riforma, le USL vennero trasformate in enti strumentali della Regione.

Solo con la riforma del 1999⁶ il legislatore ha elaborato una definizione di S.S.N., indicato come " complesso delle funzioni e delle attività assistenziali dei Servizi Sanitari regionali e delle altre funzioni ed attività svolte dagli enti e dalle istituzioni di rilievo nazionale nell'ambito dei conferimenti previsti dal d.lgs. 112/98 e delle funzioni conservate dallo Stato in materia di:

- sorveglianza e controllo di epidemie ed epizozie di dimensioni nazionali o internazionali (art. 112, c.3, lett.g);

⁶ Per approfondimenti si veda, F. POLITI, *La razionalizzazione del Ssn nel 1999*, in *Corti supreme e salute* 2018, 3, pag.575.

- coordinamento delle attività finalizzate alla costituzione delle scorte di medicinali di uso non ricorrente, sieri, vaccini⁷ e presidi profilattici (art. 115, c.4);
- adozione dei provvedimenti d'urgenza, ivi compresa la costituzione di centri e organismi di referenza o assistenza (art. 117);
- funzioni e compiti amministrativi concernenti le attività di informazione di cui all'art. 118;
- funzioni amministrative in materia di profilassi internazionale, con particolare riferimento ai controlli igienico-sanitari alle frontiere, ai controlli sanitari delle popolazioni migranti, nonché ai controlli veterinari infra-comunitari e di frontiera.

Con il d.lgs. n. 229/99, le USL sono state trasformate, anche dal punto di vista nominativo, essendo designate con l'acronimo ASL, in vere e proprie aziende a cui, nel perseguire gli obiettivi, era consentito comportarsi come imprenditori privati, benchè si trattasse di soggetti pubblici, facenti capo alle Regioni.

Permanevano, tuttavia, nei loro confronti una serie di limiti, caratteristici dei soggetti a carattere pubblico, quali il ricorso alle procedure di evidenza pubblica per i contratti di fornitura "sopra soglia", i vincoli di bilancio, l'equilibrio tra costi e ricavi, l'applicabilità della contabilità analitica per i costi.

Il loro operato doveva ispirarsi a principi di efficienza, economicità e diretta responsabilità dirigenziale.

⁷ In materia di vaccini si vedano le sentenze Corte Costituzionale, 18 gennaio 2018, n.5, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.1, 2018, pag. pag. 100, con nota di C. PINELLI, *Gli obblighi di vaccinazione fra pretese violazioni di competenze regionali e processi di formazione dell'opinione pubblica*; Corte Costituzionale, 18 luglio 2019, n.186, in *Diritto & Giustizia*, fasc.134, 2019, pag. 1, con nota di G. MARINO, *Obblighi vaccinali ai fini dell'iscrizione ai servizi scolastici: la Regione è competente?*. Entrambe le sentenze hanno riconosciuto la competenza statale sia in relazione alla profilassi per la prevenzione della diffusione delle malattie infettive, sia la competenza legislativa esclusiva statale in tema di profilassi internazionale.

I Comuni continuavano a svolgere un ruolo nella fase di programmazione. Il d.lgs. 229/1999 non sembrava, infatti, mortificare o sottovalutare quello degli enti locali, soprattutto nell'attuazione di tutte quelle decisioni e progetti che avessero coinvolto anche i livelli regionali.

Il processo di riforma del S.S.N. è proseguito con il d.lgs. 517/99 che ha ridefinito i rapporti tra S.S.N. ed Università, prevedendo la possibilità di stipulare dei protocolli di intesa tra Regioni ed Università per definire i termini di partecipazione di queste ultime alla programmazione sanitaria regionale, al fine di individuare i livelli ottimali di attività, il n. dei posti letto, le strutture assistenziali, i criteri per l'adozione dell'atto aziendale di diritto privato.

Il decreto prevedeva, inoltre, il riconoscimento delle aziende ospedaliero-universitarie, quali strutture attraverso le quali realizzare la collaborazione e la suddivisione delle aziende in dipartimenti e strutture semplici e complesse.

La sorveglianza dei Dipartimenti ad attività integrata⁸ era affidata all'organo di indirizzo, cui competeva l'individuazione di misure per garantire la coerenza dell'attività integrata con la programmazione generale.

Con un decreto successivo (d.lgs. 254/2000) venne attribuito alle Regioni anche il compito di programmare la realizzazione di strutture sanitarie per consentire lo svolgimento dell'attività professionale intramuraria.

Con il successivo D.P.C.M. 29 novembre 2001 si è fatto, per la prima volta, riferimento ai LEA (Livelli essenziali di assistenza), definiti come complesso di prestazioni e servizi di prevenzione, assistenza distrettuale territoriale ed ospedaliera, che il S.S.N. deve fornire ai cittadini, elevati a rango costituzionale con la riforma del Titolo V

⁸ L'espressione indicava l'attività assistenziale e quella didattica.

Cost. ed il loro inserimento nell'art. 117, c.2, lettera m) e ritenuti dalla Corte Costituzionale espressione di una «competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale dei diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle»⁹.

La Corte Costituzionale ha, quindi, ritenuto e riconosciuto come prevalente l'esigenza di eguaglianza nell'erogazione dei livelli di assistenza rispetto ad un'eventuale pretesa di differenziazione territoriale degli stessi.

Il riformato art. 117 Cost. ha ampliato le materie di competenza esclusiva dello Stato, sopprimendo la competenza concorrente tra Stato e Regioni rispetto a talune materie, assegnando anche alle Regioni una competenza esclusiva che ha dato origine ad un federalismo sanitario e ad un accesso diversificato e non sempre equo.

È stato, inoltre, introdotta la c.d. "clausola di supremazia" per effetto della quale lo Stato, su proposta del Governo, può intervenire anche su materie non rientranti nella sua competenza esclusiva, quando ciò sia imposto dalla necessità di tutelare l'unità giuridica ed economica della Repubblica o l'interesse nazionale.

2. Con la riforma del Titolo V è stato introdotto il 3° comma dell'art. 116 Cost.¹⁰, che, permettendo alle Regioni di ottenere ulteriori

⁹ In tal senso, Corte cost., 19 giugno 2002, n. 282, in www.giurcost.org; Corte cost., 7 luglio 2005, n. 285, *ivi*; Corte cost., 11 ottobre 2005, n. 383, *ivi*; Corte cost., 18 aprile 2007, n. 162, *ivi*.

¹⁰ Ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, concernenti le materie di cui al terzo comma dell'articolo 117 e le materie indicate dal secondo comma del medesimo articolo alle lettere l), limitatamente all'organizzazione della giustizia di pace, n) e s), possono essere attribuite ad altre Regioni, con legge dello Stato, su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali, nel rispetto dei principi di

forme e condizioni di autonomia, pone le premesse per il c.d. regionalismo differenziato¹¹, da attuare, tuttavia, entro la cornice dello Stato unitario¹², che risulterebbe, pertanto, costituito da tre diverse tipologie di Regioni: quelle ordinarie, quelle a statuto speciale e quelle differenziate, caratterizzate da un adattamento del regime delle competenze, ma anche dalla conseguente adozione di politiche, rispondenti alle caratteristiche, agli interessi, alle istanze ed all'identità delle singole comunità regionali¹³ e, quindi, presumibilmente più efficaci.

Per evitare che il regionalismo differenziato si trasformasse in un *vulnus* alle istanze unitarie del nostro ordinamento, sono stati individuati quattro limiti entro i quali il regionalismo deve realizzarsi, senza mai travalicarli:

cui all'articolo 119. La legge è approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti, sulla base di intesa fra lo Stato e la Regione interessata.

¹¹ Cfr. A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3 della Costituzione*, in *Federalismo fiscale*, 1/2007; O. CHESSA, *Il regionalismo differenziato e la crisi del principio autonomistico*, Convegno Astrid-CRANEC, Autonomie regionali: specialità e differenziazioni, Roma, 27 giugno 2017 in www.sipotra.it, pp. 5-8; L. VIOLINI, *L'autonomia delle regioni italiane dopo il referendum e le richieste di maggiori poteri ex art. 116, comma 3, Cost.*, in *Rivista AIC*, 4/2018; S. STAIANO, *Autonomia differenziata, la lezione del 2001: no a riforme fatte per paura*, in *Diritti Regionali*, 3/2019; S. STAIANO, *Il regionalismo differenziato. Debolezza teorica e pratica del conflitto*, in *Gruppo di Pisa*, n. 2/2019; A. MORELLI, *Le relazioni istituzionali*, in *Rivista AIC* n. 3/2019; D.GIROTTO, *L'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario*, Torino, 2019; G.FARES, *Regionalismo differenziato, analisi delle funzioni ed equilibri di sistema: Le possibili ricadute sull'ordinamento farmaceutico*, in *Diritti Regionali*, n. 1/2020, A. POGGI, *Qualche riflessione sparsa sul regionalismo differenziato (a margine del convegno di Torino)*, in *Diritti Regionali* n. 2/2019; ID *Il regionalismo italiano ancora alla ricerca del "modello plurale" delineato in Costituzione*, in www.federalismi.it, n. 1/2020.

¹² Limite che il regionalismo differenziato non deve mai travalicare. Si veda, F. PIZZETTI, *La ricerca del giusto equilibrio tra unità e differenza: il problematico rapporto tra il progetto originario della Costituzione del 1948 e il progetto ispiratore della riforma costituzionale del 2001*, in *Le Regioni*, 4, 2003, p. 606.

¹³ Cfr. U. BANDINI, *Unità dello Stato e dinamiche delle autonomie territoriali*, in www.federalismi.it, n. 13/2019, pag. 2

- Il rigoroso rispetto del ruolo e delle prerogative costituzionali di ogni soggetto istituzionale coinvolto nel processo stesso¹⁴;
- Il riconoscimento delle forme e condizioni di autonomia in ossequio ai principi di solidarietà, coesione sociale ed eguaglianza;
- Rispetto dei principi espressi dall'art. 119 Cost., tra cui assume un particolare rilievo quello di solidarietà interterritoriale;
- Il processo di attuazione dovrebbe svolgersi con modalità tali da garantire il rispetto della natura derogatoria dell'istituto e della sua *ratio* che è quella di favorire la transizione da un regionalismo dell'uniformità ad un regionalismo della differenziazione.

A beneficiarne dovrebbero essere anche le funzioni amministrative, perché il nuovo regionalismo consentirebbe di individuare il livello di governo ottimale a cui affidarne l'esercizio, con positive ricadute sull'erogazione dei servizi in termini di efficienza, efficacia, ma anche sotto i profili organizzativo, gestionale ed economico-finanziario.

La differenziazione prevista dall'art. 116, c.3, Cost. è stata considerata come uno strumento di rafforzamento dell'unità, di coesione sociale ed idonea a favorire lo sviluppo di una "società di eguali".

Il regionalismo differenziato, se adeguatamente attuato, potrebbe diventare uno strumento di sviluppo per le Regioni più deboli e di solidarietà da parte di quelle più ricche verso quelle economicamente più fragili¹⁵.

¹⁴ Si veda, S. NERI, *Le ricadute organizzative al centro del regionalismo differenziato: quali raccordi interistituzionali?*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2019, n. 1, pag. 3.

¹⁵ S. MANGIAMELI, *I problemi della differenziazione e della omogeneità nello Stato regionale*, in *ISSIRFA - Studi ed Interventi*, 2 febbraio 2019.

Solo un'interpretazione di questo tipo può rendere il regionalismo delineato dall'art. 116, c.3, conforme alle restanti disposizioni costituzionali¹⁶.

Non a caso, l'idea fondamentale che ispira il principio di differenziazione è quella di garantire una migliore efficienza sia nelle dinamiche di gestione economico-finanziaria che nella realizzazione delle politiche pubbliche: circostanze, queste, che potrebbero determinare un vantaggio non soltanto a favore dei territori interessati ma anche per l'intero Paese¹⁷.

Le differenti caratteristiche di ciascuna Regione, intese sia come di forza che di debolezza, necessitano, infatti, di interventi differenziati, per attuare i quali alle Regioni devono essere riconosciute specifiche competenze¹⁸.

I vantaggi ed i benefici ottenuti da tale gestione devono riguardare tutto il paese, e devono essere condivisi, ad esempio, esportando *best practices* in altri luoghi in cui risultino poste in essere pratiche diverse e meno efficaci,¹⁹ utilizzando i risparmi conseguiti per effettuare investimenti per superare le criticità di alcuni territori o per soddisfare determinati diritti, garantendo lo stesso livello di prestazioni.

Quale sia il procedimento per dare atto al regionalismo differenziato, ce lo indica la parte finale della disposizione contenuta nel 3°

¹⁶ Cfr. F. GALLO, *L'incerto futuro del regionalismo differenziato sul piano finanziario*, in *www.federalismi.it*, 9 maggio 2018, pp. 8 e 9.

¹⁷ Così G. FARES, *Regionalismo differenziato, analisi delle funzioni ed equilibri di sistema: Le possibili ricadute sull'ordinamento farmaceutico*, cit.

¹⁸ Si vedano, A. RUGGERI, *Prospettive del regionalismo in Italia (nota minima su una questione controversa)* in *Le Regioni*, 1-2, gennaio-aprile 2017, pag. 26; R. BIN, *"Regionalismo differenziato" e utilizzazione dell'art. 116, comma 3. Alcuni tesi per aprire il dibattito*, in *Le istituzioni del federalismo*, 1, 2008.

¹⁹ S. MANGIAMELI, *L'attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, con particolare riferimento alle recenti iniziative delle Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia Romagna, (novembre 2017), Indagine conoscitiva della Commissione regionale per le questioni regionali*, (audizione del 29 novembre 2017, h. 8.15) in *www.issirfa.cnr.it*,

comma, in cui si fa riferimento ad una legge dello Stato, approvata dalle Camere a maggioranza assoluta, sulla base di un'intesa tra Stato e Regioni.

Questa sottofase viene avviata su iniziativa degli organi regionali; il Presidente della Giunta sollecita il Governo ad avviare i negoziati.

In base alla disposizione contenuta nell'art. 1, c. 571, l. 147/2013 (legge di stabilità del 2014) l'invito deve essere indirizzato al PdCM ed al Ministro per gli affari regionali che, entro il termine di 60 giorni dal ricevimento della richiesta, devono attivarsi, in ossequio al principio di leale collaborazione che deve caratterizzare i rapporti tra i due livelli di governo.

A carico del Governo sembrerebbe configurarsi un vincolo di metodo, ma non di risultato che impegnerebbe lo stesso ad avviare ed a partecipare alle trattative, senza, tuttavia, che si delinei anche l'obbligo di concludere l'intesa, nel caso in cui non sia stato possibile raggiungere un accordo in relazione alle forme e condizioni di autonomia da attribuire alla Regione.

Le trattative sono affidate agli Esecutivi (a quello nazionale ed a quelli regionali), mentre la sottoscrizione è di competenza dei rispettivi Presidenti, previa deliberazione degli organi collegiali.

Il rifiuto da parte del Governo di sottoscrivere l'intesa da raggiungere viene interpretato come una violazione del principio di leale collaborazione, salvo che non si tratti del nuovo Esecutivo, subentrato a quello che abbia preso parte alle trattative; trattandosi di un organo diverso nella composizione, anche la valutazione politica dell'accordo potrebbe divergere rispetto a quella formulata dall'organo uscente. Ciò legittimerebbe l'eventuale rifiuto di sottoscrivere l'intesa, trattandosi di un atto di assunzione di responsabilità di un accordo elaborato da altri e non condiviso.

Nel rifiuto espresso dal Presidente della Giunta regionale di sottoscrivere l'intesa, nel caso di dissenso espresso dal Consiglio

regionale o dagli enti locali, non si intravede, invece, una lesione del principio di leale collaborazione, ma solo il mancato perfezionamento dell'intesa.

Sul rapporto in cui si pongono i due atti si sono formati due diversi orientamenti. Chi attribuisce un ruolo centrale al Governo, in quanto interlocutore delle Regioni, con le quali definisce i contenuti delle intese e, quindi, le stesse condizioni della futura autonomia delle Regioni, ritiene che l'esecutivo sia l'organo principale del procedimento destinato a sfociare nella legge di differenziazione e che, di conseguenza, l'intesa sia il vero atto attributivo dell'indipendenza. Pertanto, la successiva legge di differenziazione ne deve riprodurre pedissequamente i contenuti, essendo negato al Parlamento qualunque potere correttivo, salvo quello di respingerla *in toto*²⁰.

Un'altra parte della dottrina ritiene, invece, che il Parlamento non sia vincolato dall'intesa, ma conservi la propria autonomia, potendola recepire integralmente o, al contrario, apportandovi dei correttivi o respingendola, richiedendone il riesame, al fine di pervenire all'elaborazione di indicazioni programmatiche maggiormente condivise che abbiano maggiori possibilità di essere accolte dal legislatore al momento dell'approvazione della legge²¹.

La realizzazione, o meglio, la definizione del regionalismo differenziato risulterebbe, quindi, affidata alla legge parlamentare che può riconoscere ed attribuire alle Regioni ulteriori forme e condizioni di autonomia, valutando se e quanto tale riconoscimento possa indirettamente arrecare beneficio anche ad altre parti dello Stato o non danneggiarle.

²⁰ M. CECCHETTI, *Attuazione della riforma costituzionale del Titolo V e differenziazione delle regioni di diritto comune*, in *www.federalismi.it*, 13/12/2002, p. 4;

²¹ Cfr. A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione*, in *Federalismo fiscale*, 1/2007, pag. 139

La formulazione del 3 comma dell'art. 116 Cost fa pensare che quella appena proposta sia l'interpretazione più corretta e che la legge approvata dalle Camere sia il solo strumento attraverso il quale alle Regioni possa essere riconosciuta una diversa e più ampia autonomia, rispetto alla quale l'intesa costituirebbe un antecedente non necessario, ma sufficiente²².

Alcuni termini utilizzati nella norma (ad esempio "possono" ed "Attribuire") sottolineano, inoltre, il carattere facoltativo ed eventuale dell'attribuzione alle Regioni dell'autonomia differenziata, frutto di una scelta politica del Parlamento²³ che, difficilmente e solo in modo incostituzionale potrebbe essere estromesso o relegato ad un ruolo secondario in un processo decisionale che comporta una ridefinizione delle competenze ed un mutamento ontologico dello status delle Regioni interessate dal processo di differenziazione.

Alle Camere, quindi, non si addice una mera funzione di controllo politico o di ratifica dell'operato del Governo o di acritico recepimento del contenuto dell'intesa stipulata con la Regione.

Al Parlamento si deve, invece, attribuire un ruolo attivo nella determinazione dei contenuti dell'autonomia differenziata e, quindi, di codecisione²⁴.

Tuttavia, anche nel caso in cui al Parlamento si riconoscano poteri modificativi nei confronti dell'intesa, non si deve dimenticare che l'approvazione definitiva deve essere concordata con le Regioni, in

²² V. A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato, Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione*, cit.; D. MONE, *Autonomia differenziata, come mezzo di unità statale: la lettura dell'art. 116, comma 3 cost., conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 1/2019; A. PIRAINO, *Ancora su regionalismo differenziato: ruolo del Parlamento ed unità e indivisibilità della Repubblica*, in *www.federalismi.it*, n. 8/2019.

²³ Cfr. R. TONIATTI, *L'autonomia regionale ponderata: aspettative ed incognite di un incremento delle asimmetrie quale possibile premessa per una nuova stagione costituzionale del regionalismo italiano*, in *Reg.*, 2017, pag. 645

²⁴ A. PIRAINO, *Ancora su regionalismo differenziato*, op. cit., pag. 17; D. MONE, *Autonomia differenziata*, op. cit., pag. 279

modo che l'atto finale sia il risultato di una trattativa tra le stesse parti²⁵.

Che il Parlamento debba avere un ruolo attivo, nei termini anzidetti, lo si può dedurre anche dai limiti che la legge di differenziazione deve rispettare; si tratta di quelli di bilancio, espressione di una finanza pubblica solidaristica ed organica che spetta al Parlamento garantire.

Il regionalismo differenziato, se attuato in questo modo, può, quindi, essere ritenuto uno strumento solidaristico, cooperativo e positivamente competitivo²⁶, anche se non si escludono del tutto dei rischi, dovuti all'incapacità delle Regioni più deboli di raccogliere la sfida, ma anche le opportunità insite nel regionalismo differenziato, e di competere con quelle più forti, in un processo di reciproco miglioramento ed innalzamento della qualità dei servizi erogati²⁷.

Il processo emulativo indotto dai risultati conseguiti potrebbe spingere anche altre Regioni a ottenere la stessa autonomia di quelle differenziate, innescando un positivo meccanismo di competizione che potrebbe ridurre il divario esistente tra Regioni più avanzate e Regioni più arretrate²⁸.

Affinchè, quindi, il regionalismo differenziato possa essere un'opportunità per il Paese (per tutto il Paese) è necessario riconoscere un ruolo centrale al Parlamento, ossia all'istituzione politica più rappresentativa di esso; in caso contrario, il rischio non è

²⁵ G. BOGGERO, *Il referendum come "motore" della differenziazione*, in www.dirittiregionali.it, n. 2/2019.

²⁶ A. GIANNOLA, L. STORNAIUOLO, *Un'analisi delle proposte avanzate sul "federalismo differenziato"*, in www.piolatorre.it

²⁷ Si veda, M. ROMEO, *Regionalismo differenziato: in Calabria è stata approvata una risoluzione per promuovere un regionalismo "solidale"*, in *Dritti Regionali*, 2019, n. 1.

²⁸ Cfr. D. MONE, *Autonomia differenziata come mezzo di unità statale: la lettura dell'art. 116, comma 3, Cost., conforme a Costituzione*, in *www.rivistaAIC*, 2019, n. 1, pag. 268. Parla di "competizione virtuosa" E. BALBONI, *Per scongiurare la "secessione dei ricchi" basterebbe la buona amministrazione*, in www.forumcostituzionale.it, n. 2/2019, pag. 3.

solo quello che le più ampie forme di autonomia arrechino vantaggio solo alla Regione a cui siano riconosciute, ma che possano rivelarsi dannose per tutte le altre; solo un ruolo attivo, preponderante e correttivo del Parlamento può arginare tali effetti²⁹.

Per evitare, inoltre, una disapplicazione delle regole di riparo delle competenze contenute nel Titolo V Cost., il Parlamento dovrebbe preventivamente valutare se vi siano i presupposti per giustificare la richiesta e l'attribuzione di regimi differenziati di competenze.

L'interesse generale viene garantito anche dal tipo di maggioranza richiesta (assoluta dei componenti) per l'approvazione della legge, per la cui modifica si ritiene necessario un procedimento speculare che prenda le mosse da una nuova intesa e proceda nel modo anzidetto.

Deve, invece, escludersi che la legge di autonomia negoziata sia modificabile tramite leggi ordinarie o atti aventi forza di legge.

3. La legge di revisione del Titolo V ha collocato la "tutela della salute" tra le materie di legislazione concorrente, dimenticandosi, almeno apparentemente, di dare una collocazione altrettanto chiara all'organizzazione sanitaria.

Il problema è stato risolto dalla Corte Costituzionale, per la quale l'organizzazione sanitaria deve ritenersi inclusa " nella tutela della salute", essendo parte integrante di essa³⁰ e soggetta a legislazione concorrente³¹, orientamento più volte ribadito dalla Corte

²⁹ R. TONIATTI, *L'autonomia regionale ponderata: aspettative ed incognite di un incremento delle asimmetrie quale possibile premessa per una nuova stagione costituzionale del regionalismo italiano*, in *Le Regioni 2017*, pag. 649 ss.

³⁰ Si veda Corte Costituzionale, 14 novembre 2008, n. 371.

³¹ Corte Costituzionale, 20 novembre 2002, n. 510, in *www.giurcost.org*; in dottrina, si veda, R. BALDUZZI, a cura di, *La sanità italiana tra livelli essenziali di assistenza, tutela della salute e progetto di devolution*, Milano, 2004, pag. 334.

Costituzionale³², riconoscendo alla materia (“tutela della salute”) un “vis attrattiva” ed inclusiva di tutti quei profili, o della maggior parte di essi, che si intersecano con il diritto alla salute e con la sua garanzia, pur afferendo alla mera dimensione organizzativa³³.

Sul rapporto in cui si pongono tra loro i LEA e l’organizzazione sanitaria, la dottrina ritiene che vi sia un collegamento bidimensionale: i LEA incidono sugli aspetti organizzativi sanitari e, a loro volta, le scelte organizzative incidono sulla effettività dei LEA³⁴, poiché nella determinazione dei livelli essenziali di assistenza sono coinvolti anche tutti quegli aspetti dell’organizzazione finalizzati all’erogazione delle prestazioni³⁵, trattandosi anche di prescrizioni volte a favorire la creazione di idonee strutture organizzative di garanzia³⁶.

Gravi inefficienze a livello organizzativo possono incidere sulla qualità dell’erogazione del servizio, rendendone difficile o insoddisfacente la fruizione.

Ulteriori chiarimenti in merito al riparto di competenze tra Stato e Regioni, sono state fornite dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 231/2017; nella pronuncia, infatti, il giudice delle leggi ha precisato che la competenza statale può comprendere oltre alla determinazione dei livelli quantitativi e qualitativi delle singole prestazioni anche le procedure strumentali indispensabili ad

³² Si vedano le sentenze 181/2006; 207/2010; 54/2015 della Corte Costituzionale. Tutte reperibili in www.giurcost.org

³³ Cfr. D. MORANA, *Una differenziazione davvero necessaria? Qualche osservazione (e molte perplessità) su Lea, organizzazione sanitaria e tutela della salute nell’ottica dell’art. 116, u.c., Cost.*, in *Corti supreme e salute* 2020, 1, pag. 243.

³⁴ A. PAPA, *Regionalismo differenziato e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni: il caso paradigmatico della tutela del diritto alla salute*, in in Aa.Vv., *Regionalismo differenziato: un percorso difficile*, Atti del Convegno, Milano, 8 ottobre 2019, in *Centro Studi sul Federalismo*.

³⁵ Cfr. R. BALDUZZI, *Titolo V e tutela della salute*, in *Quaderni reg.*, 2002, pag. 65 ss.

³⁶ M. LUCIANI, *L’autonomia legislativa*, in *Le Regioni*, 2004, pag. 360

assicurare che gli enti del S.S.N. siano in condizioni di garantirne l'erogazione³⁷, in modo che la dimensione organizzativa e la sua qualità siano coerenti con gli obiettivi.

Il mantenimento dei LEA quali limiti generali da rispettare anche in fase di attuazione dell'art. 116 Cost. è stata ritenuta garanzia sufficiente di uniformità di livelli su tutto il territorio nazionale; questa impostazione, però, denota un atteggiamento volto a minimizzare la reale incidenza degli aspetti organizzativi e di maggiore autonomia sulla qualità dei livelli delle prestazioni sanitarie.

La Nota di aggiornamento al DEF 2019 ha confermato l'impegno del Governo a proseguire il processo di attuazione del regionalismo differenziato.

La Nota dedica specifica attenzione al sistema sanitario, osservando che la "sfida" che il Ssn sarà chiamato ad affrontare nei prossimi anni è la "sostenibilità", ovvero *"la capacità di assicurare il mantenimento del principio di universalità del sistema, nel rispetto dei livelli essenziali di assistenza (LEA) coniugando allo stesso tempo equità, appropriatezza, qualità ed efficienza delle cure, governo dell'innovazione, salvaguardando gli equilibri economico-finanziari"*.

Tra le "sfide" emergono quelle di:

- "• attenuare le disuguaglianze presenti in termini di accesso ai servizi e di variabilità regionale degli stessi garantendo l'erogazione dei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA) in modo uniforme su tutto il territorio nazionale;*
- prepararsi ai cambiamenti derivanti dal progresso scientifico e tecnologico rafforzando i processi di governo dell'innovazione;*

³⁷ Anche quelle che si traducono nel coinvolgimento di organi che possono assicurare un'attività di verifica e monitoraggio sull'erogazione dei LEA.

• *porsi in maniera trasversale su interventi di policy intersettoriale, con particolare riguardo alla sicurezza sul lavoro e ai risvolti sanitari delle grandi sfide ambientali e del cambiamento climatico".*

Nella Nota si sottolinea anche la necessità, in un'ottica di eguaglianza, di ripensare *l'attuale sistema di compartecipazione sulla base delle condizioni economiche reddituali, finalizzato a rendere il sistema più omogeneo ed equo, superando quello attualmente vigente, basato sul c.d. superticket che non avrebbe fatto altro che accentuare la discriminazione nell'accesso ai servizi.*

Nel corso dell'audizione sulle linee programmatiche del 17 ottobre 2019 presso le Commissioni I e V della Camera, il Ministro per gli affari regionali ha preannunciato la presentazione in Parlamento di un'iniziativa legislativa volta a definire una cornice normativa unitaria in cui potranno definirsi gli interventi di attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost., a cui, al momento, non si è dato alcun seguito.

La stessa Costituzione, del resto, prevede che si individuino con legge i livelli essenziali delle prestazioni; gli artt. 117, co 2, lett. m, e l'art. 120, c. 2, Cost., riconoscono al Governo un potere sostitutivo *"quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali".*

Il regionalismo differenziato, infatti, permettendo teoricamente il trasferimento dell'intera materia 'tutela della salute' alla potestà legislativa esclusiva delle regioni richiedenti, lascia, di fatto, allo Stato solo la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni sanitarie, mentre le nuove regioni ad autonomia differenziata potranno sostanzialmente legiferare persino sui principi generali in materia di tutela della salute e quindi rivedere i fondamenti sui quali fu istituito, con la l. n. 833 del 1978, il Ssn.

Le bozze di intesa concluse nel febbraio 2019 fra Veneto, Lombardia e Emilia-Romagna e Governo, pur non interessando i principi generali, introducono novità importanti, che, se sembrano, in linea astratta e teorica, valorizzare il principio di leale collaborazione, segnano di fatto un deciso arretramento in termini di garanzie di partecipazione del Parlamento, a fronte dell'intensificazione di forme di concertazione esclusivamente fra Governo e regione interessata.

Il contenuto delle intese ed il finanziamento appaiono, infatti, affidati ad una sub-procedura e a una fonte, il d.p.c.m., che di fatto sfuggono al controllo del Parlamento, delle altre regioni e della Corte costituzionale.

Le bozze di intese elaborate nel 2018³⁸, riconoscono alle regioni autonomia sulle modalità di erogazione dei farmaci, ma anche sulla valutazione della loro appropriatezza, con ricadute evidenti sulle possibilità di cura, che non sarebbero più uniformi; viene, inoltre, rivendicata l'autonomia nei percorsi formativi, nel reclutamento e nella retribuzione delle professioni sanitarie, scelte che avrebbe conseguenze addirittura "antisolidali".

Ugualmente critica si rivela la procedura individuata, per il trasferimento delle "competenze legislative e amministrative attribuite alle Regioni", da effettuarsi sempre con uno o più d.p.c.m., ma con la previsione, in questo caso, dell'acquisizione dei "pareri" della Conferenza Unificata e delle commissioni parlamentari competenti per materia sugli schemi dei decreti. La procedura sembrerebbe recuperare la dimensione collaborativa, salvo che i "pareri" sono previsti come obbligatori, ma non vincolanti.

Affidando la tutela del diritto alla salute alla "Repubblica", e non già a uno specifico livello di governo, la Costituzione sottende un

³⁸ Su cui si veda, G. PICCIRILLI, *Gli "Accordi preli-minari" per la differenziazione regionale. Primi spunti sulla procedura da seguire per l'attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost.*, in *Diritti regionali*, 2018, n. 2.

paradigma collaborativo nell'attuazione di tale diritto³⁹, già presente nella volontà dei Costituenti e potenziato dalla riforma del 2001, che, come noto, ha incluso la "tutela della salute" tra le materie di competenza legislativa concorrente.

Con riferimento alla spesa sanitaria, si è previsto l'assoggettamento delle Regioni a un controllo centralizzato *ex post*, con applicazione del commissariamento in caso di violazione degli obiettivi minimi di contenimento della spesa pubblica¹⁴. Questo sistema consente di affermare che almeno sotto tale profilo la differenziazione ha già trovato attuazione, ma con esiti non sempre positivi: solo alcune Regioni sono state in grado di contenere i livelli di spesa nei margini di sicurezza concordati, accrescendone gli standard qualitativi, mentre tutte le altre li hanno ampiamente superati, senza raggiungere standard qualitativi soddisfacenti.

4. Il 28 febbraio 2018, tra il Governo in carica, rappresentato dal Dipartimento per gli affari regionali e le Regioni, e tre Regioni italiane (Emilia Romagna, Lombardia e Veneto), rappresentate dai rispettivi Presidenti e dalle delegazioni trattanti, sono stati conclusi degli accordi preliminari, concernenti i principi generali, la metodologia e le materie per l'attribuzione alle stesse della c.d. autonomia differenziata, ai sensi dell'art. 116, 3° comma, Cost..

Tra le materie oggetto di accordo, figurano anche quella sanitaria, inserita nel terzo Allegato, intitolato "Salute", nel quale vi era un ampio elenco di aspetti in relazione ai quali veniva richiesta una

³⁹ R. BALDUZZI, *A mo' di introduzione: su alcune vere o presunte criticità del servizio sanitario nazionale e sulle sue possibili evoluzioni, cit., in Id. (a cura di), Trent'anni di servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, Bologna, 2009, pag. 12.

maggior autonomia⁴⁰; salvo talune differenze, i tre accordi si presentavano simili.

Il negoziato, interrottosi con la caduta del Governo e ripreso con la nomina del nuovo Esecutivo, ha prodotto il c.d. "Contratto per il Governo del cambiamento", con il quale le forze politiche si sono assunte l'impegno di assegnare priorità al riconoscimento alle Regioni che ne avessero fatto richiesta di una maggior autonomia, in attuazione di quanto previsto dall'art. 116, c. 3 Cost. e di portare a conclusione le trattative in corso.

Il "Contratto" prevedeva anche l'attribuzione di tutte le risorse necessarie per consentire alle Regioni di esercitare autonomamente le nuove competenze ed una maggior responsabilità anche rispetto al più equo soddisfacimento dei servizi a garanzia dei propri cittadini ed in termini di efficienza ed efficacia dell'azione svolta.

La trattativa tra Governo ed esecutivi regionali è sfociata nelle seguenti richieste: da parte del Veneto, di un'autonomia legislativa e/o amministrativa nelle materie soggette a legislazione concorrente e in tre materie oggetto di potestà esclusiva statale (ambiente, istruzione e organizzazione della giustizia di pace); la Lombardia ha rivendicato l'autonomia rispetto a 2 competenze di potestà esclusiva e per 18 di quella concorrente; l'Emilia Romagna in 13 materie di legislazione concorrente ed in 3 soggette a competenza esclusiva.

⁴⁰ Gestione del personale (in ordine alla rimozione di vincoli specifici di spesa e di attività libero-professionale); formazione del personale medico specializzato (in particolare, attraverso appositi accordi con le università) e previsione di un nuovo inquadramento professionale, quello dei medici assunti con contratto a tempo determinato di "specializzazione-lavoro"; determinazione del sistema tariffario, di rimborso, di remunerazione e di compartecipazione; sistema di *governance* delle aziende e degli enti del Servizio sanitario regionale; istituzione e gestione di fondi sanitari in-tegrativi. Gli accordi contemplavano altresì la possibilità per le Regioni di interloquire con l'Aifa in tema di equivalenza terapeutica dei medicinali, nonché l'assicurazione, da parte dello Stato alle Regioni medesime, di un quadro pluriennale, certo e adeguato di risorse in tema di patri-monio edilizio e tecnologico.

La Lombardia ha fatto precedere la richiesta di avvio delle trattative con il Governo dallo svolgimento di un *referendum*, che ha avuto luogo il 22 ottobre 2017.

A seguito dell'esito positivo del *referendum*, il Consiglio regionale ha approvato la "Risoluzione concernente l'iniziativa per l'attribuzione alla regione Lombardia di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione".

Le materie da porre a fondamento della trattativa con il Governo sono state raggruppate in 6 aree principali, contenenti tutti gli ambiti materiali di cui all'articolo 116, terzo comma, Cost.; nell'Area sociale e sanitaria è stata inserita la "Tutela della salute"

Con tale atto di indirizzo, il Consiglio ha impegnato il Presidente della regione:

- ad avviare il confronto con il Governo per definire i contenuti di un'intesa di cui all'articolo 116, terzo comma, con il coinvolgimento Consiglio regionale anche mediante la partecipazione di suoi rappresentanti all'interno della delegazione trattante e la sottoposizione al Consiglio regionale dello schema di intesa a conclusione della trattativa con il Governo;
- a condurre il negoziato tenendo conto delle materie elencate nell'allegato A alla risoluzione che non è, tuttavia, vincolante;
- a esplicitare, nell'intesa, "il complessivo assetto delle potestà normative, con la definizione di rapporti chiari tra legislazione, potere regolamentare e relative funzioni amministrative", che dovrà contenere clausole di garanzia dell'autonomia ottenuta rispetto a successive leggi statali, nel rispetto del principio di leale collaborazione tra Stato e regione. Ciò anche al fine di salvaguardare l'adeguatezza delle risorse finanziarie correlate alle competenze acquisite;

- a ottenere l'assegnazione di idonee risorse per il finanziamento integrale delle funzioni che saranno attribuite alla regione;
- ad assicurare "adeguata, costante e tempestiva informativa" al Consiglio regionale nel corso dei negoziati;
- a garantire "forme e modalità adeguate di coinvolgimento degli enti locali, delle associazioni, dei rappresentanti delle realtà imprenditoriali, delle parti sociali e delle autonomie funzionali" da realizzare prima della sottoscrizione dell'intesa.

Anche il Veneto ha fatto precedere la richiesta di avvio delle trattative con il Governo, per l'attivazione del procedimento ex art. 116, terzo comma, Cost. da un *referendum* svoltosi lo stesso giorno di quello lombardo (22 ottobre 2017); anche in questo caso l'esito è stato positivo, avendo il quesito ottenuto 2.273.985 sì voti favorevoli, pari al 98,1% dei votanti.

A differenza della Lombardia, a seguito dell'esito del referendum ha proceduto all'esame e all'approvazione (il 15 novembre 2017) del progetto di legge statale (pdls) n. 43, di iniziativa della Giunta, relativo all'individuazione di percorsi e contenuti per il riconoscimento di ulteriori e specifiche forme di autonomia per la regione, nel quale sono state indicate materie nelle quali la regione del Veneto richiede forme e condizioni particolari di autonomia⁴¹.

Di particolare interesse è la disposizione contenuta nell'art. 2 del progetto di legge statale, in cui si fa riferimento alle risorse necessarie a finanziare le funzioni da trasferire alla Regione che vengono quantificate nei 9/10 del gettito riscosso nel territorio della regione del Veneto delle principali imposte erariali (Irpef, Ires e Iva), che si aggiungono ai gettiti dei vigenti tributi propri regionali e

⁴¹ Ad ogni materia è dedicata una specifica sezione del pdls; ciascuna sezione contiene uno o più articoli in cui sono dettagliati gli ambiti disciplinari affidati alla competenza legislativa della regione, nonché le funzioni amministrative e le ulteriori attribuzioni ad essa spettanti.

agli specifici fondi di cui il disegno di legge chiede la regionalizzazione⁴².

Con un ordine del giorno, adottato nel corso dell'esame del pdls, il Consiglio regionale ha conferito mandato al Presidente della Giunta regionale per l'avvio e la conduzione del negoziato e la informativa al Consiglio regionale.

Entrambe le Regioni si riservano la possibilità di estendere il negoziato, in un momento successivo, ad altre materie.

Per l'approvazione della legge si fa riferimento al procedimento per l'approvazione delle intese tra lo Stato e le confessioni religiose, di cui all'art. 8, terzo comma, della Costituzione.

Nella parte dispositiva sono contenute le disposizioni generali:

- l'art. 1 contiene i principi generali⁴³, le regole metodologiche e l'elenco delle materie rispetto alle quali le Regioni chiedono il riconoscimento dell'autonomia differenziata.

- l'art. 2 ne definisce la durata, prevedendo un termine di 10 anni, previa verifica, nell'ultimo biennio, dei risultati concretamente conseguiti e con possibilità di rinnovo dell'intesa o di una sua rinegoziazione. Una volta sottoscritta la nuova intesa, anche nel caso in cui essa si limiti a riprodurre i contenuti della precedente, è necessaria la presentazione di un disegno di legge governativo, contenente "le eventuali modifiche da apportare alla legge approvata sulla base della originaria intesa".

Ne è prevista, altresì, la modificabilità, qualora nel corso del decennio si verificano situazioni di fatto o di diritto che ne

⁴² L'articolo demanda ad appositi accordi fra lo Stato e la Regione l'individuazione, nell'ambito di ciascuna materia, dei beni e delle risorse umane e strumentali che dovranno essere trasferiti alla regione, nonché la definizione delle procedure e delle modalità con cui dovrà avvenire il trasferimento.

⁴³ L'attribuzione dell'autonomia differenziata deve corrispondere a specificità proprie della regione e deve essere "immediatamente funzionale" alla crescita e allo sviluppo della regione.

giustificano la revisione" e a condizione che sulle modifiche ci sia **accordo** tra lo Stato e la regione interessata. Nessuna modifica è quindi possibile in via unilaterale.

Al di fuori dell'ipotesi di verifica dei risultati da effettuare nell'ultimo biennio, l'art.3 prevede che lo Stato e la regione possano svolgere "verifiche su aspetti specifici o settori di attività oggetto dell'Intesa." la struttura statale competente è il Dipartimento per gli Affari regionali e le autonomie della Presidenza del Consiglio dei ministri, che concorda le modalità di svolgimento delle verifiche con la Presidenza della regione.

L'art. 4 si occupa Risorse finanziarie, umane e strumentali necessarie per l'esercizio delle ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, la cui determinazione è affidata ad una Commissione paritetica Stato-regione.

Agli atti di determinazione delle risorse, le intese affidano anche la determinazione della data di decorrenza dell'esercizio, da parte delle regioni, delle nuove competenze conferite. In tale data dovrà effettuarsi anche l'effettivo trasferimento dei beni e delle risorse finanziarie, umane, strumentali e organizzative.

Infine, è prevista la possibilità di conferire allo Stato ed alle Regioni la facoltà di determinare congiuntamente modalità per assegnare risorse (anche nella forma di crediti di imposta) disponibili sui fondi destinati allo sviluppo infrastrutturale del Paese.

Il riconoscimento dell'autonomia differenziata, ex art. 116, 3 consentirebbe di attribuire alle regioni competenze statali riguardo ai principi fondamentali in materia di salute e ricerca scientifica.

Le Regioni disporrebbero di una maggiore autonomia finalizzata a rimuovere specifici vincoli di spesa in materia di personale stabiliti dalla normativa statale e in materia di accesso alle scuole di specializzazione, ivi incluse:

- la programmazione delle borse di studio per i medici specializzandi e l'integrazione operativa dei medici specializzandi con il sistema aziendale⁴⁴;
- Possibilità di stipulare e di definire le modalità per inserire i medici con contratti a tempo determinato di "specializzazione lavoro" nell'attività delle strutture del SSN;
- Possibilità di stipulare accordi con le Università del rispettivo territorio;
- Una maggiore autonomia nello svolgimento delle funzioni relative al sistema tariffario, di rimborso, di remunerazione e di compartecipazione, limitatamente agli assistiti residenti nella regione, nel rispetto dei livelli essenziali di assistenza (LEA), dei vincoli di bilancio e dell'equilibrio economico-finanziario;
- Una maggiore autonomia nella definizione del sistema di *governance* delle aziende e degli enti del SSN, nel rispetto dei livelli essenziali di assistenza e delle disposizioni nazionali in materia di selezione della dirigenza sanitaria⁴⁵;
- Possibilità di sottoporre all'Agenzia italiana del farmaco (AIFA) valutazioni tecnico-scientifiche relative all'equivalenza terapeutica tra diversi farmaci⁴⁶;
- Competenza a programmare gli interventi sul patrimonio edilizio e tecnologico del SSN in un quadro pluriennale certo e adeguato di risorse;
- Una maggiore autonomia legislativa, amministrativa e organizzativa in materia di istituzione e gestione di fondi sanitari

⁴⁴ Per la Lombardia l'autonomia si estende anche alla determinazione del numero dei posti dei corsi di formazione per i medici di medicina generale.

⁴⁵ solo nel caso della Lombardia in cui l'autonomia in questione si riferisce in particolare agli organi e alla direzione strategica, si prevede la previa valutazione degli esiti del monitoraggio previsto dalla legge regionale n. 23 del 2015.

⁴⁶ Entro 180 giorni dal ricevimento delle valutazioni regionali: o l'AIFA adotta un parere motivato, obbligatorio e vincolante per l'intero territorio nazionale o, se non si pronuncia, la regione, sulla base delle proprie valutazioni, può assumere determinazioni in materia di equivalenza terapeutica.

integrativi, nel rispetto di due vincoli, quello rappresentato dai LEA e quello dell'equilibrio di bilancio.

Per il Veneto autonomia differenziata significa anche:

- Una maggiore autonomia in materia di gestione del personale del SSN, inclusa la regolamentazione dell'attività libero-professionale, nel rispetto dei livelli essenziali di assistenza (LEA) e dei vincoli di bilancio; e

Facoltà, in sede di contrattazione integrativa collettiva, di prevedere, per i dipendenti del SSN, incentivi e misure di sostegno, anche avvalendosi di risorse aggiuntive regionali, da destinare prioritariamente al personale dipendente in servizio presso sedi montane disagiate.

5. Il Sistema Sanitario Regionale lombardo era caratterizzato, già dagli anni '90, dalla libertà dei cittadini di scegliere il soggetto erogatore dei servizi sanitari e dall'analoga libertà di questi ultimi (aziende ospedaliere o privati) di esercitare determinate attività e di fornire i corrispondenti servizi.

Un'altra caratteristica del sistema è la separazione tra la funzione di programmazione/acquisto/controllo/finanziamento affidata alle Asl e la funzione di produzione di servizi, affidata ad erogatori accreditati (Aziende ospedaliere, IRCCS e case di cura private).

Questo modello definito "competitivo", poiché fondato sulla libertà di scelta tra strutture pubbliche e private e sulla competizione, non ha trovato piena attuazione ed è destinato ad essere sostituito da quello delineato dalla l. 23/2015 che si presenta come un modello integrato, nel quale i ruoli di assicuratore, finanziatore e produttore di servizi sono accentrati in un unico soggetto.

Nel 2015, la Regione ha adottato la legge di riordino del sistema socio-sanitario lombardo (l. 23/2015), con cui si è proceduto alla dismissione di 15 ASL e 30 Aziende ospedaliere, sostituite da due

nuove tipologie di enti: le Aziende socio sanitarie territoriali (in tutto ne sono state istituite 27⁴⁷, coincidente con un distretto di nuova identificazione, che “concorrono con tutti gli altri soggetti erogatori del sistema, di diritto pubblico e di diritto privato, all'erogazione dei LEA, coincidenti con le previgenti AO; e le 8 Agenzie di tutela della salute che “attuano la programmazione definita dalla Regione, relativamente al territorio di propria competenza ed assicurano, con il concorso di tutti i soggetti erogatori, i LEA”, mediante l'acquisizione dalle ex ASL delle funzioni di programmazione, acquisto e controllo⁴⁸.

Le ATS, quindi, danno attuazione alla programmazione definita dalla Regione, erogando, attraverso soggetti accreditati e contrattualizzati, sia pubblici che privati, le prestazioni sanitarie e socio-assistenziali, utilizzando le risorse economiche poste a disposizione dalla Regione, con cui retribuiscono i soggetti erogatori di servizi⁴⁹.

Le ASST, invece, si articolano in due settori, distinti tra loro per “intensità di cura”:

- Il settore Polo Ospedaliero si articola in Presidi Ospedalieri e/o in Dipartimenti organizzati in diversi livelli di intensità di cura. Gli

⁴⁷ La dimensione media, intermini di popolazione, per le 27 ASST è di circa 370.000 abitanti, mentre, in termini di Comuni, è di 57 enti per ciascuna Azienda.

⁴⁸ FERRARIO, *Analisi dettagliata della L.R. n. 23 del 11 agosto 2015 – Evoluzione del sistema sociosanitario lombardo: modifiche al Titolo I e al Titolo II della legge regionale del 30 dicembre 2009 n. 33* in <http://www.lombardiasociale.it/2015/10/26/la-riforma-del-sistemasociosanitario-in-lombardia-la-lr-232015/?c=atti-e-normative>

⁴⁹ Rientrano nella competenze delle ATS anche le seguenti funzioni: • negoziazione e acquisto delle prestazioni sanitarie e sociosanitarie; dalle strutture accreditate; • governo del percorso di presa in carico della persona in tutta la rete dei servizi; • governo dell'assistenza primaria e del relativo convenzionamento; • governo e promozione dei programmi di educazione alla salute, prevenzione, assistenza, cura e riabilitazione; • promozione della sicurezza alimentare; • prevenzione e controllo della salute degli ambienti di vita e di lavoro; • sanità pubblica veterinaria. attuazione degli indirizzi regionali e monitoraggio della spesa farmaceutica, dietetica e protesica; • vigilanza e controllo sulle strutture e sulle unità d'offerta sanitarie, sociosanitarie e sociali.

ospedali prima costituiti in AO perdono la loro personalità giuridica e divengono semplici presidi ospedalieri;

- Il settore aziendale Rete Territoriale delle ASST invece eroga le prestazioni distrettuali e favorisce l'integrazione delle funzioni sanitarie e socio-sanitarie con le funzioni sociali di competenza delle Autonomie locali. Alla rete territoriale afferiscono inoltre:

- i Presidi Ospedalieri Territoriali (POT): strutture multiservizio deputate all'erogazione di prestazioni sanitarie e sociosanitarie a media e bassa intensità per acuti e cronici e di prestazioni ambulatoriali e domiciliari;

- i Presidi Socio Sanitari Territoriali (PreSST).

A partire dal 2016 le neo istituite ASST e le ATS hanno, quindi, ereditato il patrimonio, il personale, i contratti ed i sistemi informativi delle strutture dismesse.

La legge di riforma è intervenuta anche sull'articolazione distrettuale, prevedendo che in ogni ATS siano costituiti un numero di Distretti pari al numero delle ASST comprese nelle ATS; A loro volta, i Distretti dovranno essere suddivisi in Ambiti Distrettuali⁵⁰.

Con legge 23/2015 il legislatore regionale ha cercato di favorire l'integrazione tra il sistema sanitario e quello socio-assistenziale, due sistemi caratterizzati da marcate differenze sotto il profilo legislativo, organizzativo e principi di riferimento⁵¹.

Il legislatore lombardo ha intercettato non solo i cambiamenti sociali (popolazione sempre più anziana ed in condizioni di cronicità e fragilità; riduzione delle risorse economiche; aumento dei nuclei

⁵⁰ Al momento sono identificabili 88 Ambiti Distrettuali con una media di circa 113.600 assistiti e 18 Comuni afferenti

⁵¹ Il sistema sanitario appare fondato su quello autorizzativo, per cui i bisogni corrispondenti possono essere soddisfatti solo grazie ad un'autorizzazione da parte della pubblica amministrazione (art. 32 Cost.), mentre il sistema socio assistenziale è improntato a quello di libertà (art. 38 Cost.) che riconosce ampi margini di libertà agli enti erogatori che agiscono in tali ambiti.

monofamiliari), ma anche l'incremento dei bisogni di tipo socio-assistenziale⁵².

Con la legge 23/2015 si è cercato di creare un collegamento e di fare in modo che gli enti preposti ai servizi socio-assistenziali di tipo residenziale o domiciliare, già operanti sul territorio, risultino integrati nel sistema ospedaliero, dando vita ad una rete di servizi capace di soddisfare le esigenze dei pazienti.

In tale processo hanno un ruolo fondamentale le Agenzie di tutela della salute, attraverso le quali deve compiersi quel processo di integrazione che è stato troppo a lungo solo verticale e mai orizzontale; ad esse è affidato il compito di orientare gli attori pubblici o privati verso obiettivi comuni e di favorire il lavoro in rete degli enti erogatori.

La riforma ha investito anche il Governo regionale, con finalità di riordino di funzioni, strumenti programmatori ed organizzativi.

Le funzioni regionali sono così individuate:

- garanzia dell'erogazione dei livelli essenziali di assistenza (LEA);
- programmazione, indirizzo e controllo;
- definizione delle regole di autorizzazione, accreditamento e contrattualizzazione, nonché delle le tariffe delle prestazioni;
- elaborazione di sistemi informativi sulla qualità delle strutture e di indirizzi per l'appropriatezza clinica e organizzativa.

Lo strumento operativo è individuato nell'elaborazione annuale, da parte della Giunta, da approvare entro il 30 novembre antecedente l'anno di riferimento, delle regole di sistema per la programmazione dei fabbisogni, degli acquisti e degli investimenti e la definizione dei contratti stipulati dalle ATS con i soggetti erogatori.

⁵² E. MALLARINI, V. RAPPINI, L. VERCELLINO, *Over 65 non autosufficienti: la domanda* in Del Vecchio M, Mallarini E, Rappini V (a cura di) *Rapporto OCPS 2015*, Egea. 2015, pag.152 ss..

A seguito di tale intervento è stato istituito l'Assessorato alla salute e alle politiche sociali "Welfare", nato dalla fusione degli Assessorati alla salute, famiglia, solidarietà social, volontariato e pari opportunità; è stato, creato l'Osservatorio Epidemiologico regionale e le Agenzie regionali destinate ad operare in aree specifiche⁵³; infine, si è proceduto alla definizione dei Piani Regionali sociosanitari integrati e delle prevenzione.

Attraverso specifici atti di indirizzo, sono stati attivati i Collegi tecnici dei Direttori di ATS e ASST, con compiti di coordinamento delle azioni nelle fasi di transizione; è stata adottata un'apposita delibera⁵⁴, intitolata "Indirizzi regionali per la presa in carico della cronicità e della fragilità" contenente indicazioni circa le caratteristiche dei nuovi modelli di presa in carico delle cronicità.

Il nuovo sistema sembra poggiare prevalentemente sui c.d. Presidi sociosanitari territoriali, incaricati di: erogare prestazioni sanitarie ambulatoriali e domiciliari a media e bassa intensità; attivare degenze intermedie, subacute, postacute e riabilitative a bassa intensità di prestazioni, tenuto conto delle peculiarità dei territori; e di promuovere percorsi di sanità, di prevenzione e di educazione sanitaria.

L'art. 7 comma 14 della LR 23/2015 prevede che i Presidi possano essere organizzati in collegamento funzionale con le Unità complesse di cura primarie, garantendo il coordinamento con l'attività degli specialisti ambulatoriali.

I Presidi devono, inoltre, essere ben identificabili dal cittadino e costituiti all'interno di altre strutture (Presidi ospedalieri, poliambulatori, strutture territoriali e Unità d'offerta sociosanitarie), collegate in via informatica con l'Azienda di appartenenza e dotate di

⁵³ controllo, formazione e ricerca, sistema informativo, acquisti, gestione emergenza-urgenza, promozione nazionale e internazionale del sistema lombardo.

⁵⁴ DGR DEL 23 dicembre 2015, n. 4662

strumentazioni di base, che costituiscono sedi privilegiate per l'esercizio della medicina di iniziativa nei confronti delle cronicità e delle fragilità, e concorrono a garantire la continuità delle cure".

Il PreSST si configura pertanto come uno strumento di politiche socio sanitarie assistenziali che dovrebbe favorire l'integrazione professionale e far confluire i saperi e le competenze detenute da persone diverse e in luoghi differenti, in modi poco formalizzati o avvalendosi di soluzioni più strutturate e formali⁵⁵, attraverso "configurazioni" che tengano conto seconda delle esigenze peculiari del territorio e dei suoi attori. La loro istituzione appare funzionale al perseguimento dei seguenti obiettivi:

- migliorare l'esperienza individuale di cura;
- assicurare continuità e appropriatezza delle cure;
- promuovere l'integrazione tra Ospedale-territorio;
- prevenire le riacutizzazioni (riduzione dei ricoveri ospedalieri);
- contribuire alla sostenibilità economica del complessivo sistema di *welfare* con la riduzione delle prestazioni improprie.

Punti critici della riforma sembrano essere "gli strumenti di governo periferici": i distretti hanno, infatti, perso la loro funzione di coordinamento della rete dei servizi ed allo stesso tempo hanno assunto dimensioni troppo ampie; la collaborazione con i Comuni e, più in generale" con le comunità locali è stata marginalizzata; il ruolo del medico di famiglia, che avrebbe potuto fungere da elemento di raccordo, è diventato più sfumato e non è chiaro se vada considerato parte o elemento delle ATS o delle ASST⁵⁶; a queste ultime, nonostante sia affidato il compito di creare reti

⁵⁵ Tali soluzioni non possono limitarsi ad una mera condivisione di spazi fisici. La condivisione deve spingersi e coinvolgere le modalità di lavoro, le prassi operative, i metodi e gli strumenti, per raggiungere un adeguato livello di coerenza nella erogazione dei servizi sanitari e socio-assistenziali

⁵⁶ Lo stesso problema si pone rispetto ai servizi socio-sanitari territoriali o a domicilio.

integrate per gestire le cronicità e l'area materno-infantile, di fatto non sono attribuiti gli strumenti necessari per attuare il suddetto coordinamento.

Ulteriori elementi di criticità si riscontrano nella ripartizione ed attribuzione di poteri e loro contenuti, soprattutto a favore delle ATS, per evitare che queste risultino enti, di fatto, inutili e costosi a causa della loro articolazione e dell'ampiezza del personale.

Quanto all'utilità, il dubbio sorge dall'impossibilità per le Agenzie di avviare vere e proprie trattative con gli enti erogatori, poiché il contratto è standard e le sue clausole vengono fissate dalla Regione, escludendo margini di decisione in merito alle tariffe o alle stesse prestazioni, a favore delle ATS che, di fatto, risultano prive anche di poteri coercitivi nei confronti delle ASST che si presentano come aziende indipendenti, con una personalità giuridica e dotate di autonomia organizzativa, patrimoniale, gestionale e tecnica.

Anche l'aspetto dell'integrazione appare debole e suscettibile di riflessione critica.

L'articolazione delle ASST in due settori autonomi, con contabilità separata e con a capo un proprio direttore, fa pensare che l'integrazione sia rimasta un mero enunciato.

Permangono dubbi che il nuovo sistema possa determinare una significativa riduzione dei costi.

Le criticità e la conflittualità che avrebbe dovuto, naturalmente, caratterizzare la fase di avvio della riforma ed accompagnare sia le ASST che le ATS in tale momento si sono cronicizzate, determinando una disaffezione dei cittadini verso le strutture pubbliche ed una loro attrazione verso quelle private che, pur non essendo state prese in considerazione dalla riforma, hanno saputo attivarsi per creare proprie reti di collaborazione per offrire una pluralità di servizi.

5.1. Il modello sanitario regionale lombardo non ha superato la prova del Covid e la Lombardia è risultata l'area più colpita, in termini di vittime e soggetti contagiati, dalla pandemia.

Le inefficienze del sistema e l'inadeguatezza delle risposte e decisioni adottate dai vertici politici delle Regioni sono state denunciate e poste in evidenza dagli ordini dei medici e dalla Federazione italiana dei medici di medicina generale, che spesso si sono sentiti non sufficientemente supportati dagli amministratori locali.

In attesa di sapere se oltre alle responsabilità politiche vi siano delle responsabilità penali, si è cercato di capire cosa abbia determinato il fallimento di un SSR da molti ritenuto un modello di efficienza e da imitare.

Una delle ragioni potrebbe essere la tendenza di questo sistema ad occuparsi della cura delle patologie maggiormente remunerative, trascurando del tutto la sorveglianza epidemiologica. Questa scelta può aver determinato la scarsa attenzione verso i primi casi di Covid, casi rilevati da strutture pubbliche di ricovero che, a differenza di quelle private, sono sempre state in prima linea nella lotta contro il virus⁵⁷, benché quelle private, convenzionate con il sistema socio-sanitario locale e, quindi, anch'esse beneficiarie di soldi pubblici⁵⁸, rappresentino, ormai, il 50% delle strutture ospedaliere, ma essendo concepite e gestite come aziende, con metodo manageriale ed ispirate alla logica del profitto, non si sono rese immediatamente disponibili e sono rimaste estranee alla gestione dell'emergenza, non ritenendo le prestazioni rientranti nel

⁵⁷ Così è stato deciso con la delibera regionale XI/2906 dell'8 marzo che ha individuato come Hub ospedalieri per i malati di Covid delle strutture pubbliche.

⁵⁸ Il 40% della spesa sanitaria corrente è stata, infatti, destinata al finanziamento delle strutture private a discapito di quelle pubbliche che si sono ritrovate prive di un numero sufficiente di posti letto nei reparti di terapia intensiva e senza dispositivi di protezione.

settore dell'infettivologia e della terapia intensiva economicamente convenienti.

L'invecchiamento della popolazione, il peggioramento delle condizioni di salute e la cronicizzazione delle patologie sono diventate occasione di lucro per quei gestori privati che hanno deciso di occuparsene offrendo i servizi sanitari necessari.

L'onere della gestione delle situazioni di emergenza è stata, quindi, tutta posta a carico della sanità pubblica, mentre a quella privata è stato riservato il trattamento dei malati cronici, ritenuta attività di intervento più remunerativa.

La presunta e millantata parità tra sanità pubblica e privata non è, quindi, mai esistita.

Il sistema sanitario lombardo è apparso sempre più affidato nelle mani dei privati; questa tendenza che ha iniziato a manifestarsi dal 2010, con l'affidamento dei pazienti cronici e stata confermata ed accentuata dalla l. 23/2015 che ha indebolito i servizi pubblici sul territorio, creando una infrastruttura basata sui Presidi socio-sanitari territoriali, ritenuti insufficienti, a cui sono stati affiancati servizi territoriali di tipo privato.

Maroni ed il suo successore, Fontana, hanno affidato la presa in carico dei pazienti cronici e/o fragili a privati. Questa scelta ha determinato il distacco dei servizi dal territorio e l'allontanamento dei gestori dai pazienti. Sono questi ultimi a doversi spostare per raggiungere il gestore del servizio.

Le riforme e la privatizzazione che ne è conseguita hanno inciso sui rapporti tra erogatori e pazienti, regolati da veri e propri contratti di tipo privatistico.

Per favorire gli erogatori privati, i distretti sanitari sono stati boicottati e le altre strutture che compongono il sistema depotenziate.

Anche il ruolo dei medici di base è stato modificato e mortificato ed il loro numero ridotto a tal punto da risultare sottodimensionato⁵⁹, tanto da rendere indispensabile l'intervento di medici provenienti da altri paesi.

Tuttavia, nella fase di emergenza, sono stati proprio questi medici a dover affrontare tutte le situazioni e le difficoltà prodotte dalla rapida diffusione del virus, pur essendo del tutto impreparati e senza avere a propria disposizione tutte le risorse necessarie.

Una loro maggiore presenza avrebbe, infatti, costituito un filtro indispensabile per evitare le pressioni esercitate su ospedali e pronto soccorsi.

Abbandono dell'assistenza territoriale e privatizzazione sembrano, quindi, essere le principali cause della debacle lombarda.

6. Il Servizio Sanitario regionale del Veneto⁶⁰ è caratterizzato dalla presenza di ASL relativamente piccole, ma inclusive sia dei servizi territoriali che ospedalieri, articolazione che ha favorito l'integrazione tra ospedali e territorio; dalla presenza sul territorio di

⁵⁹ La Federazione italiana medici di famiglia ha calcolato che nei prossimi 5 anni, il sistema dovrà fare a meno di circa 14 mila medici di famiglia e che, più in generale, l'organico evidenzia la mancanza di medici specialistici. I settori più colpiti sono la pediatria, l'anestesia, la rianimazione e la medicina d'emergenza.

⁶⁰ La nascita del Sistema socio-sanitario della Regione del Veneto deve farsi risalire all'art. 4 dello Statuto regionale, approvato nel 1971.

Sin da subito, in Veneto, si è voluto seguire un approccio finalizzato all'integrazione tra l'area sanitaria e quella sociale. La concreta applicazione, poi, dei principi di aziendalizzazione e regionalizzazione, di cui il d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 e il d.lgs. 17 dicembre 1993, n. 517 si sono fatti "portavoce", ha condotto all'approvazioni di due fondamentali leggi regionali in Veneto.

Il riferimento è alla legge regionale 14 settembre 1994, n. 55 e alla legge regionale 14 settembre 1994, n. 56. Con la prima delle due fonti vengono definiti gli strumenti e le modalità della programmazione, i meccanismi e le fonti di finanziamento delle Aziende sanitarie, il loro assetto contabile, gestionale e di controllo. La seconda, invece, individua e delinea l'impianto organizzativo del Sistema sanitario regionale.

distretti forti, coincidenti con i territori delle vecchie ULSS⁶¹; dall'affidamento alla Conferenza dei sindaci di un ruolo di programmazione e verifica⁶²; dalla riduzione del numero di ospedali e posti letto per "pazienti acuti"; dalla conservazione nell'ambito delle Asl delle funzioni integrate del sociale.

Di una riforma del SSR si era già iniziato a parlare nel 2015 sia in occasione di un convegno intitolato " Gli Stati generali della Sanità regionale in Veneto", nell'ambito del quale venne prospettata la possibilità di istituire l'Azienda zero, una sorta di service delle ULSS, che avrebbe dovuto favorire l'unificazione di alcune funzioni amministrative in materia di appalti, gestione del personale, ecc., sia in occasione della campagna elettorale per le elezioni amministrative de 2015.

Il neoeletto Governatore della Regione, Luca Zaia, fedele agli impegni assunti con il proprio elettorato ha, quindi, presentato la bozza di riforma, su cui il Consiglio regionale ha, a lungo lavorato, per giungere al Pdl 23/2015, convertita nella L.R. 19/2016, entrata in vigore il 1° gennaio 2017.

La nuova legge prevede:

- l'istituzione, senza, senza alcun costo per la Regione e con sede a Padova⁶³, dell'Azienda Zero, con finalità di razionalizzazione, integrazione, efficientamento dei servizi sanitari, socio-sanitari e tecnico-amministrativi del SSR. All'Ente, dotato di personalità giuridica di diritto pubblico, risultano affidate le seguenti funzioni:

⁶¹ Presso ogni distretto risulta istituita una "unità operativa di cure primarie" per l'infanzia, l'adolescenza, la famiglia e i consultori, la disabilità e la non autosufficienza, le cure palliative e l'attività specialistica.

⁶² Ha un ruolo chiave nella disposizione dei Piani di zona e locali per soggetti non autosufficienti e valuta l'operato dei Direttori generali delle ULSS.

⁶³ Entrambe le circostanze hanno suscitato delle perplessità, sia perché si ritiene difficile che l'istituzione dell'Azienda non comporti degli oneri economici, sia per la scelta della sede che costringerà i dipendenti a lunghe trasferte per raggiungerla. Cfr. C. BELTRAMELLO, *La nuova sanità veneta, in salute internazionale.info*

- Responsabilità della Gestione Sanitaria Accentrata come previsto dal DLvo 23 giugno 2011, n. 118 (armonizzazione dei bilanci e dei sistemi contabili delle Regioni);
- redazione del bilancio preventivo e consolidato del SSR;
- gestione dei flussi di cassa del finanziamento del SSR;
- indirizzi alle ULSS e agli Ospedali Azienda in materia contabile.
- Gestione degli acquisti centralizzati, previa valutazione della Commissione Regionale, per l'Investimento in Tecnologia ed Edilizia (CRITE).
- Selezione del personale del comparto sanità;
- Formazione manageriale, sul rischio clinico gestendo le procedure di accreditamento;
- ECM;
- Gestione delle tecnologie informatiche e dei sistemi informativi con il preciso obiettivo di attivare entro un anno il fascicolo sanitario elettronico per tutta la popolazione del Veneto;
- Responsabilità sulle assicurazioni e sul contenzioso del lavoro e sanitario;
- Le scelte in ambito di dotazioni tecnologiche secondo i principi e metodi dell'Health Technology Assessment (HTA);
- Razionalizzazione della logistica legata al SSR;
- Coordinamento degli Uffici Relazione con il Pubblico.

Su indicazione della Giunta Regionale, all'Azienda possono essere affidate anche altre competenze⁶⁴.

A capo dell'Azienda è posto il Direttore generale, coadiuvato da un collegio costituito da tre membri⁶⁵ con funzioni di garanzia⁶⁶, che

⁶⁴ Supporto alla programmazione sanitaria e socio-sanitaria, definizione e valutazione di alcuni obiettivi per le USLL e le Aziende ospedaliere.

⁶⁵ Si veda, l'art. 6 L.R. 25 ottobre 2016, n. 19. formato da tre componenti nominati dal Direttore Generale e designati uno dal Presidente della Giunta regionale, uno dal Ministro dell'economia e delle finanze e uno dal Ministro della salute.

risponde alla Giunta tramite il Direttore generale dell'aria sanità e sociale della Regione.

La definizione degli indirizzi e dei fabbisogni dell'Azienda zero è, invece, affidata al Comitato dei Direttori generali⁶⁷, composto dal Direttore dell'Azienda Zero, dal Direttore generale dell'area sanità e sociale; da tutti i Direttori delle 9 ULSS⁶⁸ e delle due Aziende ospedaliere universitarie (quelle di Padova e Verona) e dell'Istituto oncologico Veneto.

Le 9 ULSS presenti sul territorio si presentano come eterogenee tra loro per popolazione, territorio e numero di ospedali⁶⁹; va, inoltre, ricordato che le ULSS provinciali di Padova e Verona hanno come ulteriore peculiarità quella di avere all'interno dei loro territori le due Aziende Ospedaliere Universitarie (di Padova e Verona) e dell'Istituto oncologico veneto.

Elementi qualificanti del riformato Servizio Sanitario Veneto sono:

- L'erogazione uniforme dei LEA su tutto il territorio regionale;
- Il potenziamento della rete sanitaria territoriale e dei servizi integrati socio-sanitari alla persona includendo anche l'attivazione di posti letto di Ospedali di Comunità e l'aumento progressivo delle Medicine di Gruppo Integrate dei Medici di Medicina Generale;
- La riorganizzazione dell'offerta ospedaliera secondo una logica di rete coordinata;

⁶⁶ Della regolarità delle attività amministrative e contabili e circa l'osservanza delle disposizioni vigenti.

⁶⁷ Si veda, art. 3 L.R. 25 ottobre 2016, n. 19. Con il compito di garantire la piena attuazione di alcune delle funzioni assegnate all'Azienda Zero.

⁶⁸ In precedenza erano 22. Sull'accorpamento, si veda, Si veda E. CALABRESE, *Veneto, così la nuova governance della Sanità*, in *Sanità24*, 31 ottobre 2016.

⁶⁹ si va da ULSS con 200.000 abitanti (quelle coincidenti con le Province di Belluno e Rovigo) sino ad ULSS di 1 milione circa di abitanti (Treviso, Padova, Verona, Venezia e Vicenza; queste ultime hanno 2 ULSS ciascuna. Critico nei confronti di tale organizzazione C. BELTRAMELLO, *La nuova sanità veneta, op. cit.*, non solo per la disomogeneità dei criteri, ma anche per le ragguardevoli dimensioni delle ULSS che potrebbero comprometterne l'efficienza.

- Il miglioramento della qualità delle cure pur perseguendo una maggiore efficienza del sistema (sono specificamente menzionate le dimensioni dell'efficacia, dell'appropriatezza e della sicurezza).
- La promozione dell'integrazione tra ricerca di base ed applicata e di sperimentazioni sulle tecnologie e sull'organizzazione dei servizi;
- La valorizzazione delle risorse umane e la urgente definizione dei fabbisogni di personale medico ospedaliero;
- La stringente pianificazione ed implementazione di azioni finalizzate alla riduzione delle liste d'attesa;
- La promozione della salute attraverso programmi di prevenzione primari e secondari, ribadendo i ruoli e le funzioni fondamentali dei Dipartimenti di Prevenzione, Salute mentale, delle Dipendenze nonché dei Servizi Distrettuali e dei MMG.

Quali sono state le esigenze tenute presenti al momento del riassetto organizzativo, alla luce di quanto precedentemente indicato?

- innanzitutto, la numerosità di soggetti residenti nell'area delle ULSS venete, in costante aumento. L' incremento demografico può mettere il personale sanitario di fronte a una sfida impegnativa: garantire alla popolazione servizi e prestazioni sempre "all'altezza" degli *standard* regionali. Il personale medico deve, quindi, essere supportato e poter contare, nello svolgimento della propria professione, su un'organizzazione efficiente;
- la composizione della cittadinanza veneta. Benché i soggetti ultrasessantacinquenni siano oggi ancora "nel pieno delle loro forze", non può trascurarsi il fatto che, in ogni caso, per essi tendano ad aumentare il numero e la frequenza di controlli e *screening*, in maniera direttamente proporzionale all'intensificazione dei loro bisogni sanitari. Questa circostanza costituisce un ulteriore impegno per il SSR e ne ha condizionato l'organizzazione;

- la portata determinante dei flussi migratori. Basti pensare che nel 2010, ad esempio, gli stranieri hanno rappresentato oltre il 21% dei nati in Veneto. Oltre a incidere sulla copiosità della popolazione, l'ondata migratoria in entrata coinvolge l'attività delle strutture sanitarie per far fronte a bisogni diversi anche sul piano socio-culturale (ad esempio, malattie tipiche dell'area di provenienza del paziente straniero o diversi approcci clinici alle patologie);
- il «cambio di paradigma che caratterizza la professione medica e più in generale i professionisti della salute». In particolare, sulla scorta di quanto suggerito da uno psichiatra statunitense, l'intenzione è quella di superare l'impostazione biomedica classica, per "abbracciare" il modello biopsicosociale. Un tale approccio consente di abbandonare una versione «deterministica», iniziando a considerare la persona nella sua globalità. A questo cambio di tendenza fisiologicamente si accompagnano «nuove esigenze organizzative [...] e necessità formative per i professionisti della salute».

6.1 A differenza della Lombardia, il Veneto è riuscito a rispondere positivamente all'emergenza sanitaria, limitando il numero dei contagi, sia grazie al più efficiente sistema sanitario, sia grazie all'impiego di alcuni sistemi tecnologici, rivelatisi utilissimi.

Il Veneto ha, infatti, potuto contare anche su un sistema di biosorveglianza (ENG-DE BIOS), grazie al quale, con il *contact tracing*⁷⁰, l'indice di contagio, in meno di due mesi è calato da 3,4 ad un tasso di contagio R0 pari a 0,7.

Il sistema è stato in grado di risolvere e di prevenire alcune problematiche poste dalla pandemia e di mettere insieme i dati

⁷⁰ C. COLAPIETRO e A. IANNUZZI, *App di contact tracing e trattamento dei dati con algoritmi: la falsa alternativa fra tutela del diritto alla salute e protezione dei dati personali*, in *Diritti Fondamentali* n. 2/2020.

provenienti da lavoratori ed ospedali, acquisiti a seguito dell'analisi dei tamponi effettuati⁷¹.

In questo modo, sono stati acquisiti dati anagrafici, ma anche informazioni sui luoghi frequentati dai soggetti contagiati e sui loro contatti, indicazioni che poste insieme hanno permesso di delineare una sorta di mappa dell'epidemia e di attivare tutti i controlli necessari per circoscrivere il contagio.

Il sistema di biosorveglianza ha consentito di monitorare, in tempo reale, la diffusione del virus, di prevederne in anticipo gli effetti e di predisporre le azioni preventive di contrasto, grazie alle quali si sono evitati nuovi contagi e si sono salvate vite umane⁷².

I decessi, nella Regione, sono stati circa 2098, una cifra considerevole, ma bassa se paragonata al numero di vittime registrate in Lombardia in cui i dati statistici più recenti indicano 16840 decessi.

L'uso del sistema di biosorveglianza è stato affiancato da un'altra strategia rivelatasi vincente: un elevato tasso di tamponi (il doppio di quelli effettuati in Lombardia) da cui sono pervenute altre importanti informazioni. L'individuazione dei soggetti da sottoporre a tampone è stata resa possibile, come detto, dal sistema di biosorveglianza e dalla mappatura dei soggetti venuti in contatto con quelli risultati positivi ai test.

In questo modo, tutti i soggetti coinvolti nella gestione dell'epidemia (medici di medicina generale⁷³; del lavoro⁷⁴; operatori ULSS;

⁷¹ Dati di monitoraggio sui test effettuati e sulla tipologia; sul numero di soggetti positivi; soggetti guariti e negativi sottoposti ai test; fasce di età; popolazione sotto screening e infetta; curve di evoluzione dell'epidemia; data di prelievo e di referto; georeferenziazione dei casi positivi aggregati ed incidenza territoriale.

⁷² Si veda, *Biosorveglianza, il "modello Veneto" anti Covid-19 ha un cuore tecnologico*, in *www.eng.it*.

⁷³ Hanno avuto accesso alle informazioni relative ai loro assistiti sottoposti a tampone e all'esito del test.

⁷⁴ A cui sono stati forniti i risultati dei test molecolari e sierologici eseguiti sui lavoratori, in modo da poterne controllare le condizioni.

Comuni ed Azienda sanitaria di assistenza) hanno potuto avere a propria disposizione dati *certied* aggiornati sull'evoluzione del contagio, permettendo anche una migliore e preventiva gestione delle strutture a disposizione, ad esempio, delle terapie intensive.

L'indagine epidemiologica così condotta ha permesso alla Regione ed alle strutture sanitarie di non essere colte impreparate.

Lo stesso sistema è stato impiegato anche nella fase 2, per stabilire il livello di immunità della popolazione, monitorare l'insorgenza di nuovi cluster, sia in ambito familiare che lavorativo, predisporre i protocolli necessari da attuare nella fase di ripresa delle attività, per garantirne lo svolgimento in condizioni di sicurezza e nel rispetto della salute dei cittadini veneti.

Il sistema di biosorveglianza ha permesso, infine di avere informazioni anche sulla diffusione del virus tra gli operatori sanitari e nelle case di riposo, monitoraggio totalmente assente in Lombardia, con gli esiti che conosciamo⁷⁵.

7. In un articolo apparso sulla rivista americana *Harvard Business Review*⁷⁶ sono state poste in evidenza le diverse scelte fatte dagli amministratori regionali della Lombardia e del Veneto per gestire, al meglio, la pandemia. Alcune appaiono condivise: uso obbligatorio della mascherina chirurgica, distanziamento sociale, utilizzo di disinfettanti all'ingresso dei locali commerciali e sanificazione degli ambienti di quelli per i quali non sia stata disposta la chiusura.

Il Veneto, tuttavia, ha adottato anche altre misure di contenimento che, alla luce dei risultati ottenuti, si sono dimostrate utili e decisive, a tal punto da fare la differenza:

⁷⁵ Si veda, *Il sistema di biosorveglianza dietro il successo del Veneto nel contenere l'epidemia*, in www.eng.it

⁷⁶ *Lessons from Italy's Response to Coronavirus*, di Gary P. Pisano, Raffaella Sadun e Michele Zanini, March 27, 2020.

- utilizzo di test precoci, anche in deroga alle direttive nazionali, su soggetti sintomatici e asintomatici, estesi a parenti e contatti degli stessi soggetti;
- tracciamento di potenziali positivi;
- quarantena obbligatoria nell'ipotesi di impossibilità ad effettuare i test;
- attenzione alla fase di diagnosi e gestione dei casi, che è stata resa più rapida anche grazie all'uso di sistemi informatici per la comunicazione tra che collegava il laboratorio, i medici di base e le unità sanitarie pubbliche locali.
- team diagnostici rapidi e visite telefoniche, che hanno impedito lo spostamento dei pazienti verso gli ospedali e limitato il contatto con altri soggetti e con altro personale medico;
- assistenza ed isolamento domiciliare;
- separazione dei percorsi⁷⁷;
- adozione di misure volte a proteggere i lavoratori esposti al contatto con il pubblico (personale sanitario, farmacisti, dipendenti di supermercati);
- rapido incremento dei posti nei reparti di terapia intensiva e monitoraggio costante della disponibilità;
- reperimento di ventilatori polmonari a cui collegare i pazienti non in grado di respirare autonomamente;
- sospensione di tutte le attività non essenziali per la tutela della salute pubblica;
- mobilitata una forza di oltre 750 operatori sanitari pubblici in tutta la regione⁷⁸;

⁷⁷ I pazienti non Covid-19 sono stati progressivamente spostati in ospedali di comunità; i soggetti positivi in ospedali e convalescenziari dedicati

⁷⁸ Si veda, N. BINKIN, F. MICHIELETTA, F. RUSSO, S. SALMASO, *Veneto e Lombardia a confronto nella strategia contro il covid-19*, in www.internazionale.it

Talune scelte sono state rese possibili anche dalla sussistenza nella Regione di un Sanità pubblica e da Presidi sul territorio. Il sistema sanitario Veneto è, come si è detto, più orientato al territorio ed alla medicina di comunità, e più focalizzato sulla vigilanza attiva. Ciò ha permesso ai medici di base ed ai servizi di igiene delle Asl di fare da filtro, evitando il ricovero degli asintomatici a cui è stata garantita l'assistenza domiciliare.

In questo modo, il Veneto è riuscito a contenere la diffusione del virus nelle strutture ospedaliere e a evitarne il sovraffollamento con conseguente sovraccarico di lavoro per il personale.

La lungimirante legge regionale che ha riformato la sanità veneta ha, inoltre, previsto un incremento dei posti letto, pari al 15% e del numero dei medici di base, incrementato del 60%, scelte che collocano il Veneto al primo posto nella classifica delle Regioni per capacità di garantire i livelli essenziali di assistenza.

Aver scelto di potenziare la prima assistenza, affidandola alla cosiddetta medicina di prossimità e mantenere un certo equilibrio tra offerta ospedaliera e servizi sul territorio (assistenza domiciliare) e tra sanità pubblica e privata si è rivelata una scelta vincente che ha consentito di non intasare gli ospedali e di permettere al relativo personale di lavorare al meglio.

La Lombardia ha, invece, eseguito un numero di test nettamente inferiore a quello del Veneto (circa la metà) e solo su soggetti sintomatici.

In Lombardia, mancando un'organizzazione sanitaria simile a quella veneta, avendo privilegiato la sanità ospedaliera a discapito di quella territoriale, essendo la prima economicamente più vantaggiosa, e quella di tipo privato, il numero dei ricoverati è stato altissimo ed i reparti e le terapie intensive si sono subito riempiti di pazienti, non essendo stata garantita l'assistenza domiciliare, né l'intervento dei medici di base, ritenuti dalla politica ormai inutili.

Un elevato numero di contagi sono riconducibili alle modalità di trasferimento presso le strutture, avvenuto senza l'adozione delle necessarie precauzioni o presso strutture non adeguate, come le RSA, all'interno delle quali il COVID ha fatto numerose vittime tra gli anziani ospiti delle strutture, permettendo al virus di propagarsi più rapidamente.

In Lombardia la c.d. separazione dei percorsi è risultato, quindi, impraticabile mancando i convalescenti.

8. Tra le Regioni più pesantemente colpite, nella prima fase, dall'emergenza sanitaria legata al virus Covid-19, ci sono le tre che dal 2017 hanno intrapreso il cammino messo a disposizione dall'art. 116 Cost., con evidenti e significative implicazioni sul piano delle competenze.

Veneto, Lombardia e Emilia Romagna sono anche le tre Regioni che hanno dato un'interpretazione 'estrema' alla previsione costituzionale relativa al 'regionalismo differenziato', ritenendo di poter assumere larga parte o interamente le competenze di natura concorrente dell'art. 117 Cost, co. 3.

La vicenda in atto, non ancora conclusa, nonostante gli auspici e le previsioni forse troppo ottimistiche e semplicistiche, nella drammaticità delle conseguenze che sta determinando, si è trasformata in un'occasione di riflessione sulla praticabilità del trasferimento di attribuzioni. In fasi ordinarie della vita della Repubblica, può, infatti, ritenersi indifferente che esse siano esercitate dallo Stato o dalle Regioni o addirittura apparire più proficuo che sia la Regione ad occuparsene, con ben maggiore efficacia ed anche efficienza, ma che in fasi straordinarie, come l'attuale, rivelano una serie di specificità e criticità la cui soluzione appare difficile, soprattutto se affidata solo alle Regione, senza il coinvolgimento del livello nazionale.

Lo scenario determinato dalla pandemia ha, infatti, rimesso in discussione la valutazione della capacità delle Regioni di poter assumere una cospicua quantità di competenze concorrenti in un contesto caratterizzato dall'imprevedibilità.

La valutazione della capacità delle strutture amministrative e della sostenibilità finanziaria effettuata in relazione ad una prospettiva di esercizio ordinario delle funzioni, potrebbe, infatti, non essere più valida in un contesto caratterizzato dalla straordinarietà, ponendo le Regioni che rivendicano il regionalismo differenziato in una situazione di grave difficoltà proprio con riferimento a quelle potestà, tra cui si annovera anche la "tutela della salute" rispetto alle quali è stata formulata la domanda di differenziazione.

L'insieme delle criticità che si sono manifestate durante la fase più acuta della pandemia⁷⁹, quindi, ha innescato una discussione incentrata su una competenza che tocca un diritto tanto delicato e complesso come quello della salute; ci si chiede se sia davvero indifferente un assetto come quello vigente che, pur a fronte di apprezzabili capacità regionali nell'assicurare *standard* di sanità di elevata qualità, prevede un coinvolgimento dello Stato per profili che necessitano di un "governo" effettuato a livello nazionale, che potrebbe essere sostituito da un diverso assetto nel quale sia la Regione integralmente responsabile di qualsiasi evoluzione che la materia possa presentare, anche quella estrema e, ci si augura, transitoria di un'epidemia come quella attuale.

⁷⁹ Necessità di alleggerire le attività dei reparti di terapia intensiva da tutti quei casi che normalmente esse trattano, per offrire disponibilità ai crescenti casi di malati di Covid-19, che necessitano di trattamenti di particolare complessità sanitaria; intenso coordinamento tra enti ospedalieri per garantire che le prestazioni sanitarie non vengano meno e che tutte le strutture sanitarie delle Paese siano adeguatamente coinvolte nello sforzo; gestione delle carenze sul piano del personale sanitario; richiamo in servizio dei medici in pensione e anticipo delle lauree degli studenti dei corsi infermieristici e conseguenti deroghe al rapporto di lavoro di alcune categorie di dipendenti pubblici, costituiscono solo alcuni esempi di interventi che necessitano della partecipazione dello Stato.

L'esperienza vissuta ha dimostrato che il decentramento della sanità, oltre che mettere a serio rischio l'uguaglianza dei cittadini rispetto alla salute, non si è dimostrato capace di fronteggiare la pandemia. Le regioni non hanno agito tutte nello stesso modo e non hanno ottenuto gli stessi risultati.

Non trascurabili appaiono i profili finanziari del modello della differenziazione. Le proposte regionali formulate fino a questo momento sembrano sottovalutare tale aspetto e trattare con superficialità la quantificazione delle risorse che occorrono affinché un territorio possa reggere una quantità di competenze quali quelle che sono state avocate.

Tali risorse, che in tempi ordinari devono garantire i diritti e soprattutto i livelli essenziali dei medesimi, e più in generale parametrarsi ai costi che le diverse funzioni hanno finora assorbito, in tempi straordinari devono essere consone anche ad affrontare esigenze di sostegno da garantire a realtà produttive particolarmente avanzate.

Per comprendere la difficoltà che incontrerebbe una Regione in una situazione caratterizzata da straordinarietà può forse essere utile segnalare la fonte di copertura che il Governo, con il d. l. 23 febbraio 2020, n. 6 ha individuato per far fronte agli oneri derivanti dallo stato di emergenza sanitaria dichiarato il 31 gennaio 2020 ed il relativo importo: 20 milioni di euro, cifra non alla portata di tutte delle Regioni.

Per reperire tale cifra il Governo ha dovuto tagliare la spesa prevista per incentivare l'utilizzo di strumenti di pagamento elettronici da parte dei consumatori, ovvero premi speciali da attribuire mediante estrazioni aggiuntive a quelle ordinarie. Dunque si è deciso di sacrificare una delle misure che nello scorso autunno aveva perseguito l'obiettivo di una maggiore visibilità delle transazioni finanziarie a fini di recupero dell'evasione fiscale e il superamento, in

via del tutto eccezionale, dei margini di maggior disavanzo, che lo Stato italiano è normalmente tenuto a rispettare, ad in deroga alle *fiscal rules* a cui le nostre decisioni di bilancio si conformano.

Superata l'emergenza, le Regioni dovranno seriamente riconsiderare quanta capacità di bilancio comporti sobbarcarsi un vasto numero di competenze sia in tempi ordinari, sia in condizioni straordinarie e meditare sul c.d. "rischio differenziato", valutando realisticamente quanta "differenziazione" una Regione sia veramente in grado di gestire. Non si possono avere diverse strategie sanitarie regionali, questo è fonte di gravi disuguaglianze.

L'art.116, c.3, Cost. si collega ai problemi irrisolti dell'Unità d'Italia e dell'interesse nazionale⁸⁰ e, di conseguenza, allo storico irrisolto dualismo economico tra Nord e Sud, poiché le asimmetrie che esso promuove, qualora non siano conformate e orientate dai principi di eguaglianza sostanziale e di solidarietà interterritoriale, attraverso adeguati interventi perequativi, rischia di accentuarne il già notevole divario socioeconomico⁸¹. Un dualismo che non è mai stato assorbito, divenendo così strutturale, e che vede il motore economico italiano concentrato soprattutto in alcune Regioni del Nord. Un'attuazione del regionalismo differenziato disattenta può alimentare le pulsioni separatiste diffuse in alcune regioni, promuovendo ulteriori processi politici dagli esiti imprevedibili⁸².

⁸⁰ A.MITROTTI, *L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano. Itinerari della genesi ed evoluzione di un'araba fenice*, Napoli, 2020.

⁸¹ A. MORELLI, *Le relazioni istituzionali*, cit. Sulle condizioni delle Regioni meridionali cfr. i contributi pubblicati in *Le Regioni*, 5/2017: A. SPADARO, *Riflessioni sparse sul regionalismo italiano: il caso delle Regioni meridionali*; D. CERSOSIMO - S. CHIMENTIR. NISTICÒ, *Recessione economica e cittadinanza. Il grande disinvestimento pubblico nel Mezzogiorno negli anni Duemila*; F. FABRIZZI, *L'attuazione della legge Delrio nelle Regioni del Sud*; S. PAJNO, *La specialità alla prova: il ciclo integrato dei rifiuti nella Regione siciliana*.

⁸² A. MORELLI, *Regionalismo differenziato e autonomia speciale: un quadro complesso*, in *Diritti Regionali* n. 3/2019.

Conviene dapprima esaminare, in una prospettiva nazionale, le risposte che le istituzioni pubbliche hanno provato a dare alle richieste di maggiore autonomia. Tale esame porta a dire che, pur nell'ambivalenza del ceto politico italiano che a volte spinge sull'acceleratore e altre volte sul freno dell'autonomia, la tendenza è andata nella direzione della simmetria. In altre parole, il tentativo è stato quello di rafforzare le autonomie regionali sia riconoscendo loro più poteri sia cercando (senza riuscirvi) di portare le autonomie al centro, in particolare nell'istituzione parlamentare. Andavano in questa direzione sia le riforme costituzionali del 1999 e del 2001 sia i tentativi di riforma delle riforme, esperite nel 2005-6 e poi nel 2016⁸³.

L'emergenza sanitaria determinata dal coronavirus potrebbe adesso dare avvio all'ennesima inversione di rotta, determinando il fallimento del processo di attuazione del regionalismo differenziato⁸⁴.

La regionalizzazione della salute infatti non è adatta a gestire le complessità inerenti alla produzione di salute. Si può pensare che una sanità a gestione regionale permetta una maggiore rendicontabilità e flessibilità⁸⁵. D'altra parte, a maggiore efficienza si accompagna spesso maggiore diseguaglianza di servizio che, data la natura di "bene pubblico" della sanità, rischia di essere un problema per tutti: la mala-gestione di alcune aree si ripercuote su altre, sia nel caso di crisi sia per le "migrazioni sanitarie". Esiste quindi una necessità di conciliare autonomia e coordinazione, sia in tempi ordinari sia in emergenza.

⁸³ Così R. BIFULCO, *I limiti del regionalismo differenziato*, in *Rivista AIC*, n. 4/2019

⁸⁴ A. MORELLI – A. POGGI, *Le Regioni per differenziare, lo Stato per unire*, in *Diritti Regionali* n. 2/2020.

⁸⁵ Sul tema cfr. S.PARK, *Special economic zones and the perpetual pluralism of global trade and labor migration*, in *Georgetown Journal of International Law*, 4/47, 2016.

ABSTRACT: Il saggio mira ad analizzare la normativa sanitaria delle regioni Lombardia e Veneto, che hanno affrontato la pandemia da Covid-19 in modi diverse, con risultati diversi. L'analisi non può non affrontare il tema del cd. regionalismo differenziato per comprenderne se, dopo quanto accaduto a livello sanitario, possa essere utile ancora parlare di autonomia.

The essay aims to analyze the health legislation of the Lombardy and Veneto regions, which have faced the Covid-19 pandemic in different ways, with different results. The analysis cannot omit to explore the subject of the so-called "differentiated regionalism" in order to understand whether, after what happened at the health level, it may still be useful to talk about autonomy.

Parole chiave: Sistema Sanitario Nazionale, pandemia, regionalismo differenziato.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

2020 - Anno XLI

LA RESPONSABILITÀ DELLA P.A. DA ATTO LECITO

Un mero indennizzo o un integrale risarcimento quale forma di ristoro a seguito di un atto lecito dannoso?

di Luca Venerando Giuffrida, Dottore di ricerca in diritto amministrativo.

SOMMARIO: 1. Premessa: presupposti storici e inquadramento della questione. - 2. La natura giuridica della responsabilità della P.A. da atto lecito. - 3. Espropriazione per pubblica utilità. - 4. Il danno da vaccinazione. - 5. L'indennizzo da ritardo nella conclusione del procedimento amministrativo. - 6 Considerazioni conclusive.

1. Premessa: presupposti storici e inquadramento della questione.

Com'è noto, la Pubblica Amministrazione (P.A.), nel corretto esercizio dei poteri attribuitigli dalla legge può agire, tanto mediante moduli procedurali di diritto pubblico, che si concretano in provvedimenti c.d. *iure imperii*, quanto mediante atti di diritto privato, nell'ambito dell'attività c.d. *iure privatorum*, in cui l'autorità amministrativa si trova in una situazione di tendenziale parità con il privato¹.

¹ Ai sensi dell'art. 1, comma 1-*bis*, della legge 241 del 1990, inserito dall'art. 1, comma 1, lett. b), della L. 11 febbraio 2005, n. 15, infatti, la P.A., nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente. Detta previsione normativa consacra il

Orbene, l'Amministrazione, nell'esercizio della propria attività che è sempre volta, ai sensi dell'art. 1, comma 1, della legge 241 del 1990, al perseguimento dei fini determinati dalla legge, entrando in rapporto con i privati cittadini, può comunque determinare conseguenze pregiudizievoli nella loro sfera giuridica, recando loro un nocumento.

Il danno², epicentro dell'intero sistema della responsabilità civile, è tradizionalmente inteso quale conseguenza del fatto illecito, che determina responsabilità e, conseguentemente, il diritto al risarcimento.

Già dal secolo scorso³, tuttavia, il problema della configurabilità della responsabilità da atto lecito della P.A. costituisce una delle questioni teoriche maggiormente controverse, con rilevantissimi corollari applicativi, ancorché, sino a oggi, né la dottrina né la giurisprudenza sembrano aver dato risposte univoche a tale questione.

La tematica prospettata concerne, più in particolare, tutte le ipotesi in cui l'Amministrazione, al fine di soddisfare un interesse della collettività, arrechi un danno ingiusto ai privati cittadini, nonostante abbia agito mediante una condotta legittima e autorizzata dalla legge.

Come si vedrà di seguito, infatti, il Legislatore ha introdotto alcune fattispecie tipizzate, da cui discende il dovere della Pubblica Amministrazione di riparare i danni cagionati ai privati dall'esercizio della sua azione. Tali ipotesi normative hanno dato luogo a non poche perplessità, poiché, per un verso, con l'espressione "responsabilità" si è da sempre intesa la soggezione a sanzioni a seguito di

generale riconoscimento del principio di capacità negoziale della PA, unitamente alla possibilità di utilizzare strumenti privatistici per il conseguimento di finalità pubbliche, in alternativa al tradizionale metodo pubblicistico autoritativo-procedimentale.

² Per approfondimenti sul concetto di danno si rinvia a ALPA, *Danno aquiliano*, in *Contr. Impr.*, 1990, 792; BUSNELLI, Patti, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013, 7 e ss.; PACCHIONI, *Dei delitti e dei quasi delitti*, Padova, 1940, 3 e ss. e DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano 2003, 227 e ss.

³ Durante il XX secolo vigeva una concezione autoritativa dei rapporti tra P.A. e cittadini con il riconoscimento in capo alla prima di poteri di supremazia speciale. In questa prospettiva si riteneva che l'esercizio di detti poteri non potesse determinare alcuna forma di responsabilità in capo all'Amministrazione, né di conseguenza alcun obbligo risarcitorio.

comportamenti illegittimi; per altro verso, l'assenza di un regime giuridico generale lascia insoluta la questione per le ipotesi non codificate. Ci si chiede, quindi, se tale dovere sussista anche laddove l'ordinamento giuridico italiano non lo preveda espressamente.

L'interrogativo che dottrina e giurisprudenza si pongono, allora, riguarda la sussistenza di una responsabilità civile della P.A.⁴, soprattutto per le fattispecie non tipizzate, nonché la natura giuridica da attribuire alla responsabilità in esame, derivante non da un atto illegittimo, com'è solito verificarsi, ma da un provvedimento lecito.

2. La natura giuridica della responsabilità della P.A. da atto lecito.

Lo specifico tema d'indagine è dunque quello della natura giuridica della responsabilità e del conseguente dovere della P.A. di riparare i danni cagionati ai privati cittadini a seguito di un'azione che può definirsi legittima e consentita dalla legge.

In Italia, la figura del c.d. "atto lecito dannoso" sorge con l'obiettivo di rispondere all'esigenza di definire i conflitti tra posizioni giuridiche inconciliabili, ma entrambe meritevoli di tutela. Ciò significa che, se da un lato si consente l'atto poiché lecito ovvero autorizzato dalla legge, dall'altro appare certamente necessario ammettere la riparazione del danno subito dal privato cittadino.

Il problema su cui occorre porre l'attenzione, tuttavia, non riguarda tanto l'ammissibilità o meno di una responsabilità della Pubblica Amministrazione, su cui non vi è alcun dubbio, quanto piuttosto la natura giuridica da attribuirle.

Al riguardo, l'ampia letteratura che si è sviluppata attorno al controverso tema non ha tuttavia fornito interpretazioni univoche e il

⁴ È cospicua la letteratura che si è sviluppata intorno al tema della responsabilità. Si veda: M. CAFAGNO, *Efficienze ed inefficienze nei modelli di responsabilità della p.a.*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 719. F. PULITINI, *Quante analisi economiche del diritto, Riflessioni su Yale e Chicago*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2003, 139 ss.; G. NAPOLITANO, M. ABBRESCIA, *Analisi economica del diritto*, Bologna, 2009; G. ALPA, *Colpa e responsabilità nella prospettiva di una «analisi economica del diritto»*, in *Politica del dir.*, 1976, 431; P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

relativo ampio e articolato dibattito pare ancor oggi lontano dall'acquietarsi⁵.

Una prima corrente di pensiero⁶ propende per una natura eccezionale della responsabilità in esame, in ragione, anzitutto, dei principi di matrice romanistica «nessuna responsabilità senza colpa» e «*qui iure suo utitur neminem laedit*».

I sostenitori di tale teoria⁷, in particolare, ritengono che un atto lecito non possa produrre lesioni di diritti, poiché privo del carattere di anti giuridicità, tipico, invece, del sistema della responsabilità extracontrattuale, c.d. "aquiliana"⁸. Quest'ultima, costituendo conseguenza diretta della condotta riprovevole di chi ha cagionato il danno, è da considerarsi insussistente ogni qual volta tale giudizio di riprovevolezza non possa essere pronunciato.

In tale cornice, quest'orientamento dottrinale esclude totalmente la sussistenza di una responsabilità in capo all'Amministrazione e, di conseguenza, ne nega ogni riconducibilità alla figura della responsabilità aquiliana⁹, che si configura invece come conseguenza del compimento di un fatto illecito, doloso o colposo, che cagioni ad altri un ingiusto danno, ex art. 2043 del c.c.: fatto *non iure*, danno *contra ius*.

A sostegno della soluzione indicata, relativa alla natura eccezionale della responsabilità da atto lecito, si rileva la tipicità e il circoscritto numero delle fattispecie introdotte nel nostro ordinamento, da cui, poi, deriva l'esistenza giuridica degli "atti leciti dannosi".

⁵ La tematica è stata riportata all'attenzione del dibattito dottrinale a seguito della relazione tenuta da G CORSO al LIV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione tenutosi a Varenna nel settembre 2008. La relazione, dal titolo, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita* è stata poi pubblicata in *Dir. amm.*, 2009, 203 ss.

⁶ In tal senso, G. GIACOBBE, *Gli atti leciti dannosi nella teoria della responsabilità civile*, in *Atto illecito e responsabilità civile, Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Milano, 2002; C. BUONAURO, *Responsabilità da atto lecito dannoso*, Milano, 2012.

⁷ V. O. CONDORELLI, *La responsabilità senza colpa*, Catania, 1924.

⁸ Dal nome della legge romana Aquilia del 287 a.C., che disciplinò per prima, nel diritto romano, la responsabilità *ex delicto*.

⁹ D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939; MAIORCA, voce *Responsabilità* (teoria gen.), in *Enc. del dir.*, XXXIX, Milano, 1988.

Secondo tale impostazione dottrinale¹⁰, tuttavia, la categoria di tali atti non ha carattere autonomo, poiché deve tenersi conto dei soli casi codificati nella legislazione.

L'atto lecito dannoso, pertanto, dà luogo a un'ipotesi di responsabilità eccezionale, che sorge solo ogni qualvolta si è in presenza delle fattispecie tipizzate. Attesa la natura eccezionale della responsabilità, ne deriva l'inammissibilità di qualsiasi estensione della disciplina di tali ipotesi in via analogica.

In senso contrario¹¹, invece, si esprime altra parte della dottrina che riconduce gli atti leciti dannosi alla sfera dell'illecito aquiliano.

In particolare, il danno ingiusto sussiste quando dal compimento da parte della P.A. di un atto lecito e previsto dalla legge ne deriva la lesione di un interesse del singolo privato, protetto e tutelato dal nostro ordinamento giuridico. Una tale impostazione, tuttavia, presenta la difficoltà di considerare l'atto lecito dannoso quale atto avente un connotato antiggiuridico, atteso che l'antigiuridicità costituisce un elemento proprio di un provvedimento illegittimo.

Ai fini della sussistenza della responsabilità aquiliana, infatti, l'articolo 2043 c.c. pone quali presupposti fondamentali, l'antigiuridicità del fatto, ossia l'illegittimità dello stesso da cui, poi, deriverebbe un danno ingiusto eziologicamente connesso alla condotta posta in essere; nonché la presenza dell'elemento soggettivo della colpevolezza.

Secondo l'orientamento in esame, tuttavia, occorre riconoscere rilevanza anche al danno non antiggiuridico ossia al danno derivante da un atto legittimo, in presenza del quale risulta necessario tutelare il soggetto per la lesione del suo interesse. Ciò in ragione del diritto soggettivo vantato dal privato cittadino che, al pari dell'interesse pubblico che l'Amministrazione mira a soddisfare, merita di essere tutelato mediante un bilanciamento delle posizioni giuridiche in gioco.

Si tratta, infatti, di situazioni giuridiche che, seppur inconciliabili tra loro, sono entrambe meritevoli di tutela. Una simile impostazione,

¹⁰ V. FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della Responsabilità Civile*, diretto da Franzoni, Milano, 2010.

¹¹ V. TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p. 264 ss.; A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979.

pertanto, ritiene che la lesione di un diritto soggettivo giuridicamente tutelato dall'ordinamento, ancorché conseguente a un'azione autorizzata dalla legge, debba tradursi nella corresponsione, da parte della P.A., non di una mera indennità a titolo di riparazione del danno, spesso determinata in misura fissa e insufficiente, quanto di un vero e proprio risarcimento.

In questa prospettiva si afferma la natura eccezionale delle fattispecie tipizzate dal Legislatore, che contemplan, al loro verificarsi, soltanto un'obbligazione di indennizzo, anziché un risarcimento integrale del danno.

Un diverso e più recente orientamento dottrinale¹², invece, muovendo dal principio di solidarietà sociale e giustizia distributiva, attribuisce alla responsabilità da provvedimento lecito natura prettamente oggettiva.

Secondo tale impostazione, deve, senza alcun dubbio, ritenersi sussistente la responsabilità della P.A. ogni qual volta dal compimento di un atto legittimo si cagioni una lesione della sfera giuridica del singolo. Si tratta, però, di una responsabilità del tutto atipica e per nulla riconducibile alla responsabilità extracontrattuale.

La natura atipica della responsabilità in esame e la sua non riconducibilità all'articolo 2043 c.c. si ricavano, in primo luogo, dagli atti leciti dannosi tipizzati, da cui sorge un'obbligazione riparatoria, non di natura risarcitoria, bensì di natura meramente indennitaria.

Secondo tale filone di pensiero, peraltro, la categoria degli atti leciti dannosi deve ritenersi suscettibile d'interpretazione analogica. Ciò significa che la disciplina normativa dei medesimi è applicabile anche alle ipotesi in cui, dal compimento di un atto previsto dalla legge, quest'ultima ne ricollegghi conseguenze di natura indennitaria.

Appare pertanto chiaro che la *ratio* del riconoscimento normativo, operato dal Legislatore, degli atti leciti dannosi risponde all'esigenza di bilanciare i contrapposti interessi in gioco, nonché di tutelare i titolari di diritti soggettivi a seguito di una lesione, che fuoriesce dalla sfera dell'illiceità.

¹² Tra i maggiori esponenti, v. BIANCA, *Diritto civile*, V, Milano, 1994; BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964; P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.

Per tale ragione, occorre esprimersi non in termini di risarcimento, bensì di mero indennizzo, quale ristoro dell'interesse sacrificato. Il concetto d'indennità, infatti, va tenuto distinto da quello di risarcimento poiché, mentre quest'ultimo rappresenta lo strumento di reintegrazione nella sfera giuridica lesa, l'indennità costituisce il mezzo diretto a un riequilibrio parziale del danno sofferto. Ne deriva che l'ammontare dell'indennizzo non deve essere parametrato al valore reale del bene e, in ogni caso, deve essere determinato in misura inferiore rispetto al risarcimento.

In tal modo, detto orientamento dottrinale, condiviso anche dalla giurisprudenza prevalente ¹³, esclude categoricamente la riconducibilità della responsabilità da atto lecito alla sfera della responsabilità risarcitoria, in ragione anche dell'assenza dei presupposti richiesti dall'articolo 2043 c.c.

Non appare, infatti, impossibile ravvisare, tanto il connotato di anti giuridicità quanto l'elemento soggettivo, a un comportamento lecito e imposto ovvero consentito dalla legge.

Come ha, in passato, precisato la Suprema Corte¹⁴, l'illegittimità dell'atto non può considerarsi *ex se* sufficiente a far sorgere la responsabilità aquiliana, poiché è altresì necessario che si tratti di un atto soggettivamente rimproverabile.

¹³ Consiglio di Stato, sez. V, 21 dicembre 2017, n. 6009, il quale afferma che «La funzione dell'indennizzo è distinta per natura e per presupposti da quella del risarcimento del danno. Essa consiste nell'assicurare al privato legittimamente leso da provvedimenti adottati dall'amministrazione del esercizio del suo ampio ius poenitendi un ristoro del pregiudizio patrimoniale patito, per ragioni di opportunità (Cons. Stato, sez. III, 18 luglio 2017, n. 3540). Si tratta in altri termini di una compartecipazione dell'amministrazione ai pregiudizi economici conseguenti al legittimo esercizio del suo ampio potere di ripensamento, a sua volta espressivo dell'immanente obbligo di cura del pubblico interesse, rispetto a scelte precedentemente assunte e generatrici nei destinatari di affidamenti: una responsabilità da atti leciti. I presupposti della sua applicabilità prescindono da un giudizio di colpevolezza dell'operato dell'amministrazione e richiedono per contro che sia accertata una posizione di vantaggio che la revoca ha frustrato e che tale perdita abbia determinato conseguenze di carattere economiche pregiudizievoli»; V. anche Corte di Cassazione, sez. II civ., 15 novembre 2016, n. 23256.

¹⁴ Corte di Cassazione, SS.UU. civ., 22 luglio 1999 n. 500. In letteratura, cfr. E. VINCENTI, *La sentenza n. 500/1999 fra vecchie e nuove categorie nella materia risarcitoria*, su www.giustizia-amministrativa.it, 2019; G. GRASSO, *Procedimento e danno tra interesse legittimo e fondata pretesa*, su www.giustiziamministrativa.it, 2018.

Alla luce di quanto detto è, dunque, possibile affermare che la categoria degli atti leciti dannosi, in virtù del principio di solidarietà sociale e giustizia distributiva, risponde a un'esigenza di natura equitativa, diretta a realizzare un bilanciamento tra i diritti soggettivi dei singoli cittadini e gli interessi pubblici che la P.A. intende soddisfare, al fine di compensare il disagio sofferto dal singolo a fronte di un beneficio concreto della collettività.

L'ordinamento giuridico italiano, a oggi, prevede diverse ipotesi di responsabilità da atto lecito, ma sicuramente quelle più rilevanti sono costituite dall'espropriazione per pubblica utilità, dal danno da vaccinazione e, infine, dall'indennizzo da ritardo nella conclusione del procedimento amministrativo.

3. Espropriazione per pubblica utilità.

L'espropriazione per pubblica utilità è, di certo, una tra le principali fattispecie di responsabilità da atto lecito tipizzate nel nostro ordinamento e probabilmente la più antica.

Tale istituto non è altro che un procedimento a carattere ablatorio¹⁵, mediante il quale la P.A. può acquisire coattivamente la proprietà o altro diritto reale su di un bene, per esigenze d'interesse pubblico e, in ogni caso, dietro la corresponsione di un indennizzo.

Orbene, se il provvedimento espropriativo è conforme alla legge, allora è legittimo, tuttavia, è al contempo dannoso per l'espropriato (art. 834, comma 1, c.c.).

Oggi, la disciplina normativa è contenuta, a livello di fonti primarie¹⁶, nel D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327¹⁷, c.d. Testo Unico delle

¹⁵ Proprio per il suo carattere ablatorio capace di estinguere un diritto, il procedimento espropriativo è stato sempre oggetto, fin dalla legge n. 2359 del 1865, di un'attenta previsione normativa.

¹⁶ L'art. 42, comma 3, Cost., dispone che *"La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale"*. La materia è altresì disciplinata dall'art. 1 del Primo protocollo addizionale della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

¹⁷ La letteratura sul Testo Unico delle espropriazioni è vastissima. Si rinvia, *ex plurimis*, a: F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2005; F. CARINGELLA, G. DE MARZO, R. DE DICTOLIS, L. MARUOTTI, *L'espropriazione per pubblica utilità. Commento al testo unico emanato con decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327*, Milano, 2002; N. CENTOFANTI, *L'espropriazione*

disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità, col tempo modificato¹⁸, con cui il Legislatore ha voluto meglio regolare il procedimento espropriativo, la cui disciplina in passato si presentava assai disorganica e disomogenea.

Tuttavia, sebbene l'attuale procedimento espropriativo appare regolamentato in maniera soddisfacente dagli artt. 8 e 23 del T.U. sopra citato, ci si interroga ancor oggi sull'ambito di operatività di tale garanzia indennitaria nonché sul suo ammontare.

Con riferimento al primo interrogativo, la Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁹ si è, in merito, pronunciata, affermando che la garanzia indennitaria comprende, in realtà, non il solo diritto di proprietà, bensì qualsiasi interesse patrimoniale oggetto di un diritto. In tal modo, la Corte fornisce un'interpretazione estensiva della nozione di "bene", così da ampliare la tutela ai singoli privati titolari di diritti patrimoniali²⁰.

I principi enunciati dalla Corte europea per la determinazione dell'indennizzo sono, quindi, rappresentati, per un verso, dalla tutela del diritto assoluto quale è quello di proprietà, e, per altro verso, dal bilanciamento tra l'interesse pubblico perseguito ed il sacrificio sopportato dal privato. Tale bilanciamento, a parer della Corte,

per pubblica utilità, Milano, 2006; V. PANECALDO, *Espropriazioni per pubblica utilità: testo unico d. P.R. 8 giugno 2001, n. 327. Pratica attuazione e normativa commentata*, Roma 2004; P. VIRGA, *Luci ed ombre nel nuovo testo unico sulle espropriazioni*, in www.giustamm.it; L. OLIVETI, *Testo unico degli espropri: la sindrome di Aristofane*, in www.giustamm.it; G. SAPORITO, *Le limitazioni al potere cautelare del Giudice amministrativo in materia di appalti di oo.pp. e di espropri per pubblica utilità*, in www.giusramm.it; M.A. SANDULLI, *Riparto di giurisdizione atto secondo: la Corte Costituzionale fa chiarezza sugli effetti della sentenza 204 in tema di comportamenti acquisitivi*, in federalismi.it

¹⁸ Legge n. 166/2002; D.Lgs. n. 302/2002; D.Lgs. 27 dicembre 2004, n. 330; L. n. 244/2007; D.L. 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla L. 15 luglio 2011, n. 111; D.L. 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 novembre 2014, n. 164; L. 28 dicembre 2015, n. 221.

¹⁹ CEDU, Lithgow c. Regno Unito, 7 marzo 1986; CEDU, Grande Chambre c. Scordino, 29 marzo 2006.

²⁰ Come autorevolmente osservato in dottrina, alcuni diritti, specie quelli fondamentali, sono oggetto di una disciplina multilivello: Cfr. G. MORBIDELLI, *Corte costituzionale e corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte del Lussemburgo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 290; S. BONATTI - S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Proprietà immobiliare (vincoli e limiti)* in *Trattato di Diritto amministrativo europeo (diretto da M. P. CHITI E G. GRECO)*, III, 2007, 1555 ss.

dev'essere effettuato dall'ordinamento giuridico italiano, al quale la stessa riconosce un ampio margine di apprezzamento.

In ordine all'ammontare della garanzia riparatoria, la Corte europea, pur muovendo dall'esigenza di un bilanciamento tra interessi differenti, ha da sempre affermato la necessità di un pieno ristoro, che tenga conto del danno effettivamente subito dall'individuo.

Il principio del pieno ristoro affermato dalla Corte europea, nonché le plurime condanne riportate dallo Stato italiano hanno indotto l'ordinamento giuridico italiano ad adeguarsi ai nuovi orientamenti giurisprudenziali.

Anche la Corte costituzionale²¹ si è pronunciata sulla questione²², con le note sentenze n. 348 e 349 del 24 ottobre 2007²³, aderendo, sin da subito, al criterio, elaborato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, della riparazione integrale del danno, mediante una valutazione in concreto, e non eseguita in termini ritenuti fin troppo forfettari.

La Corte costituzionale ha, così, dichiarato l'illegittimità costituzionale, in primo luogo, dell'articolo 37 del T.U., nella parte in

²¹ Le sentenze della Corte costituzionale n. 348 e 349 del 24 ottobre 2007 hanno particolare pregio in quanto hanno indotto la Corte a pronunciarsi sulla *vexata quaestio* del rapporto tra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Ordinamento italiano, occupandosi di un tema particolarmente spinoso quale l'indennità di espropriazione. Dette pronunce, invero, si sono rese necessarie, a fronte dei reiterati interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione alle norme italiane che hanno disciplinano l'indennità di esproprio, nello sforzo di sollecitare l'Italia nel prevedere una forma d'indennizzo avente un rapporto ragionevole con il valore del bene espropriato.

²² Tra i primi commenti: G. VIRGA, *Le "térmiti" comunitarie ed i "tarli" dei trattati internazionali*, in www.lexitalia.it, 10, 2007; M. A RUSSO, *Espropriazione, risarcimento da rivedere*, in *Dir. e prat. amm.*, 2007, 11, 62 ss.; O. FORLENZA, *Solo l'introduzione di criteri flessibili garantisce equità nei "risarcimenti"*, in *Guida al dir.*, 2007, 14, 54 ss.; M. CASTELLANETA, *Certo il privato dei principi costituzionali*, *ivi*, 59 ss.; F. BUCCHI, *La Corte costituzionale boccia le regole sugli indennizzi: "valori lontani dal mercato"*, in *Ed. e terr.*, 2007, 43, 6 ss.; R. CONTI, *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*, in *Corr. giur.*, 2008, 2, 205 ss.; T.F. GIUPPONI, *Corte costituzionale, obblighi internazionali e "controlimiti allargati": che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?*, in www.forumcostituzionale.it; B. RANDAZZO, *Costituzione e Cedu: il giudice delle leggi apre una «finestra» su Strasburgo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1, 25 ss.

²³ F. MANGANARO, *L'indennità di espropriazione tra Corte Costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.giustamm.it

cui prevedeva un criterio di calcolo fondato sulla media tra il valore venale del bene e il reddito dominicale. In buona sostanza si garantiva un'indennità che non prendeva atto del «ragionevole legame» con il valore venale del bene, ma risultava in concreto «oscillante tra il 50 ed il 30 per cento del valore di mercato del bene».

La garanzia indennitaria risultava, pertanto, insufficiente e inadeguata, poiché non capace di garantire un effettivo ristoro economico del pregiudizio subito.

Ciò ha indotto il Legislatore a intervenire, aderendo alla posizione assunta dalla nostra Corte costituzionale, con la legge 27 dicembre 2007, n. 422 (finanziaria del 2008), che modifica il testo dell'articolo 37 T.U., il quale oggi fa espresso riferimento al valore venale del bene.

La Corte costituzionale, con altra nota sentenza (n. 181/2011), ha nuovamente manifestato la sua volontà di aderire a quanto affermato dalla Corte europea, dichiarando altresì incostituzionale l'articolo 40, comma 2, T.U., laddove determinava l'indennità di esproprio per le aree agricole, non edificabili e non coltivate, in misura pari al «valore agricolo medio corrispondente al tipo di coltura effettivamente praticato». Di tal guisa, era dunque possibile far coincidere l'indennità di espropriazione con il valore di mercato, per i terreni che, pur non potendo essere considerati edificabili, tuttavia, presentavano un diverso valore, come la presenza di una cava, o di una fonte d'acqua oligominerale.

Secondo la Corte Costituzionale, infatti, neppure tale norma è compatibile con i principi elaborati dalla Corte europea che impone, come già detto, un ragionevole legame tra l'indennizzo e il valore venale del bene, da determinarsi in relazione alle caratteristiche essenziali dell'area e alle sue concrete potenzialità di utilizzo.

Pertanto, sebbene sembra preferibile considerare l'indennizzo quale istituto capace di operare quel bilanciamento tra contrapposti interessi, non è possibile non tener conto degli orientamenti giurisprudenziali, oggi prevalenti, sia della Corte europea dei diritti dell'uomo, sia della nostra Corte costituzionale, diretti a rafforzare la tutela dei privati cittadini, mediante la previsione di una garanzia risarcitoria che si traduca in un serio e concreto ristoro.

4. Il danno da vaccinazione.

Il danno da vaccinazione costituisce, al pari dell'espropriazione per pubblica utilità, una tra le figure più risalenti e principali dell'ordinamento giuridico italiano²⁴.

Tale istituto giuridico, in particolare, risponde all'esigenza di garantire la corresponsione di un indennizzo a favore di coloro, nei confronti dei quali, la somministrazione di un vaccino ha manifestato effetti indesiderati, riportando una menomazione alla loro integrità psicofisica²⁵.

Il Legislatore, infatti, se per un verso consente la somministrazione, in forma controllata, dei vaccini quale attività di prevenzione per le malattie infettive, per altro verso, riconosce una garanzia di natura indennitaria, da corrispondere ogni qualvolta dalla vaccinazione ne derivano danni, di lieve entità ovvero gravi e permanenti, nella sfera psicofisica della persona.

La disciplina normativa del danno da vaccinazione è, nello specifico, contenuta nella legge 25 febbraio 1992, n. 210²⁶, recante *"Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e*

²⁴ In merito, al tema della responsabilità medica, danno alla persona e nesso di causalità si rinvia a Cass. civ. Sez. III, Sent., (ud. 02-07-2019) 11-11-2019, n. 28985. In dottrina, cfr. P G MONATERI, *Il nuovo quadro della responsabilità medica e del danno alla persona secondo la Corte di cassazione*, in *Danno e responsabilità*, 2020, n. 2, IPSOA, p. 153.

²⁵ Per una sintetica ricostruzione della posizione della dottrina in materia di trattamenti sanitari obbligatori, cfr. B. CARAVITA, *Art. 32*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 1990, pp. 215 ss.; L. MEZZETTI, A. ZAMA, *Trattamenti sanitari obbligatori*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XV, Utet, Torino, 1999, pp. 337 ss.; E. CAVASINO, *Trattamenti sanitari obbligatori*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 5961 ss.; A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, pp. 666 ss.

²⁶ In merito all'applicabilità delle disposizioni del presente provvedimento n. 210, si rinvia all'art. 5^{quater}, comma 1, D.L. 7 giugno 2017, n. 73, convertito, con modificazioni, dalla L. 31 luglio 2017, n. 119. Per le disposizioni in materia di indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, si rinvia alla L. 29 ottobre 2005, n. 229, alla L. 25 luglio 1997, n. 238 e all'art. 4, D.L. 5 dicembre 2005, n. 250.

somministrazioni di emoderivati", successivamente modificata²⁷, la quale, oltre a riconoscere il diritto a un indennizzo a favore di coloro che dal vaccino subiscono un pregiudizio, così da garantire ai medesimi una, seppur limitata, copertura economica, regolamenta espressamente la modalità di erogazione dell'indennizzo stesso, stabilendo che il medesimo, previo accertamento del nesso di causalità tra le infermità o le lesioni e la somministrazione del vaccino, deve essere devoluto dal Ministero della Salute, sentita la Commissione medico-ospedaliera.

Il Legislatore è intervenuto con detta legge n. 210 a seguito della celebre sentenza della Corte Costituzionale n. 307 del 1990²⁸, laddove, facendo sul generale principio di solidarietà, il Giudice delle leggi affermava che i trattamenti sanitari possono essere imposti solo ove vi sia la necessità di salvaguardare contemporaneamente la salute individuale e la salute collettiva *«giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale»*²⁹.

²⁷ D.L. 23 ottobre 1996, n. 548, convertito, con modificazioni, dalla L. 20 dicembre 1996, n. 641; successivamente, dall'art. 1, comma 9, L. 25 luglio 1997, n. 238.

²⁸ Con tale decisione, la Corte Costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità, alla luce degli artt. 32 e 2 della nostra Costituzione, della legge n. 51 del 1966 (che sanciva l'obbligatorietà della vaccinazione antipoliomelitica), nella parte in cui non aveva previsto l'obbligo a carico dello Stato di corrispondere un'indennità per il danno, derivante da contagio o da altra apprezzabile malattia, casualmente riconducibile alla vaccinazione obbligatoria antipoliomelitica, riportato dal bambino vaccinato o da altro soggetto a causa dell'assistenza personale diretta prestata al primo.

²⁹ In tal senso, tra gli altri, C. TRIPODINA, *A chi spettano le decisioni politiche fondamentali sulle questioni eticamente controverse? (Riflessioni a margine del «caso Englaro»)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, pp. 4069 ss.; L. CARLASSARE, *La Costituzione, la libertà, la vita*, in www.costituzionalismo.it, 2009; B. BARBISAN, *La morte che ci sfugge, le dichiarazioni anticipate di volontà ed il limite del rispetto della persona umana*, in www.astrid-online.it, 2009, pp. 8 ss.; V. PUGLIESE, *Nuovi diritti: le scelte di fine vita tra diritto costituzionale, etica e deontologia medica*, in *Rivista penale*, 2009, pp. 31 ss.; A. D'ALOIA, *Al limite della vita: decidere sulle cure*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, pp. 241 ss.; P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, tomo I, a cura di S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 154-155.

Come già accennato, il Legislatore ha, col tempo, modificato la citata disciplina normativa, al fine di ampliare, quanto più possibile, l'ambito di tutela a favore dei soggetti danneggiati.

In primo luogo, è, infatti, intervenuto con legge n. 299/2005, con cui prevede a favore di tali soggetti un ulteriore indennizzo di maggiore entità, da sommarsi a quello già prestabilito, qualora la vaccinazione obbligatoria abbia dato luogo ad effetti irreversibili. Indennizzo quest'ultimo che, ai sensi dell'articolo 1 di tale legge di modifica, deve essere erogato *«per la metà al soggetto danneggiato e per l'altra metà ai congiunti che prestano o abbiano prestato al danneggiato assistenza in maniera prevalente e continuativa»*.

In secondo luogo, vale rilevare che il decreto ministeriale del 21 ottobre 2009³⁰, nel prevedere che le persone danneggiate a causa delle vaccinazioni obbligatorie hanno diritto ad un indennizzo da parte dello Stato, fissa i criteri necessari alla formazione delle graduatorie per l'applicazione dei benefici. Si stabilisce, pertanto, che il Ministero debba provvedere alla corresponsione di un indennizzo aggiuntivo, alla corresponsione di un assegno *una tantum* (come previsto dalla citata legge n. 229) pari al 50% dell'ulteriore indennizzo, per il periodo ricompreso tra il manifestarsi dell'evento dannoso e l'ottenimento del beneficio stesso, nonché alla formazione di una graduatoria, in base ad un criterio cronologico di presentazione delle domande degli aventi titoli, accompagnato da parametri correttivi della gravità dell'affezione o difficoltà economica degli stessi e dei loro nuclei familiari.

L'espressa previsione di una garanzia meramente indennitaria, tuttavia, per nulla esclude, in capo ai soggetti lesi, la possibilità anche di ottenere, ai sensi dell'articolo 2043 c.c., l'integrale risarcimento del pregiudizio subito, al fine di ottenere un ristoro economico maggiore rispetto al mero indennizzo, invece, già prestabilito dall'ordinamento indipendentemente dall'antigiuridicità del fatto o dall'elemento soggettivo della colpevolezza.

³⁰ D.M. 21/10/2009 del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali, recante *"Individuazione dei criteri per la formazione delle graduatorie utili alla corresponsione dei benefici economici ai soggetti danneggiati da vaccinazioni, ai sensi della legge n. 229/2005"*. Pubblicato nella Gazz. Uff. 13 gennaio 2010, n. 9.

Ciò è confermato dal dettato normativo del menzionato articolo 1 della Legge n. 229/2005, in cui il Legislatore, nel riconoscere il diritto ad un indennizzo, espressamente afferma che, in ogni caso, *«rimane fermo il diritto al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale derivante da fatto illecito»*.

Anche la Corte costituzionale³¹, come, altresì, la giurisprudenza di legittimità³², riconosce pienamente la possibilità per il soggetto danneggiato di usufruire di entrambe le forme di tutela, ritenendo che il mero indennizzo deve intendersi quale forma economica di ristoro aggiuntiva rispetto all'integrale riparazione del danno.

È chiaro, tuttavia, che la corresponsione, tanto dell'indennizzo quanto del risarcimento, in favore del soggetto leso non può assolutamente tradursi in un ingiustificato arricchimento patrimoniale in capo al medesimo. Per tale ragione, la Suprema Corte, già nella nota sentenza a sezioni unite 11 gennaio 2008, n. 584, precisa che *«l'indennizzo eventualmente già corrisposto al danneggiato deve essere interamente scomputato dalle somme liquidabili a titolo di risarcimento del danno (cd. compensatio lucri cum damno), venendo altrimenti la vittima a godere di un ingiustificato arricchimento consistente nel porre a carico del medesimo soggetto, il Ministero, due diverse attribuzioni patrimoniali in relazione al medesimo fatto lesivo»*³³.

³¹ Corte Cost. sentenza n. 307/1990; Corte Cost. sentenza n. 423/2000.

³² Corte di Cassazione, S.U., 8 maggio 2006, n. 10418.

³³ In letteratura, sul profilo dello scorporo tra indennizzo e risarcimento per il medesimo danno da vaccino, Cfr. U IZZO, *La «giustizia» del beneficio. Fra responsabilità civile e welfare del danneggiato*, Napoli, 2018, pp. 183-197; BELLISARIO, *Il problema della compensatio lucri cum damno*, Milano-Padova, 2018, p.98 ss. In giurisprudenza, più di recente, in merito alla questione del rapporto tra lo strumento indennitario per danni da vaccinazione e il rimedio risarcitorio classico per illecito aquiliano, le Sezioni Unite nel 2018 si sono occupate del principio della *compensatio lucri cum damno*. Più precisamente, si tratta delle sentenze di Cass., sez. un., 22 maggio 2018, nn. 12564, 12565, 12566 e 12567. Quanto alla letteratura, si rinvia a PARDOLESI, *«Compensatio», cumulo e «second best»*, in Foro it., 2018, c. 1935 ss.; ID. e SANTORO, *Sul nuovo corso della compensatio*, in *Danno resp.*, 2018, p. 424 ss.; MAGNI, *Le Sezioni Unite confermano il divieto di cumulo di indennizzo assicurativo e risarcimento del danno*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 1051 ss.; GALLO, *La compensatio lucri cum damno ed i suoi confini*, in *Giur. it.*, 2018, p. 1345 ss.; ACHILLE, *La compensazione del lucro con il danno secondo le Sezioni Unite*, in GRANELLI (a cura di), *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, Milano, 2018, p. 630 ss.

Alla luce dei molteplici interventi legislativi, è possibile, pertanto, affermare che l'istituto giuridico del danno da vaccinazione rappresenta di certo una tra le fattispecie più discusse nel nostro ordinamento giuridico, che tende, sempre di più, ad adeguarsi ai nuovi orientamenti giurisprudenziali, così da operare un effettivo e concreto rafforzamento di tutela nei confronti delle persone lese a seguito di un'attività, comunque, prevista per la loro salvaguardia.

A tal proposito, occorre necessariamente rilevare il nuovo orientamento della Corte costituzionale, la quale, con la recente sentenza n. 268/2017, estende l'ambito di operatività della L. n. 210/1992 anche a favore di quei soggetti lesi da danni derivanti dalla somministrazione di vaccini non obbligatori, ma raccomandati. In particolare, la *ratio* di tale estensione è da rinvenirsi, a parer della Corte, nella considerazione che «(...) *Al contrario, la previsione dell'indennizzo, originariamente riservata ai casi di lesioni permanenti derivanti da vaccinazioni obbligatorie, e la sua estensione (ad opera di questa Corte) ai citati casi di vaccinazioni raccomandate – pur sempre se sia accertato un nesso di causalità tra somministrazione del vaccino e menomazione permanente – completano il "patto di solidarietà" tra individuo e collettività in tema di tutela della salute e rendono più serio e affidabile ogni programma sanitario volto alla diffusione dei trattamenti vaccinali, al fine della più ampia copertura della popolazione*».

5. L'indennizzo da ritardo nella conclusione del procedimento amministrativo.

L'indennizzo da ritardo nella conclusione del procedimento amministrativo, se non è tra le fattispecie più risalenti di responsabilità da atto lecito, è di sicuro tra quelle che suscitano maggior interesse.

Invero, il procedimento amministrativo è, oggi, espressamente regolamentato dalla legge del 7 agosto 1990, n. 241, recante "*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*", il cui scopo era quello di rendere ancor più trasparente ed efficace l'operato della P.A. Successivamente, il Legislatore ha apportato non poche modifiche alla nuova disciplina normativa, tra le quali rileva sicuramente quella effettuata con L. 69/2009.

Tra le novità introdotte da tale legge, in particolare, viene di certo in rilievo, il disposto normativo dell'articolo 2-*bis* della l. n. 241 cit., il quale stabilisce che «*Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento*».

L'ordinamento giuridico, al riguardo, ha fissato un termine massimo di 30 giorni, entro il quale la P.A. è tenuta a concludere il procedimento amministrativo iniziato su istanza di parte.

In realtà, alle P.A. è riconosciuta la possibilità di prevedere termini di conclusione differenti per l'adozione di un provvedimento amministrativo, anche superiori a novanta giorni, qualora ciò risulti indispensabile, purché non superino i centottanta giorni.

In origine, tuttavia, l'articolo 2-*bis* non sanzionava il ritardo *ex se* considerato, ma si limitava esclusivamente ad attribuire al privato leso il diritto a ricevere una somma a titolo di risarcimento.

Come si evince dallo stesso dettato normativo, perché il soggetto leso possa proporre richiesta di risarcimento alla P.A., non sembra essere sufficiente il mero ritardo. Occorre, infatti, da un lato, che tale ritardo derivi da una condotta, dolosa o colposa, dell'Amministrazione e, dall'altro, che da esso il destinatario subisca effettivamente un danno nella sua sfera giuridica.

In tal modo, si riconosceva al soggetto leso una garanzia esclusivamente risarcitoria, senza alcuna previsione indennitaria.

L'indennizzo, quale modalità di ristoro per il ritardo nella conclusione del procedimento e nell'adozione del provvedimento finale, infatti, è stato introdotto nel nostro ordinamento in un momento successivo, ed in particolare con il d.l. del 21 giugno del 2013, n. 69, convertito in l. n. 98/2013.

Con tale provvedimento, nello specifico, il Legislatore ha modificato l'articolo 2-*bis* della legge n. 241/1990, introducendo il comma 1-*bis*, il quale stabilisce che in caso d'inosservanza del termine di conclusione del procedimento a istanza di parte, per il quale sussiste in capo alla P.A. l'obbligo di pronunziarsi, l'istante ha diritto di ottenere un indennizzo per il «*mero ritardo*».

L'istituto non si applica, però, ai concorsi pubblici e, altresì, quando la legge prevede espressamente l'istituto del silenzio qualificato, in cui, invece, non è possibile configurare un'ipotesi d'inadempimento.

Come prevede la nuova disposizione normativa, presupposto fondamentale perché operi la garanzia indennitaria è la sussistenza di un obbligo a pronunciarsi in capo alla P.A. nei procedimenti a istanza di parte.

La garanzia indennitaria, tuttavia, opera in maniera distinta da quella risarcitoria.

Quest'ultima, infatti, presuppone la prova del danno ingiusto, della condotta, colposa o dolosa, dell'Amministrazione e del nesso di causalità tra il pregiudizio sofferto e il comportamento antiggiuridico posto in essere nonché ovviamente dell'avvenuto ritardo nella conclusione del procedimento ovvero nell'adozione del provvedimento amministrativo³⁴.

La corresponsione dell'indennizzo, invece, prescinde dall'effettiva lesione della sfera giuridica del soggetto privato ovvero dalla condotta della P.A., poiché è attraverso questo istituto che il ritardo assume *ex se* rilevanza. Pertanto, ai fini della richiesta d'indennizzo da parte del soggetto istante, è sufficiente il solo ritardo nella conclusione del procedimento.

La nuova disposizione normativa, pertanto, fa sì che, ad oggi, la P.A. è tenuta, non solo a risarcire il pregiudizio arrecato in

³⁴ Più precisamente, la giurisprudenza più recente ha avuto occasione di chiarire meglio la portata applicativa della norma in esame stabilendo *"...come l'art. 2-bis, comma 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241 prevede la possibilità di risarcimento del danno da ritardo o inerzia dell'amministrazione nella conclusione del procedimento amministrativo non già come effetto del ritardo in sé e per sé, bensì per il fatto che la condotta inerte o tardiva dell'amministrazione sia stata causa di un danno altrimenti prodottosi nella sfera giuridica del privato che, con la propria istanza, ha dato avvio al procedimento amministrativo; il danno prodottosi nella sfera giuridica del privato, e del quale quest'ultimo deve fornire la prova sia sull'an che sul quantum, deve essere riconducibile, secondo la verifica del nesso di causalità, al comportamento inerte ovvero all'adozione tardiva del provvedimento conclusivo del procedimento, da parte dell'amministrazione; e ciò sempre che, nell'ipotesi ora considerata, la legge non preveda, alla scadenza del termine previsto per la conclusione del procedimento, un'ipotesi di silenzio significativo..."*. Così, Cons. Stato Sez. VI, Sent. 10 gennaio 2020, n. 235. In questo senso, anche Cons. Stato, Sez. V, 23 agosto 2019, sent. n. 5810; id., Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5.

conseguenza dell'inosservanza del termine di conclusione del procedimento, bensì anche a corrispondere al soggetto leso una somma a titolo di indennizzo per il solo decorso di tale termine, ossia per il tempo perduto.

6. Considerazioni conclusive.

Alla luce delle considerazioni fin qui formulate, sembra opportuno delineare le seguenti riflessioni.

In primo luogo, è evidente che le fattispecie normative esaminate, al pari delle altre ipotesi di responsabilità da atto lecito tipizzate nel nostro ordinamento, rispondono all'esigenza di assicurare una maggiore tutela nei confronti del privato il cui interesse è sacrificato senza, però, limitare in alcun modo il potere discrezionale e l'esercizio della funzione pubblica da parte dell'Amministrazione.

Il perseguimento dell'interesse pubblico cui la P.A. è chiamata, nel rispetto dei principi di correttezza, imparzialità e buon andamento, infatti, presuppone e necessita talvolta del sacrificio di un interesse di un singolo individuo, il quale, pertanto, va certamente tutelato, sebbene l'attività della P.A. risulti legittima.

La coesistenza delle diverse posizioni giuridiche è possibile mediante un bilanciamento, operato d'altronde dallo stesso Legislatore com'è possibile rinvenire dalle discipline esaminate, di diritti e interessi che, seppur contrapposti e inconciliabili tra loro, sono entrambi meritevoli di tutela.

Peraltro, a parer di chi scrive, oltre all'esigenza di operare un bilanciamento tra le posizioni giuridiche in gioco, appare altrettanto evidente che, per alcune fattispecie normative tra cui quella da ultimo esaminata (indennizzo da ritardo), volontà del nostro Legislatore è altresì quella di far fronte alle ipotesi di inefficienza e non tempestività della funzione amministrativa. Ciò attraverso una previsione sanzionatoria in capo All'amministrazione qualora non assolva all'obbligo di provvedere entro un termine prestabilito.

A livello normativo e in base alla disciplina delle fattispecie esaminate, potremmo, quindi, affermare che il Legislatore sia riuscito nell'intento di operare tale bilanciamento, mediante il riconoscimento

della categoria dei c.d. atti leciti dannosi e, al contempo, l'esplicita previsione normativa di un ristoro per il soggetto il cui interesse è stato leso.

Ancora oggi, tuttavia, è assai controversa la natura della responsabilità della P.A. da atto lecito.

Al riguardo, muovendo dalla disamina delle teorie elaborate e ponendoci dal punto di vista dell'Amministrazione Pubblica, appare chiaro che l'attività di quest'ultima, essendo preordinata al perseguimento di un interesse pubblico e, pertanto, superiore, o meglio prevalente e più rilevante, rispetto a quello di un singolo soggetto, non può non riconoscersi che come legittima, anche qualora rechi una lesione nella sfera giuridica del singolo individuo.

La prevalenza dell'interesse pubblico e la conseguente attività riconosciuta legittima della P.A. dovrebbe, quindi, far propendere per una natura della responsabilità in capo alla P.A., non aquiliana, ma piuttosto di natura atipica ed equitativa (in tal modo, conformandosi all'ultimo degli orientamenti esaminati).

In tal senso, il soggetto privato, quale titolare di diritti soggettivi, deve sì essere tutelato a seguito di una lesione, la quale, però, fuoriesce dalla sfera dell'illiceità, ragione per cui lo stesso ha diritto a ottenere quale ristoro per la lesione subita, non un vero e proprio risarcimento (come, invece, avrebbe diritto nell'ambito dell'illiceità), ma un mero indennizzo, non configurandosi per nulla il necessario requisito dell'antigiuridicità dell'atto posto in essere (che dallo stesso Legislatore d'altronde è qualificato come lecito).

A ben guardare, però, in molti casi il ristoro per l'interesse leso risulta palesemente e oggettivamente incongruo e, pertanto, spesso inidoneo ad assicurare un'effettiva protezione della sfera giuridica del soggetto leso.

Sebbene, nell'ambito della responsabilità in esame, manchi, infatti, il connotato dell'antigiuridicità dell'atto, l'indennizzo appare, ad avviso di chi scrive, spesso insufficiente, poiché, non comportando l'effettiva reintegrazione nella sfera giuridica lesa (propria del risarcimento), ma un riequilibrio meramente parziale del danno sofferto, si traduce in una somma non per nulla corrispondente alla lesione in concreto cagionata. La garanzia indennitaria, infatti,

diversamente da quella risarcitoria, garantisce al soggetto leso una somma non parametrata al valore reale del bene e, in ogni caso, determinata in misura inferiore rispetto al risarcimento. Di conseguenza, spesso il soggetto risulta non pienamente tutelato, pur essendo di fronte alla titolarità di un diritto soggettivo che come tale merita di essere garantito.

A ciò si aggiunga che, nell'ambito della responsabilità civile, il risarcimento del danno non deve considerarsi esclusivamente come mera sanzione per l'atto posto in essere, ma, in termini generali, come strumento diretto alla protezione della sfera giuridica del singolo individuo, che risulta maggiormente tutelato di certo da una somma a titolo di risarcimento, e non da una somma data meramente a titolo di indennizzo.

Da tali riflessioni, pertanto, sembra allora auspicabile un intervento chiarificatore di portata generale da parte del nostro Legislatore, al fine di rendere più omogenee le distinte discipline normative di tali fattispecie e, soprattutto, al fine di meglio operare un bilanciamento tra gli interessi contrapposti, così da non limitare l'esercizio della funzione pubblica della P.A., ma al contempo da prevedere una più adeguata protezione giuridica, non solo dell'Amministrazione medesima, ma anche dei singoli individui.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

2020 - Anno XLI

LA SCELTA DEL CONTRAENTE NELL'ATTIVITÀ DI TRASFERIMENTO TECNOLOGICO *(Applicazione delle disposizioni contenute nel codice dei contratti pubblici e delle norme di diritto pubblico/privato)*

di Liborio Capozzo e Antonella Gorga - *Consiglio Nazionale delle Ricerche*

PREMESSA

Il Trasferimento Tecnologico dei risultati delle attività di ricerca svolte all'interno di un Ente pubblico (nel seguito per semplicità espositiva "EPR"), comporta una serie di problemi. Tra questi, uno dei più rilevanti sotto il profilo del diritto amministrativo e delle norme di contabilità pubblica è rappresentato dalle modalità attraverso le quali l'EPR, titolare dei diritti di proprietà industriale ed intellettuale, offre agli "attori del mercato" i risultati delle proprie attività scientifiche. Sicché, partendo dal presupposto, di natura squisitamente giuridico/contabile, secondo il quale i titoli di proprietà industriale ed intellettuale sarebbero, di fatto, considerati beni immateriali ci si interroga se, per stipulare un rapporto contrattuale di licenza o di cessione con un'impresa di natura privatistica, vadano seguite o meno le regole di natura concorsuale con

le quali tipicamente le Pubbliche Amministrazioni procedono alla selezione del contraente¹.

Pari ragionamento può essere spostato nell'ambito dei contratti di ricerca commissionati da soggetti terzi per i quali la scelta del contraente è perlopiù appannaggio di questi ultimi che si affidano alle "cure scientifiche" dell'EPR non già il contrario. Tuttavia, anche in queste ipotesi si configurerebbero gli elementi di vantaggio e di criticità di cui si darà cenno nel seguito.

APPLICAZIONE DELLE NORME CONTENUTE NEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI NELL'ATTIVITÀ DI TRASFERIMENTO TECNOLOGICO

Uno dei problemi che l'EPR potrebbe porsi nelle fasi di trasferimento tecnologico è quello di valutare se e in che modo, nell'attività negoziale diretta ad instaurare un rapporto contrattuale con un terzo nel quale non è l'EPR a scegliere quest'ultimo ma è esso stesso ad essere scelto, in ragione di una manifestazione di interesse avanzata dal soggetto terzo, debba essere applicato *sic et simpliciter* l'impianto normativo contenuto nel codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50/2016².

Il citato decreto legislativo, invero, come indicato all'art. 1, comma 1, disciplina l'attività contrattuale delle stazioni appaltanti, degli enti

¹ Secondo alcuni autori, l'attività negoziale della Pubblica Amministrazione quando riguarda diritti di proprietà intellettuale presenta specificità che non consentono –se non al costo di apparire ridicoli- facili assimilazioni alle norme di natura pubblicistica connesse al codice dei contratti pubblici. Maggiori dettagli in M. Granieri – La selezione del contraente nella valorizzazione dei risultati della ricerca all'interno degli enti pubblici. In rivista di Diritto Privato – n. 4 anno XVI ottobre/novembre 2011, pag. 585-602.

² DECRETO LEGISLATIVO 18 aprile 2016, n. 50 - Codice dei contratti pubblici. GU n.91 del 19-4-2016 - Supplemento Ordinario n. 10.

aggiudicatori e dei soggetti aggiudicatori avente ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere nonché i concorsi pubblici di progettazione. Di talché, i contratti *de quibus* sono da intendersi quali atti aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, o di forniture ovvero l'esecuzione di opere o lavori o concorsi pubblici di progettazione posti in essere dalle stazioni appaltanti. Ne discende, come prima conseguenza giuridica che, essendo il contratto teso alla valorizzazione della proprietà industriale ed intellettuale e, dunque, al trasferimento tecnologico, non già all'acquisizione di un bene o di un servizio bensì, al contrario, a far sì che sia l'EPR ad essere scelto dal contraente terzo, le norme sulle procedure di gara non potrebbero trovare applicazione analogica né, tantomeno, tutto il corollario di prescrizioni in esso contenute ivi comprese quelle relative alle sanzioni interdittive di cui all'art. 9, comma 2, lettera c), del decreto legislativo dell'8 giugno 2001 n. 231³ o altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la Pubblica Amministrazione contenute all'art. 80 del codice dei contratti. Ovvero, come ritenuto da una parte della dottrina, l'attività negoziale dell'EPR di natura pubblica con la quale viene concesso lo sfruttamento dei diritti di proprietà industriale ed intellettuale non rientra in alcun modo nel campo di applicazione del Codice dei Contratti dal momento che con la concessione di licenza o con la cessione dei diritti di proprietà industriale ed intellettuale l'EPR non acquista un servizio, bensì concede un diritto d'uso o la titolarità di diritti di proprietà intellettuale⁴.

³ DECRETO LEGISLATIVO 8 Giugno 2001, n. 231 - Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300 (GU n. 140 del 19/06/2001).

⁴ Sul punto, più diffusamente cfr. Massimiliano Granieri, opera citata.

Ma vi è di più. La sottoposizione o meno di una procedura al regime dettato dalla norma in parola discende dalle caratteristiche oggettive della stessa e, soggettive, della stazione appaltante e, quindi, dall'esistenza di un vincolo eteronomo e non dalla dichiarazione della stazione appaltante come ribadito dal Consiglio di Stato in seduta plenaria⁵. Sicché, appare evidente che la sottoposizione o meno di un contratto avente ad oggetto il trasferimento di diritti di proprietà industriale ed intellettuale non può essere ricondotto al codice dei contratti di cui al d.lgs. 50/2016 mancando le caratteristiche oggettive né, tantomeno, l'EPR potrebbe invocare la sua applicazione in ragione di una supposta assimilazione.

Ne consegue che, un'eventuale previsione nel contratto di licenza ovvero di cessione, di prescrizioni, obblighi o richieste riconducibili in tutto o in parte al ridetto codice dei contratti pubblici non potrebbe trovare applicazione attesa la diversità del campo di applicazione.

Tuttavia, la giurisprudenza amministrativa ha obiettato, in una recente pronuncia⁶ che, qualificando la fattispecie in esame come "contratto a prestazioni corrispettive" mediante il quale l'EPR, a fronte del pagamento di un corrispettivo mette a disposizione di un operatore economico i titoli di proprietà industriale ed intellettuale derivanti dai risultati delle sue ricerche, ha immediata conseguenza sul piano delle modalità di individuazione del contraente che deve avvenire sulla base di un'effettiva apertura al mercato, ossia mediante una procedura svolta nel rispetto della trasparenza e del confronto competitivo tra gli

⁵ CONSIGLIO DI STATO adunanza plenaria del 1° agosto 2011 n. 16 – in Foro Amministrativo: Consiglio di Stato 2011.

⁶ TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE per la Lombardia (Sezione Prima) – Sentenza n. 01006/2020 REG. PROV. COLL. N. 00748/2020 REG. RIC. Pubblicata in data 08/06/2020.

operatori interessati. Vale a dire nel rispetto dei principi interni ed eurocomunitari in materia di evidenza pubblica.

Dunque, seguendo questa linea interpretativa, laddove l'EPR non ottemperasse alle prescrizioni connesse ai canoni dell'evidenza pubblica si produrrebbero le seguenti conseguenze: i) violazione della disciplina interna ed eurounitaria in materia di affidamento dei contratti pubblici, per non essere stata indetta e svolta una procedura ad evidenza pubblica, in violazione dei canoni di trasparenza, parità di trattamento e divieto di discriminazione; ii) alterazione della concorrenza, in quanto la controparte privata consegue uno specifico ed indebito vantaggio rispetto ad altri operatori derivante dalla collaborazione offerta, dietro corrispettivo, dall'EPR; iii) violazione della disciplina in tema di aiuti di Stato⁷, in quanto l'EPR, illecitamente, mette a disposizione utilità di valore economico.

Sulla base di questi presupposti, in linea di principio, anche gli accordi di collaborazione (a volte rubricati anche "contratti per attività di ricerca e trasferimento tecnologico") tra operatori economici ed EPR tesi al conseguimento di un determinato obiettivo, se integrano veri e propri contratti con uno specifico contenuto economico e patrimoniale e con obbligazioni a carico di entrambe le parti, sarebbero soggetti al rispetto dei principi interni ed eurocomunitari in materia di contratti pubblici.

L'interpretazione data dalla giurisprudenza amministrativa e dalla Corte di giustizia UE, impone, dunque, ai soggetti pubblici e, più in generale, agli organismi di diritto pubblico, di attivare procedure trasparenti e non discriminatorie di selezione della controparte contrattuale ogni qual volta

⁷ COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE EUROPEA 2014/C 198/01 del 27.06.2014 relativa alla disciplina comunitaria in materia di aiuti di stato a favore della ricerca, sviluppo e innovazione.

questi ultimi decidano di offrire, attraverso la messa a disposizione del proprio patrimonio di conoscenze, un'utilità suscettibile di trasformarsi in un'occasione di guadagno per gli operatori di un determinato settore. Questo perché, i principi eurounitari, emergenti dal Trattato (sulla istituzione e sul funzionamento della UE) e dalla giurisprudenza della Corte UE troverebbero applicazione ogni qual volta un'amministrazione pubblica, intesa in senso lato, offra sul mercato un bene o un'utilità, o un complesso di beni e utilità, nella sua esclusiva disponibilità, che si traducono in un'occasione di guadagno per gli operatori economici. Ne consegue, che tali beni e utilità devono essere assegnati sulla base di procedure competitive, che garantiscano la tutela della concorrenza, la parità di trattamento tra gli operatori stessi e la non discriminazione⁸, pena la configurazione di un potenziale danno erariale.

La pacifica circostanza che le direttive comunitarie in materia di affidamenti di lavori e di forniture di beni e servizi siano attuative dei principi sanciti nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE)⁹ porta a ritenere che le norme da esse poste siano puramente applicative, con riferimento a determinati appalti, di principi generali, che, essendo sanciti in modo universale dal Trattato, sono vevoli anche per contratti e fattispecie diverse da quelle concretamente contemplate e da ciò deriva l'immediata operatività dei principi anche con riferimento alle concessioni di beni (immateriali) di rilevanza economica.

Simili principi sarebbero, in qualche modo, rinvenibili dalla lettura dell'art. 4 del d.lgs. 50/2016, laddove si precisa che: "L'affidamento dei

⁸ TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE per la Lombardia (Sezione Prima) – Sentenza n. 01006/2020 REG. PROV. COLL. N. 00748/2020 REG. RIC. Pubblicata in data 08/06/2020.

⁹ TRATTATO SUL FUNZIONAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA – Versione consolidata così come modificata dal Trattato di Lisbona.

contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica".

Sicché, non potendo applicare in maniera analogica le disposizioni del Codice dei Contratti pubblici relativamente alla fornitura di beni e servizi, la giurisprudenza amministrativa ha tentato di ricondurre l'inquadramento della fattispecie nell'ambito del rapporto concessorio. Questo, tuttavia, confermerebbe quanto già evidenziato in ordine alla necessità ancor più per l'EPR di individuare la controparte, ossia il concessionario, mediante una procedura ad evidenza pubblica.

Ma sul punto si potrebbe obiettare che i titoli di proprietà industriale ed intellettuale sono di per se beni immateriali e l'utilizzo eventuale delle strutture dell'EPR può essere considerato un bene patrimoniale indisponibile. In tale circostanza è stato tuttavia affermato che, l'individuazione del "concessionario" soggiace comunque ai principi comunitari, sicché deve avvenire all'esito di una procedura ad evidenza pubblica, che garantisca l'apertura al mercato e il confronto competitivo tra gli operatori del settore.

Dunque, da quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa, ne consegue che "l'Operatore Economico" acquisirebbe un illegittimo vantaggio competitivo rispetto agli operatori del medesimo settore, laddove la sua scelta non fosse preceduta da una pubblica selezione, perché potrebbe fare affidamento in modo esclusivo sul determinante apporto di mezzi, strutture, laboratori, professionalità, tecnologie e conoscenze scientifiche messe a sua esclusiva disposizione dall'EPR.

Pertanto, l'EPR porrebbe la controparte contrattuale in una posizione illegittimamente privilegiata rispetto agli altri operatori del mercato in cui opera, perché consentirebbe l'utilizzo di risorse scientifiche e materiali, proprie del soggetto pubblico e indisponibili sul piano funzionale e giuridico, per produrre un prodotto o un servizio da porre sul mercato di riferimento.

Per quanto detto, dunque, a parte i canoni della pubblicità e della parità di trattamento sembrerebbe che una possibile configurazione della fattispecie in esame possa essere rinvenuta nel contratto di concessione anch'esso disciplinato dal Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 50/2016.

CONTRATTI DI CONCESSIONE

Come noto, dopo prolungati approfondimenti ed analisi¹⁰, l'Unione Europea con la direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 ha dedicato una specifica codificazione ai contratti di concessione, delineando unitariamente la disciplina applicabile alle concessioni di lavori pubblici (di costruzione e gestione) e alle concessioni di servizi.

Il dato rinvenibile dallo sviluppo normativo è che, in sede sovranazionale, si è assistito a una progressiva evoluzione della disciplina delle concessioni.

Ed infatti, la prima Direttiva che si è occupata degli appalti pubblici non considerava tra i contratti regolati a livello sovranazionale la concessione di "costruzione e gestione" né, tantomeno, quella di "servizi".

¹⁰ Vedi "Libro verde sulle partnership di tipo pubblico-privato e sul diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni" [COM (2004) 327 def.]

Successivamente, le ulteriori Direttive – sebbene abbiano esteso la regolamentazione alle concessioni di costruzione e gestione, definite quali “concessioni di lavori” – non hanno introdotto alcuna previsione relativamente alle “concessioni di servizi”.

Solo con le Direttive n. 2004/17/CE e n. 2004/18/CE il Legislatore europeo ha prestato attenzione alla tipologia contrattuale delle “concessioni di servizi”, precisando che queste non soggiacevano alle regole introdotte, in via generale, per gli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e speciali, limitandosi a stabilire che tale tipologia di contratto avrebbe dovuto essere assentita agli operatori economici privati mediante procedure di gara informali da esperire nel rispetto dei principi del Trattato¹¹.

Le concessioni, oggi, sono un archetipo che si è via via trasformato ed è ormai molto lontano dalle “concessioni amministrative” della dottrina tradizionale, soprattutto nazionale.

Dunque, due sono i punti fermi relativi alle concessioni:

1. vi è una certa libertà nell'individuazione dell'operatore economico, tale per cui le concessioni possono essere ancora considerate forme di regolazione del rapporto tra pubblica amministrazione e privati “escluse”, in via generale, dal campo di applicazione del codice dei contratti di cui al già citato d.lgs. 50/2016;
2. la necessità che l'operatore economico finanzi la propria attività in maniera largamente prevalente attraverso la vendita dei servizi resi con l'attività economica nel mercato, riducendosi, l'onere economico a carico dell'amministrazione concedente.

¹¹ TRATTATO SUL FUNZIONAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA – Versione consolidata così come modificata dal Trattato di Lisbona.

In quanto al primo punto, quello relativo alle modalità di individuazione del concessionario, l'ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione) da sempre le considera particolarmente delicate sotto il profilo dei rischi corruttivi. Nel Piano Nazionale Anticorruzione del settembre 2013, Allegato 3, si esemplifica, nell'area relativa agli appalti, il seguente fattore di rischio: "Elusione delle regole di affidamento degli appalti, mediante l'improprio utilizzo del modello procedurale dell'affidamento delle concessioni al fine di agevolare un particolare soggetto".

Insomma, la concessione, proprio per la sua maggiore libertà di forme di individuazione del contraente potrebbe prestarsi ad utilizzi distorti anche relativamente alla concessione dello sfruttamento di titoli di Proprietà Industriale ed Intellettuale laddove questi trovino fondamento prevalente nel codice dei contratti pubblici.

Fino all'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016, il discrimine tra appalto e concessione è stato ricercato dalla giurisprudenza sulla base di differenti criteri interpretativi. Il privilegio dato dagli interpreti all'uno o all'altro ha condizionato la qualificazione finale del contratto, come appalto di servizi o concessione.¹²

Ne consegue che, a parere di chi scrive ed in ottemperanza alla normativa suindicata, per i contratti di concessione relativi al

¹² In particolare si evidenzia: criterio "del destinatario"; secondo questo primo sistema interpretativo si evidenzia che mentre negli appalti pubblici di servizi l'appaltatore presta il servizio in favore della pubblica amministrazione, al contrario nella concessione di pubblico servizio il concessionario si sostituisce alla pubblica amministrazione nell'erogazione del servizio direttamente alla collettività. Criterio "gestionale"; secondo questa diversa chiave di lettura si è in presenza di una concessione e non di un appalto laddove l'operatore economico si assuma i rischi di gestione della prestazione servizio, rivalendosi sull'utente attraverso la riscossione di un canone. Criterio "del costo"; infine, si ritiene che si ha concessione se il servizio è reso ai cittadini terzi ed il corrispettivo sia in tutto o in parte a carico degli utenti; si ha, invece appalto servizi se la prestazione è resa all'amministrazione aggiudicatrice, che ne corrisponde il controvalore economico.

trasferimento di diritti di proprietà industriale ed intellettuale risulta difficile coniugare il principio di concorrenzialità ed il relativo corollario dell'evidenza pubblica con le attività di trasferimento tecnologico avviate su iniziativa di soggetti industriali come sostenuto, anche recentemente, dal Consiglio di Stato¹³.

AUTONOMIA CONTRATTUALE DELL'ENTE

Stante l'illustrata inadeguatezza e, per ragioni giuridiche, non applicabilità delle norme sui contratti pubblici alle fasi di trasferimento tecnologico, taluni in dottrina hanno ipotizzato l'applicazione dell'impianto normativo più prossimo alla tradizionale attività negoziale della Pubblica Amministrazione con riguardo ai beni in senso fisico contenuti nelle norme sulla Contabilità Generale dello Stato di cui al Regio Decreto 23 maggio 1924, n. 827¹⁴ ed alla legge del 24 dicembre 1908 n. 783¹⁵ in tema di alienazione dei beni immobili patrimoniali dello Stato le quali prevedono forme diverse di pubblicità da parte dell'Ente procedente. Tuttavia, dalla lettura delle citate norme si rileva una evidente inadeguatezza rispetto all'oggetto del contratto soprattutto quando l'obiettivo è quello di assicurare la competitività delle imprese attraverso la messa a disposizione di risorse strategiche. Non solo; il prescritto obbligo di pubblicazione e inserzione necessario per la vendita dei beni in senso stretto (siano essi mobili che immobili) presuppone una perizia ed una stima del valore del bene da alienarsi cosa che, in un

¹³ Consiglio di Stato – Sezione Terza, Ordinanza n. 04270/2020 – REG. PROV. CAU. N. 05074/2020 REG.RIC. N. 05076/2020 REG.RIC. del 16/07/2020.

¹⁴ REGIO DECRETO 23 MAGGIO 1924, N. 827 - Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello stato (Pubblicato nella G.U. 3 giugno 1924, n.130 – s.o.) [ultima modifica D.P.R. n. 384 del 20 agosto 2001 in G.U. n. 248 del 24 ottobre 2001].

¹⁵ LEGGE del 24 Dicembre 1908, n. 783 – Unificazione dei sistemi di alienazione e di amministrazione dei beni immobili patrimoniali dello Stato.

titolo di proprietà intellettuale non è sempre possibile atteso che non esiste un mercato nel quale è fissato un prezzo in ragione della dinamica della domanda e dell'offerta.

In realtà, accordi aventi ad oggetto diritti di proprietà industriale ed intellettuale vengono normalmente conclusi e i prezzi sono comunque determinati dai contraenti ma tali operazioni il più delle volte sono coperte da confidenzialità su mercati che spesso sono carenti di informazioni ed i cui valori sono fortemente influenzati dal tipo di business (o settore di applicazione) che si definisce nel contratto. Taluni, in dottrina, si sono cimentati nella definizione di un rapporto tra il mondo della finanza e la proprietà intellettuale cercando di definire dei parametri per la valutazione "qualitativa" della proprietà intellettuale in confronto agli attuali parametri di tipo quantitativo al fine di stabilire un valore da attribuire al titolo di proprietà intellettuale per poter procedere ad una sua, eventuale, "pubblicazione"¹⁶.

Tiene conto evidenziare, stante il quadro normativo sino a questo momento tracciato, che l'attività negoziale attraverso la quale l'EPR si determina a contrarre con un soggetto la concessione in licenza ovvero la cessione di un titolo di proprietà industriale ed intellettuale potrebbe ricondursi all'autonomia contrattuale indicata all'art. 1, comma 1-bis della legge 241/90 in tema di procedimento amministrativo. Tale previsione dispone che la Pubblica Amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme del diritto privato salvo che la legge disponga diversamente. Sicché, il processo di trasferimento dei risultati della ricerca si conclude con un atto di natura

¹⁶ Più diffusamente si veda Massimiliano Granieri – Valutazione "qualitativa" della proprietà industriale, rating dei titoli brevettuali e stima del rischio nelle operazioni di finanziamento. In *Giurisprudenza Commentata*, fascicolo 4, 2012 pag. 510.

privatistica, quale la firma del contratto, che rientra nell'ambito dell'autonomia contrattuale dell'EPR.

Invero, l'applicazione del ridetto disposto normativo presuppone che, a monte dell'attività negoziale e della successiva firma del contratto, vi sia un provvedimento amministrativo di estrinsecazione della volontà dell'Ente nel quale vi sia evidenza dell'approvazione dell'attività negoziale e dell'autorizzazione a contrarre con terzi senza incorrere nella disposizione contenuta nell'art. 12 della citata legge connessa alle procedure mediante le quali l'Ente procede a conferire vantaggi economici a terze parti. Di talché, l'attività procedimentale dell'Ente si svolge in regime di diritto privato nel rispetto dei principi sul procedimento amministrativo di cui alla legge 241/90 nonché del principio di trasparenza.

Sicché, per quanto in tema di determinazione del corrispettivo sia possibile invocare l'autonomia negoziale delle parti, resta fermo che la relazione sinallagmatica che lega le diverse prestazioni a carico delle parti deve trovare giustificazione nella causa del contratto, che si presenta sicuramente come onerosa e non gratuita, né, tantomeno, liberale. Non solo; nella fase negoziale, l'EPR deve tenere a mente la Comunicazione della Commissione Europea 2014/C 198/01 del 27/06/2014 relativa alla disciplina comunitaria in materia di aiuti di stato a favore della ricerca, sviluppo e innovazione ed, in particolare, al punto 2.2 concernente aiuti di Stato indiretti, accordati a imprese attraverso organismi di ricerca e di diffusione delle conoscenze e infrastrutture di ricerca finanziati dal settore pubblico. Pertanto l'EPR deve valutare se possa configurarsi una violazione della ridetta disposizione o, quanto meno, una distorsione della concorrenza,

nell'ipotesi in cui il soggetto beneficiario del trasferimento tecnologico sia un'impresa privata e non venga previsto e riconosciuto un equo indennizzo per lo sfruttamento dei risultati. Infatti, come ribadito dalla stessa giurisprudenza comunitaria l'aiuto non si configura a patto che siano rispettate le condizioni di mercato.

Di conseguenza, al fine di evitare di incorrere nella violazione delle norme sopra richiamate, i criteri e le modalità a cui attenersi dovrebbero essere definiti mediante opportuni regolamenti nell'ambito dell'autonomia organizzativa dell'EPR. Allo stesso modo, un eventuale sistema di pubblicità connesso ai titoli di proprietà industriale ed intellettuale presenti in portafoglio dovrebbe essere definito nel citato regolamento.

Sicché, l'unica accortezza da seguire in caso di concessione di licenza o di cessione di un titolo di proprietà industriale ed intellettuale che rientri nell'alveo dell'autonomia contrattuale dell'Ente sopra richiamata è quella di stabilire un corrispettivo per il quale l'EPR ottiene il massimo beneficio al momento della conclusione del contratto attesa la difficoltà di fissare in maniera obiettiva un prezzo di mercato per i diritti di proprietà intellettuale.

CONCLUSIONI

Per quanto esposto, l'attività negoziale dell'EPR in tema di trasferimento tecnologico è governata da norme che vanno desunte dall'ordinamento giuridico che attengono alla natura dell'EPR ed alla necessità di non incorrere nelle violazioni previste in tema di aiuti di stato ed in tema di par condicio nonché nella necessità di evitare che qualcuno possa essere

destinatario di un indebito vantaggio e, dunque, possa configurarsi un potenziale danno erariale.

Di conseguenza, attesa l'inadeguatezza delle norme sui contratti pubblici nonché del complesso normativo sotteso alla cessione dei beni materiali dello Stato, appare evidente che l'attività negoziale deve contemperare quanto indicato nelle norme sul procedimento amministrativo e in eventuali regolamenti interni per quanto attiene la scelta del contraente. Pertanto, nel provvedimento di decisione di contrattare, o altro atto equivalente di avvio del procedimento, dovrà essere data evidenza delle ragioni di fatto e degli elementi regolamentari e di diritto che determinano la scelta di quel particolare contraente nell'ottica di assicurare la competitività delle imprese attraverso la messa a disposizione di risorse strategiche come i titoli di proprietà industriale ed intellettuale.

In quest'ottica, va comunque evidenziato che, parte della dottrina, ha recentemente rimarcato la presenza di una spaccatura tra le regole giuridiche ed il trasferimento tecnologico. Secondo questi autori si è entrati nel XXI secolo con le regole giuridiche del XX e la mentalità del XIX. Le regole giuridiche, che creano il mercato, ricordano questi autori, sono parte delle cause del successo o dell'insuccesso di una nazione. Pertanto, la consapevolezza degli elementi che governano il mercato e l'evoluzione della società richiede ai giuristi un atteggiamento più responsabile nell'amministrare e nell'interpretare le regole giuridiche,

per evitare che norma giuridica e società viaggino in direzioni ortogonali.¹⁷

Ne consegue che i dubbi interpretativi generati dalla diversa disciplina della fattispecie concreta devono trovare soluzione nell'adeguamento delle regole al mercato ed alla società per evitare, appunto, che le due realtà non si intersechino.

¹⁷ Università degli Studi di Brescia - 28 agosto 2020 di Massimiliano Granieri "Contro il determinismo nel trasferimento tecnologico" <https://massimiliano-granieri.unibs.it/index.php/2020/08/28/contro-il-determinismo-nel-trasferimento-tecnologico/>

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

2020 - Anno XLI

LA RIFORMA MADIA E ACCESSO PUBBLICO GENERALIZZATO

di Paola Serafino, Funzionario Amministrativo Università degli Studi di Napoli "Federico II" Avvocato – Dott. di ricerca

L'accesso civico generalizzato è uno strumento che garantisce a chiunque il diritto di accedere ai dati e ai documenti posseduti dalle pubbliche amministrazioni. È regolato dalla normativa cosiddetta FOIA (*Freedom of Information Act*) – introdotta con il decreto legislativo n. 97 del 2016 (riforma Madia)– con la quale l'ordinamento italiano riconosce la libertà di accedere alle informazioni in possesso delle pubbliche amministrazioni come diritto fondamentale. L'obiettivo della normativa, è quello di favorire una maggiore trasparenza nel rapporto tra le istituzioni e la società civile, nonché di incoraggiare un dibattito pubblico informato su temi di interesse collettivo.

Grazie alla riforma Madia, si è giunti ad assicurare un'effettiva libertà di accesso a dati e documenti detenuti dagli enti pubblici,¹ non più semplici comunicazioni di informazioni sulla pagina web da parte della pubblica amministrazione, "si riconosce al cittadino un vero e proprio

¹ Salvatore Milazzo, "Trasparenza nella Pubblica Amministrazione e accesso civico: analisi degli elementi di innovazione e di criticità della disciplina FOIA italiano, di cui al D. Lgs 25 maggio 2016, n. 97", <http://www.ildirittoamministrativo.it>

diritto alla richiesta di atti inerenti alle pubbliche amministrazioni, a qualunque fine e senza necessità di motivazioni”².

“Per conoscere la documentazione in possesso della Pubblica Amministrazione”³, lo strumento fondamentale dal 2016 diviene l’accesso civico generalizzato.

L’articolo 5 del decreto legislativo 33/2013 disciplina due diverse e distinte tipologie di accesso civico. Il primo comma, può essere qualificato come “il diritto di chiunque di richiedere”⁴ i documenti, i dati e le informazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria “nei casi in cui”⁵, quest’ultima, “sia stata omessa”⁶.

Il nuovo secondo comma dell’articolo 5 del decreto legislativo 33/2013, colonna portante della recente disciplina sancisce che, “allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico”⁷, qualunque individuo ha la possibilità di accesso “ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione”⁸ a patto che siano rispettati i limiti sanciti dall’articolo 5-bis.

Grazie al decreto 97/2016 si è giunti ad una nuova tipologia di diritto di accesso civico, rispetto alla versione del 2013.

² Consiglio di Stato, Parere numero 515/2016, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza di Sezione del 18 febbraio 2016, www.camera.it

³ Salvatore Milazzo, “Trasparenza nella Pubblica Amministrazione e accesso civico: analisi degli elementi di innovazione e di criticità della disciplina del FOIA italiano, di cui al D.Lgs. 25 maggio 2016, n. 97

⁴ Comma 1, Articolo 5, Decreto legislativo 33/2013

⁵ Comma 1, Articolo 5, Decreto legislativo 33/2013, riformato dal decreto legislativo 97/2016

⁶ Comma 1, Articolo 5, Decreto legislativo 33/2013, riformato dal decreto legislativo 97/2016

⁷ Comma 2, Articolo 5, Decreto Legislativo 33/2013, riformato dal decreto legislativo 97/2016

⁸ Comma 2, Articolo 5, Decreto Legislativo 33/2013, riformato dal decreto legislativo 97/2016

Questo modello, come già menzionato nasce sulla scorta del Freedom Of Information Act già ampiamente diffuso negli ordinamenti anglosassoni.

Con il diritto di conoscere, si vuole garantire ai cittadini una partecipazione cosciente per quel che concerne le decisioni prese dalla pubblica amministrazione, con il fine di consentire un controllo generalizzato dell'operato amministrativo, al fine di prevenire fenomeni di corruzione all'interno degli enti pubblici, fortificando "la legittimazione della P.A"⁹.

Considerato che l'esercizio dell'accesso generalizzato, e di quello semplice, "non è sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente"¹⁰, l'istanza non deve essere motivata e può essere divulgata in via telematica agli uffici del dipartimento che conserva dati, informazioni o documenti, all'ufficio che gestisce le relazioni con il pubblico, a quello indicato dall'ente pubblico all'interno della sezione amministrazione trasparente nella pagina web istituzionale, oppure ci si può rivolgere al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, quando l'istanza riguarda "dati, informazioni o documenti oggetto di pubblicazione"¹¹.

A tal proposito il Consiglio di Stato invita le pubbliche amministrazioni a ricevere l'istanza, solitamente in via telematica e stabilisce inoltre che deve essere individuato "un unico ufficio-sportello, per ogni amministrazione, deputato alla ricezione e alla prima gestione delle

⁹ Salvatore Milazzo, 2Trasparenza nella Pubblica Amministrazione e accesso civico: analisi degli elementi di innovazione e di criticità della disciplina del FOIA italiano, di cui al D. Lgs. 25 maggio 2016, n. 97", <http://www.ildirittoamministrativo.it>

¹⁰ Comma 3, Articolo 5, Decreto Legislativo 33/2013, riformato dal decreto legislativo 97/2016

¹¹ Comma 3, Articolo 5, Decreto Legislativo 33/2013, riformato dal decreto legislativo 97/2016

istanze, correttamente segnalato nella sezione del sito istituzionale”¹², il quale possa relazionarsi direttamente con i cittadini.

“La gratuità dell’accesso civico prevista nella versione”¹³ antecedente del decreto 33/2013, in parte scompare.

Secondo quanto stabilito dall’articolo 5, del sopra indicato decreto, al quarto comma, “il rilascio di dati o documenti in formato elettronico o cartaceo è gratuito”, tale ipotesi deve essere limitata” alla sola fruizione del documento, da intendersi come mero esame dello stesso, senza estrazione di copia”¹⁴.

L’accesso avvenuto mediante l’estrazione della copia non è gratuito, ma subordinato al “rimborso del costo effettivamente sostenuto”¹⁵ dall’ente pubblico per riprodurlo su base cartacea o digitale.

Con tale previsione ci si è allineati all’articolo 25 della Legge 241/1990. Si è giunti a tale conclusione per un discorso di limitazione di costi che in questa fattispecie, vista la numerosa platea di soggetti richiedenti, potrebbero essere eccessivi per gli enti pubblici.

Un’altra titubanza sorge in merito alla relazione tra accesso “e tutela dei portatori di interesse pregiudicati dall’accoglimento”¹⁶ dalla domanda.

Il secondo comma dell’articolo 5-bis contiene l’elenco dei soggetti controinteressati, soggetti che possono avere interesse a tre tipologie

¹² Consiglio di Stato, Parere numero 515/2016, Sezione Consultiva per gli atti Normativi, Adunanza di Sezione del 18 febbraio 2016 www.camera.it

¹³ Diana-Urania Galetta, accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo 33/2013, www.federalismi.it

¹⁴ Salvatore Milazzo, “Trasparenza nella Pubblica Amministrazione e accesso civico: analisi degli elementi di innovazione e di criticità della disciplina del FOIA italiano, di cui al D. Lgs. 25 maggio 2016, n. 97”, <http://ildirittoamministrativo.it>

¹⁵ Comma 4, Articolo 5, Decreto Legislativo 33/2013, riformato dal decreto legislativo 97/2016

¹⁶ Gianluca Gardini, “Il Paradosso della trasparenza in Italia: dell’arte di rendere le cose semplici”, www.federalismi.it

diverse di protezione: quella "dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia"¹⁷; "la libertà e la segretezza della corrispondenza"¹⁸; ed infine la protezione degli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali"¹⁹.

Bilanciando riservatezza e trasparenza, la tutela degli interessi dei controinteressati, deve essere valutata in modo da evitare "eventuali azioni di responsabilità civile"²⁰ degli enti pubblici per le lesioni subite dai controinteressati a causa di un imprudente esibizione di documenti o dati.

In contemporanea però, tale previsione suscita alcune problematiche "sotto il profilo del contenimento dei costi dell'attività amministrativa"²¹.

Potrebbe esservi un aggravio dei costi per la pubblica amministrazione, poiché non tutti i controinteressati potrebbero aver optato per l'invio a mezzo pec, la quale sarebbe costretta a rendere edotti tali soggetti dall'istanza di accesso a mezzo raccomandata.

Sempre in merito ai controinteressati, non è stata disciplinata una tutela paritaria, in base al codice del processo amministrativo.

Il Decreto Legislativo 97/2016 si presenta problematico nell'aspetto del diniego all'accesso e il provvedimento conclusivo, inizialmente il decreto era molto simile alla Legge 241/1990 prevedendo "il rigetto

¹⁷ Comma 2, Articolo 5-bis, Decreto Legislativo 33/2013

¹⁸ Comma 2, articolo 5-bis, Decreto Legislativo 33/2013

¹⁹ Comma 2, articolo 5-bis, Decreto Legislativo 33/2013

²⁰ Gianluca Gardini, "Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere le cose semplici", www.federalismi.it

²¹ Diana-Urania Galetta, Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo 33/2013, www.federalismi.it

della richiesta in caso di mancata risposta dell'Amministrazione"²² nel termine di trenta giorni. Secondo la normativa l'unico rimedio poteva essere ricorrere al tribunale amministrativo regionale, pertanto non vi poteva essere un ricorso per vie extragiudiziali.

In questo modo l'amministrazione pubblica poteva ignorare la maggior parte delle istanze di accesso, presumendo che i cittadini non sarebbero mai ricorsi al TAR.

Il legislatore decise, spinto dalle tante critiche, di modificare tale impostazione prevedendo una delibera espressa e motivata. In via amministrativa, sono state introdotte, due tutele, per consentire al cittadino di non doversi caricare costi, tempi e procedure di un ricorso giurisdizionale, sono il ricorso al difensore civico ed al responsabile per la trasparenza.

La procedura di accesso civico generalizzato "deve concludersi con provvedimento espresso e motivato nel termine di trenta giorni dalla presentazione dell'istanza con la comunicazione al richiedente e agli eventuali controinteressati"²³.

All'accoglimento dell'istanza, l'amministrazione provvede a trasmettere tempestivamente al richiedente i dati o i documenti richiesti.

Il settimo comma dell'articolo 5 del decreto legislativo 33/2013 stabilisce che, "nei casi di diniego totale o parziale dell'accesso o di mancata risposta entro il termine indicato al comma 6²⁴, il richiedente può presentare richiesta di riesame al responsabile della prevenzione

²² P. Falletta, "Il freedom of information act. Italiano e i rischi della trasparenza digitale", www.federalismi.it

²³ Comma 6. Articolo 5, Decreto Legislativo 33/2013, riformato dal decreto legislativo 97/2016

²⁴ Nel termine di trenta giorni

della corruzione e della trasparenza”²⁵ il quale deve decidere entro venti giorni con provvedimento motivato. Il responsabile della prevenzione della corruzione ha la possibilità di sentire il Garante per la protezione dei dati personali nel caso in cui vi siano richieste di riesame.

Il Garante si pronuncia nel termine di dieci giorni dalla richiesta, “durante i quali il termine per l’adozione del provvedimento da parte del responsabile della prevenzione della corruzione o per la pronuncia del difensore civico sono sospesi”²⁶.

L’ottavo comma, sancisce che “qualora si tratti di atti delle amministrazioni, delle regioni o degli enti locali, il richiedente può altresì presentare ricorso al difensore civico competente per ambito territoriale, ove costituito”²⁷. Il ricorso deve, comunque, essere notificato anche all’amministrazione interessata. Se il difensore civico non ritiene legittimo il diniego o il differimento, deve informare il cittadino e comunicarlo all’amministrazione pubblica. Se l’amministrazione “non conferma il diniego o il differimento entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione del difensore civico, l’accesso è consentito”²⁸.

Esiste la possibilità che l’ente rifiuti l’istanza senza alcuna motivazione o addirittura mediante il silenzio, il diniego di tale ultima ipotesi non deve essere motivato.

²⁵ Comma 7, Articolo 5, del Decreto Legislativo 33/2013

²⁶ ANAC, “linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all’accesso civico di cui all’art. 5 co. 2 del d.lgs. 33/2013”, delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016

²⁷ Comma 8, articolo 5, decreto legislativo 33/2013

²⁸ ANAC, “linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all’accesso civico di cui all’art. 5 co. 2 del d.lgs. 33/2013”, delibera n.1039 del 28 dicembre 2016

La norma però, non specifica se deve essere data notizia ad eventuali controinteressati, i quali dovrebbero ad ogni modo aver diritto a presentare opposizione²⁹.

Si è detto, nel sesto comma, che la domanda deve essere motivata, ma gli enti pubblici possono rifiutare senza alcun motivo l'istanza di riesame presentata al responsabile per la trasparenza e al difensore civico³⁰.

Riguardo la tutela giurisdizionale, il settimo comma dell'articolo 5 del decreto legislativo 33/2013, prevede che, in ogni caso, "il richiedente può proporre ricorso al Tribunale amministrativo regionale ai sensi dell'articolo 116³¹ del codice del processo amministrativo"³².

²⁹ Gianluca Gardini, "Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere le cose semplici", www.federalismi.it

³⁰ Gianluca Gardini, "Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere le cose semplici", www.federalismi.it

³¹ Articolo 115 Codice del Procedimento Amministrativo: "contro le determinazioni e contro il silenzio sulle istanze di accesso ai documenti amministrativi il ricorso è proposto entro trenta giorni dalla conoscenza della determinazione impugnata o dalla formazione del silenzio, mediante notificazione all'amministrazione e agli eventuali controinteressati. Si applica l'articolo 49. In pendenza di un giudizio cui la richiesta di accesso è connessa, il ricorso di cui al comma 1 può essere proposto con istanza depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso principale, previa notificazione all'amministrazione e agli eventuali controinteressati. L'istanza è decisa con ordinanza separatamente dal giudizio principale, ovvero con la sentenza che definisce il giudizio.

L'amministrazione può essere rappresentata e difesa da un proprio dipendente a ciò autorizzato.

Il giudice decide con sentenza in forma semplificata; sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione dei documenti richiesti, entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni, dettando, ove occorra, le relative modalità".

³² Comma 7, Articolo 5, Decreto Legislativo 33/2013

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

2020 - Anno XLI

IL DANNO ERARIALE DA ECCESSO DI PRESCRIZIONI MEDICHE

dell'Avv. Fabio Landolfi, Docente di Diritto amministrativo Università telematica Pegaso, Avvocato Cassazionista, Dottore di ricerca Seconda Università degli Studi di Napoli, Perfezionato in amministrazione e finanza degli Enti locali

La prescrizione medica è un'autorizzazione che viene redatta per iscritto dal medico di base per la consegna al paziente del medicinale indicato da parte del farmacista. Come noto, l'accesso al farmaco da parte dei cittadini non è libero, dal momento che, in materia, non si applicano le leggi che regolano il commercio ma si fa riferimento a norme speciali; è il farmacista, quindi, che può distribuire i medicinali, in via principale, al pubblico su necessaria indicazione del medico¹. È proprio in questo schema che acquista rilevanza la prescrizione medica che, come abbiamo detto poco innanzi, è un documento sottoscritto dal medico, la cui presentazione, nei casi previsti dalla legge, è necessaria per poter procedere all'acquisto di medicinali o anche per sottoporsi a visite mediche, esami specifici e altre prestazioni. Inoltre, dal punto di vista amministrativo, la ricetta medica ha anche la funzione di autorizzare l'assunzione di un onere finanziario a carico

1 Cfr. T.U. delle leggi sanitarie di cui al Regio Decreto 27 luglio 1934, n. 1265, modificato dalla legge 7 novembre 1942 n. 1528, in particolare l'art. 122;

dell'amministrazione sanitaria, nell'ipotesi in cui il medicinale o prodotto farmaceutico debba essere distribuito in tutto o in parte senza oneri economici per il paziente². La compilazione della ricetta medica avviene nel rispetto del principio di "*scienza e coscienza*", nel senso che si fa riferimento ai criteri scientifici accreditati, di cui il medico deve avere conoscenza, nel rispetto delle norme specifiche del settore ma anche delle indicazioni fornite dal Ministero della Salute. La stessa, può essere redatta su qualsiasi foglio di carta, la c.d. "ricetta bianca", ovvero, nel caso in cui il medicinale o la prestazione sia a parziale o totale carico del SSN, sugli appositi moduli³ che sono predisposti dall'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato in uso ai medici dipendenti o convenzionati con il S.S.N. La prescrizione medica deve indicare la data di rilascio, il luogo e la firma autografa del medico. Qualora la stessa venga redatta con l'utilizzo del computer, acquista valore solo con l'apposizione della firma autografa a piè pagina del medico. In effetti è proprio con l'apposizione della firma che il medico va a convalidare in toto la ricetta. Orbene, detto ciò, è opportuno sottolineare che la prescrizione medica è un atto amministrativo avente natura complessa⁴, in particolare: si tratta di un certificato in quanto con essa il medico attesta i dati da lui rilevati; ma è anche una autorizzazione amministrativa, con essa si superano i limiti imposti dalla legge all'esercizio del diritto soggettivo all'assistenza sanitaria; è anche un documento di carattere economico, in quanto evidenzia una spesa farmaceutica. Nella ricetta, pertanto, possiamo individuare due diversi aspetti: uno strettamente giuridico relativo

2 Cfr. Corte di Cassazione sin dalla sentenza n.7761 del 15/11/1986;

3 In vigore dal 1 gennaio 2005 in base al Progetto Sistema TS, monitoraggio della spesa sanitaria, promosso dal Ministero dell'economia e delle finanze (art. 50 del decreto legge 30 settembre 2003 n. 269, convertito con modificazioni, con legge 326 del 24 novembre 2003)

4 Cfr. Corte di Cass. Penale, IV sez., 1 giugno 1990, n. 8051;

all'esercizio di una potestà amministrativa; l'altro tecnico-professionale mediante il quale il medico esegue la sua prestazione professionale. Da questi due diversi profili possono derivare due forme diverse di responsabilità. La Corte Costituzionale⁵ a più riprese ha affermato il principio secondo il quale il medico convenzionato nello svolgere l'attività prescrittiva deve tener conto dei due interessi costituzionalmente protetti, cioè da un lato la tutela della salute degli assistiti e dall'altro il contenimento della spesa farmaceutica, che fa riferimento alle risorse disponibili da parte del S.S.N. All'uopo nel 2015 il Governo ha predisposto il c.d. "*decreto sulla inappropriatezza*", in pratica sono state indicate 208 prestazioni diagnostiche erogabili dal S.S.N al ricorrere di determinate condizioni, in assenza delle quali le prestazioni sono poste a carico del paziente. È il caso di sottolineare in questa sede che le conseguenze negative di una non corretta prescrizione di farmaci sono riconducibili, esclusivamente, al medico di medicina generalista. I medici che prescrivono esami inappropriati, senza rispettare i limiti predetti, vanno incontro anche a sanzioni pecuniarie. Il medico, in particolare, è tenuto a prescrivere i farmaci ispirandosi a criteri di economicità e di riduzione degli sprechi, di appropriatezza e di efficacia dell'intervento terapeutico⁶, principio confermato in numerose pronunce della Corte dei Conti⁷. L'applicazione di questi criteri discende direttamente dal dettato costituzionale: il diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., ma anche l'art. 81 Cost. relativo all'equilibrio finanziario del pubblico bilancio e l'art. 97 Cost. che si riferisce ai principi di efficienza, economicità,

5 Cfr. Corte Cost., 03/06//1992 n.247;

6 Cfr. Minerva, *I limiti alla discrezionalità medica nella prescrizione dei farmaci a carico del S.S.N. e la giurisdizione della Corte dei Conti sui danni da iperprescrittività*, in www.giustizia-amministrativa.it

7 Cfr. Corte conti, sez. reg. Lombardia, 14.6.2011, n. 374;

efficacia dell'azione amministrativa nel settore della sanità⁸.

In ogni caso, qualora da un controllo effettuato dall'Asl dovesse risultare che il medico abbia prescritto un medicinale in spregio alle condizioni e alle limitazioni previste dai provvedimenti della Commissione unica del farmaco⁹, l'Asl chiederà al medico, in primis, le ragioni della mancata osservanza, e se le motivazioni sono ritenute insufficienti, dell'accaduto viene informato l'Ordine al quale appartiene il sanitario, oltre che il Ministero della salute, per l'adozione dei rispettivi provvedimenti. Viene da sé che il medico è tenuto a rimborsare al S.S.N. il farmaco indebitamente prescritto. Quindi per concludere, si può sicuramente sostenere che il medico prescrittore gioca un ruolo importantissimo nel mantenimento dell'equilibrio del sistema sanitario, in effetti, egli concorre a garantire l'appropriatezza nell'utilizzo delle risorse messe a disposizione dall'azienda sanitaria per l'erogazione dei livelli essenziali ed appropriati di assistenza. Anche il medico, quindi, contribuisce alla riduzione degli sprechi nell'uso delle risorse disponibili facendo ricorso ai principi di qualità e di medicina basati sulle evidenze scientifiche. In ultimo è anche il Codice di Deontologia che riconosce una responsabilità professionale diretta del medico nell'attività di prescrizione di una terapia farmacologica, all'uopo l'art. 13 introduce il divieto di adottare o diffondere terapie e

8 Sulla materia è intervenuto il Consiglio di Stato per il quale in capo al medico prescrittore sussiste sia l'obbligo di attenersi alle modalità sancite dall'accordo collettivo, ossia l'obbligo di non superare la prescrizione di tre pezzi per ciascuna ricetta, sia la sindacabilità delle scelte terapeutiche e sanitarie del medico, ragion per cui viene a concretarsi un'ipotesi di danno da iperprescrizione farmacologica nel caso di "frequente scostamento, più o meno giustificato, tra le scelte del medico e quelle della generalità degli altri sanitari, laddove l'interessato non sia in grado di dare la dimostrazione plausibile dell'eventuale particolarità delle patologie da lui trattate". (Cfr. Cos. Stato, sez. V, n. 1310/1995).

9 Cfr. Chindemi *Responsabilità contabile e danno erariale della Asl e del medico*

Resp. civ. e prev. 2011, 06;

presidi diagnostici non provati scientificamente attraverso una documentazione di natura clinica e scientifica¹⁰. In ogni caso, negli ultimi anni le sentenze in tema di responsabilità medica per danno erariale da iperprescrizione sono diventate sempre più frequenti. Con riguardo all'attività prescrittiva, il medico agisce in esecuzione di un rapporto di servizio e, pertanto, se viene accertato un danno erariale discendente da comportamenti del professionista, la giurisdizione spetta al giudice contabile, ai sensi dell'art. 52, r.d. n. 1214/1934, proprio perché il medico convenzionato opera nella qualità di agente dell'Amministrazione¹¹. Con il termine iperprescrizione si designa una situazione di eccesso di attività prescrittiva. In altri termini si realizza un consumo farmacologico inadeguato, incongruo o sproporzionato e sicuramente in contrasto con le esigenze di contenimento dei costi e riduzione degli sprechi. Il danno da iperprescrizione di farmaci è un esempio di danno erariale diretto. Esso consiste nel pregiudizio cagionato all'Amministrazione sanitaria da parte di un soggetto ad essa legato da un rapporto di servizio, e si realizza anche in assenza di lesioni per soggetti terzi. La giurisprudenza contabile è solita fare la distinzione tra iperprescrittività in senso ampio, iperprescrittività in senso stretto, iperprescrittività derivante da fatti illeciti. La prima è sicuramente la situazione più frequente e consiste nello scostamento tra le scelte del singolo medico di base convenzionato con le Asl e le scelte fatte dalla generalità dei medici anch'essi convenzionati Asl¹². Questo scostamento costituirebbe già sintomo di un potenziale di danno derivante da iperprescrittività, ma per concretizzarsi in atteggiamento suscettibile di sanzione necessita di

10 Cfr. Chiappinelli *Sulla responsabilità dei medici convenzionati la giurisdizione spetta alla Corte dei conti* - Guida al diritto 2007, Dossier 10;

11 Cfr. Sez. Un. pen., 7 giugno 1988, n. 6752; Cass. pen., Sez. IV, 6 aprile 1990, n. 8051;

12 Cfr. Corte dei conti sez. Umbria n. 275/04;

ulteriori elementi cioè deve presentare il carattere della ripetizione continua nel tempo nonostante i richiami dell' amministrazione sanitaria"¹³. La presenza di periodici e puntuali avvertimenti da parte dell'amministrazione sanitaria conferisce alla fattispecie illecita l'elemento soggettivo della colpa grave. Al fine di valutare lo scostamento della condotta prescrittiva del singolo medico rispetto alla generalità degli altri professionisti, le Procure facevano riferimento al parametro della media maggiorata con il meccanismo della "deviazione standard" (o scarto quadratico medio), *"vale a dire di una grandezza che, con un particolare procedimento matematico, indica la media degli scarti, ovvero di quanto una certa misura differisce dalla media del campione di riferimento"*. Tuttavia sia in dottrina che in giurisprudenza questo sistema per l'addebito di responsabilità amministrativa è stato profondamente criticato. Secondo la Corte dei Conti, la statistica può giustificare l'avvio del controllo, ma non è in grado di fornire la piena prova della responsabilità amministrativo-contabile di un pubblico dipendente¹⁴. In altri termini, non si può desumere automaticamente la responsabilità amministrativo-contabile dallo scostamento da standard numerici o medie statistiche ma è necessaria, per ogni caso, una valutazione del comportamento del medico; ovviamente in questa valutazione non si può non tener conto del contesto all'interno del quale il medico ha assunto le sue decisioni. Quindi, concludendo, accertato lo scostamento dai parametri statistici elaborati dalla ASL di appartenenza, si richiederanno ulteriori accertamenti per procedere ad un addebito di responsabilità

13 Cfr. Minerva, *I limiti della discrezionalità medica nella prescrizione dei farmaci a carico del S.S.N e la giurisdizione della Corte sui danni da iperprescrittività*, in www.giustiziaamministrativa.it, p. 6.

14 Cfr. Corte dei Conti, Sez. Lombardia, 8 gennaio 2010, n. 9; Corte dei Conti n. 302/2010, n. 404/2010; sez. app. Sicilia, 2 marzo 2015, n. 61. In senso opposto v. Sez. Umbria, 28 giugno 2004, n. 275 confermata dalla sentenza della Sez. II Appello n. 199/2008;

amministrativo-contabile in capo al medico di medicina generale. L'accertamento dovrà evidenziare l'irragionevolezza del comportamento del dottore nonché la sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave. In ogni caso, la giurisprudenza maggioritaria sostiene la legittimità della prescrizione di farmaci anche in deroga alle vigenti disposizioni, ma ciò deve avvenire nei limiti della logica, della ragionevolezza e di quanto stabilito dalla letteratura scientifica¹⁵. Per iperprescrittività in senso stretto si intende, invece, *"il superamento del quantitativo di farmaco assumibile dall'assistito in un determinato periodo di tempo, risultante dalle indicazioni contenute nelle schede ministeriali relative ai farmaci, depositate presso il Ministero della Salute"*. La condotta del medico iperprescrittore realizza, pertanto, una violazione dell'art.3 L.94/1998, ove è stabilito che *"il medico, nel prescrivere una specialità medicinale o altro medicinale prodotto industrialmente, si attiene alle indicazioni terapeutiche, alle vie e alle modalità di somministrazione previste dall'autorizzazione all'immissione in commercio rilasciate dal Ministero della Sanità"*. Tuttavia, si deve evidenziare che non sempre il superamento dei piani terapeutici e/o delle indicazioni delle note AIFA è sanzionabile, difatti, secondo la giurisprudenza contabile i piani terapeutici hanno il carattere di "indicazioni", pertanto, i medici di base convenzionati sono titolari di un margine di discrezionalità nella valutazione degli indirizzi terapeutici provenienti dalle competenti strutture sanitarie. Infine, la iperprescrittività da fatti illeciti è caratterizzata dalla sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo, essa si concretizza in relazione a farmaci prescritti ai pazienti che hanno dichiarato di non averli richiesti, né assunti, ciò integra gli estremi del danno

15 Cfr. Corte dei Conti, Sez. Lombardia, n. 374/2011;

erariale¹⁶. È del tutto evidente, in questa fattispecie, che il comportamento iperprescrittivo è caratterizzato dalla consapevole violazione dei fondamentali doveri di lealtà e di fedeltà propri del rapporto di servizio. Più specificamente, ci troviamo dinanzi ad un concetto di dolo che non è quello tipico ricorrente in sede penale, ma si tratta di un dolo di natura contrattuale. È un dolo consistente nella cosciente violazione del disposto normativo, nonché di inadempimento cosciente e volontario degli obblighi di correttezza e fedeltà derivanti dal rapporto di servizio instaurato con l'amministrazione¹⁷. La giurisprudenza contabile, poggia questo suo convincimento sulla natura contrattuale della responsabilità amministrativa, che trae origine dal rapporto di servizio intercorrente tra l'autore del danno e l'ente danneggiato. In ogni caso, il medico può prescrivere al proprio paziente una terapia farmacologica che, per quantità di principio attivo da assumere o per le modalità di somministrazione, ecceda i limiti indicati nella scheda tecnica ministeriale; per non incorrere in responsabilità non dovrà utilizzare il modello regionale di ricetta e in questo modo non verrà accollata nessuna spesa all'erario. Abbastanza recente è la sentenza della Corte dei Conti Lombardia n. 2 del 2018, con la quale la magistratura contabile lombarda ha evidenziato ancora una volta la peculiare natura della professione medica, dove esiste una certa discrezionalità nella valutazione della diagnosi e la relativa cura delle patologie. Tuttavia, il codice deontologico impone al medico di ricercare sempre un equilibrio tra le decisioni e i dati scientifici accreditati o le metodologie fondate, senza dimenticare il contesto sociale, organizzativo ed economico in cui presta la sua attività professionale; inoltre, deve agire soprattutto perseguendo il

16 Cfr. Corte dei conti, sez. I, 13 aprile 2006, n. 13; in tal senso anche Corte dei conti, sez. III, 27 aprile 2005, n.243, Corte dei conti, sez. giurisd. Umbria, 28 giugno 2004, n. 275;

17 Cfr. Corte dei conti, sez. Veneto, 13/3/2014, n. 29655;

bene del paziente secondo i criteri di equità e l'uso appropriato delle risorse. Nel caso sottoposto al vaglio della Sezione Lombardia della Corte dei conti, secondo la Procura regionale il convenuto aveva cagionato un danno all'erario per aver prescritto ai propri pazienti alcuni farmaci a carico del SSN in spregio alla normativa vigente. Si rinveniva, quindi, una condotta illecita realizzata per il costante scostamento dalle quantità di farmaci prescritte dagli altri sanitari della stessa ASL. Si trattava, pertanto, di un caso di iperprescrizione in senso lato, e del superamento del quantitativo di farmaco assumibile dall'assistito in un determinato periodo di tempo, in conformità alle indicazioni fornite dalla casa farmaceutica e approvate dal Ministero della sanità¹⁸. Orbene, secondo i giudici lombardi della Corte dei Conti, le rilevazioni, effettuate presso l'ASL, dalle quali si desumono situazioni di scostamento rispetto al criterio della media ponderata ASL, evidenziano sicuramente un maggiore esborso a carico del SSN ma non provano, di per sé, una responsabilità amministrativo-contabile del medico. Inoltre, ciò potrebbe essere sintomatico di un'illiceità della condotta prescrittiva, da sola insufficiente, se non sostenuta da validi elementi di prova, ad affermare in concreto l'irragionevolezza, corredata da colpa grave o da dolo, della scelta adottata dal medico. Pertanto, il Collegio afferma che il criterio astratto del danno da "iperprescrizione in senso lato" che si realizza con il superamento di medie ponderate, non può essere utilizzato nel giudizio di responsabilità amministrativa proprio a causa della sua astrattezza, che non consente una valutazione di una attività di per sé discrezionale. In ogni caso la responsabilità amministrativo-contabile è soggetta all'onere della prova di comportamenti dannosi

18 Cfr. Corte dei Conti, sez. Lombardia, sent. n. 2/2018;

che non sono desumibili statisticamente¹⁹.

Una volta accertata la sussistenza del danno, il nesso causale tra la condotta propria del medico realizzata l'attività prescrittiva ed il danno stesso, la sussistenza dell'elemento psicologico, colpa grave o dolo, si deve stabilire il quantum del danno risarcibile. A parere della giurisprudenza contabile²⁰, risultano risarcibili il danno patrimoniale, il danno all'immagine, il danno da disservizio e il danno da tangente. Il danno patrimoniale collegato all'attività iperprescrittiva, nelle ipotesi in cui ha ad oggetto una prestazione diagnostica o terapeutica, consiste nel costo sostenuto per l'erogazione della stessa; se invece ha ad oggetto i medicinali, il danno patrimoniale è relativo allo "spreco di farmaci". Il danno per spreco di farmaci consiste in tutto ciò che è stato erogato dalla ASL per farmaci che sono stati prescritti in modo o in misura difforme da quelli consentiti dalla normativa vigente²¹. È bene rammentare che il danno risarcibile deve possedere determinate caratteristiche, deve essere certo, attuale e concreto. La certezza del danno impone il verificarsi del pregiudizio, per attualità si intende che il danno deve permanere dal momento della proposizione della domanda al momento della conclusione del processo contabile, infine la concretezza è strettamente correlata alla certezza, in quanto evidenzia la reale ed effettiva perdita economica. Risulta risarcibile oltre al danno patrimoniale anche il danno all'immagine, in effetti, proprio la sanità è un ambito particolarmente soggetto a valutazioni da parte dell'opinione pubblica, per cui quando verificano degli illeciti, collegati anche alle prescrizioni dei farmaci,

19 la Corte dei Conti respinge la richiesta risarcitoria a titolo di danno da "iperprescrizione" di farmaci nei confronti del dott. G. G. B. che va mandato assolto da ogni contestazione;

20 Cfr. Zingale, *La responsabilità amministrativa e contabile, in La responsabilità della pubblica amministrazione e dei suoi dipendenti* (a cura di R.Garofoli A.Liberati), Milano, 2005, p. 356;

21 Cfr. Corte dei conti, sez Umbria 275//2004;

ciò potrebbe creare un sentimento di sfiducia verso l'amministrazione sanitaria, a discapito anche di operatori sanitari che invece esercitano la loro professione in maniera diligente e corretta²². Per la quantificazione del danno bisogna valutare il clamore generato nel contesto sociale dai comportamenti illeciti e la sua intensità²³. Per quanto concerne la tipologia del danno da disservizio, è strettamente collegata al minor risultato realizzato dall'apparato organizzativo, a seguito di un'omessa o carente prestazione lavorativa del dipendente, con conseguente danno in termini di efficacia ed economicità dell'azione amministrativa. I Giudici contabili hanno affermato la sussistenza del danno da disservizio ogni volta che un comportamento illecito del dipendente abbia deviato o comunque compromesso i processi organizzativi e funzionali dell'ente ed abbia pertanto distolto energie dal perseguimento dei fini istituzionali, determinando una riduzione dell'efficienza dell'azione amministrativa²⁴. Si tratta di un danno accessorio al danno patrimoniale, il comportamento illecito ha avuto anche l'effetto di deviare o comunque compromettere i processi organizzativi e funzionali dell'ente, distogliendo risorse personali, dal perseguimento dei compiti propri²⁵. È importante segnalare, che per potersi configurare il danno, deve emergere una perdita patrimoniale concreta ed effettiva nelle casse dell'ente danneggiato, non sono sufficienti le presunzioni di danno²⁶. Il danno da tangente è un danno autonomo rispetto al danno erariale, è la conseguenza di condotte illecite, tipiche di alcuni delitti come la corruzione, la

22 Cfr. De Angelis, *Danno all'immagine del S.S.N.*, in Ragiusan, 321/322, gennaio-febbraio 2011, pp. 70, ss.

23 Cfr. Corte dei conti sez. Umbria, n. 275/2004;

24 Cfr. Corte conti, sez. reg. Veneto, 20.5.2005, n. 866 e n. 623 del 27.6.2006;

25 Cfr. Corte dei conti, sez. Veneto, 27/06/2006, n. 623; sez. Umbria, 28/09/2005, n. 346; sez. Basilicata 21/09/2005, n. 198; sez. Marche, 03/03/2005, n. 203, sez. II centr. app. 10/04/200, n. 125/A.

26 Cfr. Corte conti, sez. reg. Sicilia, 14.2.2002. n. 92;

truffa, la concussione e il reato specifico di comparaggio. Il danno da tangente realizza sia un danno patrimoniale, collegato all'esborso causato all'amministrazione, sia un danno all'immagine, andando a ledere il prestigio dell'amministrazione sanitaria.

La condotta del medico di base connotata da iperprescrizione di farmaci può dar luogo ad una responsabilità amministrativo-contabile per danno erariale diretto e per danno erariale indiretto. La prima forma di responsabilità discende dal fatto che il comportamento iperprescrittivo è realizzato in violazione dei doveri d'ufficio; la seconda, invece, si configura quando dall'attività iperprescrittiva, sia dipeso un danno al terzo, inteso come colui che assume il farmaco prescritto in dosi eccessive oppure, sottoposto a esami diagnostici invasivi, abbia avuto conseguenze negative²⁷. Nel caso in cui il danno cagionato al terzo fosse stato riparato dall'amministrazione sanitaria a conclusione del processo civile intentato dal danneggiato, successivamente il Procuratore regionale presso la sezione giurisdizionale della Corte dei conti potrà proporre l'azione contabile di rivalsa nei confronti del medico responsabile. In questo caso, cioè quando dal fatto commesso dal medico dipendente pubblico discende un danno al terzo, si configurano due diverse forme di responsabilità tra di esse interdipendenti perché derivano da un medesimo fatto illecito. Si avrà, pertanto, da una parte una responsabilità civile a carico della struttura sanitaria pubblica e del medico nei confronti del terzo danneggiato, ma al tempo stesso, una responsabilità amministrativa del medico nei confronti dell'ente sanitario²⁸ che si verifica qualora l'amministrazione sanitaria, a seguito dell'azione attivata dal terzo,

27 Cfr. Vetro, *Il dolo contrattuale o civilistico: applicazione nei giudizi di responsabilità amministrativa secondo la più recente giurisprudenza della Corte dei conti*, in Lex Italia. It, n. 12/2011;

28 Cfr. Romano, *La responsabilità dell'ASL per condotta negligente del medico convenzionato*, in Diritto e giurispr. Comm., 5/2015;

sia tenuta ad indennizzare il danno causato a quest'ultimo dal comportamento del medico e quindi provveda alla liquidazione del relativo importo. La responsabilità del sanitario nei confronti dei terzi discenderebbe dal rapporto contrattuale di fatto originato da "contatto" sociale²⁹. Le sentenze del giudice civile di condanna dell'amministrazione sanitaria al risarcimento del danno non hanno efficacia vincolante nel giudizio di responsabilità amministrativa, ma ciò non significa che il giudice contabile non possa utilizzare le prove raccolte in quel procedimento, come le prove testimoniali, la documentazione acquisita, le consulenze tecniche e così via³⁰. I punti di differenziazione delle due diverse responsabilità, quella civile da un lato e quella amministrativa dall'altra, risiedono nella valutazione dell'elemento soggettivo. In particolare, il sanitario sottoposto al giudizio per danno erariale (sia diretto che in sede di rivalsa) è tenuto al risarcimento solo se la sua condotta è sostenuta da dolo o colpa grave. Altra differenza sostanziale si rinviene nella ripartizione dell'onere della prova: in sede civile il terzo danneggiato deve limitarsi a provare il contratto (o contatto sociale) ed il danno patito; a carico del convenuto è, invece, la prova dell'assenza del nesso causale. Nel giudizio di responsabilità amministrativa, invece, il p.m. contabile che esercita l'azione deve dimostrare la sussistenza del dolo o della colpa grave³¹. Per concludere, definito il giudizio civile dove l'amministrazione sanitaria risulta essere soccombente, è proponibile da parte del procuratore regionale della Corte dei conti il giudizio contabile nei confronti del medico; quest'ultimo risponderà del danno, peraltro già liquidato dall'amministrazione sanitaria, se viene accertata la sua responsabilità amministrativa

29 Cfr. Cass.civ. 22/01/1999 n.589;

30 Cfr. Corte dei conti sez. III centr. app. 623/05; Corte dei conti sez. I centr. app. 387/2002; Sez. Emilia Romagna 06/07/1995 n. 104;

31 Cfr. Pischedda, *La responsabilità amministrativa e contabile: elementi costitutivi e cenni di procedura*, in Giust. Amm.it, 13/02/2004;

per dolo o colpa grave. Pertanto, il medico prescrittore è tenuto a corrispondere le somme di denaro il cui importo è stato stabilito nella sentenza del giudice civile ovvero nell'atto transattivo eventualmente intervenuto tra le parti; lo stesso, si troverà, quindi in una posizione di sostanziale soggezione, in ordine alla determinazione del danno. Come detto, però, il medico convenzionato potrà essere condannato solo se sarà provato il suo comportamento doloso o gravemente colposo³².

32 Cfr. Papiano, *Della responsabilità amministrativa del medico condannato per responsabilità professionale*, in Ragiusan, n.321-322, / 2011;

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957



LICENZA DI SBAGLIARE (ANCHE MOLTO GRAVEMENTE), OVVERO LE INSIDIE DELLA LEGISLAZIONE DELL'EMERGENZA.

di Lio Sambucci, Ricercatore e professore aggregato di Contabilità di
Stato - Sapienza Università di Roma

1. – Il Parlamento ha approvato in via definitiva (con modificazioni) il disegno di legge (A.S. 1883; A.C. 2648) di conversione del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76 (recante «misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale»), il cosiddetto “decreto semplificazione”: ed è stata necessaria (come ormai sempre più spesso avviene) la posizione della questione di fiducia.

Con il d.l. n. 76/2000 sono state fatte (si prova a fare) molte cose, tra loro molto diverse: è la legislazione dell'emergenza (si dice). Una di queste cose riguarda l'introduzione di una “moratoria” avente ad oggetto la responsabilità in materia di contabilità pubblica, la cosiddetta (per semplificazione) responsabilità per danno erariale. Per la precisione, all'art. 21, comma secondo, del citato decreto n. 76/2020 si stabilisce che, «limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 dicembre 2021, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'art. 1 legge 14 gennaio 1994, n. 20 è limitata

ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta» (in sede di conversione, il periodo di "moratoria" è stato prolungato: il termine conclusivo era originariamente fissato al 31 luglio, e si tratta di uno di quei termini destinati a conoscere diverse proroghe); con precisazione che l'applicazione di siffatta limitazione rimane esclusa «per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente». Significa, in sostanza, che, sulla base della disposizione riportata, nell'arco temporale ivi indicato, si risponderà del danno erariale solo in caso di dolo, per la cui sussistenza si rende necessaria la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso, secondo la ulteriore, specifica prescrizione positivizzata al primo comma del citato art. 21, al fine, evidentemente, di provare ad escludere il dolo eventuale ovvero, comunque, ogni possibilità di presunzione o di automatismo (nell'applicazione giurisdizionale). Significa che, sempre in relazione ai fatti commessi nel suddetto periodo, la responsabilità erariale rimane esclusa per le condotte compiute con colpa grave, che, come noto, costituisce – ai sensi dell'art. 1, comma primo, legge n. 20/1994 - l'altra ipotesi (oltre al dolo) che può dare luogo a responsabilità per danno all'erario.

2. – Deve pure essere rilevato che la colpa grave (per responsabilità contabile ex art. 1 legge n. 20/1994), nella novellazione legislativa scopertamente limitativa che si è succeduta negli anni, rimane esclusa tutte le volte in cui «il fatto dannoso tragga origine dall'emanazione di un atto vistato e registrato in sede di controllo preventivo di legittimità» («limitatamente ai profili presi in considerazione nell'esercizio del controllo»).

Peraltro, la rilevata inclinazione ridimensionativa del legislatore si è manifestata fino ad eccessi dubbiamente costituzionali quando, con d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55, è stato aggiunto (al primo comma del

citato art. 1) che «la gravità della colpa e ogni conseguente responsabilità sono in ogni caso escluse per ogni profilo se il fatto dannoso trae origine da decreti che determinano la cessazione anticipata, per qualsiasi ragione, di rapporti di concessione autostradale» («allorché detti decreti siano stati visti e registrati dalla Corte dei conti in sede di controllo preventivo di legittimità svolto su richiesta dell'amministrazione precedente»). Una disposizione che si espone a manifesti dubbi di incostituzionalità nella parte in cui limita l'esclusione di responsabilità ai soli (casi di cessazione anticipata dei) «rapporti di concessione autostradale»; una disposizione adottata sotto la spinta dell'onda emotiva causata dalla tragedia del crollo del ponte di Genova, con cui si prova a predisporre uno schermo protettivo in funzione dell'apprestamento delle iniziative (enfaticamente annunciate nell'immediatezza del tragico evento) da adottare in via amministrativa nei confronti del soggetto concessionario. Una disposizione priva dei caratteri di generalità e astrattezza che erano propri dell'esercizio della funzione legislativa in situazione di fisiologia, e che sono pressoché introvabili nella legislazione dell'emergenza (*rectius*, della contingenza). Una disposizione che, peraltro, introduce ulteriori elementi di rallentamento dell'azione amministrativa, in quanto, condizionando la esclusione della colpa grave e della responsabilità all'esito del controllo preventivo di legittimità – ed attribuendo espressamente all'amministrazione tecnica la possibilità di dare attivazione al procedimento tutorio – è suscettibile di indurre gli organi tecnici ad attivare, ogni volta, il suddetto controllo, al fine di essere garantiti da eventuali responsabilità. Con una duplice implicazione negativa, che riguarda, da un lato, più gravemente, il rischio di alterazione della essenza funzionale dell'amministrazione tecnica, il cui compito (non è quello di dare esecuzione alle determinazioni della Corte dei conti nell'esercizio delle funzioni di controllo, ma) di applicare la legge

ovvero, più precisamente, di dare esecuzione – in condizioni di indipendenza e di imparzialità – agli indirizzi e alle scelte insiti nella legge, sottesi alle disposizioni legislative, in funzione della cura degli interessi pubblici. E, da altro lato, in sostanza, rischia di trasformare la Corte dei conti in un organo di (interferenza nella) amministrazione attiva, con (ulteriore) rischio di snaturamento sia della funzione di controllo (peraltro, già sbilanciata verso l'aspetto sanzionatorio, a scapito dell'apporto collaborativo, che ne dovrebbe costituire il profilo caratterizzante) sia della funzione giurisdizionale (in materia di responsabilità contabile), pure attribuita alla Corte dei conti (la quale più difficilmente – diciamo così – sarà portata a sanzionare, per responsabilità erariale, atti e condotte amministrative che la stessa Corte dei conti, in sede di controllo, ha ritenuto legittimi). Una disposizione, "esimente", che, proprio per il collegamento con il controllo di legittimità, è suscettibile di alimentare automatismi, in sede di valutazione giurisdizionale della responsabilità, tra vizio di legittimità e colpa grave: un rapporto già reso molto difficile dalla lability, dalla incertezza dei confini oltre i quali la condotta rimane esposta alla sanzione.

Si tratta di aspetti problematici che, (per ovvie ragioni) pur solo appena accennati, denotano la scarsa utilità (anche funzionale) delle misure di natura congiunturale introdotte dalla legislazione, la quale è incline (con poche eccezioni) ad apportare modifiche episodiche, dettate dalla contingenza (appunto, congiunturali), ovvero non ordinate (comunque, non collocate nell'ambito di un disegno complessivo) all'assetto esistente (alle strutture, alle procedure), il quale, invece, richiederebbe una revisione organica (almeno) nei gangli fondamentali, ma, in verità, vi sarebbe necessità di un vero ripensamento di sistema, che sia concepito tenendo conto dei cambiamenti e delle nuove esigenze della società (non potendo ovvero non essendo sufficiente rincorrerli di volta in volta). È il

percorso preferibile, che comunemente viene sacrificato in nome del “riformismo possibile”, il quale, comunque, presuppone l’esistenza di un disegno ovvero (almeno) di una visione comune e costituisce il punto di equilibrio all’esito del confronto tra posizioni e soluzioni diverse; è il percorso preferibile, che, peraltro, non (può) escludere certo l’adozione di misure provvisore destinate ad avere un impatto ordinamentale (è il caso delle disposizioni di cui all’art. 21 d.l. n. 76/2020), le quali, tuttavia, richiedono estrema attenzione nella valutazione dei possibili effetti (e si può dire che il legislatore dell’emergenza non sembra il più adatto a tale verifica).

3. - Ora, in un Paese (come il nostro) con una naturale propensione alla sanatoria, una “moratoria” come quella introdotta dalla disposizione di cui all’art. 21, comma secondo, d.l. n. 76/2020 non è solo una novità, ma è una novità (molto) negativa. Infatti, mentre la sanatoria, riguarda un fatto che è già stato commesso, una condotta che è già stata compiuta, una violazione (di norme, di regole) che si è già consumata, e il legislatore decide di intervenire, in via postuma, per sanarne (appunto) le conseguenze: solitamente il *vulnus* inferto all’ordinamento viene rimosso per legge, con il pagamento di una sanzione pecuniaria. La “moratoria”, invece, riguarda un fatto che ancora non si è compiuto: di solito consiste nella sospensione ovvero nella proroga di termini in scadenza (è quello che è avvenuto nei mesi scorsi, con la sospensione della decorrenza dei termini, processuali, amministrativi, di pagamento, quale misura eccezionale per fare fronte all’emergenza sanitaria). Nel caso specifico, tuttavia, l’intervento del legislatore si spinge molto oltre, e riguarda (come visto) condotte gravemente colpose – quindi, potenzialmente (anche molto) lesive, in quanto suscettibili di arrecare danno all’erario – non ancora compiute, le quali, ove poste in essere nel periodo indicato, per effetto della citata disposizione legislativa, non daranno luogo a responsabilità personale per danno erariale:

insomma, una vera e propria immunità a carattere temporaneo per fatti (che saranno) compiuti con colpa grave.

Ne conseguono due (prime) implicazioni perniciose per l'ordinamento: infatti, l'effetto estintivo (prima implicazione) della responsabilità personale per fatti commessi con colpa grave finisce, in sostanza, con l'autorizzare ovvero, comunque, con l'ammettere (seconda implicazione) - essendo preclusa la possibilità di rilevare conseguenze, in capo al soggetto cui l'azione è riconducibile, per gli effetti pregiudizievoli provocati - sia pure limitatamente ad un certo periodo di tempo, condotte gravemente colpose (e, quindi, caratterizzate da negligenza o imperizia o imprudenza ovvero da inosservanze gravi), non solo (proprio per questo) di regola precluse ma (anche per questo) finanche incompatibili con l'ordinamento stesso. Con un effetto che, quindi, non rimane limitato alla finalità "immunitaria", ma che, anzi, è suscettibile di alimentare condotte anche gravemente violative di canoni comportamentali elementari, in quanto la rilevata immunità è suscettibile di determinare uno scadimento dell'attenzione tecnica: una vera e propria licenza di sbagliare, anche molto gravemente.

4. - Si tratta di elementi, di natura constatativa, che rendono inevitabile rilevare la difficile compatibilità della disposizione esaminata con valori costituzionali: direttamente, con il principio di cui all'art. 28 Cost., ove, come noto, si stabilisce il principio di diretta responsabilità dei funzionari dello Stato e degli enti pubblici per le violazioni commesse, che se può ammettere una delimitazione dello spazio di "esposizione", sembra mal tollerare l'espunzione della colpa grave, anche se solo temporanea (per il momento) e parziale, in quanto riferita solo alle condotte attive e non anche alle omissioni e inerzie (una distinzione che sembra mettere a dura prova il parametro di ragionevolezza). Direttamente, con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97, comma

secondo, Cost., il quale, come noto, trova sostanza essenziale (in via di massima semplificazione) nella osservanza dei criteri di efficacia, efficienza ed economicità nell'esercizio dell'azione amministrativa e nella attenzione ai risultati dell'attività amministrativa (che oggi costituisce il portato essenziale del suddetto principio: SCOCA, 2012, 43): parametri (interposti) di rilevanza costituzionale rispetto ai quali la disposizione "immunitaria" si pone in antitesi. Senza considerare il possibile impatto (rilevanza indiretta) sul principio di equilibrio di bilancio (artt. 81, comma primo, 97, comma primo, e 119, comma primo, Cost.), che, se a livello statale può riuscire a trovare sostanziale neutralizzazione nella ampiezza delle grandezze finanziarie (la qual cosa, tuttavia, non rimuove il pregiudizio erariale), ai livelli locali può risultare gravemente compromissivo, fino a determinare il dissesto dell'ente (i cui equilibri finanziari, in molti casi, si tengono su margini sottilissimi). Ma il rischio più grave riguarda la vanificazione degli importanti sforzi compiuti negli ultimi anni in termini di attenzione sui conti pubblici, di controllo della spesa pubblica, di sostenibilità del debito pubblico, di sensibilità per la sana gestione finanziaria: postulati faticosamente acquisiti all'ordinamento (pur nelle difficoltà attuative) per raggiunta consapevolezza dell'amministrazione (onoraria e tecnica), che ha condotto alla riforma della "Costituzione finanziaria" (introdotta da legge cost. 20 aprile 2012, n. 1), e non solo per impulso delle istituzioni europee.

5. - Il carattere temporaneamente recessivo dei richiamati principi costituzionali sembrerebbe trovare giustificazione, nelle intenzioni del legislatore, nella necessità di liberare l'azione amministrativa da irretimenti che un abusato luogo comune, da un lato, prova a ricondurre, nell'alveo della oppressività burocratica e della complicazione amministrativa, e che, invece, quasi sempre, sono di fonte legislativa, generati dalla propensione del potere politico alla «esondazione legislativa» (CASSESE, 2019, 5) ovvero all'«abuso di

funzione legislativa» (ZAGREBLELSKY, 2018, 271), quale inevitabile conseguenza di due, anzi tre, esigenze: quella di esercitare in proprio la discrezionalità amministrativa (prima esigenza), nel tentativo di liberare l'azione di applicazione del dato normativo (seconda esigenza), con apprestamento di uno schermo protettivo rispetto alle (a quelle che sono percepite ovvero rappresentate come) intrusioni del potere giudiziario (terza esigenza). Con una triplice implicazione negativa: il potere politico concentra ed esaurisce lo sforzo legislativo nella regolazione minuta delle contingenze e degli aspetti di natura amministrativa ovvero esecutiva (prima implicazione), perdendo di vista la definizione delle politiche di lungo periodo (che sarebbe la vera funzione della politica); si assume la responsabilità dell'irrigidimento dell'azione amministrativa (seconda implicazione) a vantaggio dell'apparato tecnico, che, pur avendo in molti casi ispirato ovvero anche materialmente apprestato l'intervento normativo, rimane esonerato da responsabilità (in termini generali) dall'elevazione al rango legislativo del dato regolamentare ovvero amministrativo (terza implicazione), e, quindi, dall'esercizio (in apparenza) di un compito meramente applicativo (delle minute e anche minutissime prescrizioni di legge); e, in termini specifici, dal provvisorio (per ora) esonero da responsabilità per colpa grave. (Si tratta di elementi che autorizzano a relegare nella categoria delle stravaganze ovvero delle elementari tecniche comunicative di acquisizione del consenso, le evocazioni critiche dell'oppressività burocratica provenienti dal potere politico).

Il carattere eccezionale della disposizione immunitaria troverebbe ragione nella eccezionalità della situazione di recessione determinata dalle conseguenze dell'emergenza sanitaria, la cui (obiettivamente eccezionale) gravità può autorizzare l'intervento derogatorio quale misura che (dovrebbe) concorrere alla riattivazione delle attività produttive. Restano di difficile

identificazione e percezione, tuttavia, i valori costituzionali che hanno (per il cui impulso o per la cui protezione il legislatore si è) indotto nel senso della relegazione in posizione recessiva dei richiamati principi sui quali è costruito il sistema di pubblica amministrazione; senza che riesca ad essere sufficiente l'evocazione dello stato di emergenza (rispetto al quale è scarsamente percettibile l'impatto della misura esaminata) né l'invocazione della discrezionalità della scelta legislativa, la quale, come noto, deve pur essere esercitata secondo canoni di prudenza e ragionevolezza e senza poter trascurare il necessario contemperamento dei diversi valori costituzionali che vengono in rilievo.

Sotto altro profilo, si prova ad enfatizzare la natura "psicologica" delle complicazioni, delle ostruzioni, dei ritardi amministrativi, che sarebbero indotti dal timore (dei soggetti che esercitano il potere amministrativo) di rimanere coinvolti in "incidenti" suscettibili di comportare responsabilità personali, di tipo erariale o di altro tipo: un timore destinato ad essere alimentato dall'enorme massa normativa prodotta dalla legislazione dell'emergenza. Le finalità perseguite dal legislatore (con la disposizione esaminata) sembrano essere quelle di rimuovere i suddetti rallentamenti (di fonte "psicologica"), nel convincimento che questo potesse bastare (o anche solo concorrere) a dare impulso ovvero accelerazione all'esercizio dell'azione amministrativa mediante l'introduzione di elementi di rassicurazione (sia pure a carattere provvisorio) in ordine alle conseguenze per responsabilità per colpa grave ed il loro mantenimento solo per i casi di omissione ed inerzia.

Ma il legislatore omette di considerare, da un lato, che, invece, quasi sempre (ovvero più spesso), i rallentamenti dell'azione amministrativa sono la conseguenza proprio di incompetenze, di negligenze, di incapacità decisionali (e qualche altra volta – più raramente – sono il risultato di preordinamenti criminosi, i quali, in

quanto tali, sono esposti alle sanzioni della legge), le cui responsabilità la riportata disposizione prova ad immunizzare, senza, tuttavia, poterne impedire ovvero rimuovere gli effetti negativi (e, anzi, come visto, determinandone di altri).

E, soprattutto, da altro lato, il legislatore omette di considerare che la fonte della "remora psicologica" molte volte è proprio di natura legislativa, con disposizioni che estendono fuori misura ed indeterminatamente gli spazi di responsabilità personale e ne affidano la delimitazione agli (alle valutazioni soggettive degli) organi della giurisdizione, (sui quali si prova a scaricare interamente responsabilità che, nella migliore delle ipotesi per il legislatore, sono diffuse, e, cioè, coinvolgono – in diversa misura, a seconda delle circostanze – i diversi poteri pubblici; ma) che sono tenuti ad esercitare le funzioni loro proprie (e a volte lo fanno con qualche eccesso, soprattutto nell'iniziativa – che pure, comunque, non è esente da conseguenze - ma anche nella decisione). Se ne rinvieni un esempio proprio lo stesso decreto "semplificazione", ove, all'art. 22, comma primo, è precisato che la Corte dei conti esercita il controllo concomitante di cui all'art. 11, comma secondo, legge 4 marzo 2009, n. 15, «sui principali piani, programmi e progetti relativi agli interventi di sostegno e di rilancio dell'economia nazionale»; con specificazione che «l'eventuale accertamento di gravi irregolarità gestionali, ovvero di rilevanti e ingiustificati ritardi nell'erogazione di contributi secondo le vigenti procedure amministrative e contabili, è immediatamente trasmesso all'amministrazione competente ai fini della responsabilità dirigenziale» di cui all'art. 21, comma primo, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165. Una disposizione evidentemente tautologica se si considera che, secondo le previsioni della norma ultima citata, la responsabilità dirigenziale è originata dai «risultati negativi dell'attività amministrativa e della gestione» o dal «mancato raggiungimento degli obiettivi», e, quindi, a maggior ragione, la

suddetta responsabilità poteva essere perseguita in esito all'accertamento (ovvero alla denuncia) «di gravi irregolarità gestionali» o anche da «rilevanti e ingiustificati ritardi nell'erogazione di contributi» (a meno di non voler sostenere che, nella pubblica amministrazione, sia ammesso conseguire risultati positivi e obiettivi prefissati mediante «gravi irregolarità gestionali» e «rilevanti e ingiustificati ritardi nell'erogazione di contributi»). Una disposizione che, quindi, finisce con il presentare una finalità unicamente monitoria, ben suscettibile di ingenerare (di alimentare) un "freno psicologico" (con le conseguenze che ne derivano, di cui pure lo stesso legislatore citato sembrava volersi fare carico, con le norme di cui all'art. 21). Una disposizione che sembra rispondere ad una esigenza essenzialmente evocativa, la quale sortirà gli effetti, da un lato, di aggravare la ritrazione difensiva degli organi amministrativi; e, da altro lato, di allontanare ancor più dall'amministrazione pubblica le energie e le risorse intellettuali e tecniche più qualificate (le quali, a maggior ragione, si terranno a debita distanza anche dall'amministrazione onoraria). Una disposizione che accentua la percezione della Corte dei conti quale organo della sanzione (ovvero della repressione), ancora a discapito della funzione collaborativa (di impulso migliorativo), quale riusciva a rimanere salda dalle disposizioni di cui all'art. 11 legge n. 15/2009 prima della integrazione introdotta dall'art. 22 d.l. 76/2020. Una disposizione che conferma come gli effetti dell'esenzione di cui all'art. 21, comma secondo, d.l. n. 76/2020 rimangano circoscritti alla responsabilità in materia di contabilità pubblica, e non si estendano alle altre responsabilità che dalla (condotta compiuta con) colpa grave possono scaturire: può essere utile rilevare, ad esempio, che l'espunzione parziale e temporanea della responsabilità riconducibile alla contabilità pubblica (art. 1 legge n. 20/1994), se può costituire un riparo (limitato e provvisorio) rispetto all'azione dinanzi alla Corte dei conti, non

sembra riuscire ad escludere l'azione risarcitoria (in relazione ai danni prodotti) in sede civilistica: in proposito, vedi, da ultimo, Cass. civ., sez. un., (ord.) 5 agosto 2020, n. 16722, la quale ribadisce l'autonomia tra l'azione giudiziaria per il l'accertamento della responsabilità del danno erariale dinanzi alla Corte dei conti e l'azione civilistica di responsabilità a titolo risarcitorio dinanzi al giudice ordinario. Si tratta di elementi che concorrono a neutralizzare ovvero a minimizzare gli effetti di rimozione (dell'indugio "difensivo") ed espansivi (delle attività produttive) che lo stesso legislatore ha ritenuto di poter attribuire alla rilevata immunità.

6. – Peraltro, i profili finalistici che sembrano aver ispirato il legislatore (oltre ad essere frutto di analisi parziali) rimangono irraggiungibili – anche in via solo concorrenziale - con la misura immunitaria introdotta, la quale, infatti, non può riuscire ad essere di alcun contributo in termini di accelerazione (ovvero di "liberazione") dell'azione amministrativa, in quanto non solo non introduce alcuna concreta semplificazione del sistema amministrativo (nella sua effettiva dinamica), ma è finanche insuscettibile di rimuovere il rallentamento attribuito al timore di incorrere in possibili responsabilità, (oltre che per quanto già rilevato) in quanto non rimuove (neppure provvisoriamente) l'ostacolo ma, semplicemente, ne modifica la natura, che da psicologica diviene giurisdizionale. Infatti, la circostanza che sia temporaneamente espunta dall'ordinamento la responsabilità (contabile, erariale) per colpa grave potrebbe indurre il soggetto a determinarsi conclusivamente con maggiore celerità, ma questo (oltre a non essere certo) non risolve il problema del possibile rallentamento, in quanto l'atto adottato con colpa grave è quasi sempre (anche se non automaticamente) viziato da illegittimità (per illiceità delle condotte), e, quindi, rimane esposto alle (sia pure eventuali) statuizioni dei giudici amministrativi (in tal caso, il "vantaggio" rimane solo quello di poter scaricare la

responsabilità del ritardo sull'iniziativa giudiziaria, invasiva, intrusiva, eccetera eccetera).

Né può riuscire ad essere di particolare utilità l'esclusione del rimedio immunitario nei casi di omissione ed inerzia, perché anche nell'assetto preesistente (alla disposizione esaminata) erano certe (quasi automatiche) le conseguenze, a carattere sanzionatorio ovvero indennitario - e, quindi, le correlate responsabilità personali - nei casi di mancata osservanza dei termini di conclusione dei procedimenti amministrativi. Conseguenze che, invece, erano solo eventuali nelle ipotesi di condotte attive, le quali avrebbero trovato eventuale sanzione non in quanto tali (come previsto, invece, per le omissioni), e, cioè, non per il loro compimento, ma solo in quanto viziate da gravi imprudenze o negligenze: quindi, anche nel precedente assetto, tra le diverse opzioni (a disposizione del «soggetto agente»), sarebbe stato preferibile evitare l'inerzia ovvero il ritardo "difensivo", in quanto lo spostamento in avanti del momento conclusivo dell'attività amministrativa ovvero anche l'aggravamento istruttorio (al fine dell'acquisizione di ulteriori elementi documentali, volti a rassicurare in ordine alla correttezza della valutazione tecnico-amministrativa) avrebbero esposto a (quasi) sicura sanzione.

In verità, neppure riesce ad essere minimamente incisa la prospettata remora psicologica, che non può certo trovare ragione (ovvero giustificazione) nella previsione della responsabilità per colpa grave, la quale appartiene alla fisiologia del sistema, essendo del tutto ragionevole che il singolo (responsabilità personale) risponda delle conseguenze causate da deviazioni ovvero da patologie gravi riconducibili a sue condotte, compiute nell'esercizio di funzioni che gli sono attribuite per legge e per l'esercizio delle quali (peraltro) riceve specifiche remunerazioni (anche aggiuntive) previste dalla legge. Il profilo problematico, semmai, attiene alla traduzione giurisdizionale della colpa grave, insuscettibile, per definizione (data la naturale

indeterminatezza dell'aggettivazione), di delimitazione oggettiva, e, quindi, rimessa a valutazioni soggettive (inevitabilmente esposte alle influenze di umana percezione), che espongono ad autodeterminazione (da parte della stessa autorità giudicante) lo spazio di repressione e di sanzione, che, quindi, è suscettibile di restringersi o di espandersi sulla base di parametri variabili ovvero di generalissima indicazione. Un aspetto che si è aggravato negli anni del massimalismo giudiziario, nei quali, obiettivamente, si assiste ad una espansione pervasiva dell'intervento giudiziario (e, in generale, ad una estensione degli spazi di sanzione), che in molta parte è alimentato ovvero indotto da istanze sociali e dalla montante rabbia sociale (generata dalla sofferenza prodotta dalla percezione delle diffuse diseguaglianze, le quali si acquiscono nei momenti di massima difficoltà), che sembra riuscire a trovare parziale acquietamento proprio a fronte dell'iniziativa giudiziaria, vista come strumento di ripristino dell'equilibrio sociale (ovvero anche di giustizia o ristoro sociali); che in altra parte è generato dal «pluralismo amministrativo», che obiettivamente può costituire un «incentivo alla penetrazione dei giudici nei rapporti interni tra centri di cura di interessi pubblici» (Cassese, 2020, 473); e che, pure, è sempre più diffusamente percepito come oppressivo ovvero come intromissivo, così generando reazioni difensive quasi istintive (degli altri poteri dello Stato) e non meno radicali – e, quindi, non meno perniciose per il corretto funzionamento del sistema – volte a creare ripari ovvero a delimitare gli spazi entro i quali deve avvenire l'esercizio della discrezionalità decisionale giudiziaria. (È avvenuto anche con il d.l. n. 76/2020, con il quale – all'art. 23 - sono apportate modifiche al reato di abuso d'ufficio previsto all'art. 323 c.p., che provano ad irrigidire la configurabilità della fattispecie criminosa). La "chiusura" difensiva, a sua volta, alimenta il suddetto ripiego espansivo, con innesco di una spirale inarrestabile (avverrà anche con riguardo al suddetto art. 23).

Si tratta, in verità, di uno dei profili di maggiore vulnerabilità del sistema pubblico e di più difficile soluzione, che ha finito per comprimere l'impatto evolutivo della riforma introdotta dalla legge 7 agosto 2015, n. 124, che pure è intervenuta con carattere di organicità sulla riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche.

Risulta evidente come il sistema rimanga esposto a pulsioni inverse e contraddittorie, a volte provenienti dalla stessa fonte di potere: che risultano con nettezza nelle disposizioni di cui agli artt. 21 e 22 d.l. n. 76/2020; e che, ad esempio, trovano evidenza quando il potere politico, da un lato, mostra di assecondare (di condividere) le invocazioni di liberazione (di semplificazione) dell'azione amministrativa; e, da altro lato, assecondando diverse e contrapposte istanze, istituisce organismi di controllo (ovvero aumenta gli spazi di intervento di quelli esistenti), i quali sono tenuti ad esercitare le funzioni loro proprie, perché ove così non fosse si troverebbero a loro volta esposti a responsabilità personali: funzioni che, a volte, possono essere esercitate con zelo eccessivo, nel timore di poter essere chiamati a rispondere della mancata rilevazione del vizio ovvero della mancata applicazione della sanzione, così determinandosi una degenerazione applicativa che è la principale ragione del risentimento nei confronti della pubblica amministrazione e dei poteri amministrativi: così generandosi nuovi, ulteriori, momenti di tensione. È quello che avverrà con la disposizione esaminata, che appare insuscettibile (per quanto rilevato) di produrre incidenza nei sensi espansivi (apparentemente?) perseguiti dal legislatore; che rende meno repressibile il potere amministrativo; che, per riflesso condizionato, determinerà ulteriori spazi di tensione (tra poteri, e tra poteri e cittadini); che sembra preludere alla espunzione definitiva dall'ordinamento della responsabilità (amministrativa e contabile) per colpa grave (e proprio in tal senso, molti degli emendamenti proposti nel corso dei lavori parlamentari al Senato – prima della posizione

della questione di fiducia – erano volti alla soppressione del termine conclusivo del periodo di “moratoria”, che, poi, comunque, come visto, è stato prolungato fino al 31 dicembre 2021).

7. - Nel contesto delineato si colloca (ovvero ne è coerente espressione) l'immunità temporanea dalla responsabilità contabile (di cui all'art. 1 legge n. 20/1994) per colpa grave introdotta dall'art. 21, comma secondo, d.l. n. 76/2020, con la quale il potere politico prova ad assicurarsi la disponibilità degli apparati amministrativi, i quali, pur vedendo semplificato il proprio lavoro (in larga parte positivizzato dal legislatore) e dato copertura legislativa al proprio operato (con esonero di ogni responsabilità), continuano ad esercitare il potere amministrativo - che, nella esasperazione applicativa, si trasforma in (ed è percepito quale) interdizione - e rinsaldano la propria posizione, fino a conseguire la rilevata immunità temporanea dalla responsabilità per colpa grave: con impatto negativo anche sul principio di imparzialità (art. 97, comma secondo, Cost.), in quanto l'amministrazione tecnica, “sterilizzate” le conseguenze delle proprie condotte, può essere portata ad assecondare gli orientamenti governativi.

Si tratta, per la evidenza dei precipitati finalistici, di scelte consapevoli (anche nelle implicazioni indotte), che il legislatore prova a giustificare (ovvero a dissimulare) con le necessità dell'emergenza, trascurandone (ovvero ritenendone trascurabile), tuttavia, l'impatto sull'ordinamento. Rimangono intatti, infatti, come visto, e neppure scalfiti, i problemi del sistema pubblico - e non solo della pubblica amministrazione, che, nella massima (e massimamente semplificata) sostanza, ne deve assicurare il corretto funzionamento (sempre in funzione della cura dei pubblici interessi) – il quale rimane avviluppato in un groviglio inestricabile di tensioni tra poteri, che appaiono impegnati (assorbiti) nello sforzo di protezione (di consolidamento, con qualche esuberanza) dei rispettivi spazi di

prerogativa e scarsamente predisposti alla collaborazione (molte volte unicamente limitata alla semplice doverosità istituzionale, e, quindi, sostanzialmente improduttiva); di tensioni tra poteri e cittadini, che in parte sono riconducibili ai fenomeni recessivi e che in (molta) altra parte attengono alla evoluzione della società (e dei relativi bisogni), e sono aggravate dai ritardi nella percezione delle nuove istanze sociali (e dalla sottovalutazione delle sofferenze che derivano dalla loro insoddisfazione) e dalla scarsa lungimiranza dei rimedi apprestati (che inevitabilmente risentono della mancanza di un disegno organico), prima ancora che dalla inadeguatezza delle strutture e delle procedure e dalla (sempre più) difficile sostenibilità dei costi.

Vi è necessità, come detto, di un ripensamento di sistema complessivo, e se è certo che questo non è il compito del legislatore dell'emergenza, è altrettanto vero che nell'esercizio della funzione legislativa non può rimanere trascurata la necessità di non introdurre elementi di ulteriore indebolimento del sistema esistente.

Rimane da capire se un siffatto compito sia alla portata di un legislatore così gravemente esposto alla temperie delle diffuse tensioni sociali (radicalizzate dalla estensione delle comunicazioni di massa) e dei fenomeni recessivi: si tratta, cioè, di capire se la politica sia in grado di concepirlo il ripensamento di sistema, prima ancora che di apprestare il "terreno" per provare a portarlo a compimento. Si tratta di temi che richiedono separato approfondimento (e che, peraltro, coinvolgono le scienze sociologiche e politologiche, oltre che amministrative e pubblicistiche, sia nell'analisi delle problematiche che nella elaborazione e nella proposta dei possibili percorsi di evoluzione), rispetto al quale la rilevazione delle insidie della legislazione dell'emergenza e delle (ulteriori) criticità che ne possono derivare al (funzionamento del) sistema di pubblica amministrazione, vuole essere un contributo. Nella situazione data – certo poco propizia alle riforme di sistema (per la gravità delle congiunture sfavorevoli e

l'impellenza delle urgenze, che pure non dovrebbero scoraggiare del tutto) – sarebbe stato (molto) utile che, in sede di conversione del decreto legge n. 76/2020, le Camere legislative ponessero (anche solo parzialmente) rimedio alle (parzialmente) rilevate implicazioni negative di una disposizione che non (sembra) risolve(re) alcun problema, e, anzi, è suscettibile di aggravare (nei sensi rilevati) quelli (veri) esistenti e rischia di determinarne di altri: un auspicio che, come visto, è rimasto inappagato.

BREVE NOTA BIBLIOGRAFICA

Su alcuni profili problematici della pubblica amministrazione e sulle riforme amministrative:

S. CASSESE, *Lo Stato ad amministrazione disaggregata*, in *Riv. trim. dir., pubbl.*, 2020, 467; S. CASSESE, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 141; S. Cassese, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1; S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 27; S. CASSESE, *L'età delle riforme amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 79; M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 159; B.G. MATTARELLA, *Burocrazia e riforme. L'innovazione della pubblica amministrazione*, Bologna, 2017; F. MERLONI, *Costituzione repubblicana, riforme amministrative e riforme del sistema amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 81; G. NAPOLITANO, *Le riforme amministrative in Europa all'inizio del ventunesimo secolo*,

in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 611; M. SAVINO, *Le riforme amministrative: la parabola della modernizzazione dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 641; F.G. SCOCA, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Dir. amm.*, 2012, 21; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, agg. VI, Milano, 2002, 99; L. TORCHIA, *Il giudice amministrativo e l'amministrazione: controllo, guida, interferenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 189; L. TORCHIA (a cura di), *I nodi della pubblica amministrazione*, Napoli, 2016; G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, Torino, 2018.

Sui rapporti tra politica e amministrazione:

S. BATTINI, *Indipendenza e amministrazione fra diritto interno ed europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 947; L. CASINI, *Politica e amministrazione: «the Italian Style»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 13; V. CERULLI IRELLI, *Costituzione, politica, amministrazione*, 2018, Napoli; V. CERULLI IRELLI, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 33; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti "politici" e atti di "alta amministrazione"*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 101; M. D'ALBERTI, *Processi decisionali delle amministrazioni pubbliche. Un'analisi comparata*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 61.

Per una considerazione problematica delle funzioni della Corte dei conti:

E. D'ALTERIO, *La funzione di controllo e l'equilibrio tra i poteri pubblici: "dove nascono i problemi"*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 681; E. D'ALTERIO, *Come le attività della Corte dei conti incidono sulle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 39; G. D'AURIA, *Le mutazioni dei controlli amministrativi e la Corte dei conti*:

a un quarto di secolo da una storica riforma, in *Riv. trim., dir. pubbl.*, 2019, 705.

Su alcuni profili generali della responsabilità per colpa:

G.D. COMPORI, *La responsabilità della pubblica amministrazione tra colpa e danni: la difficile ricerca di un filtro*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 521;

D. SORACE, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione della pubblica amministrazione: compatibilità, adattabilità o esaurimento del ruolo*, in *Dir. amm.*, 2006, 249.

lio.sambucci@uniroma1.it

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

2020 - Anno XLI

IL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO COMUNALE: UNA FIGURA INTERESSANTE DA ANALIZZARE

***(The President of the City Council: a figure interesting to be
analyzed)***

di Mario Tocci, Avvocato del Foro di Cosenza

ABSTRACT

In questo articolo, l'Autore esamina le peculiarità della figura del presidente del consiglio comunale, del cui quadro giuridico appare urgente e indifferibile il completamento anche alla luce delle preziose indicazioni della giurisprudenza (puntualmente menzionate).

In this paper, the Author looks at the peculiarities related to the figure of the President of the City Council, for which the legal framework has to be urgently completed also considering the valuable guidelines of the jurisprudence (punctually mentioned).

Sommario

1. Caratterizzazione attuale della figura del presidente del consiglio comunale. – 2. Il corretto funzionamento dell'organo consiliare. – 3. La primazia del presidente del consiglio

comunale. – 4. I rimedi dell'inerzia nella convocazione dell'organo consiliare. – 5. Le dimissioni del presidente del consiglio comunale. – 6. La revocabilità del presidente del consiglio comunale. – 6.1. Il provvedimento di revoca all'interno del TUEL. – 6.2 La causa efficiente della contiguità con la criminalità organizzata. – 7. Osservazioni conclusive.

1. Caratterizzazione attuale della figura del presidente del consiglio comunale.

La figura del presidente del consiglio comunale nasce, nel suo attuale assetto, con la promulgazione del d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), laddove l'art. 39 prevede un duplice regime alternativo di obbligatorietà/facoltatività della sua istituzione. In particolare: nei Comuni aventi popolazione superiore a quindicimila abitanti, l'assemblea volitiva deve essere presieduta da un presidente eletto tra i componenti; negli altri Comuni, la contemplazione del medesimo organo dipende dalle previsioni dello statuto.

Invero il disposto del menzionato art. 39 del TUEL ha recepito quello dell'art. 11 della legge 03 agosto 1999 n. 265, che già aveva innovato il pregresso sistema di funzionamento dei consigli comunali basato sulla perfetta corrispondenza (dunque identità) tra presidente dell'assemblea decisionale e sindaco.

Tale sistema – come condivisibilmente rilevato da autorevole dottrina¹ – relegava il consiglio comunale a un ruolo meramente ancillare rispetto a quello dell'esecutivo, così vanificando il controllo dell'operato di questo da parte del primo.

¹ F. PINTO, *Il Presidente del Consiglio Comunale tra "neutralità politica" e corretto funzionamento dell'organo consiliare*, in www.amministrativamente.com, 5-6/2018, p. 4.

La critica che al riguardo potrebbe muoversi al Legislatore concerne la mancata estensione del regime di obbligatorietà della presenza del presidente del consiglio comunale in tutti i Comuni, indipendentemente dalla consistenza della popolazione.

Rebus sic stantibus, infatti, sembrerebbe che l'importanza del controllo dell'operato della giunta da parte del consiglio sia rilevante esclusivamente nei Comuni di dimensione medio-grande.

Anzi, in modo ancor più penetrante, apparirebbe congruo modificare il disposto dell'art. 39 del d. lgs. 267/2000 nella parte in cui esso non prevede – quanto meno con riferimento ai Comuni aventi popolazione superiore ai quindicimila abitanti, ove il pluralismo delle coalizioni partecipanti alle consultazioni è tendenzialmente garantito – che il presidente del consiglio comunale possa essere individuato soltanto tra membri candidati in schieramenti diversi da quelli che abbiano sostenuto il sindaco eletto.

Ciò davvero garantirebbe la necessaria e imprescindibile alterità politica tra assemblee volitiva ed esecutiva.

Chi scrive sostiene viepiù che *a fortiori* in tutti i Comuni bisognerebbe legislativamente imporre l'istituzione del presidente del consiglio comunale onde evitare, nei centri di piccole dimensioni, che la presidenza attribuita al sindaco, nelle ipotesi di impedimento e conseguente sostituzione di costui col vice-sindaco nominato all'infuori della compagine consiliare, possa essere talvolta rivestita (in modo alquanto anomalo) da un soggetto non avente lo *status* di consigliere.

Ritornando all'opinione della necessità di individuazione del presidente del consiglio comunale tra componenti di tale organo candidati in schieramenti diversi da quelli che abbiano sostenuto il sindaco eletto, va osservato come la *ratio* di essa debba rinvenirsi nell'esigenza di salvaguardia del corretto funzionamento dell'organo consiliare.

2. Il corretto funzionamento dell'organo consiliare.

Il corretto funzionamento del consiglio comunale è direttamente connesso all'equidistanza del presidente da tutte le componenti in seno ad esso presenti.

La giurisprudenza amministrativa ha tacciato un parallelismo tra il presidente del consiglio comunale e i presidenti delle Camere, affermando che il ruolo di tutti costoro implica l'azione finalizzata a garantire, bilanciandoli ed equilibrandoli, il diritto della maggioranza all'attuazione dell'indirizzo politico espresso dal corpo elettorale e il diritto della minoranza ad esercitare l'opposizione, sancendo un vero e proprio principio di sopravvenuta indipendenza, sottesa all'ineludibile distacco dallo schieramento di elezione e dunque all'affrancazione dall'area politica di provenienza².

Il che apre la strada a una serie di considerazioni.

In primis – ed a favore di un auspicato abbandono della consuetudine di presceglierlo in seno ad uno dei partiti di maggioranza – la possibile rivincita della meritocratica designazione del presidente del consiglio comunale un qualsiasi membro dell'assise medesima reputato particolarmente competente all'uopo. Con il non trascurabile vantaggio del reperimento dell'accordo prodromico all'avvio delle attività dell'organo, tra i vari gruppi consiliari, particolarmente utile nelle situazioni di sfaldamento e disarticolazione *post*-elezione della maggioranza vittoriosa in tante micro-aggregazioni tendenzialmente caratterizzate da orientamenti pressoché autonomi ed indipendenti.

Secondariamente, la "restituzione" al presidente del consiglio comunale della possibilità di partecipare alle varie votazioni, laddove diversamente – fatti salvi i rari casi di deliberazioni di particolare

² Cons. St., sez. V, 03 marzo 2004, n. 1042.

impatto da assumersi all'unanimità – egli sarebbe costretto (in modo paradossale poiché produttivo della conseguenza di una *deminutio* delle sue facoltà) ad astenersi.

E, ancora, stante quanto appena osservato, la reviviscenza del normalmente affievolito “libero arbitrio” ossia del direzionamento del voto secondo coscienza e non sulla base di “ordini di scuderia” di sorta.

Tanto si dissalda mirabilmente con quella concezione dottrina del presidente del consiglio comunale alla stregua di ufficio meramente neutrale³ con funzioni di garanzia⁴.

Cosicché, a ben vedere, per una sorta di proprietà transitiva, al lume del fatto che il consiglio comunale è organo di indirizzo politico-amministrativo⁵, il presidente di essa assise è a propria volta propulsore di tale indirizzo.

Nondimeno, e sempre nell'ottica del corretto funzionamento dell'organo, al presidente del consiglio comunale l'ordinamento giuridico demanda la valorizzazione dell'effettiva partecipazione dei

³ G. FIGUERA, *Autonomia statutaria di comuni e province e revoca del Presidente del Consiglio*, in *Foro Amm.*, TAR, 2013, p. 1076; G. VIRGA, *La neutralità del Presidente del Consiglio comunale*, in www.lexitalia.it, 2003, *passim*; V. ANTONELLI, *Il ruolo istituzionale del Presidente del consiglio comunale*, in *Foro Amm.*, CDS, 2002, 7-8, p. 1742; V. COLOMBARI, *Neutralità e garanzie nella figura del Presidente del consiglio di comuni e province*, in *Foro Amm.*, CDS, 7-8, p. 1753.

⁴ D. A. GAGLIOTI, *Il ruolo di garanzia del Presidente del consiglio Comunale*, in *Foro Amm.*, CDS, 2004, p. 1439.

⁵ Sulla funzione di indirizzo politico-amministrativo: S. VENTURI, *L'indirizzo politico-amministrativo nei comuni dopo la legge n. 81 del 25 marzo 1993*, in *Giur. Mer.*, 1995, p. 897; G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, *passim*; M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, in *Dig. Disc. Pubb.*, VIII, Torino, 1992, p. 252; G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Indirizzo politico*, in *Enc. Giur.*, XVI, Roma, 1989, *passim*; G. B. GARRONE, *Atto politico*, in *Dig. Disc. Pubb.*, Torino, 1987, p. 546; G. C. DE MARTIN, *L'amministrazione locale nel sistema delle autonomie*, Milano, 1984, p. 67; T. MARTINES, *Indirizzo politico*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 168; E. CHELI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano, 1968, *passim*; P. BARILE, *Atto di governo*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1959, p. 223.

consiglieri mercé rimessione ad essi dell'ordine del giorno con congruo anticipo rispetto alla data prevista per l'adunanza⁶.

3. La primazia del presidente del consiglio comunale.

Quanto finora argomentato non contrasta con la connotazione del ruolo del presidente del consiglio comunale alla stregua di un *primus inter pares*⁷, seppur limitatamente a talune funzioni.

Segnatamente – come previsto dalle disposizioni degli artt. 39, 40 e 43 del d. lgs. 267/2000 – egli è titolare, oltre che di quella (già esaminata) di convocazione e formulazione dell'ordine del giorno delle varie adunanze dell'organo consiliare, della potestà di dirigere i lavori al contempo esercitando la polizia delle sedute.

D'altronde, tali funzioni erano viepiù contemplate, nella previgente normativa, dalla legge 04 febbraio 1915 n. 48 e dal R.D. 03 marzo 1934 n. 383⁸.

L'*ubi consistam* di tale primazia, quantunque, risiede nella tassativa restrizione dell'ambito funzionale applicativo, ineludibilmente prodromica a scongiurare l'esecrabile ed illegittimo sconfinamento nell'arbitrio (sotteso all'eccesso di potere quale vizio di annullabilità

⁶ S. PALAZZOLO – L. OLIVIERI, in AA. VV. (A CURA DI), *Commento al Testo Unico in materia di ordinamento degli enti locali, sub art. 39*, Sant'Arcangelo di Romagna (Rn), 2001, p. 392.

⁷ D. LAMANNA DI SALVO, *La portata del concetto di imparzialità e neutralità dell'azione dell'ente locale ex d.l. n. 201 del 2011*, Nota a Tar Lombardia, Milano, sez. I, 14 dicembre 2011, n. 3150, in *Giur. Merito*, fasc. 3/2012, *passim*.

⁸ A. MAZZIOTTI, *Attribuzioni e poteri del presidente del consiglio comunale*, in *Nuova Rass. Leg.*, 1964, pp. 1659 e ss.; A. DE TARANTO, *Il mantenimento dell'ordine pubblico durante le sedute consiliari*, in *Amm. Civ.*, 56/57, 1962, *passim*; C. CAMUSSO, *Come si convoca e come si presiede il Consiglio comunale*, Empoli, 1958, *passim*; F. BELLO, *Regolamento per la convocazione, le adunanze e le attribuzioni del consiglio comunale*, Empoli, 1954, *passim*; A. GHIANI, *L'ordine del giorno nelle sedute consiliari*, ne *L'Amministrazione italiana*, 1952, *passim*; U. ALFIERI, *Il mantenimento dell'ordine nelle sedute del Consiglio comunale*, in *Amm. It.*, 1952, *passim*; *ID.* e *IBIDEM*, *L'ordine del giorno delle sedute consiliari*, *passim*.

dell'atto amministrativo ex art. 21 *octies*, comma primo, della legge 07 agosto 1990 n. 241)⁹.

Non a caso si è parlato di potestà, quale situazione giuridica soggettiva complessa attiva e passiva al tempo stesso, invero caratterizzata dall'esercizio condizionato al vincolo teleologico del buon funzionamento assembleare¹⁰.

Pertanto – e con riferimento a qualsivoglia collegio di tipo amministrativo – tale strumentalità è configurata in modo da non condizionare la libera formazione della volontà organica¹¹.

4. I rimedi dell'inerzia nella convocazione dell'organo consiliare

Sono configurabili due tipi di rimedi – l'uno meramente amministrativo e l'altro giurisdizionale – per le ipotesi nelle quali il presidente del consiglio comunale rimanga inerte rispetto al dovere di convocazione dell'organo consiliare medesimo.

Il rimedio amministrativo consiste nell'intervento sostitutivo – a carattere eminentemente surrogatorio – del Prefetto previa diffida, *iuxta* disposto del comma quinto dell'art. 39 del TUEL.

È da chiedersi, comunque, a chi debba ritenersi attribuita la legittimazione alla diffida nonché quale debba essere il contenuto di questa.

⁹ S. PIRAINO, *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*, Milano, 1990, *passim*.

¹⁰ M. D'ORSOGNA, *Le strutture organizzative*, in F. G. SCOCA (A CURA DI), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, *passim*; G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, Torino, 2013, p. 91.

¹¹ I. CACCIAVILLANI – L. MANZI, *La collegialità amministrativa*, Roma, 2000, *passim*; R. VILLATA, voce *Collegi amministrativi*, in *Enc. Giur.*, VI, Roma, 1988, *passim*; F. ZUELLI, *Le collegialità amministrative*, Milano, 1985, *passim*; G. B. VERBARI, voce *Organi collegiali*, in *Enc. Dir.*, XXXI, Milano, 1981, *passim*; S. VALENTINI, *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, Milano, 1968 e 1980, *passim*; U. GARGIULO, *I collegi amministrativi*, Napoli, 1962, *passim*; L. GALATERIA, *Gli organi collegiali amministrativi*, II, Milano, 1959, *passim*.

Orbene, in ordine al primo interrogativo, non sembra dubbio che la diffida debba essere sottoscritta dal *quorum* dei consiglieri titolare della potestà di richiedere la convocazione del consiglio ovvero dal sindaco (a propria volta facultato alla petizione convocatoria).

Mentre, sul secondo aspetto, ad avviso di chi scrive, la diffida deve essere munita di apposita motivazione, che, in ossequio al disposto dell'art. 3 della legge 241/1990, consenta di individuare il riferimento specifico alle fattispecie causali preordinate, non certo politiche!

Peraltro, l'intervento sostitutivo del Prefetto era contemplato anche dalla previgente normativa, segnatamente al disposto dell'art. 3 del R.D. 383/1934.

Il rimedio giurisdizionale risiede, invece, nel ricorso al giudice amministrativo ai sensi delle disposizioni degli artt. 31 e 117 del d. lgs. 02 luglio 2010 n. 104.

In dottrina è stato pure ritenuto parimenti ammissibile, in via analogica e per effetto della parificazione tra l'assemblea della società per azioni e il consiglio comunale, il ricorso al Tribunale Civile di cui al disposto del comma secondo dell'art. 2367 del Codice Civile¹².

Non bisogna poi sottacere che alcuni ordinamenti locali, ovvero alcuni statuti comunali, hanno previsto la possibilità di far decadere il presidente del consiglio comunale a seguito di apposita mozione di sfiducia.

È pacifico che la mozione sia un atto a sfondo politico; in virtù di quanto finora detto, però, è inevitabile che essa, ove diretta alla decadenza del presidente del consiglio comunale, debba avere uno spettro motivazionale afferente al cattivo esercizio delle funzioni di esso.

5. Le dimissioni del presidente del consiglio comunale.

¹² G. PEPE, *La posizione giuridica del presidente negli organi collegiali politico-assembleari*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, 1/2015, p. 20.

Altra importante problematica involge le dimissioni del presidente del consiglio comunale.

Invero la normativa statale nulla prevede in ordine alla durata della carica e alla casistica della sua cessazione.

Cionondimeno, però, la giurisprudenza ha affermato il principio secondo cui tale mancata previsione *non significa che il presidente dell'assemblea goda di una posizione di stabilità assoluta o quasi assoluta*¹³.

In un parere del 20 novembre 2009¹⁴, il Dipartimento per gli Affari Interni e Territoriali del Ministero dell'Interno ha sostenuto che le dimissioni del presidente del consiglio comunale, al pari di quelle di tutti gli amministratori locali – con salvezza di espresse e specifiche norme statutarie o regolamentari e fatta eccezione per il sindaco¹⁵ – sono contraddistinte dal composito principio dell'immediata operatività e irretrattabilità.

La surriferita conclusione, però, appare irragionevole al lume della considerazione secondo cui tanto le dimissioni del presidente del consiglio comunale quanto quelle del sindaco sovente fungono da strumenti di natura squisitamente politica di puntellamento e irrobustimento della maggioranza¹⁶ ovvero riconciliazione con l'elettorato¹⁷.

L'equiparazione del regime delle divise dimissioni implicherebbe senz'altro l'apertura della fase temporale di sospensione per venti giorni degli effetti dei relativi atti di compulsazione di ambedue (e non

¹³ Cons. St., Sez. V, 18 gennaio 2006, n. 114.

¹⁴ in <https://dait.interno.gov.it/pareri/13744>

¹⁵ E. MAGGIORA, *Le dimissioni dalla carica di Consigliere, di Sindaco e di Assessore*, ne *L'Amministrazione italiana*, 9/1996, pp. 1221 e ss.

¹⁶ A. MITROTTI, *Brevi riflessioni sull'atto di ritiro delle dimissioni del Sindaco comunale anche alla luce dei potenziali parallelismi con gli effetti propri della questione di fiducia apponibile dal Governo nazionale (note a margine "della revoca delle dimissioni irrevocabili del Sindaco del Comune di Montefalcone nel Sannio)*, in *Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, 15 ottobre 2018.

¹⁷ F. PINTO, *Politica e contatti: una anomalia italiana*, in www.federalismi.it, 11/2018, *passim*.

solo di quello del sindaco, come attualmente previsto dal disposto del comma terzo dell'art. 53 del TUEL¹⁸).

E ciò quand'anche, evidentemente con significato dall'inevitabile esclusivo effetto politico o comunque meta-giuridico, le dimissioni siano classificate come irrevocabili¹⁹.

6. La revocabilità del presidente del consiglio comunale

La questione della revoca del presidente del consiglio comunale è da tempo dibattuta.

In passato, taluni avevano ritenuto – anche alla luce dell'assenza di una previsione normativa espressa – l'inamovibilità del soggetto chiamato a rivestire tale funzione²⁰.

Peraltro, alcuni arresti giurisprudenziali avevano confortato questa tesi, ammettendo comunque la legittima attribuibilità, da parte dello statuto del Comune al Consiglio, del potere di revoca per quanto esso fosse del tutto sconosciuto alla normativa di rango primario²¹.

D'altronde, lo statuto comunale è da reputarsi alla stregua di atto normativo atipico, avente specifiche peculiarità – come, ad esempio, il rango "paraprimario" o "subprimario" – e posizione sovraordinata rispetto a qualsivoglia altra fonte regolamentare secondaria nonché dipendenza funzionale dalle *sole norme fondamentali dell'organizzazione dell'ente*, tale dunque da rivestire forza

¹⁸ N. LAUDISIO, *Le elezioni amministrative negli enti locali*, Ravenna, 2014, pp. 26-30.

¹⁹ A. MITROTTI, *Sulla revoca delle "dimissioni irrevocabili" di un Sindaco*, in *Astrid*, Rassegna, 12/2018.

²⁰ G. FIGUERA, *op. cit.*, p. 1078; G. VIRGA, *op. cit.*, *passim*.

²¹ Cons. Giust. Amm. Sicilia, Sez. I, 31 dicembre 2007, n. 1175; TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 29 marzo 2018, n. 67. In dottrina, conformemente: G. AREZZO DI TRIFILETTI, *Due interessanti questioni: l'ammissibilità della revoca del Presidente del Consiglio Comunale e il ruolo del consigliere anziano*, in www.giustamm.it/agol/articoli/arezzoditrif_revoca.htm.

derogatoria di tutte quelle disposizioni di legge non contenenti principi inderogabili²².

Non mancavano, però, anche in passato, sentenze espressive di un orientamento favorevole alla revocabilità, da giustificarsi in caso di cattivo esercizio della funzione²³.

Con una decisione molto articolata²⁴, il Consiglio di Stato ha affermato che la revocabilità del presidente del consiglio comunale sia da ritenersi procedibile in virtù della considerazione secondo cui *il potere di adottare un atto implica di per sé il potere di emettere anche il contrarius actus, salvo che ciò sia espressamente escluso da una specifica disposizione, che nel caso di specie non si riscontra*²⁵.

Tuttavia, soggiunge quell'arresto, la revoca non può essere giustificata in relazione all'interruzione del rapporto di *fiduciarità politica*²⁶ ma va raggugliata esclusivamente alla violazione degli obblighi istituzionali²⁷, senza rivestire carattere sanzionatorio.

Difatti: *i giudizi di critica politica...ammissibili per i singoli consiglieri, perché complessivamente riconducibili alle prerogative di controllo politico...sono altrettanto evidentemente preclusi al rappresentante istituzionale dell'organo di indirizzo politico-amministrativo*²⁸.

Non può non concordarsi con questa visione giurisprudenziale del carattere non sanzionatorio della revoca, atteso che diversamente

²² Cass. Civ., Sez. Un., 16 giugno 2005, n. 12868.

²³ Cons. St., Sez. V, 06 giugno 2002, n. 3187; TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 20 aprile 2007, n. 696; TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 19 aprile 2007, n. 1153; TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 18 luglio 2006, n. 1181; TAR Puglia, Bari, Sez. I, 04 novembre 2002, n. 4179.

²⁴ Cons. St., Sez. V, 18 maggio 2017, n. 2678.

²⁵ Così anche: TAR Campania, Napoli, Sez. I, 20 aprile 2017, n. 2174; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 21 gennaio 2010, n. 710. In dottrina: E. STICCHI DAMIANI, La decadenza del Presidente del Consiglio comunale e provinciale, in Foro Amm., TAR, 2003, p. 1850.

²⁶ Così anche la già citata pronuncia: Cons. St., 3187/2002, nonché: Cons. St., Sez. V, 26 novembre 2013, n. 5605; TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 20 febbraio 2014, n. 528.

²⁷ Così anche la già citata pronuncia: Cons. St., Sez. V, 18 gennaio 2006, n. 114. Conforme: TAR Campania, Napoli, Sez. V, 03 maggio 2012, n. 2013.

²⁸ Cons. St., Sez. V, 26 novembre 2013, n. 5605.

opinando non risulterebbe comunque rispettato il principio di tipicità – sancito dal disposto del comma secondo dell'art. 1 della legge 24 novembre 1981 n. 689, in diretta connessione con le disposizioni degli artt. 23 e 97 della Carta Costituzionale – a meno di uno statuto comunale contemplativo (ammissibilmente, per quanto testé considerato) di una precisa casistica di riferimento.

Epperò restringere le ipotesi di revocabilità del presidente del consiglio Comunale comporterebbe il problema della mancata copertura di tutte le potenziali disfunzionalità operative.

Siamo dunque al cospetto di un vero e proprio atto amministrativo, come tale soggetto all'obbligo di motivazione ex art. 3 della legge 241/1990.

6.1 Il provvedimento di revoca all'interno del TUEL

Il provvedimento di revoca del presidente del consiglio comunale deve essere armonizzato anche al lume delle disposizioni del Testo Unico degli Enti Locali.

Anzitutto, trattandosi di deliberazione non assoggettata a controllo necessario né sottoposta a controllo eventuale, l'esecutività consegue allo spirare del decimo giorno successivo alla pubblicazione, salvo voto maggioritario di immediata eseguibilità (ex art. 143, commi terzo e quarto, del d. lgs. 267/2000).

Altresì, non avendo finalità di indirizzo, esso deve essere sottoposto al parere di regolarità tecnica, che ne costituirà poi parte integrante, del responsabile del servizio interessato.

6.2 La causa efficiente della contiguità con la criminalità organizzata

Secondo la giurisprudenza, deve includersi, *tra i motivi istituzionali che legittimano la revoca del presidente del Consiglio comunale, la salvaguardia dell'immagine esterna dell'Amministrazione*²⁹.

Invero, con questa argomentazione, i giudici di Palazzo Spada hanno rigettato l'impugnativa avverso una delibera di revoca assunta al riguardo del presidente congiunto del proprietario di un'impresa attinta da misura interdittiva antimafia, ancorché il relativo provvedimento neppure lo menzionasse e costui non partecipasse in alcun modo alla compagine aziendale.

Il che lascia intravedere come – a mente dell'orientamento testé rappresentato – qualsivoglia, anche lata e potenziale, contiguità con la criminalità organizzata possa giustificare la revocabilità del presidente del consiglio comunale.

La decisione appena cennata è abbastanza sorprendente, se si considera che la tendenza prevalente indica che *il mero rapporto di parentela con soggetti ritenuti contigui alla criminalità organizzata, in assenza di ulteriori elementi, non è di per sé idoneo a dare conto del tentativo di infiltrazione in quanto non può ritenersi un vero e proprio automatismo tra un legame familiare, sia pure tra stretti congiunti, ed il condizionamento dell'impresa, che deponga nel senso di un'attività sintomaticamente connessa a logiche e ad interessi malavitosi*³⁰.

Finanche le pronunce inserite nel solco di una concezione alquanto rigida hanno asseverato che i soli rapporti di parentela sono suscettibili di fondare le interdittive antimafia soltanto ove di intensità tale da far ritenere una conduzione familiare e una "regia collettiva"

²⁹ Cons. St., Sez. V, 02 marzo 2018, n. 1286.

³⁰ TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 23 dicembre 2019, n. 3065 e Sez. IV, 26 giugno 2018, n. 1360; TAR Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 22 ottobre 2015, n. 1032. Conformi a: Cons. St., Sez. III, 19 gennaio 2015, n. 118 e 10 gennaio 2013, n. 96 e 05 settembre 2011, n. 4995; nonché Sez. VI, 18 agosto 2010, n. 5880 e 23 agosto 2008, n. 3664 e 27 giugno 2007, n. 3707.

dell'impresa, nel quadro di usuali metodi mafiosi fondati sulla regia "clanica"³¹.

D'altronde, tracciando un parallelismo tra la decadenza per effetto di revoca del presidente del consiglio comunale e lo scioglimento dello stesso organo consiliare, è agevole constatare come la giurisprudenza consideri che ai fini del secondo *gli elementi sintomatici del condizionamento devono caratterizzarsi per concretezza ed essere, anzitutto, assistiti da un obiettivo e documentato accertamento nella loro realtà storica*³².

E, allora, se non può negarsi che la revoca del presidente del consiglio comunale costituisce strumento di protezione del sembiante esteriore dell'Amministrazione, è altrettanto innegabile che essa, ove motivata da una posizione di contiguità con la criminalità organizzata, non possa che essere inequivocabilmente e inopinabilmente circostanziata.

7. Osservazioni conclusive

Il presidente del consiglio comunale è una figura decisamente interessante da analizzare.

Molte sono ancora le zone d'ombra all'interno della normativa statale, così da favorire l'attecchimento di specifiche disposizioni locali, col risultato spiacevole di una frastagliata frammentazione di fattispecie e casistiche.

Il TUEL necessiterebbe di un intervento manipolativo additivo finalizzato a valorizzare maggiormente nonché caratterizzare più specificamente tale figura.

³¹ Cons. St., Sez. III, 24 aprile 2020, n. 2651 e 07 febbraio 2018, n. 820. Sul tema dei rapporti di parentela e delle interdittive antimafia (pur con riferimento a giurisprudenza precedente rispetto a quella menzionata): A. MEZZOTERO – S. P. PUTRINO GALLO, *Il sistema delle informative antimafia nei recenti arresti giurisprudenziali*, in *Rass. Avv. St.*, 2/2017.

³² Cons. St., Sez. III, 26 settembre 2019 n. 6435 e 19 febbraio 2019, n. 1165.

Tanto pure in considerazione del fatto che i presidenti delle Camere e dei consigli regionali – paragonabili, pur con salvezza dei diversi rispettivi livelli istituzionali – rinvengono, già da tempo ormai, una regolamentazione compiuta e dettagliata.

Vieppiù indifferibile è l'applicazione espressa delle disposizioni afferenti il presidente del consiglio comunale ai vice-presidenti allorché chiamati effettivamente alla sostituzione di questo.

La riduzione del sindacato interpretativo del giudice, ottenuta mercé integrazione della normativa, per come auspicato, non potrà che andare a beneficio del buon andamento della Pubblica Amministrazione, in attuazione del disposto dell'art. 97 della Carta Costituzionale.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

2020 - Anno XLI

IN MUSICA E PAROLE: GLI INNI NAZIONALI NELLA DOTTRINA DELLO STATO MODERNO

di Matteo Carrer, Ricercatore RTDB in Diritto pubblico
nell'Università degli Studi di Bergamo

The article is about the role of national anthem in modern States. It compasses the evolution of various anthems considering the so called musical "teoria degli affetti" and the meaning of the text. A specific focus is about the Italian National anthem, comparing the fierce battle music and the old style text it with the principles of the Italian Constitution. In Italy three Regions have an official anthem and they are analyzed too.

L'articolo affronta il tema del ruolo dell'inno nazionale nel contesto dello Stato moderno. Analizza l'origine e l'evoluzione del concetto di inno nazionale, l'origine europea che affonda le radici nella teoria musicale degli affetti e in un certo modo di intendere i canti patriottici (o di battaglia). Un'attenzione specifica è dedicata all'inno nazionale italiano, comparandone il testo ottocentesco e la musica di marcia di battaglia con i principi della Costituzione italiana e con la celebrazione ufficiale garantita dalla legge. Poiché tre Regioni hanno adottato ufficialmente un inno, l'analisi si sposta sulla sovrapposizione nella retorica e nella comunicazione ufficiale tra inno regionale e nazionale.

Sommario: 1. Funzione, origine e giuridicità degli inni nazionali. – 2. Inni e legge: breve rassegna di casi. – 3. L'inno nazionale in Italia. – 3.1. Gli inni regionali. – 4. Contenuti a raffronto: quale "inno" per quale "Italia"? – Appendice: i testi.

1. Funzione, origine e giuridicità degli inni nazionali

Gli inni¹ nazionali risuonano oggi nelle competizioni sportive, in particolare al momento delle premiazioni: all'atleta vittorioso viene consegnato un simbolo, tipicamente una medaglia o una coppa, e in omaggio alla nazione dell'atleta tutti i presenti ascoltano una breve esecuzione dell'inno, in silenzio, in piedi, a capo scoperto e quasi sempre con l'esposizione della rispettiva bandiera². Come tutte le cerimonie e come ogni simbolo, la successione dei momenti svolge un ruolo importante, ben riconoscibile al giurista: alla vittoria sul campo di gara – cioè al mero fatto – si aggiunge il pubblico riconoscimento del risultato attraverso l'assegnazione formale, la quale avviene omaggiando l'atleta (o gli atleti) personalmente e la loro patria simbolicamente, proprio attraverso l'esecuzione e l'ascolto dell'inno.

Un secondo utilizzo comune degli inni nazionali è in sede diplomatica, in occasione delle visite di rappresentanti ufficiali di nazioni straniere. Anche qui ad un fatto, la presenza fisica di una persona, si aggiunge un omaggio formale inestricabilmente portato a sottolineare non tanto l'accoglienza di un soggetto quanto il riconoscimento dell'ufficialità dell'incontro e dell'evenienza che l'ospite è tale in rappresentanza del suo Paese. Questo omaggio formale consiste nell'esecuzione dell'inno nazionale (e, di nuovo, nell'esposizione della bandiera). È, quindi, un affare di Stato, nel senso specifico del termine, il quale esprime il reciproco

¹ Nel prosieguo si utilizzerà la lettera minuscola per riferirsi alla categoria degli inni o al singolo inno. Nelle citazioni da altre fonti saranno rispettate scrupolosamente le maiuscole eventualmente utilizzate dalla fonte stessa.

² Si fa riferimento alla cerimonia *standard* delle gare olimpiche (valida anche per altre competizioni di atletica, quali i mondiali). La successione formale degli eventi nelle cerimonie dipende (non dagli Stati ma) dagli organizzatori, cioè le diverse federazioni sportive. Ad esempio, per quanto riguarda le partite di calcio l'inno delle nazioni delle squadre in campo (le "nazionali") viene eseguito prima della competizione. Nella cerimonia di premiazione delle gare di Formula 1 sono eseguiti due inni, del Paese di nazionalità rispettivamente del pilota e della scuderia. All'opposto, nelle premiazioni delle grandi corse a tappe di ciclismo è prevista l'esecuzione dell'inno nella sola cerimonia di premiazione finale.

riconoscimento e comporta il dispiegarsi della simbologia legata alla pari dignità sovrana.

Ad un'osservazione oggettiva l'inno non è altro che un brano musicale, che si sostanzia essenzialmente in una melodia ben riconoscibile³, per la quale – a seconda dei casi – esistono o non esistono parole da cantare. Qualificare l'inno come una melodia pura o come una melodia da cantarsi, ovvero un'unione di parole e musica, è tanto semplice ed evidente quanto sorprendente, se considerato sotto il profilo giuridico.

È bene far notare sin da subito che i punti che si intendono trattare qui di seguito non hanno carattere ricreativo, simbolico, marginale o, come si dice in diritto, non sono una divagazione più o meno dotta *ad colorandum*. Non si parlerà di musica e diritto in forma di accostamento a similitudine o ad arguto paragone; non si parlerà di un astratto concetto di norma che, come vincola il comportamento umano, così vincola il susseguirsi di note nell'armonia; né di altre (potenzialmente interessanti) divagazioni culturali. Il punto è che il diritto dello Stato entra nel settore della creazione musicale o poetico-musicale e, da un lato, assegna ad una melodia un ruolo tra i simboli più rilevanti della nazione, mentre dall'altro lato entra in una sfera abitualmente privata e personale, imponendo ai consociati una melodia da ascoltare e un testo da conoscere e apprezzare.

Non sorprenda, dunque, che la scienza giuridica possa condurre a trattare nel dettaglio di musica e parole e da queste trarre

³ Da qui in avanti saranno necessarie alcune specificazioni di ordine musicale. Trattare il tema degli inni, seppure sotto un profilo giuridico, impone un'attenzione peculiare alla musica. Ad esempio, quando si dice che l'inno è *essenzialmente* una *melodia* si insiste sul fatto che è la sola melodia il vero nucleo di un inno nazionale, anche se normalmente viene eseguita in un arrangiamento per voci e strumenti. Ovvero (come d'abitudine) alla melodia si aggiunge l'armonia. Eppure, ciò che conta è essenzialmente la melodia, di cui anche la modifica di una sola nota viene immediatamente percepita, mentre l'armonia è lasciata al gusto dell'arrangiatore, purché si attenga ai canoni del linguaggio armonico classico e della sobrietà (armonica e orchestrale). Se basta una nota fuori posto perché l'ascoltatore avverta "qualcosa che non va", nessuno fa questione se l'arrangiamento è per grande orchestra, banda, quartetto o voce sola (solo un arrangiamento estremamente dissonante o un'orchestrazione del tutto bizzarra stupirebbero l'ascoltatore).

indicazioni sullo Stato sovrano, sorprenda piuttosto – se una sorpresa deve esserci, poiché, al contrario, chi scrive è convinto che nulla di tutto ciò debba provocare inatteso stupore – che il diritto positivo si preoccupi di disciplinare ciò che *deve essere* suonato e cantato⁴.

Il canto che diviene inno nazionale non è più una melodia avente lo stesso valore delle infinite altre che popolano la storia della musica, colta o popolare, e che affollano la testa di ogni compositore, ma assume un compito e uno *status* diverso, tutelato dall'autorità dello Stato e dalla forza del diritto. È sui contorni di questa autorità e sul ruolo delle relative norme che si intende approfondire lo studio.

Si è richiamata, in apertura, quella che può essere identificata come la funzione "esterna" degli inni, di rappresentanza simbolica, del tutto sovrapponibile alle bandiere, cui sono sempre associati nelle occasioni tipiche sopra ricordate. Esiste, tuttavia, anche una funzione "interna", rivolta alla collettività dei consociati e alla costruzione e al consolidamento del consenso attorno ai medesimi simboli.

Circa l'origine degli inni nazionali, bisogna distinguere tra la nascita del concetto e la realizzazione di ogni singolo inno.

Quanto al concetto, è necessario riallacciarsi alla tradizione musicale, dotta e popolare senza distinzioni, nonché al ruolo dei simboli come elemento di distinzione e riconoscimento di una determinata collettività. Colori, stemmi, gonfaloni e bandiere costituiscono da sempre simboli di aggregazione visiva; la denominazione dei luoghi e dei popoli, tipicamente come prodotto e risultato della lingua, costituisce un aspetto fondamentale per la costruzione dello spazio nazionale sotto forma di aggregazione

⁴ Ciò che sorprende maggiormente è l'assenza di contributi in dottrina: vi sono studi sui simboli dell'UE, più rari contributi giuridici. A livello comparatistico, si veda E. BERTOLINI, *La Corte suprema si pronuncia sulla costituzionalità dell'obbligo di cantare l'inno nazionale nelle scuole*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2/2007, p. 542 ss.

uditiva⁵ (insieme ai motti⁶). Non mancano, a ben pensarci, anche forme di aggregazione nel senso di movimento corporeo, in forma di danze tradizionali o tipiche a fini della definizione dell'identità culturale; in forma di stili di marcia dei soldati se relazionati all'espressione della capacità bellica dello Stato⁷.

Le canzoni patriottiche coprono un ulteriore aspetto dei simboli, che unisce musica e parole ed è istintivo comprendere l'importanza di cantare (e/o ascoltare) insieme una melodia nella quale riporre un sentimento condiviso di appartenenza⁸. Tra tutte le canzoni patriottiche assume particolare importanza proprio l'inno, per nessun altro motivo se non che è stabilito dal diritto come tale.

Proprio per la funzione ufficiale che rivestono, strettamente correlata all'identità nazionale e allo Stato, gli inni nazionali non sono soltanto un elemento folkloristico, ma meritano e necessitano di indagine giuridica. Ci si può domandare espressamente, a questo punto, cosa sia l'inno nazionale per il diritto e che rilievo abbia.

In via generale, non vi è dubbio che lo Stato moderno, in special modo se fondato sulla nazione, abbia sempre avuto ogni interesse ad appropriarsi di tutti i simboli⁹, in particolare di tutti quelli che

⁵ Tanto è vero che la toponomastica viene cambiata se cambiano i dominatori di un luogo (ovvero se cambia la sovranità) e tanto è vero che scegliere un nuovo nome per una città è un'operazione estremamente significativa sul piano della comunicazione politica, come dimostra – partendo dalla fondazione – l'esperienza degli Stati del Nuovo mondo e come dimostra – in sede di revisione – l'esperienza dell'Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche.

⁶ Di cui dispongono taluni Paesi, ma non la Repubblica italiana, anche se l'appartenenza all'Unione europea induce a ritenere applicabile il motto di tale organizzazione ("uniti nella diversità") se non alla Repubblica almeno ai cittadini della Repubblica, in quanto cittadini comunitari.

⁷ Non a caso, presso alcuni popoli, come sintesi dei due aspetti, esistono danze di guerra: il caso più famoso, oggi, è quello dei maori, patrimonio dei simboli, ad uso sportivo, della Nuova Zelanda.

⁸ Ne sia esempio limpido un geniale racconto di Giovannino Guareschi (*L'altoparlante*, in G. GUARESCHI, *Don Camillo e il suo gregge*, RCS, Milano, 1998 (prima edizione 1953), p. 173 ss., riproposto pressoché identico in una scena del film *Don Camillo e l'onorevole Peppone*): Peppone, sindaco comunista del paese, inizia un discorso ufficiale ai ragazzi chiamati al servizio di leva, fitto di riferimenti al pacifismo dell'internazionalismo comunista e al rigetto della guerra come strumento di oppressione dei lavoratori. Ecco che dal campanile il parroco don Camillo diffonde, con l'altoparlante che dà il titolo al racconto, le note della *Canzone del Piave* (anche chiamata *Leggenda del Piave*) le quali risvegliano nell'oratore idee e sentimenti del tutto diversi: e così, Peppone si lancia in un appassionato discorso di vigore bellico sulla difesa dei sacri confini «per il bene indissolubile del Re e della Patria». Il contrasto tra le due parti non potrebbe essere più stridente e non potrebbe meglio raccontare della forza persuasiva di un canto.

⁹ Certamente, operando un'attenta selezione. Ne siano dimostrazione le bandiere regionali, che (certo non per caso) non richiamano le bandiere degli Stati preunitari italiani (perché, si ipotizza, condurrebbero con sé un richiamo alla sovranità di Stati debellati), mentre non di rado le bandiere

richiamino la costruzione di una comune identità. Dopodiché, è ben possibile sia ereditare un canto che abbia già acquisito di fatto riconoscibilità e rilievo ed elevarlo ad inno, sia pianificare *ex novo* e *ad hoc* un inno adeguato.

Il meccanismo giuridico è estremamente semplice e consiste nel riconoscimento¹⁰ ad una determinata melodia, (tipicamente ma non necessariamente) abbinata a un testo, del ruolo di inno nazionale. Tuttavia, su questo punto è necessaria la massima cautela ed attenzione proprio sotto il profilo giuridico, perché, se il ruolo simbolico dell'inno è ormai ben chiaro, non si deve confondere il valore che possiede con gli usi più comuni ai quali è destinato. I quali, come accennato in precedenza, coincidono per la maggior parte con eventi sportivi e diplomatici.

Il primo e fondamentale punto da rilevare è che esiste l'abitudine degli Stati a dotarsi di una propria melodia ufficiale. Sarebbe da discutere se tale abitudine sia consolidata in una norma consuetudinaria ai sensi del diritto internazionale.

Non vi è dubbio che si tratti di un abitudine europea, diffusasi poi in tutto il globo¹¹. Lo dimostra il linguaggio musicale utilizzato, nella duplice accezione della tonalità e del carattere degli inni. Sotto il primo profilo, tutti gli inni nazionali sono redatti secondo il linguaggio tonale, eredità della tradizione musicale europea e frutto dell'elaborazione teorica della musica nel vecchio continente¹²; sotto il secondo profilo, il carattere degli inni risente della solennità

dei comuni riprendono quelle della tradizione (perché, si ipotizza, avvalorano il sentimento d'appartenenza dei consociati a comuni ricchi di storia).

¹⁰ Le opzioni – logiche – sono due: riconoscere un canto come inno (dunque il canto esiste già), oppure stabilirlo come tale (dunque è nuovo).

¹¹ Con limitatissime eccezioni recenti: si ritiene che l'Afghanistan talebano (1999-2002) non avesse un inno ufficiale in quanto la legge di derivazione religiosa ivi rispettata impedisse esecuzioni musicali.

¹² Nessun inno è pentatonico, esatonico o dodecafonico. Fa parziale eccezione l'inno del Giappone, fondato su una melodia tradizionale di quel Paese che, applicata al linguaggio armonico classico (dunque europeo), risulta modale. Si dice che l'eccezione è parziale perché anche l'inno nazionale giapponese (sia pur con una melodia che appare "irrisolta" a chi è abituato al linguaggio tonale) rientra negli stilemi classici. Nessun inno è scritto con un linguaggio musicale non tonale o non europeo, ad esempio con l'uso esclusivo (o anche solo prevalente) di strumenti tradizionali non melodici (tamburi, gong, ecc.) o senza una linea melodica (urla di guerra).

e marzialità che si addicono dalla dignità e al potere dello Stato secondo la teoria degli "affetti musicali" sviluppata in Europa¹³. Il carattere di un inno nazionale riuscito consiste nella *gravitas* di una melodia nobile e semplice, cantabile, a tempo moderato e inquadrata in tempo binario¹⁴.

Il ragionamento sarebbe di pura musicologia e non di diritto se non fosse che lo *standard* europeo degli inni si è diffuso in tutto il mondo e rappresenta un autentico *topos* musicale¹⁵ che, a suo modo, integra la consuetudine – sulla cui giuridicità si può obiettare, dunque integrerebbe una semplice prassi – poiché non solo ogni Stato si dota di un inno nazionale ma tale inno deve essere coerente con lo *standard* degli inni degli altri Stati.

Quanto alle parole, esse sono (almeno nella maggioranza dei casi) elogiative del Paese e dei suoi abitanti, con una sfumatura patriottica più o meno marcata che può sfociare anche in una chiamata alle armi di tono bellico (es. *La Marseillaise*) o, quasi all'opposto, in una preghiera (es. *God save the Queen*).

Riguardo agli ultimi due punti esposti, ovvero gli *standard* degli inni nazionali e il carattere del testo, si segnala che sono possibili ulteriori sub-distinzioni. La più diffusa è proprio la distinzione tra inni celebrativi, inni guerreschi e inni preghiera, caratterizzanti sia

¹³ Un commento appropriato alla teoria degli affetti comporterebbe una digressione inadeguata al contesto. Sia lecito semplificare come segue: la musica suscita emozioni ben determinate. Per rendersene conto, è sufficiente pensare alle colonne sonore dei film e immaginare di scambiare il commento musicale di un film comico con una scena eroica o commentare una scena drammatica con una musica di *suspense*. Si avrà la dimostrazione che la musica è in grado di suscitare una precisa emozione indipendentemente dalle immagini. Ovviamente, si tratta di un *certo* linguaggio, al quale è necessario fare l'abitudine: tale abitudine, a livello planetario, è fondata sulla tradizione europea non perché sia l'unica (si pensi alle canzoni cinesi, indiane o arabe per valutare la differenza di "affetti") ma perché è condivisa. Forse si tratta di un (fortissimo e indiscusso) retaggio di "colonialismo intellettuale" o "musicale", del quale qui si prende asetticamente atto ma che non può non essere sottolineato.

¹⁴ Poiché gli inni sono tanti quanti gli Stati nazionali (anzi ancor di più, considerando versioni storiche, variazioni e Stati non più esistenti) e poiché sono stati scritti in non meno degli ultimi tre secoli (si ritiene comunemente che il più antico sia l'inno olandese, della seconda metà del XVI secolo), si possono annoverare differenze anche notevoli, ma chi scrive è riluttante a sub-classificare gli inni in veri e propri inni, in marce, brani d'opera e fanfare.

¹⁵ Come ben dimostrano le colonne sonore: ad esempio, la Krakozhia, Stato inesistente di origine del protagonista del film *The Terminal*, ha un inno (solo strumentale) composto da John Williams secondo tutti gli stilemi anzidetti (il caso non è isolato: cfr. il film citato alla nota 18).

il testo che gli affetti musicali, ma non mancano altre categorizzazioni¹⁶.

Chi scrive è restio ad avvalorare tali classificazioni subordinate in quanto sembrano avere più un valore sistematico e ideale che pratico e ricognitivo. In altri termini, funzionano alla perfezione con precisi riferimenti ed esempi ma appare oneroso utilizzarli come autentica sub-categorizzazione sempre valida. Piuttosto, classificare un paio di centinaia di inni nazionali è impossibile senza operare, insieme all'opera di classificazione, alcune importanti forme di semplificazione e approssimazione. L'unico modello che pare leggersi senza forzature nel concetto di inno nazionale è il concetto stesso: ovvero, il fatto che ogni Paese del mondo si doti di un inno in corrispondenza, come segnalato, alla tradizione europea sia musicale sia dei simboli legati al potere e allo Stato.

Un ulteriore aspetto qualificante relativo agli inni nazionali che li differenzia rispetto a qualsiasi altra melodia o canzone è la *gravitas* che li circonda. Con gli inni non vi è l'abituale tolleranza in termini di gusto e stile che circonda la musica pop¹⁷ e nemmeno il distacco – reverente o impassibile, ma rispettoso – nei confronti delle composizioni "serie", quali arie d'opera o altre melodie cantate provenienti dalla musica "colta".

Gli inni nazionali, al pari di tutti gli altri simboli ufficiali dello Stato, non conoscono che limitatissimi margini di flessibilità: non sono

¹⁶ Interessante classificazione è la seguente: a) *Latin American epic anthems*, b) *Western ode*, c) *Pacific hymn*, d) *European march*, e) *Eastern folk*, f) *Arab fanfare* (*nationalanthems.info*, ed. D. Kendall). Il gruppo *sub a*) raccoglie inni sudamericani, lunghi e quasi operistici; il gruppo b) raccoglie gli inni europei di carattere nobile e disteso; il gruppo c) gli inni di alcuni Paesi dell'area pacifica che hanno utilizzato melodie di canti sacri o folcloristici di derivazione coloniale (dunque europea) adattando nuove parole; il gruppo d) gli inni di stile marziale e tono belligerante; il gruppo e) gli inni "esotici" dell'oriente o dell'Africa; infine il gruppo f) le estroverse marce che fungono da inno per taluni Paesi della zona del golfo Persico.

¹⁷ Tale che è non solo lecito ma del tutto accettato esprimere preferenza per uno stile piuttosto che un altro, un autore (o cantante) piuttosto che un altro e così via. Resta vero che condividere i gusti musicali ha spesso una notevole importanza per cementare un'amicizia, per condividere le passioni e le preferenze di un gruppo e così via.

ammessi errori nell'esecuzione¹⁸, sono mal tollerate revisioni o riletture¹⁹ e soprattutto è perfettamente avvertibile il carattere ufficiale che l'esecuzione formale dell'inno comporta anche in contesti esterni a quelli diplomatici e ufficiali, ovvero nelle manifestazioni sportive.

Il *topos* dei calciatori (della nazionale di calcio italiana) che non cantano l'inno perché non ne conoscono le parole è radicato nell'immaginario collettivo²⁰, mentre, in un contesto del tutto diverso, l'ascolto dell'inno nazionale (da parte degli sportivi) in silenzio e in ginocchio è divenuto in recenti occasioni (negli Stati Uniti) simbolo di contestazione politica²¹.

¹⁸ L'attrice Roseanne Barr fu chiamata a cantare l'inno nazionale statunitense prima di un evento sportivo a San Diego il 25 luglio 1990. Secondo lo stile americano, l'esecuzione avvenne a voce sola e non accompagnata: la Barr attaccò il brano in una tonalità completamente errata per l'estensione vocale di cui è dotata e ne risultò un'esecuzione grottesca, stonata, con tutte le note alte sgraziate e, se non bastasse, fuori tempo. Lei stessa, resasi conto dell'errore, si accorse di non essere in grado di porvi rimedio, pertanto accompagnò l'esecuzione con una mimica facciale ben poco austera (l'episodio può essere rintracciato in rete). Oltre i fischi del pubblico presente, rimediò una pubblica reprimenda del Presidente Bush, e una generale campagna denigratoria contro di lei. Venticinque anni dopo, ne parlava ancora la stampa: Geoff EDGERS, *Roseanne on the day she shrieked "the Star-Spangled Banner", grabbed her crotch and earned a rebuke from President Bush*, 23 luglio 2015, in *The Washington Post*.

Fece scalpore l'errore nella cerimonia di premiazione di una gara sportiva in Kuwait nel 2012, quando invece dell'inno nazionale del Kazakistan al momento della premiazione della medaglia d'oro venne diffuso l'inno pseudo-kazako del film "Borat" di Sasha Baron Cohen del 2006, il quale presenta una melodia completamente differente e, soprattutto, un testo (inglese) ironico e pressoché diffamatorio nei confronti del Paese asiatico (*Borat anthem stuns Kazakh gold medallist in Kuwait*, in www.bbc.com/news/world-middle-east-17491344, 23 marzo 2012). Due errori hanno visto incolpevolmente coinvolto il ciclista Alberto Contador: nel 2009, al podio del Tour de France, dopo aver annunciato l'inno spagnolo, mandarono in diffusione quello danese (G. MURA, *L'era di Contador, il campione gentile*, in *La Repubblica*, 27 luglio 2009); nel 2011 al podio del Giro d'Italia, a Milano, venne suonato e cantato (sempre in registrazione) l'inno spagnolo. Il problema è che la *Marcha real* come inno della Spagna democratica non ha parole, mentre le aveva come inno della Spagna franchista (M. CRUCCU, *L'inno di Francisco Franco per Contador*, in *Il Corriere della Sera*, 29 maggio 2011).

¹⁹ In Italia, la cantante Elisa propose una versione (in verità, una canzone nuova, con il testo esatto ma la melodia solo parzialmente ispirata a quella di Novaro) dell'inno di Mameli destinata a fungere da sigla televisiva per le partite della squadra nazionale calcistica ai campionati del mondo del 2002, ma che venne trasmessa solo una volta e poi venne ritirata dai vertici Rai su richiesta dell'allora ministro delle Comunicazioni Maurizio Gasparri, che la definì polemicamente «una vergogna» («*Fratelli d'Italia*» di Elisa, la Rai non lo trasmette, 3 giugno 2002, in www.corriere.it/Primo_Piano/Cronache/2002/06_Giugno/03/inno.shtml).

Pochi anni più tardi, un'azienda di calze e collant utilizzò l'inno nazionale in un proprio spot televisivo con sole poche parole cambiate ("Sorelle" invece che "Fratelli" d'Italia, in riferimento al proprio target commerciale, principalmente femminile in ragione degli articoli venduti) e, ovviamente, un arrangiamento musicale diverso. Ne seguì polemica, con richiami da parte di esponenti politici («più che usare l'inno nazionale distorto per fare pubblicità, bisognerebbe fare pubblicità all'inno nazionale»): G. SPICA, *L'inno di Mameli usato in uno spot. "Sorelle d'Italia? Non si fa"*, in *La Repubblica*, 13 ottobre 2009, (reperibile in www.repubblica.it).

²⁰ Si veda l'intervento in Commissione alla Camera citato alla nota 66.

²¹ *Usa, giocatori in ginocchio e zitti durante l'inno: il vicepresidente Pence se ne va. Trump: "Gliel'ho chiesto io"*, in *Il fatto quotidiano*, 9 ottobre 2017 (rintracciabile in www.ilfattoquotidiano.it). La contestazione è proprio verso l'amministrazione Trump e, negli intenti di chi protesta, è rivolta contro

Nulla unisce manifestazioni sportive e temi politici e istituzionali se non l'inno, il quale, dunque, è ben più che una melodia come un'altra: come si diceva in principio, non si tratta di un paragone colto ma di un'incursione del diritto positivo nell'ambito musicale per condizionare, indirizzare, vincolare e – in ogni caso – intervenire nella regolamentazione di uno strumento estremamente potente per la psiche umana quale è cantare insieme e riconoscersi in un simbolo comune.

Pertanto, nella convinzione che il tema sia senza dubbio propriamente giuridico e che rientri nelle categorie logiche, metodologiche e di contenuto proprie dello studio dello Stato, si procede nell'analisi su due fronti: indagare il rapporto tra legge e inno nazionale in alcuni casi scelti a livello comparato e approfondire la normativa italiana²².

2. Inni e legge: breve rassegna di casi

Ogni Paese, al giorno d'oggi, ha un inno nazionale, dunque il tema del rapporto tra diritto e inni si moltiplica per tante volte quanti sono gli Stati sovrani. Anzi, il numero è ancora superiore, poiché bisogna includere nel conto eventuali inni a livello sub-statale (federato, regionale e così via) nonché a livello internazionale o sovranazionale.

Un aspetto da avere ben presente è la complessità non tanto della disciplina giuridica (che pure non è sempre piana) ma dei significati sottesi all'inno, alle sue modifiche e variazioni, che dipendono dalla storia, dalla cultura, dalla sensibilità²³.

la discriminazione razziale. Il vicepresidente, personalmente criticato in quell'occasione, ha specularmente accusato i giocatori di mancanza di rispetto verso l'inno.

²² Chi scrive ha l'ardire di consigliare l'ascolto degli inni progressivamente citati. Si è soliti, ragionando di diritto, far mente locale su norme e istituti, la cui conoscenza è necessaria per la comprensione delle pagine di commento o approfondimento. In questo caso, poiché la norma rimanda direttamente a brani musicali, la comprensione passa dall'ascolto.

²³ Un ulteriore profilo è la difficoltà di reperire informazioni da fonti affidabili. Gli inni nazionali sono considerati poco più di una curiosità dotta per appassionati di musica o di notizie insolite. La rete offre la possibilità di ascoltare – da varie fonti ufficiali e (soprattutto) non ufficiali – la totalità degli

Si è già accennato all'origine di un inno nazionale: esso può nascere su commissione specifica, dunque essere pensato esplicitamente per il fine cui è destinato; oppure può essere stato scritto con altra destinazione (compresa nessuna specifica) e poi assurgere a dignità di inno per la diffusione raggiunta, insomma per aver saputo cogliere, in un determinato ambito storico-politico, l'*idem sentire* necessario a farne un simbolo. Non è raro che l'inno nazionale sia nato per essere – o sia diventato celebre come – canto patriottico²⁴.

È ammessa anche la soluzione intermedia, ovvero la commissione o la generazione per altri fini della sola musica o delle sole parole. Poiché la tradizione degli inni nazionali come simbolo dello Stato ha origini europee, è in quest'area geografica che bisogna cercare gli esempi più risalenti²⁵ e classici.

inni nazionali spesso in esecuzioni ben realizzate. Gli spartiti sono accessibili limitatamente alla linea melodica o in una essenziale riduzione per canto e pianoforte. Storia, informazioni e dettagli sono abitualmente rintracciabili a titolo, appunto, di curiosità. Si è consultato il sito www.nationalanthem.info, e, più estesamente, il volume di Gino VISONA, *Inni nazionali e canti patriottici*, Carlo Bortolan, Vicenza, 1915, Edizione scolastica, visionato in formato elettronico al sito www.internetculturale.it. Per quanto risulti inedito in uno studio giuridico, chi scrive ha consultato approfonditamente – sotto il profilo musicale – l'edizione *The complete National Anthem of the World*, eseguiti dalla Slovak Radio Symphony Orchestra diretta da P. Breiner (etichetta Marco Polo, 2005).

²⁴ La famiglia dei canti patriottici è abbastanza peculiare e merita approfondimento, ma non in questa sede in quanto manca la componente di giuridicizzazione che giustifica l'analisi giuspubblicistica. È fuori di dubbio che tale categoria condivide con gli inni nazionali la *gravitas* cui si accennava, ovvero il collocarsi "spiritualmente" come qualcosa di più di una melodia tra tante. *La canzone del Piave* in Italia, *Rule Britannia* o *Land of Hope and Glory* nel Regno Unito (un florilegio di canti patriottici britannici si può rintracciare nella *Fantasia on British Sea Songs* composta – o meglio selezionata e orchestrata – da Henry Woods, non casualmente brano finale – sentito e partecipato anche fisicamente dal pubblico in sala – dei concerti annuali dei Proms), *America the beautiful* negli Stati Uniti risvegliano sentimenti forse paragonabili a quelli collegati all'inno nazionale, ma manca il riconoscimento giuridico.

Un'altra famiglia interessante di canti è quella degli inni celebrativi o di occasione: ogni organizzazione può dotarsi di un proprio inno o canto o melodia distintiva, nonché per ogni occasione di qualsiasi rilievo è possibile commissionare un inno apposito, che, in certi casi, ha fortuna (come l'inno dei mondiali di calcio, presente in ogni edizione e che in Italia ha conosciuto notevole celebrità con *Un'estate italiana* dell'edizione del 1990). Quando è lo Stato, direttamente o indirettamente, a indire la commissione o a identificare l'inno si presenta il problema della ragione della scelta e dei mezzi giuridici adottati.

Nell'indagine che si compie in queste pagine residua volutamente uno spazio non approfondito: gli inni e le musiche militari.

²⁵ Tra gli inni più antichi si annovera *Het Wilhelmus*, già noto nel XVI secolo, ma inno ufficiale dei Paesi Bassi solo dal 1932; nonché la musica dell'inno israeliano (*Hatikvah*), che è derivata da un canto tradizionale di origine sconosciuta, diffuso già in epoca rinascimentale (ad esempio con il nome di *Ballo di Mantova*) e reso celebre anche da composizioni classiche (è il tema che regge il poema sinfonico *La Moldava* facente parte del ciclo *Má vlast* di Bedrich Smetana). L'inno israeliano ha la peculiarità di essere in tonalità minore.

L'inno del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, *God save the Queen*, è uno dei più noti e il prototipo dell'inno di carattere nobile e solenne: «un vero gioiello musicale; il tipo perfetto dell'inno-preghiera»²⁶. Il tema, semplice e cantabile, è stato utilizzato più volte nella storia della musica come base per variazioni, abituale indizio di una melodia riuscita²⁷. Non risulta adottato esplicitamente, ma appartiene alla tradizione, anche giuridica, del Regno Unito, il quale, peraltro, annovera svariati celebri canti patriottici e degli inni informali dei singoli *Country* che lo compongono²⁸.

L'antico impero germanico aveva tre inni: il *Kaiserlied (Heil Dir im Siegenkranz)*, sulla stessa melodia dell'inno inglese, il canto *Wacht am Rhein* (La Sentinella del Reno) e l'inno *Lied der Deutschen*. Quest'ultimo «non è che il famoso inno di Haydn, per il quale il poeta H. v. Fallersleben scrisse dei versi pieni d'orgoglio nazionale. Il grande musicista austriaco scrisse questa sublime melodia nel 1797 per l'imperatore Francesco II, su versi del poeta Hashka: rimane l'inno ufficiale austriaco. Meravigliosa è in questo canto, per molti il migliore degli inni nazionali, l'arte del sommo compositore,

²⁶ G. VISONA, *Inni nazionali*, cit., p. 7.

²⁷ Nella versione *God save the King* è stato utilizzato da Ludwig van Beethoven come base per una serie di variazioni (le Sette variazioni per pianoforte WoO 78) e come uno dei temi per la composizione per orchestra *Wellingtons-Sieg*, op. 91; nonché da Nicolò Paganini (*Variazioni*, Op. 9); Muzio Clementi (sinfonia senza numero d'opus soprannominata *Grand National*); Franz Listz (in una delle sue abituali trascrizioni da concerto, numero di catalogo S 235); Johann Nepomuk Hummel (*Variations sur "God Save the King"* op. 10, per piano); Louis Moreau Gottschalk (*God Save the King*, op. 41) e da Sigismond Thalberg con la *Fantasia* op. 27 per piano (che riprende anche il tema di *Rule Britannia*). Con il diverso titolo di "America" ha costituito tema per le variazioni di Charles Ives (*Variations on America*, di cui esistono versioni per piano, organo, banda e orchestra). Costituiscono ancora variazioni sullo stesso tema le *Tre Variazioni e Fuga* per organo di Max Reger (il quale, al pari di altri compositori di area tedesca, poteva avere in mente la versione imperiale *Heil Dir im Siegenkranz*).

²⁸ A quanto è dato rilevare, *God save the Queen* è l'inno delle rappresentanze sportive calcistiche e rugbistiche dell'Inghilterra, mentre le nazionali scozzesi utilizzano *Flower of Scotland* e quelle gallesi l'inno (in lingua gallese) *Hen Wlad fy Nhadau*. L'Inghilterra come tale, tuttavia, si riconosce anche in inni quali *Land of Hope and Glory* e *Jerusalem*. Il primo inno nasce come melodia secondaria di una marcia per grande orchestra di Edward Elgar (*Pomp and Circumstance March No. 1*, op. 39): nella struttura classica di una marcia, vi è un tema principale e un secondo episodio, non di rado tra loro contrastanti per carattere. In questo caso, ad un tema vivace e movimentato Elgar contrappose una melodia solenne, la quale divenne tanto famosa da meritare il posto di melodia principale nel numero finale di una diversa composizione, la *Coronation Ode* op. 44 con testo cantato (a differenza della marcia op. 39, n.1, solo orchestrale) redatto da Arthur Benson. *Jerusalem* prende le parole da un poema di William Blake (*And did those feet in ancient time*, dalle prime parole) musicate da Hubert Parry nel 1916 e rese celebri dall'orchestrazione del citato Elgar.

senza ch'egli abbia fatto uso di mezzi straordinari. L'adattamento germanico, se si tien conto dell'indole della musica (Haydn l'aveva intitolata *Pregghiera*), non è dei più felici»²⁹.

A Franz Joseph Haydn si deve la musica di uno degli inni europei più celebri in assoluto, nato come inno per l'Impero austriaco, col titolo di *Kaiserhymne* e le parole di Lorenz Leopold Haschka (le prime parole erano del tutto speculari a quelle dell'inno inglese, in quanto recavano *Gott erhalte Franz der Kaiser*), di cui la versione italiana *Serbi Dio l'austriaco regno* fu l'inno del Regno Lombardo-Veneto³⁰. Divenuto in seguito celebre in Germania, fu elevato a inno della Repubblica di Weimar, noto anche col titolo tratto dalle prime parole della prima strofa (dovuta ad August Heinrich Hoffmann von Fallersleben), ovvero *Deutschland über alles*. L'avvento nel nazismo aggiunse a quest'ultimo l'*Horst Wessel Lied*, già inno del partito³¹.

Con il termine della seconda guerra mondiale l'area precedentemente unificata dagli inni citati si spezzò in tre diversi Stati: la Repubblica federale di Germania (Germania ovest), la Repubblica Democratica Tedesca (DDR o Germania est) e la Repubblica austriaca, ciascuna con il proprio inno nazionale.

Dal 1947 l'inno austriaco è *Land der Berge, Land am Strome*, o *Bundeshymn* la cui musica è variamente attribuita a Wolfgang Amedeus Mozart o Johann Holzer e le parole, selezionate tramite concorso *ad hoc*, sono di Paula von Preradovic. È interessante notare una recente modifica nel testo: la legge 27 dicembre 2011 *Bundesgesetz über die Bundeshymne der Republik Österreich* prevede che dal 1° gennaio 2012 le parole *Heimat bist du großer*

²⁹ G. VISONA, *Inni nazionali*, cit., p. 8.

³⁰ Il tema appare nel quartetto per archi op. 76, n. 3 dello stesso Haydn. Il medesimo tema è stato utilizzato da Smetana nella sua Sinfonia trionfale (talvolta indicata come op. 6). Per la versione italiana, si ricorda la *Sinfonia col tanto applaudito inno popolare* di Padre Davide da Bergamo (si tratta di una sinfonia per organo, cioè un brano in un unico movimento, di gusto ottocentesco).

³¹ Horst Wessel è il nome di colui che scrisse le parole: morì nel 1930, prima di vedere il suo canto diventare inno del partito (1931) e del Reich (1933).

Söhne siano sostituite da *Heimat großer Töchter und Söhne* nella prima strofa e la parola *Brüderchören* nella terza strofa sia sostituita da *Jubelchören*³². È palese che la correzione sia dovuta ad una più moderna³³ sensibilità di genere.

Nella Germania ovest venne mantenuta la musica di Haydn, abbinata alla terza strofa della poesia di von Fallersleben che reca al primo verso *Einigkeit und Recht und Freiheit für das deutsche Vaterland!*³⁴. Ci si può domandare perché, abbandonata la prima strofa *Deutschland über alles*, ritenuta compromessa col nazismo³⁵ e con un passato da non rievocare, non si sia utilizzata la seconda strofa. Ebbene, è sufficiente leggerne i primi due versi: *Deutsche Frauen, deutsche Treue, / Deutscher Wein und deutscher Sang*³⁶ per rendersi conto che si tratta di una strofa impresentabile per un inno nazionale.

La categoria dell'“impresentabilità”, tuttavia, genera forse qualche perplessità perché introduce elementi di valutazione discrezionale. Che l'inno nazionale non sia un canto come gli altri è elemento dimostrato: quale sensibilità veicoli, quali messaggi chieda di introiettare attraverso quel potente fattore di convinzione rappresentato dal canto corale è questione diversa e tutta da indagare.

Se la melodia dell'inno tedesco è sopravvissuta al termine del secondo conflitto mondiale, facendo altresì salvo il poema da cui è tratto il testo, sia pure cambiando strofa, l'*Horst Wessel-Lied* è da

³² Ovvero: “patria tu sei di grandi figli” viene sostituito da “patria di grandi figlie e figli”, nonché “cori fraterni” viene sostituito da “cori di giubilo”.

³³ Con l'utilizzo del termine “moderno” non si vuole sottintendere che sia valorialmente una scelta migliore, per non confondere la modernità col modernismo.

³⁴ *Unità e giustizia e libertà per la patria tedesca!*

³⁵ Incidentalmente, il testo cita quattro fiumi per dare le coordinate dello spazio tedesco: *von der Maas bis an die Memel, / von der Etsch bis an der Belt* (dalla Mosa fino al Memel / dall'Adige fino al Belt): il Memel è un fiume che scorre oggi tra Bielorussia, Lituania e Russia, tedesco nel senso che tocca l'enclave russa di Kaniningrad, l'antica Königsberg, i Belt sono i canali danesi che congiungono mar Baltico e mar del Nord e l'Adige, infine, è un fiume interamente italiano, che nasce nella provincia autonoma di Bolzano e sfocia all'esatto confine tra la provincia di Rovigo e la città metropolitana di Venezia.

³⁶ *Donne tedesche, fedeltà tedesca, vino tedesco e canto tedesco.*

considerarsi un canto illegale, parte dei simboli vietati dagli artt. 86 e 86a dello *Strafgesetzbuch*, che puniscono la propaganda e l'utilizzo di simboli di organizzazioni dichiarate incostituzionali, tra le quali figura il partito nazista per ovvie ragioni storiche.

Infine, la Germania est adottò come proprio inno *Auferstanden aus ruinen*, con parole di Johannes Becher e musica di Hanns Eisler. La melodia – splendidamente riuscita, solenne e cantabile – nei decenni successivi fu utilizzata senza interruzioni come inno nazionale, accompagnata o meno dalle parole. Queste ultime erano state scritte sulla medesima metrica del *Lied der Deutschen* e non recavano contenuti ideologici di plauso verso l'ideologia ufficiale della Repubblica democratica tedesca, anzi si ritiene che il testo divenne, in certi periodi, invisibile al regime per i riferimenti alla Germania (nel quarto verso della prima strofa si canta *einig Vaterland*, patria unita).

Dopo la dissoluzione della Germania est l'inno scomparve: non risulta illegale, non risulta recuperato, semplicemente è appartenuto ad uno Stato non più esistente³⁷.

La Francia dispone di un inno celeberrimo, di carattere molto diverso rispetto al carattere nobile degli inni inglese e di area germanica sin qui citati: è la Marsigliese, prototipo dell'inno-marcia guerriera, «uno degli inni più marziali e dinamogeni che si conoscano: tutto balenii e squilli, sembra fatto col metallo delle trombe di battaglia. [...] La sproporzione tra il talento poetico-musicale del mediocre compositore e l'opera creata, ci fa

³⁷ Il poema di Becher conta nove versi per strofa (l'ultimo viene ripetuto), quello di Fallersleben otto versi per strofa: ciò significa che le due musiche e i due inni sarebbero quasi perfettamente sovrapponibili l'uno con l'altro e con aggiustamenti minori si potrebbe cantare le parole di Becher sulla musica di Haydn e quelle di Fallersleben sulla musica di Eisler (si parla, a volte, nelle fonti internet di una proposta di un inno congiunto per la Germania unificata ma chi scrive non ha trovato risponderne né nella proposta da parte orientale né nell'addotto diniego da parte occidentale).

considerare questo canto impareggiabile come uscito dalle viscere e dal cuore della nazione; ha qualche cosa di soprannaturale»³⁸.

A questa tipologia di inni si iscrive anche l'inno belga, «fra i tumulti, i disordini, gli incendi, a somiglianza della Marsigliese, ma ad essa assai inferiore, nacque la Brabançonne, opera del coraggioso soldato lenneval, musicata dal giovane compositore Van Campehout. In tempi posteriori di pace, Carlo Rogier sostituì alle strofe aggressive del poeta rivoluzionario una poesia dinastica, che però non riuscì accettata al popolo. I bellissimi versi, che ora si cantano sulla vecchia melodia del Campenhout sono opera di L.A. Déchet [col titolo *La Brabançonne*, il primo verso recita *Ô Belgique, ô mère chérie*]]»³⁹.

Alla tipologia di inno marcia ottocentesca patriottica appartiene anche l'inno di Mameli, sul quale si tornerà più estesamente.

È probabile che il passare del tempo abbia smussato il carattere autenticamente rivoluzionario della Marsigliese, da intendersi tale anche sotto il profilo musicale: per quanto sia impossibile ascoltarlo nel XXI secolo con lo stesso spirito della fine del XVIII secolo, cui appartiene, l'ascoltatore attento può accorgersi che la marcia guerriera si pone in opposizione con gli inni solenni e pacati dell'*ancien régime*. Papà Haydn⁴⁰, autore dell'inno austriaco, mai avrebbe proposto all'imperatore una melodia del carattere di quella che Claude-Joseph Rouget de Lisle diffondeva con i marsigliesi proprio negli stessi anni. Vi è, nella Marsigliese e negli inni dello stesso tipo, un carattere di slancio persino aggressivo, estremamente adeguato al periodo in cui si collocano e che anche uditivamente rappresenta il furore rivoluzionario⁴¹.

³⁸ G. VISONA, *Inni nazionali*, cit., p. 8.

³⁹ G. VISONA, *Inni nazionali*, cit., p. 9.

⁴⁰ Così viene talvolta affettuosamente soprannominato il compositore austriaco.

⁴¹ Al contrario degli inni nobili, le cui melodie si prestano più facilmente al trattamento musicale delle variazioni, la Marsigliese conosce, più che variazioni, svariate citazioni: celeberrima quella dell'*Ouverture 1812* di Pyotr Tchaikovsky, vivido affresco musicale dove le note dell'inno di Francia

Un caso interessante è quello della Russia: «in seguito a un decreto imperiale, il poeta Loukovsky dettò nel 1833 le due brevi stanze di questo canto, che non è se non una pedissequa imitazione dell'inno inglese in uso nella Russia. La musica fu scritta nello stesso anno da Alessio Teodoro Lwolff, maggior generale di Nicola I, valente compositore e assai versato nel canto corale e religioso. La grandiosa mistica e l'ampiezza solenne della bellissima melodia mettono questa a paro [sic] con i due capolavori di Carey [inglese] e Haydn»⁴². Procedendo per ordine, prima del 1833 l'inno imperiale russo era sulle stesse note dell'inno britannico, reso celebre dopo le guerre di epoca napoleonica, con parole in lingua russa di Vasily Zhukovsky, il quale elaborò anche il nuovo testo adottato nel 1833 per il tema composto da Alexey Lvov. Tale inno rimase in utilizzo fino ai fatti del 1917.

Subito dopo la rivoluzione d'ottobre il nuovo soggetto statale, l'Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche, adottò l'*Internazionale* nella versione in lingua russa, superando – in un certo senso – l'idea di inno nazionale come canto patriottico esclusivo di uno Stato, fino a quando Stalin non commissionò un nuovo inno, ufficializzato dal 1° gennaio 1944, in piena guerra. Non si può escludere che proprio le vicende belliche condussero a veicolare maggiore patriottismo nazionale rispetto allo slancio internazionalista. Fu Stalin di persona a guidare la procedura per la

rappresentano le cariche dell'esercito – peraltro nemico, in ottica russa – di Napoleone. Dell'inno francese si ricorda la versione da concerto di Listz (*La Marseillaise* S237, e si confronti la ricchezza armonica della versione della trasposizione da concerto dell'inno inglese con i meri effetti ritmici della versione pianistica dell'inno francese), le *Variazioni* Op. 330 per chitarra di Ferdinando Carulli, la *Marche des Marseillois et l'air Ça-ira* di Claude-Benigne Balbastre (arrangiamento peculiarissimo, con presenza di accordi *cluster* ad imitazione di cannoni che chi scrive non sa se attribuire ad un facile effetto o ad una sottile ironia) e il *Marseillaisen-Galopp* di Hans Christian Lumbye (dove il fervore rivoluzionario del tema viene addomesticato in una danza da sala). Infine, si segnala che Hector Berlioz realizzò un arrangiamento per soli, coro e grande orchestra della Marsigliese (numero di catalogo H51a) familiare all'ascoltatore moderno in quanto vicina alle abituali versioni udibili in occasioni ufficiali.

⁴² G. VISONA, *Inni nazionali*, cit., p. 9. È questo il tema dell'inno utilizzato da Tchaikovsky nella citata *Overture 1812*: è interessante notare che la Marsigliese non era l'inno napoleonico (l'inno della Francia del primo impero fu il *Chant du Départ* di Marie-Joseph Chénier ed Étienne Mehul) e la melodia di Lvov doveva essere ancora scritta nell'anno della battaglia che dà il titolo al brano. Il compositore utilizzò, dunque, gli inni nazionali del proprio tempo, il 1882 in cui l'*Overture* fu scritta.

scelta del nuovo inno, aprendola ad un concorso di idee ma contemporaneamente facendo prevalere le proprie preferenze. Invece di una musica nuova optò per la melodica dell'allora inno del partito bolscevico, opera di Aleksandr Vasilievich Alexandrov, mentre le parole furono affidate, sempre per scelta di Stalin, a Sergej Vladimirovic Michalkov. Ne risultò un inno nobile e solenne, con un testo celebrativo della nazione e dell'ideologia socialista.

Nel 1991, al termine dell'esperienza di socialismo reale, si pose il problema di quale inno utilizzare per la nuova Repubblica: venne scelto l'*Inno patriottico (Patrioticheskaya Pesnya)* di Mikhail Glinka, consistente in una melodia senza parole, forse preparata dal celebre compositore al momento di rinnovare l'inno nazionale nel 1833. Fu indetto un nuovo concorso per dotare l'inno delle parole: esso fu vinto dal poeta Victor Radugin nel 1999 (*Slav'sya Rossiya*) ma le elezioni politiche del 2000 con la vittoria di Vladimir Putin condussero al ripristino della musica di Aleksandrov. Le parole dell'epoca sovietica, ritenute inadeguate – di nuovo, impresentabili –, dovettero essere sostituite e fu ancora Michalkov a firmare le nuove strofe, oggi in uso⁴³.

Il caso è significativo per la resilienza dimostrata dalla musica, obiettivamente riuscita, a fronte dello stravolgimento del quadro politico e ideologico: sulle stesse note dove si celebrava Lenin e il trionfo del comunismo si canta della patria russa protetta da Dio.

Infine, l'Unione Europea. Insieme alla bandiera, al motto e ad altri simboli, anche questa peculiare organizzazione internazionale (o, se si vuole, sovranazionale) si è dotata di un inno. Difficile chiamarlo inno nazionale in assenza di una vera e propria nazione a costituirne il presupposto, ma in ogni caso l'inno dell'UE pare

⁴³ Portando così a tre le versioni del testo sulla medesima musica. La prima versione, del 1944, era stata condivisa da Michalkov con Gabriyel Arkadyevich Urelklyan detto El-Registan, nel 1977 egli solo (El-Registan era morto nel 1945) operò una parziale revisione del testo e, infine, la riscrittura totale nel 2000, con intendimenti ideologici incomparabili rispetto ai precedenti.

decisamente posto a svolgere il medesimo ruolo degli inni finora considerati, anzi forse con ancor maggiore consapevolezza e determinazione.

«La melodia utilizzata per rappresentare l'UE è tratta dalla Nona sinfonia, composta nel 1823 da Ludwig van Beethoven, che ha messo in musica l'«Inno alla gioia», scritto da Friedrich von Schiller nel 1785. L'inno simbolizza non solo l'Unione europea, ma anche l'Europa in generale. L'Inno alla gioia esprime la visione idealistica di Schiller sullo sviluppo di un legame di fratellanza fra gli uomini, visione condivisa da Beethoven. [...] L'inno è privo di testo ed è costituito solo dalla musica. Nel linguaggio universale della musica, questo inno esprime gli ideali di libertà, pace e solidarietà perseguiti dall'Europa. L'inno europeo non intende sostituire gli inni nazionali dei paesi membri, ma piuttosto celebrare i valori che essi condividono»⁴⁴.

Le semplificazioni apportate nel passaggio riportato paiono eccessive persino per una pagina internet ufficiale dedicata alla divulgazione. Innanzitutto l'affermazione – giuridicamente priva di fondamento – secondo la quale *l'inno alla gioia* simbolizza «l'Europa in generale», ovvero il continente geografico, privo di rilevanza politica e di cui sono parte Paesi non membri dell'UE, i quali a buon diritto potrebbero non sentirsi rappresentati da un inno scelto da altri.

In secondo luogo è errato sostenere che la musica abbia un «linguaggio universale». Il linguaggio musicale è ben specifico e determinato e non presenta maggiori aspetti di universalità rispetto ad altri linguaggi altamente formalizzati. È corretto sostenere che esso è parallelo o alternativo rispetto al linguaggio verbale e due musicisti di lingua e cultura diversa possono convenire e intendersi

⁴⁴ https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/anthem_it (le maiuscole e le minuscole sono state scrupolosamente rispettate come utilizzate nella pagina).

alla perfezione se padroneggiano entrambi la stessa grammatica musicale. È errato ritenere che la musica costituisca un linguaggio universale comprensibile sempre e comunque indipendentemente da ogni altro fattore e, in particolare, l'errore sta nel porre al centro del ragionamento la musica tonale europea. Già un musicista jazz e un musicista classico "parlano" (*rectius*, comunicano attraverso) linguaggi differenti: differenziare più marcatamente gli stili comporta incomprendimento reciproco⁴⁵ e la scomparsa di qualsiasi universalità che non sia implicitamente fondata sulla tradizione europea e sugli affetti musicali radicati e propri del Vecchio continente.

Due ulteriori profili tra quelli citati sono discutibili: l'interpretazione dell'inno alla gioia come «visione idealistica [...] sullo sviluppo di un legame di fratellanza»⁴⁶ e la celebrazione tramite la musica dei valori che gli Stati membri condividono. In entrambi i casi, la semplificazione pare provare troppo e dà per scontata tutta una serie di elementi, specificazioni e possibili obiezioni. Non ultima, la scelta di un inno *ab origine* cantato al quale vengono sottratte le parole per lasciare solo il tema musicale. Tutto il discorso sulla visione idealistica di Schiller e sui valori di fratellanza, se mai, sarebbe veicolato dalle parole cantate e non dalla sola musica. Si può dire infatti che la scelta – innovativa e dirompente – di Beethoven di introdurre solisti e coro in una sinfonia⁴⁷ fosse basata

⁴⁵ Per accorgersi della incomparabilità e incomunicabilità di certi linguaggi musicali si pongano a stretto raffronto, ad esempio, la musica gregoriana e l'hard rock, la musica elettronica e quella tradizionale dell'estremo oriente, il classicismo viennese e i musical di Bollywood.

⁴⁶ «Few works are so overloaded with spiritual, political, and artistic messages as is Ludwig van Beethoven's "Sinfonie" [No. 9]»: G. RESTA, *Beethoven's Ninth and the Quest for a European Identity: A Law and Music Perspective*, in AA.VV. (a cura di F. Annunziata, G. Fabio), *Law and Opera*, Springer, Berlino, 2018, p. 364.

⁴⁷ Non si può dire che manchino precedenti sull'utilizzo contemporaneo di solisti, coro e orchestra in un lavoro musicale di ampio respiro: soltanto, questo genere di opere va sotto il nome di "cantata". Beethoven aveva già tentato la fusione di elementi orchestrali e corali con la Fantasia corale op. 80, in cui appare anche un pianoforte solista mentre i cantanti solisti e il coro intervengono alla fine per contribuire al *climax* conclusivo, ma, in assenza di una struttura formale cui attingere, sceglie di chiamare il lavoro "fantasia", che nella storia della musica è un titolo generico per raccogliere tutti i lavori privi di una struttura formale convenzionale. Con la nona Sinfonia Beethoven utilizza lo schema della sinfonia, organizzata in quattro movimenti orchestrali (la successione dei tempi di sinfonia nel

proprio sulla necessità di cantare – cioè esplicitare – delle parole che la sola musica non poteva veicolare.

Cosa sia e a cosa serva l'inno dell'UE è ben chiaro se si amplia la prospettiva: *l'inno alla gioia* nella versione originale è un movimento sinfonico ininterrotto, composto da più sezioni, della durata abituale in esecuzione tra i venti minuti e la mezzora. Pertanto, l'inno alla gioia non è l'inno dell'UE, che si limita a riprenderne un tema, il primo⁴⁸, melodia facile da cantare e da memorizzare, essenziale nella sua semplicità, utilizzata identica dal compositore sia come tema autenticamente semplice esposto con pochi mezzi, sia come tema declamato dal coro a voci spiegate nel fortissimo degli strumenti dell'orchestra che ne arricchiscono lo sfondo su cui si staglia.

Un solo tema, dunque, è recuperato⁴⁹ e posto quale sintesi dell'intero inno alla gioia beethoveniano. Il sistema di cerchi concentrici, però, non si ferma qui: «the anthem functions as a metonym for the whole fourth movement, the whole Ninth symphony, the whole work of Beethoven, or even the whole western great music, which, in this way, is appealed to in order to reinforce the ethical and political legitimacy of the European community as a whole»⁵⁰.

La scelta operata dalle istituzioni comunitarie (all'epoca) ha sfruttato con sapienza e abilità la combinazione di semplicità musicale e di profondità concettuale del celebre tema di Beethoven,

classicismo è Allegro, Adagio, Minuetto – più tardi Scherzo – Allegro; la nona sinfonia ha la struttura Allegro, Scherzo, Adagio, Finale) introducendo nel finale solisti e coro. Questa insolita compagine – insieme alla complessità e lunghezza del solo ultimo tempo, vera sinfonia nella sinfonia – è la grande novità del lavoro di Beethoven, seguita poi da altri innumerevoli esempi di compositori che in una sinfonia hanno introdotto cantanti solisti o il coro (per tutti, Mahler e Shostakovich) o persino cantanti ma senza parole (come nella 3° sinfonia di Nielsen) o voci recitanti (Bernstein).

⁴⁸ Diversi temi sono celebri nel solo ultimo movimento: solo per citare i più celebri, il recitativo che inizia la parte cantata *O Freunde*; il tema sulle parole *Froh, wie seine Sonne* e quello sulle parole *Seid umschlungen Millionen!*

⁴⁹ L'arrangiamento (più che altro un adattamento) è dovuto a Herbert von Karajan, direttore celeberrimo al momento della scelta dell'inno da parte delle istituzioni comunitarie. La scelta di affidargli il lavoro fu oggetto di polemica, non certo contestandogli meriti professionali ma in quanto aveva aderito, prima della guerra, al nazismo.

⁵⁰ J. FORNÁS, *Signifying Europe*, Intellect, Bristol, 2012, p. 159.

nell'ambito di un'attività molto più ampia di creazione – sostanzialmente *ex nihilo* – di un'identità culturale riferita al soggetto istituzionale Comunità (e poi Unione) europea che potesse essere appresa da ogni cittadino singolarmente.

Il report *A People's Europe*, citato a volte come "Report Adonnino" dal nome del presidente del comitato *ad hoc*⁵¹, rappresenta il frutto del lavoro di un comitato che «ricevette l'incarico di proporre una serie di misure atte a rilanciare l'immagine e l'identità stessa della Comunità. Dopo le promesse formulate tra la fine degli anni sessanta e l'inizio degli anni settanta, infatti, la Cee aveva sostanzialmente mancato l'impegno di dare un contenuto sociale e culturale alla propria azione; a metà degli anni ottanta la Cee veniva ancora percepita, e sostanzialmente era, un'organizzazione puramente economica, per di più in grave crisi di risultati. Nell'intento di recuperare i vecchi propositi e, soprattutto, nella prospettiva di garantirsi una solida base di consenso necessaria alla realizzazione dell'obiettivo primario del mercato unico»⁵², il report preparato per Consiglio europeo da tenersi in Milano il 28 e 29 giugno 1985 riteneva che si sarebbero dovute prendere iniziative nei seguenti settori: «i) the special right of citizen; ii) culture and communication; iii) information; iv) youth, education, exchanges and sports; v) volunteer work in Third World development; vi) health, social security and drugs; vii) twinnings; viii) strenghtening the Community's image and identity». Come si può notare dall'ampiezza dei temi trattati, che spaziano dai gemellaggi tra città agli scambi di studenti all'informazione e alle politiche di contrasto alle sostanze stupefacenti, si trattava di un'operazione gigantesca, che investiva ogni aspetto comunicativo e politico in senso ampio.

⁵¹ *A People's Europe, Reports from the ad hoc Committee*, in *Bulletin of the European Communities*, Supplement 7/85, pubblicato anche indipendentemente in varie lingue dall'Office for Official Publications of the European Communities, 1985.

⁵² S. PAOLI, *Il sogno di Erasmo. La questione educativa nel processo di integrazione europea*, Franco Angeli, Milano, 2010, p. 191.

Tra le azioni suggerite riguardo all'ultimo punto, il comitato consigliava di rafforzare l'immagine e l'identità della Comunità agendo su: 9.1. bandiera ed emblema; 9.2. inno; 9.3. francobolli celebrativi; 9.4. cartelli stradali alle frontiere. Nulla accomuna i punti citati se non implementare un messaggio apparentemente periferico, aggiuntivo, quasi non percepito dal cittadino, che raramente bada ai francobolli se non è appassionato di numismatica, che forse non fa attenzione se trova alla frontiera il cartello indicante la nazione nella quale si appresta a entrare e, in aggiunta, il cartello che segnala l'appartenenza dello Stato alla Comunità o, infine, che non contestualizza il messaggio sotteso se vede e sente simboli europei accanto alle familiari bandiere e inni nazionali⁵³.

L'inno europeo, dunque, è solo un tassello in un'opera persuasiva, educativa, di convincimento, di creazione di un'abitudine o tradizione estremamente più ampia.

In quest'ottica l'Unione si appropria della melodia beethoveniana e la propone all'interno del proprio quadro simbolico e valoriale. Se si vuol dare credito a Igor Stravinsky, non è la prima volta che l'inno alla gioia, in tempi tutto sommato recenti, viene utilizzato per scopi politici: nella Russia sovietica immediatamente post-rivoluzionaria «si dedicava a Beethoven un culto rivoluzionario e romantico. Il finale della IX Sinfonia veniva spesso eseguito accanto all'*Internazionale*, composta, come noto, dal belga Degeyter»⁵⁴. Beethoven e l'*Internazionale*, Beethoven e gli inni nazionali. Cambia, anzi è opposto, il quadro ideologico, cioè cambia la finalizzazione, non cambiano gli strumenti persuasivi.

⁵³ Il comitato Adonnino «also recommended European postage stamps bearing portraits of leading EC statesmen such as Schuman and Monnet; a European passport, driving licence, and car number-plates, and a European anthem [...] representative of the European idea»: così C. SHORE, *Usurpers or pioneers?*, in AA.VV. (a cura di A. Cohen, N. Rapport), *Question of Consciousness*, Taylor and Francis, Abingdon, 2017, p. 226.

⁵⁴ I. STRAVINSKY, *Poetica della musica*, Curci, Napoli, 1942, p. 94.

3. *L'inno nazionale in Italia*

Il primo inno nazionale dell'Italia unita è stato la *Marcia reale* piemontese, composizione tipicamente ottocentesca, in sostanza priva di una linea melodica cantabile e, di conseguenza, solo strumentale, dotata di «quell'effetto di spigliata vivacità, che ritrae così veracemente l'indole del popolo italiano»⁵⁵, che annovera «squilli marziali di trombe, ritmo vivace, incalzante, strepito di piatti e tamburi: ecco la visione perfetta d'una cavalcata di prodi, dimentichi d'ogni egoistico interesse, fieri di una patria gloriosa, galoppanti baldanzosi dove il dovere li chiama, dove più urge il pericolo. Riudita mille volte, desta sempre gli stessi entusiasmi. Melodia facile, prettamente italiana, caratterizza mirabilmente la nostra razza. Fu composta nel 1831, per incarico di Carlo Alberto, da Giuseppe Gabetti, capomusica del primo reggimento Savoia. Il maestro Calleri adattò alla musica di questa indovinatissima fanfara delle frasi patriottiche, perché, ridotta a composizione vocale, potesse cantarsi con un certo effetto nelle aule delle nostre scuole»⁵⁶.

Nel periodo fascista un secondo inno venne accostato alla marcia reale: *Giovinazza*⁵⁷.

Con la Repubblica e la democrazia lo Stato italiano si trovò orfano di entrambi gli inni e, pertanto, optò per un canto che sino a quel momento era stato uno dei canti patriottici di derivazione

⁵⁵ G. VISONA, *Inni nazionali*, cit., p. 3.

⁵⁶ *Ibidem*. Nel volume citato si propone un testo, invero dall'apparenza non facile al canto, formulato come segue: «Pa pa pa, pa pa pa, pa pa pa, le trombe liete squillano, pa pa pa, con esse i canti echeggiano: squillano, le trombe squillano in questo dì di giubilo la la la per tutta la città. Viva l'Italia evviva il Re. *Trio*: Quando i nemici piombino sui nostri campi floridi, dove gli eroi pugnarono nella trascorsa età pa pa pa; come falange unanime i figli della Patria si copriran di gloria gridando libertà pa pa pa.»

⁵⁷ Nata come canzone goliardica, più volte rimaneggiata nel testo, transitò come canto militare e fu infine adottata ufficialmente come *Inno trionfale del Partito Nazionale Fascista*.

risorgimentale⁵⁸, il *Canto degli italiani*, con testo di Goffredo Mameli e musica di Michele Novaro⁵⁹.

Quest'ultimo, «il "canto degli italiani, inno nazionale", come l'aveva intitolato l'autore, fu composto l'8 settembre 1847 nell'occasione di un primo moto di Genova. In breve, reso popolare, echeggiò su tutti i campi di battaglia nelle epiche giornate del '48 e '49. La musica di Michele Novaro, ritmata energicamente, giovò alla meritata celebrità di questo canto, che il popolo volle chiamare *inno di Mameli*»⁶⁰.

Per un secolo l'inno di Mameli e Novaro fu solo uno dei canti patriottici, fino a quando, «il Consiglio dei ministri del 12 ottobre 1946, presieduto da Alcide de Gasperi, acconsentì all'uso dell'inno di Mameli come inno nazionale della Repubblica italiana. Questo il testo del comunicato stampa che annunciava il provvedimento: "(...) Su proposta del Ministro della Guerra si è stabilito che il giuramento delle Forze Armate alla Repubblica e al suo Capo si

⁵⁸ Rispetto ad altri Paesi, l'Italia non conosce molti canti patriottici. Il volume per le scuole di Visonà, in epoca precedente il primo conflitto mondiale, riporta i seguenti: *O giovani ardenti*, *I tre colori*, *Ai lombardi*, *Inno di Garibaldi*, *Inno del 1866*, *Fanfara dei bersaglieri* (oltre alla *Marcia reale* e all'*Inno di Mameli*). Il fascismo promosse canti patriottici che per ovvie ragioni politiche non conobbero fortuna al termine dell'esperienza del regime. Rimangono, al giorno d'oggi, pochi canti e melodie: oltre alla *Canzone del Piave* già citata, sono le marce militari a dare lustro al sentimento di unità nazionale, dalla fanfara dei Bersaglieri alla marcia d'ordinanza dei Carabinieri. Quanto ai canti del corpo degli alpini, sembrano costituire più un nucleo di melodie folkloristiche a sé stanti che non un patrimonio di canzoni patriottiche popolari. Nel contempo esistono molte canzoni che potrebbero essere considerate una sorta di inno non ufficiale di città e territori ma che appartengono alla tradizione folkloristica e non a quella patriottica. Una selezione di melodie "italiane" appare talvolta nella musica classica: le citazioni di Ottorino Respighi ne *I pini di Roma* (I pini di Villa Borghese), il poema sinfonico di Alfredo Casella *Italia* op. 5, e *Aus Italien* di Richard Strauss (in entrambi è citata la canzone, celebre ma non folkloristica, anzi pressoché contemporanea, *Funiculi funiculà*) e il più ampio *Capriccio italiano* di Peter Tchaikovsky. Sono di "gusto" italiano la *Polka italiana* di Sergej Rachmaninov e il poema sinfonico *In the south* di Elgar, sebbene non contengano temi italiani. Merita una citazione a parte l'*Inno delle Nazioni* di Giuseppe Verdi (scritto per l'esposizione universale del 1862), tecnicamente una cantata per tenore, coro e orchestra, nel quale vengono citati espressamente gli inni nazionali di Inghilterra, Francia, Spagna. L'ascoltatore odierno rischia di non cogliere che la Francia è rappresentata dalla Marsigliese, che non era l'inno del secondo impero di Napoleone III (il quale s'intitolava *Partant pour la Syrie*) e che l'Italia è rappresentata proprio dall'Inno di Mameli, mentre il corretto inno nazionale del tempo era la *Marcia reale*.

⁵⁹ Si parla – talvolta – di un doppio inno di Mameli, uno musicato da Novaro e l'altro da Verdi. Si veda: *Inno di Mameli, studioso: "il primo arrangiamento non piaceva a Mazzini"*, in www.adnkronos.com 17 marzo 2013. Più che di un secondo arrangiamento delle stesse parole, pare riferirsi a un diverso inno, commissionato da Mazzini a Verdi per la musica e con le parole di nuovo richieste a Mameli, fresco di successo: l'inno, sconosciuto al pubblico, è intitolato *Suona la tromba!* (da non confondersi con l'aria da *I Puritani* di Vincenzo Bellini *Suoni la tromba e intrepido*).

⁶⁰ G. VISONA, *Inni nazionali*, cit., p. 3.

effettui il 4 novembre p.v. e che, provvisoriamente, si adotti come inno nazionale l'inno di Mameli"»⁶¹.

Da quel momento in poi, l'inno di Mameli fu l'inno ufficiale, ma provvisorio, della Repubblica italiana.

Un primo, inequivocabile riconoscimento da parte legislativa è avvenuto – ormai in tempi molto recenti – con la legge 23 novembre 2012, n. 222, recante "Norme sull'acquisizione di conoscenze e competenze in materia di «Cittadinanza e Costituzione» e sull'insegnamento dell'inno di Mameli nelle scuole". Non vi è dubbio, alla luce della segnalazione esplicita nell'intitolazione e nel testo della legge, composta da un solo articolo, che sia confermato inequivocabilmente come ufficiale l'inno della Repubblica già provvisorio fin dal 1946.

Sigillo finale all'ufficialità è giunto con la legge 4 dicembre 2017, n. 181, "Riconoscimento del «Canto degli italiani» di Goffredo Mameli quale inno nazionale della Repubblica". Il testo è, di nuovo, composto da un solo articolo (indicato come art. 1) diviso in due commi:

«La Repubblica riconosce il testo del "Canto degli italiani" di Goffredo Mameli e lo spartito musicale originale di Michele Novaro quale proprio inno nazionale.»

«Con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lettera ii) della legge 12 gennaio 1991, n. 13, sono stabilite le modalità di esecuzione del "Canto degli italiani" quale inno nazionale».

Mancando soltanto il riconoscimento formale legislativo, l'art. 1, co. 1, l. 181/2017 occupa uno spazio di mera ufficialità⁶², in quanto

⁶¹ presidenza.governo.it/ufficio_cerimoniale/cerimoniale/inno.html

⁶² In precedenza, si ricordano due progetti di legge presentati in Senato nella XIV legislatura, di cui uno costituzionale.

non include, come sarebbe stato opportuno per chiarezza, un allegato con lo spartito e i versi dell'inno⁶³.

Secondo l'art. 34 rubricato "Inno nazionale" del D.P.C.M. 14 aprile 2006 "Disposizioni generali in materia di cerimoniale e di precedenza tra le cariche pubbliche", mentre «l'inno nazionale è eseguito, secondo le forme e le modalità individuate nella disciplina militare, alla presenza della bandiera di guerra o d'Istituto e del Presidente della Repubblica, nonché nelle cerimonie indicate dal Dipartimento del Cerimoniale di Stato della Presidenza del Consiglio dei Ministri.»

Al secondo comma è previsto che «l'esecuzione dell'inno europeo e di inni stranieri è effettuata secondo le indicazioni del Cerimoniale Diplomatico della Repubblica», mentre al terzo, ed ultimo, comma «sono fatte salve le disposizioni militari concernenti l'esecuzione dell'inno nell'ambito delle Forze armate».

Dal punto di vista formale, l'inno di Mameli è composto da cinque strofe, ciascuna seguita dal ritornello. Dal punto di vista musicale, l'inno si compone di tre parti: l'introduzione solo strumentale, una prima parte e una seconda parte. Nella prima parte viene cantata la strofa, ripetuta per intero con l'aggiunta del ritornello (*Stringiamci a coorte*) nella seconda parte⁶⁴. Nell'eventualità che si eseguano più strofe l'introduzione è omessa nelle ripetizioni successive, così come è omessa nelle esecuzioni abbreviate

⁶³ Ad esempio, la versione dello spartito per canto e pianoforte presente sul sito del Quirinale è in tonalità di si bemolle e riporta un squillante "si!" dopo le ultime parole ("l'Italia chiamò"), la versione sul sito del Ministero della Difesa, oltre a non riportare la parte del pianoforte ma solo la linea melodica, è in sol maggiore e non riporta il "si!" finale. Ad onore del vero, la scelta di una tonalità diversa dall'altra non pare ingiustificata: eseguire l'inno in sol maggiore significa chiedere a chi canta di eseguire note più basse rispetto a quelle fissate da Novaro (tutto risulta abbassato di una terza minore). Considerato che la distanza tra la nota più bassa e la più alta della melodia copre un intervallo di undicesima (non poco per un canto destinato a tutti), la tonalità di si bemolle non è adatta a tutte le voci, in particolare quelle più gravi. Lo spartito del Quirinale, dunque, è ufficiale e quello della Difesa è più pratico. Resta la differenza del "si!" finale. https://www.difesa.it/Content/2giugno2015/Inno_Nazionale/Pagine/SpartitoInnoMameli.aspx

⁶⁴ L'impianto tonale di introduzione e prima parte (marcata Allegro marziale) è in si bemolle e la struttura armonica è elementare nella successione di accordi. Tra prima e seconda parte due battute strumentali modulano alla tonalità (vicina) di mi bemolle, pertanto la seconda parte (marcata Allegro mosso) fino al termine è in questa tonalità.

dell'inno, soprattutto in occasioni sportive; poiché nella seconda parte si ripete per intero la strofa, è tecnicamente possibile eseguire una versione abbreviata cantando due strofe prima di ciascun ritornello.

La lettura della discussione presso la I Commissione della Camera (in sede legislativa⁶⁵) del progetto di legge di iniziativa parlamentare sul riconoscimento del Canto degli italiani quale inno nazionale espone solo alcuni punti interessanti: l'on. Gasparini, relatrice, rileva che l'Italia, «se non è tutt[a] unit[a], pur nelle sue diversità, così come dice la seconda strofa del cantico – non è un Paese forte e non è un Paese riconosciuto», mentre l'on. La Russa commenta l'importanza di non discostarsi «dal significato simbolico che il riconoscimento del Canto degli italiani, il cosiddetto Inno di Mameli, ha». L'on. Gigli rappresenta l'unica voce critica: «è che non mi sento, francamente, rappresentato per quanto riguarda il Risorgimento [...]. A dire che l'Italia nacque male e che il Risorgimento fu una parentesi mal condotta non sono stati solo i cattolici. Voglio ricordare agli amici qui presenti, senza scomodare la Lega, peraltro, che basta rifarsi alla storiografia marxista e allo stesso Gramsci» per capire che la retorica di Mameli è quella di un Risorgimento ideologicizzato.

L'on. D'Ottavio rileva che «il nostro inno corrisponde assolutamente alle caratteristiche che hanno gli altri inni, per esempio di rispetto della bandiera e di attenzione alla volontà del popolo, ma soprattutto richiama tutti all'impegno. Tutti gli inni richiamano all'impegno. Devo dire che da questo punto di vista intorno a questo inno si è scherzato parecchio, perché si fanno le battute su come lo cantiamo tutti insieme quando c'è la partita della

⁶⁵ Il pdl n. 3951, presentato dall'on. D'Ottavio (PD) ed altri il 29 giugno 2016, venne esaminato dalla Commissione Affari costituzionali dapprima in sede referente e quindi in sede deliberante e venne approvato il 25 ottobre 2017. Trasmesso al Senato, fu approvato definitivamente dalla I Commissione in sede legislativa il 15 novembre 2017.

nazionale. È compito, allora, credo, di un Parlamento fare in modo che l'inno sia cantato alle partite della nazionale, ma anche che sia l'inno che tutti gli italiani rispettano, perché si rispetta il nostro Paese»⁶⁶.

La discussione mette in luce alcuni aspetti non nuovi all'abituale dibattito – invero, anche di livello meno elevato di quella parlamentare – intorno all'inno nazionale: il mito, anzi il contro-mito, dell'incompiutezza strutturale dell'unità d'Italia, il Risorgimento come momento fondativo irrisolto, problematico in sé e, infine, il fatto che i simboli della Repubblica siano snobbati e non riconosciuti quando, invece, richiedono riflessione e impegno.

È significativo che queste posizioni non seguano una linea di demarcazione politica, ma incrocino posizioni partitiche diverse⁶⁷.

Ecco, dunque, che sono sullo stesso tono le dichiarazioni giornalistiche: il medesimo on. D'Ottavio, primo firmatario della proposta di legge, ha dichiarato che «sono state superate le preoccupazioni e i pregiudizi che c'erano e finalmente l'inno di Mameli è ufficialmente l'inno nazionale», mentre secondo il sen. Cassinelli, relatore al Senato, l'approvazione della l. 181/2017 ha rappresentato «un passaggio fondamentale per colmare un vuoto giuridico. Inoltre, dal 2012 è previsto l'insegnamento dell'inno nelle scuole italiane e l'istituzione del 17 marzo quale Giornata dell'Unità nazionale, della Costituzione, dell'inno e della bandiera, in memoria della data della proclamazione a Torino, nell'anno 1861, dell'Unità d'Italia»⁶⁸.

⁶⁶ Molto più essenziale il rendiconto della seduta del 15 novembre 2017 al Senato, non solo perché si rintraccia in forma sommaria sul sito ufficiale della camera alta, ma perché la discussione si limita all'illustrazione da parte del relatore on. Cassinelli (FI) senza ulteriore dibattito (resoconto sommario n. 528 del 15/11/2017).

⁶⁷ Nel dettaglio: onn. D'Ottavio (PD), La Russa (Fdi), Gigli (Democrazia solidale-Centro democratico), Gasparini (PD).

⁶⁸ Entrambe le dichiarazioni in: *Senato, "il canto degli italiani" di Mameli diventa ufficialmente inno*, in *La Repubblica*, 15 novembre 2017 (articolo non firmato reperibile in www.repubblica.it).

In assenza di ulteriori indicazioni non è dato sapere a quali “preoccupazioni” e “pregiudizi” si riferisse l'on. D'Ottavio. Si possono fare alcune ipotesi circostanziate: l'inno di Mameli non è mai stato autenticamente messo in discussione, con l'eccezione del partito Lega nord per l'indipendenza della Padania, che ha adottato come inno il *Va, pensiero*⁶⁹ verdiano. Dunque, più che un autentico canto patriottico⁷⁰ che contenga identità o riconoscibilità al *Canto degli italiani*, vi è stata qualche polemica politica tra i sostenitori dell'inno di Mameli come inno dell'Italia unita e i sostenitori del *Va, pensiero* come inno di un futuribile soggetto politico alternativo all'Italia, segnatamente la Padania⁷¹. In secondo luogo, l'inno di Mameli soffre forse delle medesime difficoltà degli altri simboli risorgimentali, al contempo percepiti come fondanti ma anche irrisolti.

3.1. Gli inni regionali

Terminato il breve *excursus* relativo all'inno nazionale, ci si potrebbe porre la domanda se le Regioni italiane siano legittimate a dotarsi di un proprio inno regionale. Più che di legittimazione in senso stretto, la questione verte sulla compatibilità dell'autonomia regionale con il carattere di un inno. Come già l'UE, le Regioni non sono nazioni, dunque per loro non si adatta il concetto di inno nazionale. D'altra parte, tutte le organizzazioni e istituzioni possono dotarsi di un inno: il problema non si pone per le organizzazioni

⁶⁹ Si utilizza la grafia «va» e non «va'» dopo aver consultato la partitura del Nabucco nella riduzione per canto e pianoforte curata da Mario Parenti (1963), Ricordi, Milano.

⁷⁰ In quanto inno nazionale il “*Coro di schiavi ebrei*” del Nabucco presenterebbe più di una particolarità, sia musicale che testuale: tra tutti, nell'opera viene cantato dal popolo ebreo durante la prigionia babilonese, con riferimenti a quel tempo e a quel popolo (“del Giordano le rive saluta / di Sionne le torri atterrate”), che, se adottati da altra nazione e altro popolo costituirebbero una sicura eccezione nel panorama comparato.

⁷¹ Il caso dell'UE più sopra citato dimostra che non è facile costruire un inno nazionale in assenza di peculiari condizioni di contesto. È difficile per una decisione presa dai vertici dell'organizzazione, è ancor più oneroso per un'iniziativa “dal basso”. Negli anni '90 vi fu la proposta di un inno alternativo musicato dal compositore Giorgio Moroder (A. DI POLLINA, *Contro il nuovo inno Mameli vince ancora*, in *La Repubblica*, 18 ottobre 1994) «ma poi tutto finì lì anche perché alla gente piaceva sempre Fratelli d'Italia», come rilevò Moroder stesso in un'intervista (P. GIORDANO, «*Ho creato la dance. Ora vorrei cambiare l'Inno d'Italia*», in *Il Giornale*, 30 maggio 2015).

private, libere di adottare come proprio inno la musica e le parole che ritengono opportune⁷²; per gli enti pubblici, invece, il problema si pone in termini di opportunità e tradizioni.

In quanto simbolo di sovranità, l'inno dello Stato è scontato; per antica tradizione, si dotano di inni i corpi militari; anche le istituzioni scolastiche (scuole e università) o sportive possono avere un inno derivato dalla propria tradizione storica o dotarsene *ex novo*.

L'inno, in definitiva, sottolinea l'appartenenza, che può essere tale per vario titolo: innanzitutto per tradizione, ma anche la residenza è un criterio valido, così come l'adesione sportiva o scolastica. Risulterebbe insolito l'inno assegnato ad un ente dello Stato dove il legame è tra un datore di lavoro e un impiegato (quale, ad esempio, l'Agenzia delle Entrate o l'INPS).

Così impostato il problema, l'inno di un ente territoriale della Repubblica dovrebbe ritenersi pacificamente ammesso, dal Comune allo Stato⁷³. Nel contempo, però, deve essere valutato con attenzione il contenuto dell'inno, sia sotto il profilo musicale che del testo.

Se per le organizzazioni private è ammesso ogni stile musicale ed è consentito ogni testo il cui canto non configuri un comportamento non ammesso (come ipotesi di scuola, l'apologia di reato), gli enti pubblici non hanno la medesima libertà. La ragione è evidente: in quanto simbolo di un ente della Repubblica, parole e musica devono adeguarsi all'onore e al prestigio che comporta la titolarità e l'esercizio di poteri pubblici. Ancora una volta, è la teoria degli

⁷² Con il limite – si ritiene – della non contrarietà alla legge penale, dovendosi comunque considerare vietate nel canto le medesime espressioni che costituiscono reato nel linguaggio parlato. Difficile ipotizzare che la musica da sé sola possa risultare contraria alla legge penale (in assenza di una disposizione esplicita in tal senso, che chi scrive non ha rintracciato nell'ordinamento italiano).

⁷³ Esistono, infatti, svariati inni comunali.

affetti musicali a dominare le scelte⁷⁴ e, di conseguenza, la già evocata “presentabilità” o, in negativo, l’“impresentabilità” della musica di un inno, che ha una base di riferimento nel sentimento di decoro che la musica trasmette.

La base di valutazione delle parole, invece, è fondata sulla sensibilità politica e ideologica. In entrambi i casi la valutazione è culturale e – come tale – soggetta a variazione nel tempo e nello spazio. I cambiamenti sono più rapidi per i testi e più lenti per la musica, in quanto i primi dipendono da un contesto culturale che è sempre in rapida evoluzione mentre i fondamenti del linguaggio musicale (tonale ed europeo) sono in lenta mutazione. Tuttavia, nessun compositore odierno, se richiesto di produrre un inno nazionale, scriverebbe una marcia come quella che Novaro approntò per il testo di Mameli, semplicemente perché non è questo lo stile del nostro tempo⁷⁵.

In secondo luogo, tornando a ragionare delle caratteristiche di un inno per un ente territoriale della Repubblica, il caso delle Regioni sembra essere quello da valutare con maggiore rigore e attenzione. È vero che l’ente Regione esiste in quanto autonomo e non in quanto sovrano, ma è altrettanto vero che solo la Regione ha la dimensione e l’identità necessarie per potersi porre potenzialmente in concorrenza con lo Stato. Pertanto, i simboli regionali meritano più attenzione rispetto ai simboli di altri enti pubblici.

Guardando al dato positivo, si sono già dotate di un proprio inno tre Regioni italiane, due a statuto speciale e una a statuto ordinario: Sicilia, Valle d’Aosta e Marche⁷⁶. In tutti e tre i casi,

⁷⁴ Si pensi ad un inno per un ente territoriale che abbia parole inadeguate (ad esempio, ironiche) o musica lontana dai criteri di rispettabilità, i quali si restringono a due categorie: gli inni marcia e gli inni nobili. Risulterebbe inadeguato un inno rap, jazz o costruito con materiale non tonale classico (ad esempio, dodecafonico o, più semplicemente, costruito su una scala pentatonica od esatonica, che ricordano immediatamente le musiche dell’estremo oriente).

⁷⁵ Ne siano dimostrazione i due inni regionali “nuovi”, quello marchigiano e quello siciliano, su cui *infra*.

⁷⁶ Una quarta Regione ha intrapreso il percorso per dotarsi di un inno, salvo poi interromperlo, o, meglio, abbandonarlo. È la Lombardia, dove nel 2014 è stato presentato un inno al Consiglio

l'adozione è avvenuta negli anni 2000. Quanto agli strumenti giuridici utilizzati, la relativa ricostruzione non è per nulla semplice. Il caso più piano è quello della Regione Valle d'Aosta: secondo l'art. 8, co. 1 della l.r. 16 marzo 2006, n. 6 recante "Disposizioni per la valorizzazione dell'autonomia e disciplina dei segni distintivi della Regione. Abrogazione della legge regionale 20 aprile 1958, n. 2", «il canto tradizionale Montagnes valdôtaines è riconosciuto quale inno della Regione». In attuazione del secondo comma, è intervenuta la Deliberazione della Giunta Regionale n. 2252 del 4 agosto 2006 a fissare il testo, la melodia e le modalità di esecuzione dell'inno della Regione⁷⁷. Il disegno giuridico è ordinato e chiaro, il sito ufficiale della Regione riporta lo spartito e la

regionale. Autore del testo Mogol e della musica Mario Lavezzi: il brano, intitolato – per altro senza molta fantasia "Lombardia, Lombardia" – si presenta all'ascolto come una canzone pop, nel tema e nell'arrangiamento, e tale è anche l'impressione scorrendo il testo (il primo ritornello principia: Lombardia, Lombardia / grande terra mia... / Terra piana e montana / ecc.) In sintesi, è privo di quel carattere celebrativo, ufficiale, che è tipico di un inno. Il Presidente della Giunta Roberto Maroni ebbe a dichiarare che avrebbe preferito un inno "più rock". Di fatto, dopo la presentazione non risultano altri atti ufficiali (REDAZIONE MILANO, «Lombardia, Lombardia», *presentato l'inno della Regione*, in *Il Corriere della Sera - Milano*, 22 dicembre 2014 on-line a <http://milano.corriere.it>). Si rimanda alla nota seguente per chiarire la critica mossa in G. LIBERATI, *Mogol vuole scrivere l'inno della Lombardia con Maroni? Purchè eviti il bis della Valle d'Aosta*, in *Il Secolo d'Italia*, 2 agosto 2013, in www.ilsecoloditalia.it.

⁷⁷ Un'ulteriore iniziativa era stata presa dalla Giunta valdostana per la realizzazione di un componimento musicale allo scopo di fare di tale canzone un'«ambasciatrice della nostra Regione». La canzone è stata firmata da Franchino Tripodi e Stefano Frisson con le parole di Mogol, ha per titolo "La mia valle" ed era stata presentata il 26 dicembre 2009 all'inaugurazione della nuova sala polivalente di Brissogne. L'amministrazione regionale aveva fatto realizzare 3000 copie del cd che ne conteneva alcune versioni per una spesa di 27.000 euro. Tuttavia, il brano non è piaciuto: di nuovo, le parole – pur di un paroliere celebre – sembravano non funzionare per scopi encomiastici, "La mia valle è verde, è bella, i cavalli nella stalla sono pronti a partire". L'assenza di un riferimento specifico alla Valle d'Aosta ne ha costituito un punto debole che ha addirittura dato adito a illazioni giornalistiche di un riciclo di un testo altrimenti composto (T.Mac [sic], *L'inno valdostano? 27 mila euro*, in *L'Espresso*, 27 ottobre 2011, on-line a <http://espresso.repubblica.it>). In generale, la spesa si è rivelata inutile, la canzone non ha avuto alcuna diffusione (e non se ne trova traccia non solo sui siti istituzionali ma nemmeno nel web in generale) e l'iniziativa è divenuta un caso di spreco di denaro pubblico (per tutti, la citazione nel volume di M. GIORDANO, *Spudorati*, Mondadori, Milano, 2012, Sezione 6, consultato in versione elettronica, pag. *deest*). Leggendo gli atti del Consiglio regionale (Oggetto n. 2284/XIII – Interpellanza: "nuove iniziative canore in ambito istituzionale", seduta del 7 marzo 2012) si apprende dall'allora Assessore alla istruzione e cultura, Laurent Viérin «"Si l'initiative a atteint les objectifs": le CD a certainement représenté la concrétisation d'un des nombreux projets de valorisation de la musique et de la culture populaire, engagée dans ces dernières années. Je rappelle par ailleurs que pour la réalisation de ce CD, les paroles de Mogol - qui n'a perçu aucune rétribution à cet effet - ont été mises en musique par les jeunes du CET et interprétées par Franchino Tripodi, par Les voix de la Tour, par le Chœur Saint-Ours et donc des représentants importants de la musique vocale valdôtaine, qui ont inscrit ce morceau à leur répertoire et qui continuent à en assurer la diffusion, à part l'instrument du CD. "Si on entend d'assumer d'autres initiatives": bien évidemment oui, tout comme ces interprètes entendent de continuer à proposer cette chanson au public, l'Assessorat est bien décidé à poursuivre ces initiatives pour soutenir la musique et la culture populaire». A distanza di alcuni anni, la totale scomparsa mediatica della canzone è forse la miglior dimostrazione del fallimento dell'iniziativa.

versione ascoltabile della composizione, che non è attribuita ad alcun autore⁷⁸.

La Regione siciliana ha stabilito di dotarsi di un inno con l.r. 10 dicembre 2001, n. 21, "Norme finanziarie urgenti e variazioni al bilancio della Regione per l'anno finanziario 2001". Sede inattesa per una decisione in tema di simboli della Regione, che, tuttavia, si giustifica alla lettura del comma 3 dell'art. 35 rubricato "Inno ufficiale della Sicilia". Secondo il comma 1, «in attuazione delle disposizioni vigenti in materia di incarichi per opere dell'ingegno, il Presidente della Regione è autorizzato a conferire direttamente l'incarico di composizione della partitura musicale e del testo dell'Inno ufficiale della Sicilia ad autori siciliani soci, da almeno dieci anni, dalla Società italiana autori ed editori.» Secondo il comma 2 «l'Inno è approvato con decreto del Presidente della Regione»⁷⁹. Il comma 3 prevede che «per le finalità di cui al presente articolo e per gli oneri derivanti dalla riproduzione audio dell'Inno è autorizzata, per l'esercizio finanziario 2001, la spesa di lire 200 milioni (capitolo 100330) cui si fa fronte con riduzione delle disponibilità del capitolo 219902 per l'esercizio finanziario medesimo». Dunque, l'inno siciliano guadagna il – non invidiabile – titolo di inno più costoso. È stato scelto il brano "Madreterra" composto, per musica e parole, da Vincenzo Spampinato.

La Regione Marche si è dotata, inizialmente, di un inno strumentale, composto da Giovanni Allevi⁸⁰. «L'inno delle Marche –

⁷⁸ Secondo fonti giornalistiche esso ha preso forma nel «1912 quanto la Ligue valdôtaine, l'associazione per la protezione della lingua francese nata tre anni prima, trascrisse per la prima volta le parole di Montagnes valdôtaines [...]. La storia di Montagnes valdôtaines, a dispetto del nome, non parte però dalla Valle d'Aosta, ma dai territori tra Francia e Spagna»: D. MAMMOLITI, *Montagne valdôtaines compie cent'anni*, in *La Stampa*, 19 aprile 2012. Dovrebbe la sua popolarità all'essere stato usato come sigla dall'informazione regionale radiofonica della Rai: A. MUSUMARRA, *Deliberata la versione ufficiale di Montagnes valdôtaines*, in www.12vda.it/deliberata-la-versione-ufficiale-di-montagnes-vald%C3%B4taines, 3 agosto 2006.

⁷⁹ Decreto che – forse per le manchevolezze di chi scrive – non è stato ritracciato sul sito ufficiale della Regione nel redigere questo contributo.

⁸⁰ Ancora una volta, non si è trovato traccia dell'atto giuridico con il quale è stata scelta la composizione di Allevi, secondo fonti giornalistiche "affidata" al compositore marchigiano, il quale dichiarò in un'intervista: «una macchina di lusso mi accompagnò al palazzo della Regione dove il

ha detto il presidente Spacca – ci mette in sintonia con le corde della nostra comunità. Consolida il senso di appartenenza e aiuta a rafforzare la consapevolezza di appartenere a una regione unica. Evocherà nel mondo le suggestioni di un territorio che ha raggiunto primati in ogni settore oltre ad aver dato i natali a tanti personaggi illustri»⁸¹.

L'inno in versione strumentale è stato presentato nel 2007, ma nel 2013 si è creduto opportuno aggiungere un testo da cantarsi.

Secondo l'art. 2 del Bando per concorso di idee finalizzato alla composizione del testo letterario dell'Inno delle Marche⁸², «il testo deve essere un componimento poetico inedito e mai pubblicato, redatto in lingua italiana, avere una durata di esecuzione pari al tempo del brano musicale ed essere coerente con lo stesso nella metrica e nel ritmo. Inoltre il testo non deve contenere elementi che violino la legge ed i diritti di terzi né messaggi pubblicitari o propaganda a favore di persone, enti prodotti o servizi. Sono ammesse frasi, parole, idiomi o espressioni dialettali aventi una funzione espressiva, legata al messaggio che il testo vuol comunicare.»

In motivazione si legge che «attualmente l'inno delle Marche, composto dal maestro Giovanni Allevi, è costituito dalla sola parte musicale e pertanto, per meglio rappresentare i valori e i caratteri regionali, si ritiene opportuno integrarlo anche con un testo letterario che possa adeguatamente rispondere a tale esigenza».

Presidente Spacca mi espose la sua idea dell'Inno. Mentre la macchina mi portava via, sul vetro appannato disegnai un pentagramma e vi appoggiai le prime note che erano "cadute" nella mia testa» (B. Zilli, *Giovanni Allevi, il pianista marchigiano che ha conquistato il mondo*, in *www.whymarche.com*, 14 marzo 2011). Parrebbe trattarsi, dunque, di affidamento diretto e non di concorso pubblico.

⁸¹ Così l'allora Presidente della Giunta Regionale Gian Mario Spacca, in REDAZIONE, *Presentato l'inno delle Marche composto da Giovanni Allevi*, 31 agosto 2007, in *www.senigallianotizie.it*.

⁸² Decreto del dirigente del Servizio internazionalizzazione, cultura, turismo, commercio e attività promozionali n. 64/ICT del 18/04/2013 il cui oggetto era: "DGR 231/2013 approvazione del bando pubblico per concorso di idee finalizzato alla composizione del testo letterario dell'inno delle Marche".

Risulta vincitore il testo di Giacomo Greganti⁸³ recante come prime parole “nel cuore avrò i monti azzurri”⁸⁴, ma sempre intitolato “inno della Regione Marche”.

Sul sito ufficiale si trova la versione puramente strumentale: «una melodia, creata sulle sfumature del paesaggio marchigiano, ne trasmette armonia, atmosfere e sensazioni, per la pacata bellezza, i suoi centri storici, l'arte, i luoghi di culto, le attività economiche e sociali. L'Inno crea una profonda suggestione e rafforza l'identità della nostra comunità, forte delle sue tradizioni ma aperta al futuro. La melodia, con il suo ritmo ripetuto, sottolinea la tenacia della gente delle Marche, impegnata a costruire una regione in continua crescita»⁸⁵.

Ancor prima di leggere i testi e ancor prima di ascoltarne la musica, dalla formazione degli inni regionali traspare una caratterizzazione estremamente decisa nel senso di appoggiare l'identità locale – se non in contrapposizione – perlomeno in autonomia rispetto all'identità nazionale. Gli inni nascono, sono concepiti, voluti e politicamente intesi con limpida chiarezza per essere celebrativi del particolarismo regionale. Quei sentimenti di orgoglio patriottico che stentano a stagliarsi sullo sfondo dell'inno di Mameli sono chiarissimi negli intendimenti di chi promuove analoghi simboli a livello regionale.

A proposito di patria, vi è da notare che l'inno valdostano contiene la parola “*patrie*”, riferita alle montagne di cui al titolo. Un'affermazione da non sottovalutare: anche se nell'utilizzo comune del termine la patria può essere anche una città o una

⁸³ Decreto del dirigente del Servizio internazionalizzazione, cultura, turismo, commercio e attività promozionali n. 274/ICT del 02/12/2013.

⁸⁴ Il bando di concorso è costato 5.000,00 euro. Critiche giornalistiche sono giunte per il costo della parte musicale: *L'inno delle Marche di Giovanni Allevi*, in L'Espresso, <http://video.espresso.repubblica.it/visioni/linno-delle-marche-di-giovanni-allevi/3683/3705>, nel quale si legge che sarebbe costato 18 mila euro più altri 38 mila per la prima esecuzione.

⁸⁵ <http://old.regione.marche.it/Home/Istituzione/InnodelleMarche.aspx>

zona⁸⁶, la Patria per eccellenza è lo Stato nazionale, come nel primo, celebre, verso della Marsigliese «*Allons enfant de la Patrie*». L'inno valdostano presenta anche la particolarità di essere redatto in lingua francese senza testo alternativo in italiano, ulteriore indicazione di un'identità regionale costruita per differenza rispetto all'identità nazionale.

Curiosa coincidenza è il riferimento nell'inno marchigiano e nell'inno siciliano al "paradiso", da intendersi in senso probabilmente laico, o comunque terrestre, posto che entrambe le Regioni ne sarebbero concreta espressione («la regione delle Marche: / il Paradiso» e «Sicilia sei così... il paradiso è qui!»). A metà tra la celebrazione e l'idealizzazione, entrambi i versi si contrappongono al tintinnare marziale di sciabole dell'inno nazionale, votato al sacrificio e alla morte.

Un cenno al supremo sacrificio è presente anche nell'inno siciliano, sia pure in tono minore rispetto alla chiamata di Mameli: nella seconda strofa si canta che «e per difenderti io morirei». Condizionale rispetto all'indicativo «siam pronti alla morte» e – altra differenza sottile ma non trascurabile – un conto è la chiamata alle armi per difendere l'Italia, altro è la disponibilità a morire per la (sola?) Regione Sicilia. Nel testo, il più aulico e celebrativo dei tre, l'inno insulare, sempre in riferimento alla Madreterra, richiama l'inno nazionale: «sulla tua bocca "Fratelli d'Italia"!» Di nuovo, pur nella sintesi poetica, ci si può domandare se la "bocca" sia luogo letterario opposto rispetto al "cuore". Infine, mentre nel testo ufficiale il "paradiso" porta la minuscola iniziale, portano la maiuscola gli "Uomini" e gli "Dei" di cui la Sicilia è madre. Ci si potrebbe domandare – riservandosi di tornare a commentare la speculare visione di Mameli e Novaro – se l'inno

⁸⁶ Ad esempio, «li parenti miei furon lombardi / mantoani per patria ambedui» dice Virgilio a Dante, nell'*Inferno*, I, 68-69.

siciliano proponga una implicita visione politeista (o panteista). Gli dei siciliani appartengono chiaramente all'antica Grecia e il fatto che siano richiamati come centro della Madre-terra che costituisce il titolo è un elemento testuale da tenere in considerazione.

Più sognante e didascalico l'inno marchigiano, tutto giocato sui pregi e le celebrità della «Regione mia, luogo d'arte e poesia».

Nulla accomuna le musiche: tempo ternario e binario alternati per l'inno valdostano; marcia sostenuta e marcata per quello siciliano⁸⁷; ritmo binario con note lunghe per quello marchigiano⁸⁸; caratteristiche che risultano ancor più accentuate dall'orchestrazione proposta come riferimento. Il ritmo ternario in tempo lento (quasi pastorale) dell'apertura dell'inno tradizionale valdostano viene accentuato dalla lettura sinfonica, che si anima brevemente solo nel ritornello; l'inno siciliano, nella versione ufficiale, è cantato da un coro, sostenuto da un'orchestra che sfoggia gli ottoni e il comparto percussionistico. Quietamente e pacatamente il tema dell'inno marchigiano, dotato di una introduzione strumentale molto lunga anche nella versione cantata, orchestrato con leggerezza di sapore cinematografico, quasi a suggerire il perfetto commento sonoro a idilliache immagini di natura o arte, adeguato

⁸⁷ All'ascolto e all'analisi essenziale della partitura orchestrale si nota che la realizzazione sinfonica dell'inno siciliano non sfrutta appieno le potenzialità di un'orchestra: la caratterizzazione è affidata agli ottoni (in dialogo spesso serrato tra i quattro corni e i due tromboni con tuba) e al tamburo rullante. Sottodimensionati sia gli archi, che si limitano a tenere note lunghe d'armonia, e i fiati, quasi sempre al raddoppio del canto. Per quanto l'ipotesi resti di pura speculazione – tra l'altro in campo musicale e non giuridico – si propongono due spiegazioni alternative: chi ha realizzato l'orchestrazione ha "trattenuto" le forze orchestrali (e, inspiegabilmente, non ha fornito nessuna indicazione di dinamica musicale, cioè sulle intensità sonore, quantomeno nella partitura disponibile in rete) in modo da rendere l'esecuzione facile anche per complessi non professionali, oppure per distanziare l'inno siciliano dalle marce sinfoniche cui le produzioni cinematografiche di Hollywood hanno abituato (in ogni caso, le ultime quattro battute, che non aggiungono alcunché dal punto di vista armonico e melodico ma garantiscono un finale estroverso, niente hanno da invidiare alle note finali delle marce scritte da John Williams per il film *I predatori dell'Arca*, o da Alan Silvestri per *Capitan America*) le quali propongono un utilizzo più disinvolto dell'orchestra e – rispetto a Madreterra – in particolare degli archi.

⁸⁸ L'unico spartito non facilmente reperibile è proprio quello della Regione Marche. Ciò sorprende se si pensa che l'inno deve essere conosciuto e diffuso capillarmente per svolgere il fine che gli è proprio. L'inno siciliano è presente come spartito (in varie versioni, orchestra; canto e piano; coro e piano) sul sito ufficiale della Regione, quello valdostano è presente, sempre ufficialmente, solo nella versione della pura melodia senza accompagnamento mentre si possono scaricare tracce audio già pronte (orchestra e coro; coro a cappella; orchestra).

anche alla versione *pop*, che traspare già nella figura ritmica dell'accompagnamento orchestrale della melodia.

Le tre Regioni interpretano la categoria dell'inno in modo moderno e diverso tra loro. Lo stile della marcia ottocentesca è abbandonato in favore di tre tipologie che si possono definire: tradizionale, magniloquente, turistica. Le quali possono volgere in altrettanti difetti (senza volerli addebitare agli inni citati) e risultare in un canto percepito rispettivamente come: provinciale, roboante, inconsistente⁸⁹.

Da quanto rilevato finora si possono ricavare due considerazioni generali: primo, il diritto è un mero strumento per veicolare l'ufficialità di un inno; secondo, la creazione di un inno condiviso è operazione estremamente complessa, che dipende da molteplici fattori, tra i quali la volontà del decisore politico risulta sostanzialmente marginale. In altri termini, scegliere (o, in senso deteriore, imporre) un inno è ben possibile, il diritto offre la possibilità tecnica di conferire formalità alla decisione, ma la riuscita dell'operazione, soprattutto se orchestrata dal centro, è tutta da valutare.

4. Contenuti a raffronto: quale "inno" per quale "Italia"?

Se ci si limitasse ad una ricognizione degli inni e degli atti giuridici ad essi correlati a livello comparato si otterrebbe un'elencazione dotta ma incompleta. Tralasciando la difficoltà oggettiva di redigere un elenco completo di tutti gli inni nazionali di ciascuno degli Stati del pianeta abbinato alla rispettiva legge, o all'atto equivalente dell'ordinamento interno, che ne dichiara il carattere di ufficialità,

⁸⁹ Sembra fallire il tentativo di un inno *pop*: anche nella modernità sopravvive chiara la distinzione tra l'ufficialità di un canto in cui raccogliere l'identità e una canzone, deputata ad esprimere con facilità un sentimento. Residua l'ipotesi di una canzone di musica leggera che guadagni l'autorevolezza necessaria, ma l'eccezione confermerebbe la regola: sono le condizioni di contesto a reggere la credibilità di un inno, ragion per cui è molto difficile creare tali condizioni a tavolino, mentre restano più misteriose le ragioni della celebrità acquisita col tempo.

riconoscere all'inno nazionale un ruolo puramente simbolico significa non solo sminuirne il significato ma anche non comprenderne la reale portata giuridica.

Ci si domanda, infatti, qui giunti, non solo cos'è l'inno per il diritto ma qual è il motivo profondo del fatto che un atto giuridico dei pubblici poteri (tipicamente la legge, come si è visto) si preoccupi di quale testo e quale musica debbano essere entrare nella memoria personale di tutti i consociati. Infatti, solo un musicista preparato può cantare una melodia soltanto leggendone lo spartito, senza, cioè, compiere l'operazione necessaria a tutti coloro che non si intendono di musica (nonché allo stesso musicista ove non disponga di uno spartito): introiettare musica e parole fino ad averli appresi a memoria.

Varie occasioni, ufficiali e non, richiedono ai cittadini di tenere viva e allenata la memoria ascoltandone la ripetizione e/o prendendone parte attiva cantando. Si crede di non dover dimostrare ulteriormente la forza aggregatrice del cantare insieme sotto il profilo del coinvolgimento emotivo.

Insomma, nel disciplinare l'inno nazionale il legislatore fa un vero e proprio appello alle emozioni, che non si risolve solo in un comportamento esterno di rispetto formale della norma ma che richiede inequivocabilmente una partecipazione e un coinvolgimento mentale e psicologico. Il coinvolgimento è tale nei confronti di un messaggio ben specifico.

Poiché nell'ordinamento italiano, per legge, vi è un inno nazionale e vi sono alcuni inni regionali, è interessante approfondire quale sia il messaggio veicolato da tali simboli pubblici nella sfera uditiva.

Si è già rilevato che la decisione della formalizzazione dell'inno passa attraverso la legge ma il circuito è più complesso di quello abituale, ben riassunto nella forma *quod principi placuit legis habet vigorem*. Se al *princeps* – anche democraticamente eletto –

piacesse un inno non autenticamente condiviso e lo imponesse come tale sicuramente esso avrebbe il valore che la legge gli assegna ma ciò non basterebbe a far presa sui sentimenti dei consociati⁹⁰.

Non spetta alla scienza giuridica comprendere perché un inno abbia fortuna, anche se al diritto, e a quello pubblico in particolare, è concesso indagare sia lo strumento giuridico utilizzato al riguardo sia i contenuti espressi⁹¹. Così, le considerazioni che seguono non paiono frutto di riflessione speculativa: esse rappresentano, invece, un contributo ad un obbligo di legge. Secondo l'art. 1, co. 1, della l. 222/2012 «A decorrere dall'anno scolastico 2012/2013, nelle scuole di ogni ordine e grado, nell'ambito delle attività finalizzate all'acquisizione delle conoscenze e delle competenze relative a "Cittadinanza e Costituzione", sono organizzati percorsi didattici, iniziative e incontri celebrativi finalizzati ad informare e a suscitare la riflessione sugli eventi e sul significato del Risorgimento nonché sulle vicende che hanno condotto all'Unità nazionale, alla scelta dell'inno di Mameli e della bandiera nazionale e all'approvazione della Costituzione, anche alla luce dell'evoluzione della storia europea».

Più specificamente, il co. 2 recita: «Nell'ambito delle iniziative di cui al comma 1, è previsto l'insegnamento dell'inno di Mameli e dei suoi fondamenti storici e ideali».

⁹⁰ L'esempio sopra citato dell'inno dell'UE è forse il miglior esempio della creazione da zero di una tradizione.

⁹¹ In linea generale, da quanto osservato finora pare di poter concludere che gli enti hanno tre coordinate: dimensioni, identità e appartenenza. Per uno Stato le dimensioni si presumono adeguate, per tutti gli altri enti – formalizzati dalla legge o espressione di una porzione di territorio non delineata con strumenti giuridici – tutti e tre gli elementi sono da valutare caso per caso. Potrebbe avere senso un inno regionale o di una parte di una Regione (per fare un esempio classico, la Romagna o l'Emilia distintamente), un inno di una città e, all'interno di un Comune, un inno in cui si riconosca il capoluogo e non le frazioni o il contrario. Certo, è difficile ipotizzare che una dimensione piccola unita pur ad un'appartenenza forte possa portare ad un'identità che si ponga come alternativa a quella di uno Stato: si avrà, probabilmente, un'identità zonale che non contraddice quella statale (ma, al più, potrebbe sentirsi parte di un'altra entità statale, confinante nello spazio, come per certe zone di frontiera, o nel tempo, cioè più antica). Di per sé, le identità si aggregano (o disgregano) tale per cui il singolo può sentirsi, senza contraddizione, legato a più realtà locali di livello diverso.

L'inno nazionale evoca una chiamata alle armi "interna", un appello agli italiani a prepararsi alla battaglia e alla morte per l'Italia. Il nemico non è ben identificato nelle prime strofe e l'obiettivo pare soprattutto quello di «fonderci insieme» per unire l'Italia. Se così fosse l'obiettivo di Mameli e Novaro, l'unità dell'Italia, sarebbe ormai raggiunto. Dunque, l'inno nazionale, nell'invocare ardentemente l'impegno per l'unione, sembra guardare ad un fatto storico già avvenuto. Né, al giorno d'oggi, vi sono territori irredenti: l'Italia è una e indivisibile in forza dell'art. 5 Cost.⁹² e nessuno crede⁹³ che all'unità manchi la riannessione di territori che furono un tempo italiani o di Stati italiani preunitari, da Nizza alla Savoia, dalla Corsica all'Istria, dal Canton Ticino a Corfù a Briga e Tenda⁹⁴. «Di fonderci insieme già l'ora» è suonata da oltre un secolo e mezzo e il (contro)mito dell'Italia debole perché divisa ignora il tempo trascorso dall'unità ad oggi.

Se il messaggio fondamentale dell'inno di Mameli è l'unità, dunque, vi sono due alternative: o è diventato anacronistico o parla di un'unità ancora da raggiungere che, di conseguenza, non è quella di geografia politica. Entrambe le opzioni non convincono.

La chiamata alle armi, infatti, oltre che all'unione, guarda ad un intendimento che diventa più chiaro scorrendo le strofe successive: «fummo derisi» non da noi stessi, ma da "altri" e, infatti, è contro lo straniero che debbono levarsi le armi: «giuriamo far libero il suolo natio».

⁹² E non della l. 17 marzo 1861 n. 4671, la quale è abrogata e anzi incompatibile con l'art. 139 Cost. nel momento in cui attribuisce – quale unico contenuto della legge – il titolo di Re d'Italia a Vittorio Emanuele.

⁹³ Il verbo "credere" non è scelto casualmente e dimostra che si tratta di una percezione. L'Italia ha oggettivamente perduto dei territori rispetto a quelli che storicamente furono italiani, ma non esiste un sentimento revanchista. Una delle tante petizioni di principio che si sono incontrate in questo breve studio.

⁹⁴ Senza menzionare la Repubblica di San Marino, Stato preunitario sopravvissuto all'unione d'impulso piemontese e il Canton Ticino, per il quale non si è mai posto il problema se l'appartenenza alla Confederazione elvetica sia da collocarsi in termini storici di libera adesione o per altre ragioni: ad esempio – e solo per ipotesi – a causa dell'espansione (dunque, dell'aggressione) cinquecentesca dell'allora confederazione di lingua germanica verso l'Italia, culminata nella battaglia di Marignano, che riportò il ducato di Milano nell'area di influenza francese.

Ecco, dunque, che iniziano ad emergere i caratteri dell'inno e gli intendimenti sottesi al testo, sottolineati da una musica vigorosa, marziale e battagliera.

Il richiamo alle armi è senza quartiere, senza pausa, impegna i civili al pari dei militari regolari, invoca innanzitutto l'unione di sangue, innegabile, fraterna, come necessaria e propedeutica all'unione politica, nell'ottica di un piano trascendente, divino, che vuole l'Italia unita e libera dallo straniero.

A questo punto del ragionamento, è necessaria una minima pausa al fine di chiarire un punto essenziale. Dato che i caratteri dell'inno di Mameli sono quelli appena accennati, vi è un'alternativa fondamentale: o essi vengono contestualizzati su un piano puramente storico ed ideale, oppure vengono considerati come elementi da leggere e contestualizzare nell'oggi. Seguendo la prima ottica, resta ben possibile intendere il richiamo alle armi come uno spunto ottocentesco, che non riguarda l'Italia del terzo millennio; l'unità come obiettivo simbolico, storicamente raggiunto; e così via, fino a dipingere un inno che viene inteso con piena (e, si crede, esclusiva) consapevolezza del contesto d'allora. Ma vi è anche la possibilità di confrontare l'inno con la sensibilità, i valori e – soprattutto per quanto qui attiene – le norme di oggi. Ecco, dunque, il nucleo del problema: quali valori leggere nell'inno e come coordinarli, sia tra loro sia con altri valori, principi e norme.

Si propone, dunque, un'*ipotesi* di studio: si prenda, per un momento, l'inno di Mameli per ciò che letteralmente dice e si consideri che il suo testo è – o, se si vuole, può essere inteso come – perfettamente contrario nello spirito a più recenti coordinate valoriali veicolate da altre fonti, anche giuridicamente rilevanti.

Per usare termini abituali, l'inno di Mameli risulta – o, sempre se si vuole, può essere inteso come – a) sovranista; b) non pacifista; c) tutt'altro che inclusivo, anzi divisivo, perché presuppone e

promuove la divisione per appartenenze etniche (i "fratelli" d'Italia – come legame di sangue – in opposizione allo straniero dominatore e ostacolo alla libertà); d) non pluralista né laico sotto il profilo religioso; e) non rispettoso delle pari opportunità tra uomini e donne ed infine f) palesemente inconciliabile con l'europesismo nel momento in cui nello "straniero" sono ricompresi altri popoli d'Europa.

Ognuna delle affermazioni fatte merita commento specifico: per "sovranista" si intende che non solo presuppone che la sovranità appartenga al popolo così come vuole l'art. 1 Cost., ma che identifica come dirimente la distinzione tra cittadino e straniero, in funzione di una costruzione dell'identità nazionale per differenza rispetto agli "altri", e legge la libertà come autodeterminazione escludente. L'Italia vittoriosa si è risvegliata dal torpore della dominazione e rivendica in armi la propria libertà contro il nemico straniero.

L'insistito richiamo alle armi e alla morte in battaglia si pone in rapporto problematico con l'art. 11 Cost. e il ripudio della guerra come «strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali». L'argomento è delicato sotto più profili, ma si ipotizzi che esista una porzione di territorio "irredento" nel senso ottocentesco e novecentesco del termine, nel quale vivono italiani sotto una sovranità diversa da quella italiana. L'inno nazionale è inequivocabile nel suggerire la soluzione armata per la libertà di quella porzione di popolo italiano ancora sotto il dominio straniero, mentre l'art. 11 suggerisce maggiore cautela. Se anche non fosse un'offesa "alla libertà di *altri* popoli" poiché sarebbe sempre il popolo italiano ad autodeterminarsi, è indubbiamente problematico che la risoluzione di una controversia internazionale così delicata sulla sovranità di un territorio conteso sia risolta con una rivolta popolare supportata

dalle istituzioni repubblicane o con un intervento armato dell'esercito italiano, soprattutto nel caso in cui la porzione di popolo italiano dominato dallo straniero e il territorio irredento siano governati da una democrazia europea, elemento che toglierebbe legittimità (forse contestabile in ogni caso) ad un intervento internazionale umanitario.

La quarta strofa specifica quali siano gli esempi di riferimento. Agli occhi di un osservatore odierno, il riferimento per eccellenza è – in verità – il Risorgimento. Tuttavia, per Mameli e Novaro, che scrivevano prima o al principio degli avvenimenti dell'unità d'Italia, parve opportuno segnalare gli episodi e i luoghi seguenti: Legnano è il luogo dove si svolse la battaglia attraverso la quale la Lega Lombarda nel 1176 sconfisse l'imperatore Federico Barbarossa; Ferruccio non è un nome di battesimo ma è il cognome del condottiero fiorentino Francesco (noto anche come Ferrucci), morto nel 1530, che lottò per la repubblica fiorentina contro le truppe dell'imperatore Carlo V d'Asburgo; Balilla è il soprannome del bambino che il 5 dicembre 1746 (almeno nella leggenda) scagliò un sasso contro i soldati stranieri che occupavano Genova, dando inizio ad una rivolta popolare che liberò la città dalle truppe austriache⁹⁵. Le campane dei vespri siciliani chiamarono il popolo all'insurrezione contro i francesi il 30 marzo 1282.

Non è questa la sede per disquisire di storia, ma ci si può porre il problema se queste battaglie forniscano un esempio istruttivo, o, in senso più neutrale, che tipo di esempio forniscano: la Lega Lombarda si opponeva al potere imperiale, ma, da parte sua, l'imperatore vantava diritti derivantigli dalla titolarità dell'impero e dalla stessa richiesta d'intervento da parte di alcuni contendenti

⁹⁵ È da precisare, qui, che la Repubblica di Genova aveva dichiarato guerra al solo Piemonte dei Savoia, quindi la guerra era tutta italiana tra Stati sovrani. Il Piemonte era alleato dell'Austria e di conseguenza furono le truppe austriache a occupare Genova, peraltro comandate da un italiano, anzi da un genovese. Due secoli prima, anche Ferruccio venne ucciso da Maramaldo, un italiano, ma il tema della guerra tra italiani e tra Stati italiani viene messo in sordina nella ricostruzione poetica.

sulla scena italiana; la repubblica fiorentina del Ferrucci nacque nel 1527 cacciando i signori medicei, in temporanea difficoltà; le rivolte popolari di Genova e Palermo non presupponevano nemmeno uno scontro tra soggetti paritari – sovrani – ma uno scontro asimmetrico tra truppe regolari dell'epoca e popolani.

Due sono i messaggi da questa decisiva strofa bellica, dunque: la rivolta armata senza quartiere contro lo straniero e la giustificazione del principio di autodeterminazione dei popoli come libertà ad ogni costo, da ottenere attraverso la forza e la ribellione. Si tratta di principi di non facile gestione, non incoerenti con una Repubblica per la quale uno dei miti fondativi è la Resistenza, ma problematici. Mameli evoca occupazioni militari straniere, ma perché non considerare anche forme di occupazione diverse – moderni “giochi stranieri” contro i quali ribellarsi – tra cui quella commerciale, ideologica o culturale, o magari la stessa massiccia presenza fisica di cittadini stranieri sul territorio italiano? Si obietterà che ciò è incompatibile con altri valori, ma il punto in discussione non sono i valori propugnati dalla Repubblica, bensì quelli veicolati dall'inno nazionale come simbolo di quella medesima Repubblica. Insomma, il meccanismo dell'identificazione di un'identità nazionale da contrapporre a quella straniera è di facile attivazione ma di difficile prevedibilità quanto ad effetti. Proprio il caso del Risorgimento è significativo, poiché insieme a governi “stranieri” – per quanto legittimi – vennero rovesciate dinastie non solo legittimamente regnanti, ma italiane.

Si ritiene, con ciò, di aver dimostrato anche l'affermazione *sub f)*: l'identità italiana risorgimentale e gli esempi di Mameli sono stata affermati contro stranieri europei, in particolare l'impero austriaco contro il quale è rivolta l'ultima strofa, l'unica che non parla di “noi” popolo italiano ma di “loro” austroungarici. Si tornerà sul punto per specificare un importante dettaglio.

Quanto all'affermazione *sub c)* le parole iniziali, il "titolo" abituale dell'inno, sono chiare: Fratelli d'Italia. Il sentimento di fratellanza indubbiamente comporta parità e un rapporto schietto e sincero, ma presuppone un legame particolarmente intenso. Si è fratelli in quanto figli degli stessi genitori, e basta condividere un solo genitore perché si applichi la definizione – sgradevole – di fratellastri. Se la fratellanza non è di sangue, può essere anche ideologica o religiosa ma, di nuovo, si presuppone un rapporto intenso, esclusivo e irrinunciabile.

Poiché nella logica che muove l'inno i fratelli sono chiamati a combattere e morire insieme per la patria comune, può porsi il problema di quale "cittadinanza" sia compatibile con l'inno nazionale. Parrebbe, infatti, che una cittadinanza allargata, multiculturale, possa costituire, almeno potenzialmente, un ostacolo a quell'identità assoluta di vedute che giustifica il sacrificio della propria vita alla causa.

A ciò si può obiettare che la società per la quale scriveva Mameli non è quella del principio del XXI secolo, ma all'obiezione si risponde che le parole sono rimaste identiche e la mancanza di una riflessione sul punto non risolve, di per sé, i dubbi interpretativi.

Il profilo religioso è esplorato sia nella prima che nella terza strofa: l'Italia fu "creata" "schiava di Roma" da "Iddio". Ancora, «l'Unione, e l'amore / Rivelano ai Popoli / Le vie del Signore» e la lotta armata contro il nemico oppressore è ben vista, poiché «Uniti per Dio / Chi vincer ci può?». La divinità che presuppone Mameli innanzitutto esiste, dopodiché è un soggetto terzo rispetto al genere umano, è un creatore, interviene consapevolmente nella storia, manifesta una propria volontà, la quale è riconoscibile, giusta e doverosa. Non tutte le fedi si possono riconoscere in una divinità similmente caratterizzata e persino il riferimento più immediato, il Dio cristiano e cattolico, nel metro della sensibilità odierna non pare pronto a

giustificare qualsiasi lotta armata. Nel contempo, però, al cittadino di qualunque fede, compreso quello di nessuna fede, è richiesto di cantare un inno palesemente teista.

Quanto rilevato *sub e)* non viene abitualmente evidenziato, a differenza, ad esempio, di quanto avvenuto in Austria, dove è stata realizzata una scrupolosa modifica del testo dell'inno. I riferimenti testuali dell'inno sono tutti al maschile. Non è questa la sede per riprendere i capi della riflessione sul fatto che il genere maschile possa adeguatamente comprendere uomini e donne, anche perché il testo di Mameli non sembra minimamente interessato a puntualizzare questo aspetto, nemmeno implicitamente. Esordisce, infatti, con un perentorio "Fratelli" invece di un politicamente più corretto "Sorelle e fratelli"; gli esempi storici che porta sono – oltre che tutti afferenti alla sfera militare e guerresca – tutti al maschile: Scipione, Ferruccio, Balilla. Su quest'ultimo esempio, è da rimarcare che i "bimbi" d'Italia sono così soprannominati, e non "le bimbe e i bimbi", e, ancora, che «ogn'uom di Ferruccio ha il cuore e la mano» e non «ogni donna e ogni uomo»⁹⁶.

Accanto a questi profili interpretativi, si segnalano ancora tre possibili aspetti problematici. Il richiamo alla schiavitù romana, il dileggio dell'aquila austriaca, l'insistenza sulla morte.

Quanto all'Italia "schiava di Roma" l'unica possibile lettura giuridica valida è quella dell'art. 114, co. 3° Cost. e il riconoscimento che «Roma è la capitale della Repubblica. La legge dello Stato disciplina il suo ordinamento». Tuttavia, nemmeno si potrebbe ipotizzare che, in punta di diritto, Roma sia o possa essere l'unica possibile capitale d'Italia. Piuttosto, lo è "naturalmente", con tutti i problemi che l'utilizzo di questo avverbio comporta nel diritto moderno.

⁹⁶ Secondo E. GAIARDONI, *Mameli vince sempre*, in *Il Giornale*, 15 novembre 2017, sarebbe esistita una strofa al femminile, cassata dallo stesso Mameli prima ancora di presentare il testo a Novaro, del seguente tenore: «Tessete o fanciulle / bandiere e coccarde / fan l'alme gagliarde / l'invito d'amor».

Sicuramente lo è per tradizione storica⁹⁷ e per disposizione costituzionale esplicita, ma collegare l'esistenza della sovranità italiana, cioè l'Italia come Stato, alla sua capitale parrebbe provare troppo⁹⁸.

Un secondo punto rilevante è che si fa implicitamente (ma stringentemente) conto che l'odierna Repubblica austriaca non consideri rivolte a sé le offensive parole dell'ultima strofa – «le spade vendute» dell'«aquila d'Austria» che già «le penne ha perdute» – e che altrettanto tollerante sia la Russia, per l'accostamento col «cosacco» con cui l'Austria bevé il «sangue polacco».

«L'Austria era in declino (le spade vendute sono le truppe mercenarie, deboli come giunchi) e Mameli lo sottolinea fortemente: questa strofa, infatti, fu in origine censurata dal governo piemontese. Insieme con la Russia (il cosacco) l'Austria aveva crudelmente smembrato la Polonia. Ma il sangue dei due popoli oppressi si fa veleno, che dilania il cuore della nera aquila d'Asburgo»⁹⁹. L'aquila d'Asburgo, come noto, era bicipite. A differenza dei governanti del Piemonte, che si posero il problema di censurare proprio l'ultima strofa, il legislatore repubblicano ufficializza le parole di Mameli per intero senza – per quanto è dato vedere – ponderare che la odierna Repubblica austriaca, Stato confinante, pari membro dell'Onu e dell'UE ha, tra i suoi simboli ufficiali, un'aquila. A differenza di quella imperiale, l'aquila dell'Austria repubblicana ha una testa sola, ma è pur sempre pennuta e nera¹⁰⁰.

⁹⁷ S'intende, dal 1870. Prima di quella data Roma era legittimamente capitale di un altro Stato, quello pontificio, in seguito debellato.

⁹⁸ Come sarebbe se l'alternativa fosse: "Italia schiava di Roma" o nulla. Sul concetto di schiavitù è necessario sorvolare totalmente e non dare a quel termine nessuna possibile interpretazione che contrasti con l'art. 5 Cost.

⁹⁹ www.quirinale.it/qrnw/simboli/inno/inno.html

¹⁰⁰ La quale è disciplinata dal combinato disposto dell'art. 8a, par. 2 *Bundes-Verfassungsgesetz* specificato dal § 1 *Das Wappen der Republik Österreich* della legge *Bundesgesetz vom 28. März 1984*

Dunque, per petizione di principio, al fine di evitare una diretta offesa di un simbolo di uno Stato sovrano, l'aquila d'Austria dell'inno di Mameli non può che essere quella bicipite. Resta il fatto che costituiscano parole sferzanti rivolte ad un simbolo storico le cui tracce non sono totalmente scomparse¹⁰¹.

Infine, l'insistenza della parola "morte" nelle ripetizioni delle porzioni di testo necessitate dalla metrica musicale non è un elemento secondario. Ne sono stati ben consapevoli, in tempi recenti, nientemeno che due Presidenti del Consiglio dei Ministri.

Nel 2009 Silvio Berlusconi, Presidente del Consiglio in carica, in chiusura di un importante evento di partito, il congresso fondativo del Popolo della libertà, nel cantare in coro con tutti i dirigenti e i principali esponenti politici l'inno nazionale dal leggio dell'oratore al centro del palco, al momento dell'ultima ripetizione del "siam pronti alla morte" accennò con la mano destra verso il pubblico ad un'oscillazione che nel linguaggio – convenzionale, ma inequivocabile, dei gesti – significa "non tanto" oppure "così così". Alla cerimonia di inaugurazione dell'Esposizione universale (Expo) di Milano del 2015 l'intervento del Presidente del Consiglio Matteo

über das Wappen und andere Hoheitszeichen der Republik Österreich (Wappengesetz) e relativo allegato 1.

Così la descrizione esatta dell'aquila a una testa nell'art. 8a: «(2) Das Wappen der Republik Österreich (Bundeswappen) besteht aus einem freischwebenden, einköpfigen, schwarzen, golden gewaffneten und rot bezungten Adler, dessen Brust mit einem roten, von einem silbernen Querbalken durchzogenen Schild belegt ist. Der Adler trägt auf seinem Haupt eine goldene Mauerkrone mit drei sichtbaren Zinnen. Die beiden Fänge umschließt eine gesprengte Eisenkette. Er trägt im rechten Fang eine goldene Sichel mit einwärts gekehrter Schneide, im linken Fang einen goldenen Hammer».

¹⁰¹ Come potrebbe essere problematico, ad esempio, che l'inno di una nazione straniera ponga il proprio simbolico confine in terra di sovranità italiana. Era il caso dell'inno tedesco, nella prima strofa del *Lied der Deutschen* e dell'Adige come confine meridionale (sotto il nome di *Etsch*). Di nuovo, non sembri irrisorio citare l'inno parodistico (e, nel complesso, diffamatorio) del film *Borat* citato alla nota 18: valga come esempio ad assurdo domandarsi quale sia l'autentica differenza di un inno che recita «Kazakhstan friend of all except Uzbekistan, / they very nose people with bone in their brain» rispetto ad un altro che recita «Già l'aquila d'Austria / Le penne ha perdute». Isolate dal contesto, le due citazioni mostrano un'ironia diversa, una sensibilità diversa ma il medesimo intento: diffamare un Paese vicino. Il primo appartiene ad una parodia, il secondo è sancito dalla legge. In altro ambito e con riferimento a una strofa già "impresentabile" il parallelo seguente: «Kazakhstan greatest country in the world / all other countries are run by little girls» e «Deutschland über alles in der Welt». Il confine tra la parodia grottesca e la celebrazione è vicino, come, da sempre, è bene evidente nella satira.

Renzi iniziò con le parole «l'Italia s'è desta, siam pronti alla vita»¹⁰² riprendendo così le parole appena cantate da un coro di bambini, che a loro volta avevano eseguito l'inno nazionale con le parole modificate¹⁰³.

Con uno stile diverso e in contesti diversi, entrambi hanno sottolineato che l'enfasi sulla morte stride con la sensibilità moderna e che il ritornello che ripete «stringiamci a coorte, siam pronti alla morte» rappresenta un invito problematico.

Infine, un ulteriore aspetto da analizzare è il coordinamento tra gli inni regionali e quello nazionale.

Chi vive in "paradiso" (Marche e Sicilia) ha davvero pochi motivi per votarsi alla morte, sia pure gloriosa. Così il tema della religiosità sottesa al testo di Mameli non si collega al carattere laico dei paradisi regionali e, in particolare, degli "dei" della Sicilia. Ancora, la promozione di una patria regionale ulteriore rispetto a quella nazionale non è problematica se la concezione non diviene alternativa, altrimenti viene vulnerato lo stesso concetto di unità nazionale sancito dall'art. 5 Cost. Quanto è disgregatrice rispetto all'identità nazionale l'azione istituzionale delle Regioni nel sedimentare un forte sentimento d'appartenenza regionale?¹⁰⁴ La

¹⁰² M. VENTURINI, *Expo 2015: da "siam pronti alla morte" a "siam pronti alla vita", l'inno di Mameli modificato per ragioni di marketing*, in *Il fatto quotidiano*, 1 maggio 2015, www.ilfattoquotidiano.it.

¹⁰³ *Expo 2015, cambia l'inno di Mameli: "siam pronti alla vita"*. Matteo Renzi approva e la moglie Agnese si commuove, in *Huffington Post*, 1 maggio 2015 (www.huffingtonpost.it). In altra occasione *Expo: l'Inno di Mameli modificato, l'arrangiatore: «Renzi lo sapeva»*, in *Corriere della Sera*, 1 maggio 2015 (milano.corriere.it) si attribuisce l'idea all'arrangiatore del brano o alla di lui consorte V. MACIOCE, *Ma che tristezza quell'Inno cambiato per il marketing*, in *Il giornale*, 3 maggio 2015 (www.ilgiornale.it). La "commozione", l'inadeguatezza del "siam pronti alla morte" cantato da bambini oltre che negare la rima (coorte/morte), oltre che privare di senso la frase (stringiamci a coorte, siam pronti alla vita), non tiene in conto il Balilla citato in una delle strofe successive, bambino che non si fa scrupolo di combattere (e, quindi rischiare la vita al pari di un adulto) per la Patria, anzi che si prende la responsabilità di iniziare un moto popolare.

¹⁰⁴ Risulta interessante la lettura del seguente passaggio della Corte costituzionale (riferita alla bandiera): «con la sentenza n. 365 del 1990, questa Corte ha riconosciuto alle Regioni la competenza a legiferare in materia di adozione e definizione dei propri simboli anche in assenza di una espressa previsione statutaria, individuandone il generale fondamento nel principio di autonomia enunciato dall'art. 5 Cost., in relazione agli artt. 115 e seguenti Cost.: principio "teso a conferire il massimo rilievo alle collettività locali e [...] particolarmente a quelle regionali, come soggetti reali del nostro ordinamento (che risulta unitariamente dalla loro molteplicità), punti sicuri di riferimento della sua consistenza democratica". La portata del principio stesso, così individuata, "implica che non può non ritenersi contenuto minimale dell'autonomia della regione il potere di scegliere i segni più idonei a distinguere l'identità stessa della collettività che essa rappresenta"» (sent. 183/2018). Parrebbe

risposta doverosa è che le due identità si sovrappongono e non si ostacolano, nell'ambito del riconoscimento delle autonomie locali sempre di cui all'art. 5 Cost., ma l'affermazione è certamente vera solo sul piano giuridico formale: se si entra in un'analisi sostanziale rimane una petizione di principio per cui tutto si tiene sul piano dell'unità e indivisibilità della Repubblica perché altrimenti non potrebbe essere.

Si sostiene che «è altamente educativo che i giovani d'Italia conoscano e imparino a cantare quegli inni, che così efficacemente concorsero ad infiammare le ardenti ispirazioni patriottiche del periodo glorioso del nostro risorgimento. In queste armoniose canzoni, tuttora vibranti d'amor patrio, aleggia uno spirito d'ideale libertà, che tanto giova rinverdire in un'epoca, in cui un generale risveglio di sano patriottismo va traendo irresistibilmente gli animi verso nuovi destini di gloria» e ancora che «indiscussa è l'efficacia educativa della musica corale nella scuola. Essa infonde negli alunni sentimenti nobili e forti, risveglia ideali nel culto delle memorie sacre, incita alla virtù civile ed eroica e, se regolata con arte, si vale di quei canti, che di questi sentimenti sono la più viva espressione. E tali appunto sono gli inni della Patria.»¹⁰⁵

potersi concludere che *mutatis mutandis*, la Regione possa scegliere l'inno che le è più congeniale senza per questo minimamente ledere l'identità nazionale. Tuttavia, nella decisione citata l'argomento è citato per sostenere la tesi esattamente opposta, tale per cui «l'unità e indivisibilità della Repubblica, costituzionalmente imposte come tratti che qualificano lo Stato-soggetto espressivo della comunità nazionale, comportano che le Regioni non possano avanzare la pretesa di affiancare imperativamente alla bandiera della Repubblica, configurata quale elemento simbolico "tipizzante", i vessilli delle autonomie locali». Di nuovo, applicando il ragionamento alla musica, si trae che l'inno regionale non può essere alternativo a quello nazionale. Si risponde, dunque, alla domanda posta in testo: quanto è disgregatrice rispetto all'identità nazionale l'azione istituzionale delle Regioni nel sedimentare un forte sentimento d'appartenenza regionale? Non è disgregatrice perché non può esserlo. È evidente che ciò configura un'ulteriore petizione di principio tra quelle incontrate. Sulla sent. 183/2018, v.: R. DICKMANN, *Tricolore italiano e bandiere locali nella Costituzione e nella giurisprudenza costituzionale*, in *Forum costituzionale*, 2018; G. DELLEDONNE, *Obblighi di esposizione di bandiere regionali nella Repubblica una e indivisibile: a proposito della sentenza n. 183/2018 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2018, p. 393 ss.; C.P. GUARINI, *Sul ponte sventola bandiera... veneta. Notazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 182 del 2018 sull'utilizzo di bandiera e simboli ufficiali delle regioni*, in *Dirittifondamentali.it*, 2018; P.I. D'ANDREA, *L'uso delle bandiere regionali e i simboli dell'unità: alcune precisazioni dalla Corte costituzionale*, in *diritticomparati.it*, 2018.

¹⁰⁵ G. VISONÀ, *Inni nazionali*, cit., p. 2.

Si può condividere che i canti oggi ispirino «un generale risveglio di sano patriottismo [...] verso nuovi destini di gloria»? Eppure, anche per chi scrive davvero «indiscussa è l'efficacia educativa della musica corale nella scuola».

In verità, pare non esserci chiarezza sui fondamenti storici e ideali dell'inno di Mameli¹⁰⁶ o, peggio, pare che essi debbano essere interpretati (usuale, ormai, petizione di principio) ed insegnati in un certo modo. In particolare, sarebbe da preferirsi una lettura ideologizzata che non ammetta – ad esempio – le disarmonie che – quantomeno a titolo di ipotesi di studio – sopra si sono rilevate e argomentate. L'unica possibile lettura consiste nel «ricordare e promuovere, nell'ambito di una didattica diffusa, i valori di cittadinanza, fondamento di una positiva convivenza civile, nonché di riaffermare e consolidare l'identità nazionale attraverso il ricordo e la memoria civica»¹⁰⁷.

L'ipotesi di lettura che si è proposta pare non accettabile non tanto perché non sia argomentabile nel nostro ordinamento o non sia fondata sul dato testuale, ma perché essa non è ideologicamente possibile. È necessario depotenziare le eventuali contraddizioni, ricondurre spinte opposte a unità, sfumare significati o accenti che possano essere marcati. In sintesi, è necessaria una lettura ideologicamente orientata. Anche l'altra lettura, quella di mera storicizzazione, che non si è commentata, pare debole, in quanto si risolverebbe nel celebrare un inno che nulla ha a che vedere con l'oggi, negando, di conseguenza, uno dei caratteri fondamentali dei simboli, quello di unire l'esistente.

¹⁰⁶ L. 222/12, art. 1, co. 2: «Nell'ambito delle iniziative di cui al comma 1, è previsto l'insegnamento dell'inno di Mameli e dei suoi fondamenti storici e ideali».

¹⁰⁷ Art. 1 co. 3 l. cit.: «per i fini di cui ai commi 1 e 2, la Repubblica riconosce il giorno 17 marzo, data della proclamazione in Torino, nell'anno 1861, dell'Unità d'Italia, quale "Giornata dell'Unità nazionale, della Costituzione, dell'inno e della bandiera", allo scopo di ricordare e promuovere, nell'ambito di una didattica diffusa, i valori di cittadinanza, fondamento di una positiva convivenza civile, nonché di riaffermare e consolidare l'identità nazionale attraverso il ricordo e la memoria civica.»

Il percorso seguito sin qui non è volto a dimostrare il “vero significato” dell’inno, né nell’uno né nell’altro senso, piuttosto dimostra come la legge ponga – indirettamente quanto a contenuti, ma con estrema chiarezza ad un’analisi ravvicinata e attenta – i termini di una lettura storico-politica ben determinata. L’unica conclusione, metodologica, che può trarsi è tale per cui il simbolo (l’inno) fa da trattino d’unione, nientemeno, che tra il diritto (lo Stato ordinamento) e il pensiero (di ogni singolo consociato): ottenendo, con ciò, un risultato estremamente interessante già solo per il meccanismo che disvela.

È il caso, dunque, di scomodare una parola poco utilizzata, ma che pare adatta: l’inno nazionale è uno strumento di propaganda. Poiché la conclusione è metodologica, è bene precisare che non si dà a tale termine un significato negativo, ma semplicemente il suo significato proprio, cioè di influenza ideologicamente orientata.

Nel caso italiano, tuttavia, l’opera di propaganda veicolata appare profondamente perplessa – per prendere in prestito una definizione derivante dalle figure sintomatiche dei vizi degli atti amministrativi –, in quanto propone messaggi contrastanti. Un inno sovranista in un contesto europeista, un inno guerresco in un contesto pacifista, un inno al maschile in un contesto di linguaggio particolarmente attento al genere, e così via. Il risultato non è a somma zero, cioè le spinte non si controbilanciano tra loro, né si risolvono in un pluralismo *à la carte* in cui ciascuno sceglie il messaggio che gli è più confacente. Semplicemente, il messaggio rimane perplesso e forse persino contribuisce al (contro)mito dell’incompletezza dell’identità italiana. Un risultato non auspicabile, che dovrebbe far riflettere innanzitutto sulle energie e le risorse spese dagli apparati dello Stato, compresa la scuola, per veicolare messaggi disomogenei, se non addirittura contrastanti.

La mancanza di una riflessione critica – anche giuridica, in quanto il diritto è utilizzato come mezzo¹⁰⁸ – non contribuisce né a disvelare né a potenziare la propaganda: è, con ogni probabilità, questo l'aspetto più facilmente rimediabile ma, paradossalmente, il più difficile da cogliere senza rimuovere i filtri di pensiero dovuti all'azione propagandistica.

¹⁰⁸ Lo conferma, nemmeno indirettamente, l'on. D'Ottavio, promotore quando ritiene che sia «compito [...] di un Parlamento fare in modo che l'inno sia cantato alle partite della nazionale, ma anche che sia l'inno che tutti gli italiani rispettano, perché si rispetta il nostro Paese». La legge è lo strumento attraverso il quale trasformare una volontà in sentimento. Oltretutto, disciplinando un simbolo si vuole intervenire sull'oggetto cui il simbolo è riferito.

Appendice: i testi

Fratelli d'Italia

Fratelli d'Italia
 L'Italia s'è desta,
 Dell'elmo di Scipio
 S'è cinta la testa.
 Dov'è la Vittoria?
 Le porga la chioma,
 Ché schiava di Roma
 Iddio la creò.
 Stringiamci a coorte
 Siam pronti alla morte
 L'Italia chiamò.

Noi siamo da secoli
 Calpesti, derisi,
 Perché non siam popolo,
 Perché siam divisi.
 Raccolgaci un'unica
 Bandiera, una speme:
 Di fonderci insieme
 Già l'ora suonò.
 Stringiamci a coorte
 Siam pronti alla morte
 L'Italia chiamò.

Uniamoci, amiamoci,
 l'Unione, e l'amore
 Rivelano ai Popoli
 Le vie del Signore;
 Giuriamo far libero
 Il suolo natio:
 Uniti per Dio
 Chi vincer ci può?
 Stringiamci a coorte
 Siam pronti alla morte
 L'Italia chiamò.

Inno delle Marche

Nel cuore avrò i monti azzurri,
 Il mare e poi le verdi terre...

Dall'Alpi a Sicilia
 Dovunque è Legnano,
 Ogn'uom di Ferruccio
 Ha il core, ha la mano,
 I bimbi d'Italia
 Si chiaman Balilla,
 Il suon d'ogni squilla
 I Vespri suonò.
 Stringiamci a coorte
 Siam pronti alla morte
 L'Italia chiamò.

Son giunchi che piegano
 Le spade vendute:
 Già l'Aquila d'Austria
 Le penne ha perdute.
 Il sangue d'Italia,
 Il sangue Polacco,
 Bevé, col cosacco,
 Ma il cor le bruciò.
 Stringiamci a coorte
 Siam pronti alla morte
 L'Italia chiamò

Regione mia, luogo d'arte e
 poesia,

se io domani dovessi andar via,
vivrei soltanto per ritornare...
Perché ogni giorno io penso a
te

Ovunque vai, ritroverai
gente serena e libertà
Piccoli borghi e operose città
L'anima immensa del grande
poeta
che ha illuminato la nostra vita
sempre vivrà per l'eternità

se ritorni
se ritorni
tu ritrovi il sorriso

Montagnes valdôtaines

Montagnes valdôtaines
Vous êtes mes amours,
Hameaux, clochers, fontaines,
Vous me plairez toujours.

Rien n'est si beau que ma
patrie,
Rien n'est si doux que mon
amie.

Madreterra

Sei tu il sorriso che fa ritornare
sei la Montagna di cui senti il
cuore
con l'universo non ti cambierei!
Madreterra di Uomini e Dei
Sei tu l'inverno che riesce a
scaldare
L'estate antica che fa
innamorare
sei la cometa che io seguirei
Madreterra di Uomini e Dei
Sicilia terra mia
triangolo di luce in mezzo al
mondo

la regione delle Marche:
il Paradiso

se rimani
se rimani
da domani vivrai
tutto un mondo di felicità

Ovunque andrai respirerai
un grande senso di dignità
I paesaggi del gran Raffaello
Puoi rivedere passando di
qua
Sono le Marche la terra mia
Luogo di pace e di umanità

Ô montagnards
Chantez en chœur de mon
pays
La paix et le bonheur.

Haltelà, haltelà, haltelà
Les montagnards sont là.

Sicilia terra mia
un sole onesto che non ha
tramonto!
Sicilia sei così... il paradiso è
qui!

Tra le tue braccia è nata la
Storia
sulla tua bocca «Fratelli
d'Italia»!
e per difenderti io morirei
Madreterra di Uomini e Dei
Sicilia terra mia

triangolo di pace per il mondo
Sicilia terra mia
tu «rosa aulentissima» nel
tempo
Sicilia terra mia
bandiera liberata in mezzo al
vento
Sicilia sei così... il paradiso è
qui!

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

2020 - Anno XLI

ORGANISMI DI DIRITTO PUBBLICO: LA PROBLEMATICAZIONE INTERPRETAZIONE DEL REQUISITO TELEOLOGICO

di Ersilia Sanginario

Sommario: — 1. Introduzione — 2. Nozione e disciplina degli organismi di diritto pubblico — 3. L'influenza pubblica dominante — 4. La personalità giuridica — 5. Il requisito teleologico

1. Introduzione

L'obiettivo europeo, volto alla realizzazione di un mercato unico, il cui principale fondamento consiste nel rispetto e nella tutela della concorrenza, ha imposto il divieto per gli Stati membri di apprestare aiuti finanziari alle imprese, così da non turbare l'equilibrio che deve crearsi tra gli operatori economici. Di conseguenza, è scaturito un cambiamento nel diritto pubblico dell'economia, che ha portato lo Stato ad usufruire, sempre più, di strumenti privatistici nell'erogazione di servizi; non potendo più intervenire in maniera diretta sul mercato, sono sorti nuovi soggetti di diritto, modificando, in questo modo, l'apparato dell'attività di gestione dell'impresa pubblica.¹ L'utilizzo di strumenti appartenenti alla sfera del diritto privato, in luogo dei poteri autoritativi, sopperisce alla necessità di svolgere l'esercizio dell'impresa in maniera più efficace ed efficiente,

¹ DEODATO C., *Le società pubbliche. Il regime dei contratti*, in www.giustamm.it.

nonché di conformarsi ai principi europei, che disapprovano ogni forma di vantaggio in favore delle amministrazioni pubbliche che svolgono attività concorrenziali.² Per cui, questi nuovi soggetti che operano sul mercato, in seguito al fenomeno delle privatizzazioni e delle ibridazioni dei modelli amministrativi, hanno creato dei veri e propri fenomeni di "smembramenti amministrativi"³, contribuendo a creare una situazione incerta. Per tale ragione, si è sentita la necessità di operare un inquadramento per queste categorie di soggetti, cercando di individuare delle caratteristiche tali da discernere la natura pubblica o privata di un determinato operatore economico⁴. Nasce, in questo modo, la figura dell'organismo di diritto pubblico, avente la finalità di classificare quei soggetti che, pur essendo formalmente privati, sono caratterizzati da una forte ingerenza del potere pubblico, tanto da farli entrare nel novero delle amministrazioni aggiudicatrici tenute all'applicazione della normativa sull'evidenza pubblica. Tale categoria di derivazione comunitaria è stata creata con lo specifico intento di evitare, nel numero maggiore di casi, ipotesi di elusioni delle norme sull'aggiudicazione di contratti pubblici. Con l'organismo di diritto pubblico si snida "la pubblicità reale che si nasconde sotto diverse forme"⁵, così da evitare che il regime concorrenziale sia falsato per l'attività di soggetti, che pur appartenendo formalmente a categorie di diritto privato, non seguano gli schemi tipici imprenditoriali⁶.

2. Nozione e disciplina di organismi di diritto pubblico

² MITROTTI A., *Natura giuridica della Figc come organismo di diritto pubblico*, in *Diritto.it*, 2017, pp. 2-3.

³ MAMELI B., *L'organismo di diritto pubblico. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003, p. 1.

⁴ MERUSI F., *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012, p. 52.

⁵ TORREGROSSA, *Gli appalti nel settore energetico*, in *Rass. giur. enel*, 1994, p. 3.

⁶ Corte di Giustizia, sentenza del 1/2/2001, causa 237/99.

Il primario obiettivo della politica unionale, ovvero la creazione di un mercato unico, era inizialmente tutelato tramite una disciplina che prevedeva tassativamente le cosiddette "amministrazioni aggiudicatrici", ovvero quei soggetti pubblicistici che, per la loro natura, devono seguire regole differenti dai soggetti privati, in modo da non alterare l'equilibrio concorrenziale, essenziale per le finalità europee. La fonte di riferimento era la direttiva comunitaria 71/305/CEE, in materia di appalti, la quale annoverava tra i soggetti destinatari delle sue prescrizioni lo Stato, gli enti pubblici territoriali e le sole persone giuridiche incluse rigorosamente nell'allegato I⁷. Per quanto tale sistema tassativo garantisse la certezza del diritto, non riusciva però a soddisfare la reale finalità di tutela della concorrenza, in quanto rimanevano esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva, quei soggetti che, pur avendo delle caratteristiche tipiche degli enti pubblicistici, non possedevano i requisiti formali, previsti dalla normativa europea, per definirsi tali.⁸ Così, al fine di evitare possibili elusioni della normativa comunitaria e distorsioni della concorrenza, la Corte di Giustizia, con la sentenza Beentjes del 20/9/1988, causa 31/87⁹, inizia l'opera di ampliamento del novero

⁷ "In tutti gli Stati membri : le associazioni di diritto pubblico costituite dagli enti pubblici territoriali come le associazioni di comuni, i consorzi intercomunali, i Gemeindeverbande (...) In Italia : — le università statali, gli istituti universitari statali, i consorzi per i lavori interessanti le università, — gli istituti superiori scientifici e culturali, gli osservatori astronomici, astrofisici, geofisici o vulcanologici, — gli « Enti di riforma fondiaria », — le istituzioni pubbliche di assistenza e di beneficenza."

⁸ LA ROSA G., *L'Organismo di diritto pubblico. La non industrialità nella giurisprudenza*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 2/2007, pp. 293-318.

⁹ La questione pregiudiziale, sollevata dall'Arrondissementsrechtbank dell'Aia e rimessa alla Corte di Giustizia europea, era sorta nella controversia tra l'impresa Beentjes BV e il Ministero dell'agricoltura e della pesca dei Paesi Bassi e riguardava l'interpretazione della direttiva comunitaria 71/305/CEE, in materia di appalti. L'impresa Beentjes BV lamentava la mancata aggiudicazione di un appalto di lavori pubblici, nonostante avesse presentato l'offerta più bassa, configurandosi, in questo modo una violazione della suddetta direttiva. L'Arrondissementsrechtbank, quindi,

dei soggetti a cui applicare la disciplina degli appalti. Con tale decisione, infatti, si ritiene necessaria *"un'interpretazione funzionale"* della nozione di Stato e, infatti, al punto 12 sottolinea che *"un organismo le cui funzioni e la cui composizione sono, come nella fattispecie, contemplate dalla legge e che dipende dalla pubblica amministrazione per quanto riguarda la nomina dei suoi membri, la garanzia degli obblighi derivanti dai suoi atti e il finanziamento degli appalti ch'esso ha il compito di aggiudicare rientri nella nozione di Stato ai sensi della summenzionata disposizione, anche se formalmente non fa parte dello Stato."* Di conseguenza, il legislatore europeo, accogliendo tale interpretazione giurisprudenziale, colma le lacune della precedente disciplina e con la direttiva 89/440/CE all'articolo 1 lettera b)¹⁰ fornisce una definizione nuova di amministrazione aggiudicatrice, ampliando l'ambito soggettivo di applicazione della normativa sugli appalti. In questo modo viene introdotta una nuova categoria di persone giuridiche, ossia gli organismi di diritto pubblico, i quali non sono classificabili in elenchi

sospendeva il procedimento e, nel punto che in tale contesto interessa, domandava alla Corte *"Se un ente che presenti le caratteristiche di una "commissione locale"... sia da considerare o meno come rientrante nella nozione di " Stato " o di "enti pubblici territoriali" ai sensi della direttiva 71/305/CEE del 26 luglio 1971 (GUL 185, pag. 5)"*.

¹⁰ *"Si considerano "amministrazioni aggiudicatrici" lo Stato, gli enti locali, gli organismi di diritto pubblico nonché le associazioni costituite da detti enti od organismi di diritto pubblico.*

Per organismo di diritto pubblico si intende qualsiasi organismo:

- istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, e - dotato di personalità giuridica, e - la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è soggetta a controllo di questi ultimi, oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico.

Gli elenchi degli organismi o delle categorie di organismi di diritto pubblico che possiedono i requisiti di cui alla presente lettera, secondo comma figurano nell'allegato I. Questi elenchi devono essere il più completi possibile e possono subire revisioni secondo la procedura di cui all'articolo 30 ter. A tal fine, gli Stati membri notificano periodicamente alla Commissione le modifiche apportate ai suddetti elenchi;"

prestabiliti, ma vengono individuati tramite indici rilevatori che spetterà al giudice, caso per caso, identificare. La presenza di quest'ultimi deve essere cumulativa, in quanto essi coesistono in un ente contemporaneamente, essendo necessari gli uni a definire meglio gli altri.¹¹ Tali indici consistono nel perseguire interessi generali aventi carattere non industriale e commerciale, nel possedere una personalità giuridica e nello svolgere un'attività che sia controllata, gestita o finanziata, in modo maggioritario, dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico. Tale categoria di soggetti era stata introdotta nel nostro ordinamento con l'articolo 3, comma 26, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, in seguito al recepimento dalle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, mentre attualmente è disciplinata dall'articolo 3, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 50 del 2016 in recepimento dell'articolo 2, par. 1, n. 4 della direttiva 2014/24/UE, dell'articolo 3 par. 4 della direttiva 2014/25/UE e dell'articolo 6, par. 4 della direttiva 2014/23/UE.

Quindi, alla luce della normativa nazionale ed europea sopracitata, ai fini della qualificazione di un soggetto come organismo di diritto pubblico, questo deve possedere, cumulativamente, tre requisiti: quello teleologico, ovvero deve essere stato istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, quello personalistico, ossia deve possedere personalità giuridica e il requisito dell'influenza dominante, consistente nello svolgere un'attività che sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure nell'aver una gestione soggetta al controllo di questi ultimi o, infine, nell'essere dotato di un organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza costituito da membri

¹¹ MARCHEGIANI G., *La nozione di Stato inteso in senso funzionale nelle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e sua rilevanza nel contesto generale del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 1243.

designati, più della metà, dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

3. L'influenza pubblica dominante

La sottoposizione dell'ente all'influenza pubblica dominante, si configura nel caso in cui vi sia un finanziamento pubblico maggioritario ovvero un controllo pubblico sulla gestione o, ancora, la nomina della maggioranza dei membri dell'organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza da parte del soggetto pubblico. Tali indici rivelatori costituiscono diverse forme di influenza pubblica, per cui non devono essere presenti cumulativamente, ma basta che si sostanzino almeno uno di essi per asserire la sussistenza del requisito¹². Il finanziamento pubblico maggioritario è l'aspetto che riscontra maggior profili problematici. In primo luogo, bisogna distinguere i finanziamenti pubblici da altre forme di contributi, quali quelli erogati dalla pubblica amministrazione come corrispettivo per lo svolgimento di una determinata controprestazione. In quest'ultimo caso, infatti, non si sostanzierà alcuna forma di influenza pubblica, essendo le risorse fornite sulla base di uno scambio economico, che ben potrebbe sussistere anche tra privati¹³. I finanziamenti che, invece, integrano il requisito dell'influenza dominante, non presuppongono alcuna controprestazione e, secondo la giurisprudenza comunitaria, sono tali anche quei contributi che non provengono direttamente dalla pubblica amministrazione, ma sono da quest'ultima imposti, tramite

¹² CARANTA R., *Contratti pubblici (ad vocem)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2008, pp. 251-252.

¹³ DELLA SCALA M. G., *Organismo di diritto pubblico (ad vocem)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2010, p. 350.

la legge, a soggetti terzi¹⁴. Tali forme di erogazione di risorse denotano, quindi, una dipendenza del soggetto beneficiario dal potere pubblico, quando corrispondono alla maggioranza dell'entrate dell'ente, che potrebbero spingere quest'ultimo ad essere condizionato, nella scelta del contraente, dal suo finanziatore pubblico¹⁵. L'esistenza di tali contributi incide anche sul rischio d'impresa, che, come vedremo nei paragrafi successivi, rappresenta un indice rivelatore del carattere non economico e non industriale degli interessi che persegue il soggetto, in quanto permette all'ente di fare affidamento su risorse aggiuntive nel caso in cui non riesca a coprire i costi con i ricavi derivanti dallo svolgimento della sua attività.¹⁶ Il secondo profilo di difficile interpretazione riguarda il valore percentuale da attribuire all'espressione "in modo maggioritario", affinché un finanziamento pubblico possa definirsi prevalente. Secondo la Corte di Giustizia¹⁷, tale espressione assume il significato corrispondente a "più della metà", dovendo, quindi, applicare un criterio squisitamente quantitativo che tenga in considerazione tutte le entrate percepite dall'ente, comprese quelle scaturenti dall'attività commerciale. Tale tesi è corroborata dalla nozione di impresa pubblica, contenuta nell'articolo 1, sub 2)¹⁸, della

¹⁴ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 13 dicembre 2007, C-337/06, Bayerischer Rundfunk e altri c. GEWA - Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH.

¹⁵ Corte di Giustizia CE, 3 ottobre 2000, causa C-380/98, University of Cambridge C. H.M. Treasury. Il caso concerne il procedimento proposto dall'Università di Cambridge davanti alla High Court of Justice riguardo alla decisione presa dal H.M. Treasury, ovvero il Ministero delle Finanze del Regno Unito, di far rimanere le università del Regno Unito di Gran Bretagna ed Irlanda del Nord nell'elenco degli organismi di diritto pubblico.

¹⁶ CASALINI D., *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003, p. 207.

¹⁷ Corte di Giustizia CE, 3 ottobre 2000, causa C-380/98, University of Cambridge C. H.M. Treasury

¹⁸ "Le imprese pubbliche: le imprese su cui le autorità pubbliche possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante perché ne hanno la proprietà, o hanno in esse una partecipazione finanziaria, oppure in conseguenza delle norme che disciplinano le imprese in questione. L'influenza dominante è presunta quando le autorità pubbliche, direttamente o indirettamente, riguardo ad un'impresa: — detengono la maggioranza del capitale sottoscritto dall'impresa,

direttiva n. 93/38/CEE, secondo cui potrà essere presunta l'influenza pubblica dominante quando le autorità pubbliche *"detengono la maggioranza del capitale sottoscritto dall'impresa, oppure controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le parti emesse dall'impresa"*.¹⁹

4. La personalità giuridica

Il secondo elemento, necessario all'identificazione dell'organismo di diritto pubblico è il possesso della personalità giuridica. Questo profilo non comporta particolari problemi interpretativi, se non quello attinente alla possibilità di ricomprendere nella nozione di organismo di diritto pubblico le persone giuridiche con natura privatistica. Sebbene il giudice europeo non dia importanza a tale tematica, in quanto ritiene ininfluenza la forma giuridica di diritto interno, nel panorama italiano la questione ha suscitato un ampio dibattito. Parte della dottrina propende per la tesi gestionale, anche se ormai minoritaria, secondo cui la forma societaria, avendo in sé una natura imprenditoriale, non potrebbe essere in nessun modo compatibile con il concetto di organismo di diritto pubblico.²⁰ Questa interpretazione appare, però, ancorata ad una visione troppo formale, trovandosi in contrasto con l'opinione comunitaria, che non solo è solita valorizzare gli aspetti sostanziali, ma ha anche proceduto ad allargare notevolmente l'ambito soggettivo di applicazione della normativa sui

oppure — controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le parti emesse dall'impresa, oppure — hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, del consiglio direttivo o del consiglio di vigilanza".

¹⁹ CASALINI D., *L'organismo di diritto pubblico, l'impresa pubblica e la delimitazione soggettiva della disciplina sugli appalti pubblici*, in *Foro amm. CDS*, fascicolo 12, 2003, p. 3827.

²⁰ POLICE A., *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni «di diritto speciale»: problemi di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 159 ss., in part. 184 ss.

contratti pubblici. Tale approccio del legislatore comunitario risponde all'esigenza di dover dare consistenza a concetti astratti e ambigui, la cui resa risulta ancor più complessa a causa della necessità di adottare nozioni comuni ad ordinamenti tra loro differenti, come quelli degli Stati membri²¹. Oltretutto, l'utilizzo di classificazione formalistiche potrebbe dare adito a manovre elusive della disciplina in questione da parte di Stati membri che spesso affidano l'esercizio delle proprie funzioni a soggetti con caratteristiche differenti dai normali enti pubblici. Per tale ragione, la tesi maggioritaria e condivisibile è quella funzionale, secondo cui possono essere inquadrati nella categoria degli organismi di diritto pubblico, tutti gli enti che rispondano ai requisiti sostanziali previsti, ovvero che pongano in essere un'attività finalizzata al soddisfacimento di interessi generali aventi carattere non economico e non industriale.²² Tale interpretazione è stata avallata anche dalle Sezioni Unite della Cassazione²³, la quale, riprendendo l'orientamento della Corte di Giustizia²⁴, afferma che non è *"la veste giuridica che conta, quanto l'effettiva realtà interna dell'ente e la sua preordinazione al soddisfacimento di un certo tipo di bisogni, cui anche le imprese a struttura societaria sono in grado di provvedere (...) visto che per la qualificazione di un ente come organismo di diritto pubblico non è necessario che il perseguimento di finalità generali assurga a scopo esclusivo, potendo coesistere con lo svolgimento, anche prevalente, di attività industriali o commerciali"*.

²¹ SORACE D., *L'ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, pp. 374-375.

²² SORACE D., *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, pp. 51 ss.

²³ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 7 ottobre 2008, n. 24722.

²⁴ Corte di Giustizia, 15 maggio 2003, causa C-214/2000. Il caso concerne il ricorso, nei confronti del Regno di Spagna, diretto ad affermare il mancato rispetto, da parte di quest'ultimo, delle misure necessarie idonee a conformarsi alle disposizioni degli artt. 1 e 2 della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, riguardanti l'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori.

5. Il requisito teleologico

Il requisito teleologico, necessario per individuare l'organismo di diritto pubblico, corrisponde all'essere "*istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale*"²⁵. In primis, bisogna soffermarsi sulla prima parte di questo inciso, ovvero sul soddisfacimento di "*esigenze di interesse generale*". Tale locuzione aveva suscitato dei dubbi inerenti alla natura di tale interesse generale, ovvero se dovesse avere un carattere nazionale e, quindi, variare in base alle esigenze di ogni singolo stato membro, oppure se dovesse assumere un carattere sovranazionale, divenendo, quindi, portatore delle esigenze comunitarie.²⁶ Sul punto è intervenuta la Corte di Giustizia nel caso *Truley*²⁷, stabilendo la necessità di dotare tale nozione di un'interpretazione comunitaria, in modo da assicurare l'autonomia e l'omogenea applicazione del diritto comunitario; se, infatti, il concetto di interesse generale fosse stato interpretato, in maniera differente da ogni singolo Stato sarebbe venuta meno quell'uniformità dell'ordinamento giuridico necessaria ad evitare distorsioni della concorrenza.

Inizialmente, si sosteneva che tale interesse generale fosse di per sé bastevole per soddisfare il requisito in questione, in quanto il carattere non industriale e non commerciale degli interessi costituiva

²⁵ Articolo 3, *comma 1, lett. d)* del d.lgs. n. 50 del 2016.

²⁶ LA ROSA G., *op. cit.*, pp. 299-300.

²⁷ Corte di giustizia, sentenza 27/02/2003, causa 373/00. Nella causa pendente dinnanzi al Vergabekontrollsenat des Landes Wien (Austria) tra Adolf Truley GmbH e Bestattung Wien GmbH, è stata sollevata dinnanzi alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale inerente all'interpretazione dell'art. 1, lett. b), della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture.

una mera delucidazione della nozione di bisogni generali, nella natura dei quali era già compresa tale accezione negativa, la quale risultava del tutto irrilevante ai fini dell'inquadramento di un soggetto nella categoria degli organismi di diritto pubblico.²⁸ Con il tempo, tale tesi venne abbandonata in favore di un orientamento che attribuì maggior rilievo al carattere negativo della definizione; secondo quest'ultimo, infatti, il perseguimento di interessi generali è già insito nella soggezione dell'ente all'autorità pubblica, da cui discende automaticamente la sua funzionalizzazione all'interesse pubblico, altrimenti risulterebbe ingiustificata l'ingerenza pubblica nel sistema dell'ente.²⁹ Anche la giurisprudenza, sia nazionale sia europea³⁰, sostiene la tesi secondo cui è necessario porre in essere un duplice accertamento, che deve dimostrare, in primis, la funzionalizzazione dell'ente all'interesse collettivo e, se presente, valutare la natura non industriale e non commerciale di tali esigenze. La prima sentenza in cui la Corte di Giustizia si pronuncia in tal senso è quella relativa al caso BFI Holding³¹, nella quale il giudice comunitario sancì che *"l'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 92/50 dev'essere interpretato nel senso che il legislatore ha operato una distinzione tra i bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o*

²⁸ CASTELLANETA M., *L'interpretazione dei criteri necessari per la qualificazione dell'organismo di diritto pubblico: recenti chiarimenti dalla Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Riv. trim. app.*, 1998, p. 735.

²⁹ GAROFOLI R., *Organismo di diritto pubblico: il recente allineamento tra giudice comunitario e nazionale e i profili ancora problematici*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici dopo la direttiva unificata n. 18/2004* di GAROFOLI R. e SANDULLI M.A., Giuffrè, Milano, 2005, p. 185.

³⁰ Corte di Giustizia, sentenza 10 novembre 1998, causa 360/96; Corte di Giustizia, sentenza 10 maggio 2001, cause riunite C-233/99 e C-260/99; Corte di Giustizia, sentenza 22 maggio 2003, causa C-18/01; Consiglio di Stato, Sezione VI, 19 maggio 2008, n. 2280.

³¹ Corte di Giustizia, sentenza 10 novembre 1998, causa 360/96. Il Gerechtshof di Arnhem, nel caso sorto tra la Gemeente Arnhem e la Gemeente Rheden e la BFI Holding BV, sottopone alla Corte di Giustizia, tra le tante, la questione pregiudiziale riguardante l'interpretazione degli artt. 1, lett. b), e 6 della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, avente ad oggetto le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi.

commerciale, da un lato, e i bisogni di interesse generale aventi carattere industriale o commerciale, dall'altro", altrimenti "non l'avrebbe specificato, poiché in tale prospettiva, questo secondo elemento della definizione non presenterebbe alcuna utilità".

Il caso italiano dell'Ente Fiera di Milano è emblematico in relazione ai problemi interpretativi relativi al requisito teleologico. Inizialmente, il Consiglio di Stato³², si era espresso in favore della qualificazione di tale ente come organismo di diritto pubblico, modificando la sentenza del giudice a quo.³³ La sua motivazione poggiava sulla natura degli interessi per cui l'ente è stato istituito, ovvero interessi generali³⁴, che ne permettevano la qualificazione come organismo di diritto pubblico, a nulla rilevando che l'attività concretamente esperita dall'ente fieristico avesse un carattere commerciale, vertendo sulla locazione degli spazi espositivi.³⁵ L'interpretazione appena esposta, però, è in contrasto con il dato normativo, che, in considerazione di quanto illustrato in precedenza in dottrina e in giurisprudenza, riconosce pari dignità ad entrambi i requisiti specificati nella disposizioni, trovandosi, quindi, in contrasto con l'interpretazione data a livello comunitario in materia di enti fieristici³⁶. Successivamente,

³² Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza del 21 aprile 1995, n. 353, avente ad oggetto la controversia inerente all'affidamento di un appalto per la costruzione di padiglioni espositivi.

³³ Tar Lombardia, Sezione I, sentenza 24 marzo 1994, n. 221, nella la quale il giudice amministrativo aveva riconosciuto l'Ente autonomo Fiera di Milano come fondazione privata, priva di natura pubblicistica, discendendo da tale decisione l'impossibilità di applicare la normativa in materia di appalti di lavori pubblici e la conseguente attribuzione della questione al giudice ordinario.

³⁴ Tra i bisogni del cui soddisfacimento l'ente si occupa, il più rilevante consiste nel *"promuovere lo sviluppo economico, favorendo la conoscenza dei prodotti dell'industria italiana e straniera da parte dei commercianti e di una consistente massa di consumatori, con la realizzazione di un punto di incontro tra produttori, venditori e acquirenti"*.

³⁵ MAMELI B., *Gli enti fieristici e le procedure dell'evidenza amministrativa*, in *Giurisprudenza italiana*, 1995, III, 525 ss.

³⁶ Decisioni della Commissione delle Comunità europee, 71/337/CEE, CEMATEX, in *G.U.C.E.*, Serie L, n. 277 del 1971; 71/498/CEE, UNIDI, in *G.U.C.E.*, Serie L, n. 228 del 1975; 77/722/CEE, BPICA, in *G.U.C.E.*, Serie L, n. 299 del 1977; 83/666/CEE, SMM & T., in *G.U.C.E.*, Serie L, n. 376 del 1983; 86/499/CEE, VIFKA, in *G.U.C.E.*,

viene ribadita la qualificazione di tale ente tra gli organismi di diritto pubblico dal Tar Lombardia³⁷, adducendo, stavolta, una motivazione differente, che non va ad inficiare l'essenzialità del requisito del carattere non economico e non industriale degli interessi. Il giudice amministrativo di primo grado, infatti, discostandosi da quanto in precedenza asserito dal Consiglio di Stato circa il carattere economico dell'attività effettivamente esperita dall'ente, ha respinto l'idea che l'attività di promozione e di incentivo di determinati settori economici e produttivi possa rientrare tra le attività economiche e industriali, così come interpretate a livello comunitario, in quanto non è volta *"alla soddisfazione diretta della domanda di servizi del singolo cittadino-consumatore"*. Tali opzioni ermeneutiche, per la criticità insita nelle loro affermazioni, vengono superate, in primis dal Consiglio di Stato³⁸, il quale esclude l'applicazione della normativa sugli appalti pubblici all'ente fieristico, non potendo quest'ultimo rientrare tra gli organismi di diritto pubblico, poiché svolge attività consistenti nella *"promozione e... commercializzazione di prodotti e servizi, complementare all'attività produttiva imprenditoriale"* e, quindi, classificabili come commerciali. Anche le Sezioni Unite della Cassazione³⁹, convengono con l'interpretazione appena citata; l'ente fieristico, infatti, secondo la Corte, pur perseguendo interessi di natura generale per il cui soddisfacimento è istituito, pone in essere un'attività squisitamente commerciale, poiché volta a soddisfare esigenze proprie del mercato.⁴⁰ Infine, sul punto interviene la Corte di Giustizia⁴¹, la quale esclude la natura di organismo di diritto pubblico

Serie L, n. 291 del 1986; 18 settembre 1987, Internationale Dentalschau, in *G.U.C.E.*, serie L, n. 293 del 1987; 69/90/CEE, EMO, in *G.U.C.E.*, Serie L, n. 69 del 1990.

³⁷ TAR Lombardia, Milano, Sezione III, 17 novembre 1995, n. 1365.

³⁸ Consiglio Stato, Sezione VI, 17 settembre 1998, n. 1267.

³⁹ Sezioni Unite di Cassazione, 4 aprile 2000, n. 97.

⁴⁰ MAMELI B., *L'ente Fiera di Milano estromesso dall'organismo di diritto pubblico*, in *Urbanistica e appalti*, n. 7, 2000.

⁴¹ Corte di Giustizia, 10 maggio 2000, cause riunite n. C-229/99 e 260/99.

dell'Ente Fiera, considerato che opera in regime concorrenziale con altri enti fieristici, poiché pur non perseguendo "*scopi lucrativi, opera, come emerge dall'art. 1 del proprio statuto, secondo criteri di rendimento, di efficacia e di redditività*" e, infine, in quanto "*l'organizzazione di fiere, di esposizioni e di altre iniziative analoghe costituisce un'attività economica che consiste nell'offrire servizi sul mercato*".⁴²

Il caso degli enti fieristico dimostra che la maggiore difficoltà a livello interpretativo risiede, quindi, nello stabilire cosa si intenda effettivamente per interessi non commerciali e non industriali e quale tipo di attività può essere finalizzata al soddisfacimento di tali categorie di bisogni. Il tema è tuttora dibattuto, seppur stemperato dagli interventi della giurisprudenza sia comunitaria sia nazionale. La prima sentenza degna di nota è quella della Corte di Giustizia sul caso *Mannesmann*⁴³, nella quale la Corte classifica la Tipografia di Stato austriaca come un organismo di diritto pubblico. Una volta riconosciuti, in capo a quest'ente, il possesso della personalità giuridica e la sottoposizione all'influenza dominante dello Stato, il giudice comunitario si esprime in senso positivo sul problematico requisito del soddisfacimento di interessi generali, con carattere non economico e non industriale: nonostante la Tipografia agisca tramite un apparato imprenditoriale e segua le consuete regole del

⁴² MANGANI R., *I giudici comunitari si sono pronunciati su due domande pregiudiziali*, in *Edilizia e territorio*, n. 20, 2001.

⁴³ Corte di Giustizia delle Comunità europee, 15 gennaio 1998, causa C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG c. Strohal Rotationsdruck GesmbH*. La questione pregiudiziale, sollevata dal *Bundesvergabeamt*, il giudice austriaco, è sorta in occasione della controversia insorgente tra l'associazione austriaca delle imprese industriali d'impianti edilizi e la Tipografia di Stato austriaca. Quest'ultima, ente economico, sia dedito alla produzione e all'edizione di libri e giornali, che istituzionalmente preposto alla produzione di stampati oggetto di segreto di Stato in favore dell'amministrazione federale, acquisiva la *Strohal Gesellschaft mbH* tramite la quale costituiva, nello stesso anno, la *Strohal Rotationsdruck GesmbH*. Il caso concerne proprio l'indizione di una gara di appalto per la progettazione e l'esecuzione degli impianti tecnici volti a dar inizio all'attività della società appena costituita e la conseguente qualificazione o meno dell'ente come amministrazione aggiudicatrice.

commercio, non opera in un contesto competitivo, svolgendo un'attività preposta istituzionalmente a soddisfare in esclusiva le esigenze dell'amministrazione austriaca e non volta ad assolvere alle richieste della collettività, ovvero dei consumatori.⁴⁴ Per quanto questa pronuncia, possa fare un passo avanti nell'interpretazione della nozione di interessi non economici e non industriali, dando particolare risalto al fattore della non competitività, non riesce, però, a fare chiarezza su quale sia il reale significato di tale requisito⁴⁵. A tal fine, bisognerà attendere la sentenza della Corte di Giustizia in relazione al caso Taitotalo⁴⁶. Il giudice comunitario, infatti, chiarifica la nozione in questione, affermando che gli interessi perseguiti da un ente possono definirsi non industriali e non commerciali, quando corrispondono ad esigenze soddisfabili "*in modo diverso dall'offerta di beni o servizi sul mercato*" e quando sono eseguiti direttamente dallo Stato o tramite "*l'influenza determinante*" di quest'ultimo⁴⁷. La Corte, quindi, si sofferma sul contesto e sulle modalità di svolgimento dell'attività posta in essere, ritenendo che la caratteristica di operare in un contesto non concorrenziale sia certamente rilevante, potendo costituire un indice rivelatore della natura non commerciale e non industriale degli interessi, ma non sia da sola sufficiente a

⁴⁴ GUCCIONE G., *Gli organismi di diritto pubblico nella normativa comunitaria sugli appalti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1998, n. 5, pp. 437 ss.

⁴⁵ GAROFOLI R., *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del Giudice comunitario e dei Giudici italiani a confronto*, in *Foro italiano*, 1998, IV, p. 133.

⁴⁶ Corte di Giustizia, Sezione V, 22 maggio 2003, C-18/2001, Taitotalo Oy. La questione pregiudiziale, sollevata dal Kilpailuneuvosto, Consiglio per la concorrenza finlandese, inerisce all'interpretazione dell'art. 1, lett. b), della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, in materia di appalti pubblici e riguarda la controversia intercorsa tra contrappone le società Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy e Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa, ovvero "Korhonen e a" e la società Varkauden Taitotalo Oy, ossia "Taitotalo". Nel caso specifico, quest'ultima non aveva considerato l'offerta, proposta dalle società sopracitate, in relazione ad un appalto avente ad oggetto la prestazione di servizi di pianificazione e di costruzione di un progetto immobiliare.

⁴⁷ Vedasi anche la sentenza della Corte di Giustizia, Sezione sesta, 16 ottobre 2003, causa C-283/00, Siepsa.

dimostrarlo. Per cui, secondo la Corte, ai fini di inquadrare la nozione in questione, bisognerà indagare sull'esistenza di tre fattori, ovvero che l'ente non operi in normali condizioni di mercato, che non persegua scopi di lucro e che non subisca le perdite connesse all'esercizio dell'attività d'impresa.⁴⁸ La presenza di questi tre fattori sanciscono la necessità di controllare e verificare che l'ente, nel momento in cui si trova a stipulare un contratto di lavori, servizi e forniture, scelga il contraente che maggiormente soddisfa i suoi interessi, senza alcun tipo di discriminazione, rimanendo così sciolto da possibili pressioni politiche che potrebbero indurre a favorire determinati operatori economici nazionali⁴⁹; in questo modo si tutela il principale obiettivo comunitario, che, come ampiamente esposto, risiede nella creazione del mercato unico europeo, avallando una modalità di aggiudicazione dei contratti che si basi su criteri oggettivi che garantiscano il perseguimento di obiettivi economici o anche di carattere sociale ed ambientale.⁵⁰

Alla luce di quanto appena detto, secondo parte della dottrina⁵¹, risulta particolarmente rilevante, tra i tre requisiti sopracitati, l'assenza del rischio di impresa, ovvero il rischio che assume l'imprenditore, durante l'esercizio della propria attività, consistente nel non riuscire, nel medio e lungo periodo, a ricavare un profitto in relazione ai costi effettivamente sostenuti⁵²; tale pericolo induce il soggetto ad agire secondo una logica economica, in quanto, non

⁴⁸ FERRARI G. e GAROFOLI R., *Manuale di diritto amministrativo*, XII edizione, 2019, pp. 194-195.

⁴⁹ SORACE D., *L'ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, p. 377.

⁵⁰ FIDONE G., *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili, orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, pp. 819 ss.

⁵¹ PALAZZO D., *La rilevanza del rischio economico nella definizione dell'ambito soggettivo di applicazione della disciplina sui contratti pubblici e del diritto della concorrenza*, in *Diritto Amministrativo*, fascicolo 1, 2019, pag. 155.

⁵² RIJA M., *Il rischio d'impresa*, in FABBRINI G. e MONTRONE A. (a cura di), *Economia aziendale. I fondamenti della disciplina*, I, Milano, 2006, pp. 189 ss.

avendo alcun tipo di garanzie o di aiuti pubblici, non sarà influenzabile da sollecitazioni esterne, finalizzate a spingerlo verso stipulazione di contratti economicamente non convenienti, per cui risulterebbe eccessiva e sproporzionata l'applicazione della disciplina sui contratti pubblici⁵³. Se invece lo Stato stanziava delle risorse pubbliche, fornendo una copertura alle eventuali perdite dell'ente, il rischio d'impresa si azzerava, divenendo possibili eventuali comportamenti distorsivi della concorrenza, che invece giustificano la necessità di una regolazione diversa, che risiede nella normativa sui contratti pubblici.⁵⁴ Di conseguenza, secondo tale tesi, se l'ente in questione subisce il rischio d'impresa, indipendentemente della presenza degli altri fattori, non sarà considerato come organismo di diritto pubblico. In realtà, seppur la giurisprudenza comunitaria in molte pronunce⁵⁵ sottolinei l'importanza di tale requisito come indice rivelatore della natura di un determinato ente, rimane pur sempre dell'opinione che debbano coesistere più aspetti, non essendo il rischio d'impresa da solo decisivo per valutare la situazione⁵⁶.

Le caratteristiche che farebbero presumere l'esistenza del requisito in esame, elencate dalla Corte di Giustizia nella sentenza Taitotalo, vengono riprese anche dalla giurisprudenza italiana. Nel caso Grandi stazioni s.p.a., sottoposto all'esame del Consiglio di Stato⁵⁷, quest'ultimo dichiara applicabile all'ente in questione la disciplina dei

⁵³ MAMELI B., *Gli organismi di diritto pubblico alla luce delle nuove direttive*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2014, p.1800.

⁵⁴ MAMELI B., *L'organismo di diritto pubblico. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003, p. 50.

⁵⁵ Ex multis Corte di Giustizia, 10 maggio 2000, cause riunite n. C-229/99 e 260/99; Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 16 ottobre 2003, C-283/00; Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 10 aprile 2008, C-393/06.

⁵⁶ APERIO BELLA F., *Studio sull'attuale consistenza delle nozioni di impresa pubblica e organismo di diritto pubblico*, in *Diritto e Società*, giugno 2015, p. 160.

⁵⁷ Consiglio di Stato, ordinanza di rimessione all'adunanza plenaria, 22 gennaio 2004, n. 167. Il caso ha ad oggetto il ricorso proposto dalla Mazzoni Ambiente s.p.a., aggiudicataria provvisoria, dinanzi al TAR per il Lazio, Sezione III, Roma (il quale si è pronunciato con la sentenza del 21 ottobre 2002, n. 8918), contro Grandi stazioni s.p.a. per l'aggiudicazione di un appalto, indetto da quest'ultima, concernente l'affidamento del servizio di pulizia nelle stazioni ferroviarie.

contratti pubblici, proprio in base alla presenza degli indici rivelatori comunitari, valorizzando un approccio fattuale, che valuti caso per caso le condizioni e le circostanze che riguardano l'ente oggetto del vaglio giurisdizionale.⁵⁸ Il Consiglio di Stato⁵⁹, successivamente, ha ribadito l'interpretazione del giudice comunitario, precisando che il carattere non economico e non industriale degli interessi sia desumibile dalla mancanza del metodo economico, che si concretizza, sul piano interno, dall'assenza del rischio d'impresa in capo all'ente e, sul piano esterno, dal contesto non concorrenziale in cui opera⁶⁰. Infine, bisogna soffermarsi sulla recentissima sentenza del supremo giudice amministrativo nazionale⁶¹, che ha riguardato una procedura d'appalto svolta dalla C.D.P. Investimenti s.g.r. s.p.a., società di gestione del risparmio costituita da Cassa Depositi e Prestiti s.p.a., la quale è controllata in maniera maggioritaria dal Ministero dell'economia e delle finanze. Il Consiglio di Stato ha riformato la sentenza del giudice a quo⁶², che aveva ritenuto il ricorso inammissibile per difetto di giurisdizione, in quanto non riteneva che l'ente, la cui gara d'appalto era sindacata in giudizio, potesse rientrare tra gli organismi di diritto pubblico, svolgendo un'attività economica operante in un mercato concorrenziale, senza dar peso al

⁵⁸ Perfetti L. R., *L'organismo di diritto pubblico e le sue nuove incerte frontiere. Il caso di Grandi Stazioni tra diritti speciali ed esclusivi ed obblighi di gara*, in *Foro amm. CDS*, fascicolo 3, 2004, p. 870.

⁵⁹ Consiglio di Stato, Sezione VI, 20 marzo 2012, n. 1574.

⁶⁰ NICODEMO, *Imprese pubbliche e organismi di diritto pubblico: analogie e differenze*, in *www.giustamm.it*, maggio 2012

⁶¹ Consiglio di Stato, Sezione V, 7 febbraio 2020, n. 964.

⁶² La sentenza del TAR per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, Sezione Prima, 1 aprile 2019, n. 293, verteva sul ricorso, proposto dalla Pessina Costruzioni s.p.a. contro la C.D.P. Investimenti s.g.r. s.p.a. Il caso riguarda una gara d'appalto, indetta dalla C.D.P. Investimenti s.g.r. s.p.a., per l'affidamento di lavori di ristrutturazione di un immobile da concedere in locazione di mercato alla Guardia di Finanza. La ricorrente lamenta in sede giurisdizionale la mancata aggiudicazione del secondo lotto di tale appalto. Il TAR per la Lombardia si esprime declinando la propria giurisdizione, ritenendo sussistente quella del giudice ordinario, in quanto la C.D.P. Investimenti s.g.r. s.p.a., per le sue caratteristiche, non rientrerebbe tra gli organismi di diritto pubblico.

fatto che in parte tale attività consistesse in interventi riguardanti gli immobili di proprietà pubblica, poiché il soddisfare interessi generali non preclude il carattere commerciale ed industriale degli stessi. Il Consiglio di Stato è, invece, di opinione differente, ritenendo la C.D.P. Investimenti s.g.r. s.p.a., rientri tra le *"amministrazioni aggiudicatrici"* e gli *"enti aggiudicatori"* tenuti al rispetto delle norme del Codice dei contratti pubblici per la scelta del contraente e classificandolo come organismo di diritto pubblico. Ad essere oggetto di esame, in tale sede, è il solo requisito teleologico, ritenuto insussistente dal giudice a quo, mentre nessuna *quaestio* è stata sollevata per quanto attiene agli altri due elementi, ovvero al possesso della personalità giuridica e alla sottoposizione all'influenza dominante dello Stato. Il Consiglio, dopo aver riassunto la posizione della giurisprudenza sia comunitaria che nazionale riguardo l'interpretazione del suddetto requisito, ritiene di dover seguire un approccio rispettoso del dato normativo, che all'articolo 3, comma 1, d.lgs. 50 del 2016, stabilisce che il requisito teleologico sussiste qualora l'organismo sia *"istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale"*. La disposizione, evidenziando l'importanza delle *"ragioni istitutive del soggetto"*, fa dedurre che sarà soddisfatto il requisito in questione qualora l'ente sia *"stato costituito da un soggetto pubblico appartenente al perimetro allargato della pubblica amministrazione, per dare esecuzione ad un servizio che è necessario perché è strettamente connesso alla finalità pubblica di quest'ultimo"*⁶³. Secondo il Consiglio viene in rilievo una preminenza dei *"compiti assegnati all'organismo"* al momento della sua istituzione, ossia le finalità che la pubblica amministrazione decide di fargli perseguire, rispetto alle *"modalità con le quali l'attività viene*

⁶³ Vedasi Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 28 marzo 2019, n. 8673.

svolta", che rappresentano il modo in cui l'ente opera sul mercato. La giustificazione di tale prevalenza risiede nel fatto che quest'ultime non sono previste dalle disposizioni di legge né nazionali né comunitarie, non sono in grado di porre una differenziazione tra un operatore economico privato e una pubblica amministrazione⁶⁴ e sono variabili nel tempo, in quanto esposte alle contingenze esterne dell'andamento dei mercati. Oltretutto, la C.D.P. Investimenti s.g.r. s.p.a., è stata costituita da Cassa depositi e prestiti, che ne detiene il capitale in maniera maggioritaria, alla quale è stata in precedenza riconosciuta la natura di organismo di diritto pubblico⁶⁵. Quindi, in conclusione, essendo l'ente oggetto del vaglio giurisdizionale, stato istituito per gestire *"il risparmio collettivo"*, funzione pubblicistica avente un importante valore costituzionale⁶⁶, non può che essere classificato, in base al ragionamento sopra enunciato, come organismo di diritto pubblico; esso è, infatti, *"lo strumento attraverso il quale la pubblicistica Cassa depositi e prestiti s.p.a. gestisce direttamente risparmio del pubblico mediante fondi comuni di investimento immobiliare"*, nonostante ci siano dei fondi comuni di investimento gestiti da operatori economici privati, in quanto connaturati a tale sistema di gestione del risparmio.

Alla luce del dibattito svoltosi sul tema dalla dottrina e dalla giurisprudenza, si ritiene di dover condividere la tesi secondo cui, affinché possa essere ritenuto esistente il requisito in questione, gli interessi perseguiti dall'ente debbano, non solo essere istituiti per soddisfare bisogni generali ma debbano pure avere un carattere non economico e non industriale. Quest'ultima accezione sarà presente

⁶⁴ Vedasi la sentenza del Consiglio di Stato, Sezione V, 12 febbraio 2018, n. 858, la quale ritiene che agire in un mercato concorrenziale, in cui operano anche operatori privati, non precluda la possibilità per un ente di essere qualificato come organismo di diritto pubblico.

⁶⁵ Consiglio di Stato, Sezione V, 12 febbraio 2007, n. 550.

⁶⁶ Articolo 47 Cost. : *"la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme"*.

quando l'attività svolta dal soggetto in questione, non operi in un regime concorrenziale, non sia sottoposta al rischio d'impresa e non persegua scopi di lucro, in modo da testimoniare l'indipendenza dell'ente dalle logiche di mercato, giustificando così l'applicazione della normativa sui contratti pubblici. Di conseguenza, ci si discosta dall'interpretazione da ultimo fornita dal Consiglio di Stato, il quale, invece, attribuisce maggiore rilevanza alla funzione e ai compiti per cui l'ente è stato istituito, ponendo in secondo piano le modalità con cui svolge la sua attività. In realtà, tali modalità sono importanti indici rivelatori di come l'ente opera sul mercato, apportando un ingente contributo alla ricostruzione della natura del soggetto oggetto di giudizio; ricordiamo, infatti, che la ratio dell'applicazione della normativa sui contratti pubblici risiede nell'evitare distorsioni della concorrenza e disparità di trattamento, operate da enti che non sono sottoposti alla normale pressione del mercato, essendo supportati dall'autorità pubblica. Per cui, se si tenesse conto unicamente dei fini istituzionali, si arriverebbe ad applicare una normativa più restrittiva, ingiustificatamente, anche ad enti che invece operano normalmente sul mercato, ovvero secondo logiche economiche.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

2020 - Anno XLI

MICROSOFT CASES AND THE NEW ECONOMIC APPROACH: A COMPARATIVE STUDY

di Luigi Maria Pepe, PhD in Comparative Law and Processes of
Integration

Abstract: *European competition law today needs more attention to innovation and consumer protection than ever before. Starting from the comparative study of the Microsoft cases in Europe and the US, we reconstruct the need for the European Institutions to adopt a more economic approach. Following the example of the US, this change is taking place, albeit more slowly. The European institutions will have to support this process politically.*

Table of Content

1. Introduction
2. Microsoft's liabilities and the European Commission analysis
3. The ineffectiveness of the European remedies and the lack of evidence
4. U.S Microsoft case
 - 4.1 The difference in remedies
5. Comparative considerations and the developments of European antitrust policy

1. Introduction

U.S. and EU antitrust policies have always been different. The former focuses on boosting the economy trying to provide the cheapest and highly innovative products for consumers; the latter always aims to create a single internal market without barriers and with a sustainable development among competitors¹. Both the U.S. and EU antitrust institutions dealt with Microsoft's unilateral market behavior with the consequence of resulting in different approaches and different remedies. The main competition problems arisen were the refusal to deal with and the tying conduct which found Microsoft guilty. Despite the difficulties to prove guiltiness in such a controversial area of competition law, the different remedies show which were and are the antitrust targets and the tools used to foster the economy. The U.S. approach with the Microsoft case was the most reasonable one, trying to restore the violated market balance without damaging the dominant firm in the software sector and its ability to innovate. Instead, the European Institutions sacrificed the possibility to boost the software industry with new and further inventions imposing code removal remedies to Microsoft. The attempt to create a perfect and ideal market has not allowed the European Commission to focus on fostering innovation and encouraging competitors to fill the gap.

This is because innovation has become increasingly important in markets. Not only to stimulate competitors to improve their market products but also for increasing consumer welfare. For this reason,

¹ A Bagchi, 'The political economy of merger regulation' [2005] 53(1) The American Journal of Comparative Law 1-20.

the abuse of dominance needs to be examined carefully without stating *a priori* its unlawfulness.

This paper aims to analyze the EU decisions and rulings in the Microsoft case in a comparative approach with the U.S. The objective is not to declare which antitrust framework is more efficient but only to show how the European Commission decision chose to pursue competitors demands despite market innovation i.e. consumer welfare.

It is also a comparative analysis with a foreign country which guides policy makers to follow new guidelines and understand the developments of a particular approach. The evolution of the U.S. theory after their Microsoft judgement spread rapidly till it got in Europe. The Court of Justice of the European Union seems to appreciate the U.S. "more economic" approach focused on competition, consumers and innovation. The path to introduce this new antitrust policy in Europe will be slow and tough. But it is the duty of European Institutions to pave the way for future, where innovation and society welfare ranked first.

2. Microsoft's liabilities and the European Commission analysis

Everything started with a complaint to the European Commission (EC) from a Microsoft rival in the software operational system's market, Sun, which claimed that Microsoft stopped to share interoperability information, useful to develop products in the downstream market of work group server operating systems. The EC ex officio started to investigate and, apart from the refusal to supply

with, also found a tying liability. Microsoft tied to its software Windows Operational System (WOS) another application Windows Media Player (WMP) in order to enter in the media player market. This technical tying allowed Microsoft to take advantage of its distributional network and ubiquity in software to present a new product and to foreclose consumer's choices for a different media player product. Anyone who had bought the Microsoft software, would have automatically made the choice for that media player.

According to the Commission², Microsoft leading position in the software market was used to conquer the media player market; there was a tying liability because Windows and WMP were different and separated products; and there was a predatory conduct to create barriers for rivals and gain the consumers interest. The Commission claimed the breach of Article 102 TFUE³ imposing various commitments to Microsoft as remedies in accordance to the Regulation 1/2003⁴. Clearly, the Commission noticed a coercion in that market resulting in the will to defeat the exclusionary conduct rather than the attempt to remove it.

Concerning the refusal to supply, the EC claimed that, thanks to the previous sharing of interoperability information provided by Microsoft's, rivals would have made their products worthier enabling them to increase their sales; at the same time, they would avoid useless costs in order to beat Microsoft's disclosure barriers⁵. On the

² Microsoft (Case COMP/C-3/37.792) Commission Decision C (2004) 900).

³ Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union 2012/C 326/01

⁴ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty.

⁵ Kai-Uwe Kuhn and John Van Reenen, 'Interoperability and market foreclosure in the European Microsoft case' (Centre for Economic Performance special papers (CEPSP20) Centre for Economic Performance, London School of Economics and

other hand, the EC argued that WMP was a different product and that consumers approached it as such. Worthless was Microsoft defense trying to explain that since WMP was part of WOS they belonged to the same market thus had the same demands.

The test run by the EC to prove if there was a distinct demand for the tying product without the tied one, was not supported by any evidence on the consumer viewpoint.⁶ Moreover, regarding the refusal to disclose information to rivals, Microsoft's arguments were based on the right to choose freely to whom grant_a license in accordance with its intellectual property rights. On Microsoft's appeal in front of the General Court, the judgement⁷ didn't face the intellectual property issues and the Court just stated the presumption that the refusal of supply interoperability information was a predatory conduct in order to foreclose competitor's participation in that market⁸.

It is clearly showed that the competition problem arisen by the EC is structural⁹. It is not represented by the potential harmful effect of tying on the consumer welfare or the innovation but rather the presence of a dominant market power able to create barriers for

Political Science, London, UK, 6 May)
<http://eprints.lse.ac.uk/4664/1/Interoperability_and_Market_Foreclosure_In_the_European_Microsoft_Case.pdf> accessed 11 April 2020.

⁶ Jorge Padilla and Ciara Kalmus, 'Tying and Competition Law: an overview of EU and National Case Law (E-Competition Tying, 7 March)
<<https://www.concurrences.com/en/bulletin/special-issues/tying/Tying-and-competition-law-An>> accessed 11 April 2020.

⁷ Case T-201/4, Microsoft v Commission, EU:T:2007:289)

⁸ Thomas Kramler, Carl-Christian Buhr and Devi Wyns, The EU Court of First Instance partially upholds the Commission's decision concerning an abuse of a dominant position in the PC operating system (Microsoft) (E-Competitions, 17 September) <https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/september-2007/the-eu-court-of-first-instance-partially-upholds-the-commission-s-decision-en> accessed 11 April 2020.

⁹ Nicholas Economides and Ioannis Ilianos, 'A critical appraisal of remedies in the EU Microsoft cases' [2010] 2010(2) Columbia Business Law Review 346-420.

competitors. The European antitrust policy is highly concentrated in this decision, in the appeal judgement and in the final remedies.

3. The ineffectiveness of the European remedies and the lack of evidence

It is interesting to analyze the remedies taken by the EC upheld by the GC and to compare them with the remedies adopted by the U.S Department of Justice (DOJ) dealing with a similar Microsoft case. The aim is to prove that the European antitrust policy and the consequent measures of public enforcement adopted in the case, do not encourage innovation in high tech industries. This policy damaged the only dominant firm which may have stimulated the software market and induced rivals to bridge the gap. The EC should understand that *"restoring competition must not be interpreted as reaching perfect competition"*¹⁰. And the remedies should aim to restore the previous market dynamics without attempting at future developments. Moreover, art.7 of the Regulation 1/2003 states how remedies should be proportionate to the conducts found illegal in order to assure the welfare of competition and not of competitors. Even the presence of a dominant firm among small rivals shall not be fought since remedies should be aimed to preserve the competitive dynamics without altering the incentives that a dominant undertaking may enroll in the market process. The EC found that the market conditions could be restored imposing Microsoft to re-share interoperability information among competitors and creating a new

¹⁰ Ibid.

version of WOS without WMP. But clearly, these remedies did not show the intention to increase the average of consumer benefits. On one hand, they only imposed a duty on Microsoft to share their data with competitors. The EC did not justify this solution upon Microsoft, and it did not attach evidence that *"the lack of information from Microsoft stopped competitors to innovate and to provide new products to consumers"*¹¹. On the other, the EC required a new version of Windows with WMP unbundled in order to break the technical tie. Nevertheless, it was clear that the remedies would be proven ineffective.

The original version of WOS with WMP integrated was more attractive than the one without the application. When Microsoft created the new unbundled version, Windows XPN, it was priced the same, but the consequence was a clear lack of demand from the market. It was obvious the appeal for the bundled version for consumers¹².

During the investigations, Microsoft was continuing to sell WOS with WMP and despite this, it did not conquer the media player market as declared by the EC. Therefore, the tying behavior did not affect the competitors because the dominant position was still held by the firms iTunes and Adobe's flash.¹³ These measures taken by the EC and upheld by the GC provided huge damages to Microsoft and to its selling's. Were these remedies of public enforcement suitable in a high-tech industry with a steady need for innovation? Damaging the only dominant firm able to innovate this sector is it the right option

¹¹ Ibid.

¹² Aisha Sanad, 'The inadequacy of the European Commission's Remedies for Microsoft's tying practices in the Microsoft Cases: Casting doubt on the suitability of the Commission's approach for an Information Technology Economy' [2014] Global Antitrust Review 113-135.

¹³ Padilla and Kalmus (n 4)

for a public Authority which role is to implement the market and consumers welfare?

The narrowed EC's interpretation of Art. 102 TFEU finding guilty all the dominant positions have harmed software market. The huge lack of evidence from the EC's decision and the GC's ruling showed the a priori consideration of the unlawfulness of predatory strategies. Does this approach benefit competition and consumers?

To address these questions, it will be carried out a comparative analysis of the EU's Microsoft case with the U.S one. Similar liabilities but different remedies.

4. U.S Microsoft case

As declared by R. Hewitt Pate, Assistant Attorney General for Antitrust, afterwards the EC's decision in the Microsoft 'case in 2004, antitrust policy should pay attention to the consumer welfare and the steady need to implement one of the most innovative industry of this century. He also argued that the EC's decision too easily imposed the largest antitrust sanction (497 million euro) and the "code removal" measures without considering the complexity to address the illegality of unilateral conducts. Moreover, without taking into consideration the consequences on the market and the competition game.

This speech has been delivered not without knowledge of the facts. The U.S. Courts and the Department of Justice (DOJ) have already dealt with Microsoft dominant position and its predatory conduct. In fact, in 2001 the Court of Appeals represented by Judge Posner has

been called to rule on the case *United States v. Microsoft Corp.*¹⁴ because abusive behaviors have been found during the investigations of the DOJ. Similarly, to the European scenario, Microsoft was guilty of a refusal to deal with and for having bundled to its WOS, Internet Explorer (IE).

The comparative exercise will show two different outcomes in Microsoft's controversy in the EU and the U.S. As we have already seen, EU antitrust practice aims to design an ideal competitive market trying to create unity, cooperation, and conformity among competitors. The U.S antitrust policy is focused on consumers satisfaction and it is clear how the Sherman Act defends competition and not competitors.

The U.S. Microsoft judgement paved the way for a new approach to unilateral conduct from a dominant firm where the awareness of an incoming new economy must not be blamed and overwhelmed by the devastating effect of litigation.¹⁵ Judge Posner claimed that the old fashioned and traditional antitrust law must adapt to the new environment, in which a complex technological industry is growing rapidly. Competition rules should take into consideration that technical upgrades are required in order to foster innovation and to achieve higher technological standards. They will provide benefit to the society and to the market.¹⁶ A rule of reason is essential in order to set aside the obsession of monopoly power and of dominant positions in the market. In this industry we cannot deny the

¹⁴ *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

¹⁵ Chris Butts, 'The Microsoft Case 10 Years Later: Antitrust and New Leading "New Economy" Firms' [2010] 8(275-291) *Northwestern Journal of Technology and Intellectual*.

¹⁶ *Ibid.*

essentiality of dominant firms because it is thanks to the investments and the risk taken by them that economy growth and innovation can be achieved.

This statement does not mean that Microsoft conduct is lawful. It means that in designing the remedies, Courts and Public Authorities should consider the long-term effect on the economy, on the market and on the innovation essential need. In the U.S case, the DOJ, which run the investigations, claimed that there was a tying liability bundling WOS with the IE browser. In fact, it stated that Internet Explorer constitutes a separate product from WOS because it has a double existence as physical and commercial application¹⁷. Despite this interpretation, the Court of Appeals recognized IE as a new creative integration with a value-adding.¹⁸ It was a legitimate combination with the aim of upgrading the operational system and to provide a new product¹⁹. As integrated product, Microsoft could not enter in the browser market with a monopoly power. Surely Microsoft would have affected competitors selling but the software bundling would have provided further efficiencies. Therefore, Judge Posner deemed that *"the new antitrust approach to software tying should move from a "per se analysis" to a more flexible rule of reason"*²⁰. The same rule of reason should guide public authorities to limit redundant and avoidable competition constraints. The bundling, in a new economic scenario, should be tolerable for its procompetitive outcomes. Despite the new and revolutionary interpretation of competition rules by Judge Posner, Microsoft was found guilty of

¹⁷ James F Ponsoldt and Christopher D David, 'Comparison between U.S. and E.U. Antitrust Treatment of Tying Claims against Microsoft: When Should the Bundling of Computer Software Be Permitted' (2007) 27 Nw J Int'l L & Bus 421.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

many exclusionary conducts such as the refusal to disclose interoperating and communicating information to competitors.

4.1 The difference in remedies

The EU and U.S. Microsoft 'cases not only have different interpretations of the concept of dominant position in the high-tech industry, but different remedies adopted. As it was argued, in both cases Microsoft tactics were found illegal respectively under the provisions of Article 102 TFEU and Section 2 of the Sherman Act. The U.S. Court of Appeals and the General Court both ordered Microsoft to share the interface information to rivals needed with the aim to deal with WOS. First difference is that the U.S. judgement did not ask Microsoft to provide all Windows specific information allowing competitors to create a new compatible version. A wide disclosure of these sensitive information could have damaged Microsoft market position and its attitude to innovate²¹. Contrary, the General Court upholding EC's decision, ordered Microsoft to restore the previous level of interoperability information to competitors without any consideration of the intellectual property rights.

Second difference regards the tying liability. The remedy addressed in the U.S. judgement was not a binding obligation to separate WOS from IE browser but only to make it easier for consumers to uninstall IE and choose another browser²². In this way competitor's browser

²¹ Toshiaki Takigawa, 'A comparative analysis of US, EU, and Japanese Microsoft cases: How to regulate exclusionary conduct by a dominant firm in a network industry' [2005] 50(2) The Antitrust Bulletin 237-266.

²² Ibid.

could have been install on Windows. Instead, the European reaction against Microsoft was to compel to design a new version of Windows rid of WMP.

Third difference is that U.S authorities have used the rule of reason as parameter to assess Microsoft conducts. Thereby they have had a rational approach in order to not discourage Microsoft to invest in innovation and letting the market gain some benefits. The EC theory of harm, instead, is based on considering tying a priori an anticompetitive tactic without collecting enough evidence and try to take into consideration the advantages for the market. As already demonstrated the EC did not add evidence neither that Microsoft was likely to acquire a monopoly in the media player market and either that there was a huge demand of the WOS version with WMP unbundled²³.

The European competition policy revealed its limits in the Microsoft case without being able to pursue competition and market innovation. Moreover, some authors argued that EC obstinacy tending for an ideal market competition, has led to not consider the "commercial usage exception" of Article 102 TFEU²⁴. If the bundled tying and tie products have given rise to a commercial demand, the EC should have recognized its commercial use not qualifying it as anticompetitive. This exception could have created efficiencies in the European software industries inspiring many more firms to innovate and to reduce the gap with the dominant undertaking. But the EC is still believing that it cannot preserve the market dynamics without safeguarding competitors.

²³ Nicholas Economides and Ioannis Ilianos (n7)

²⁴ James F Ponsoldt and Christopher D David (15)

5. Comparative considerations and the developments of European antitrust policy

The comparative exercise with the U.S judgment did not aim to show an alternative and more effective antitrust policy. It aims to show how the different approach between the U.S. Court and the EC in addressing Microsoft behaviors has allowed to highlight the centrality of innovation in competition markets. Taking measures of public enforcement against a dominant firm to end the breach of legal provisions, it should not result in undermining the position of the firm and its contribution to the market. After the U.S Microsoft judgement, the DOJ and the Federal Trade Commission started to interpret the Sherman Act in the sense of a more economic approach, where abusive and exclusionary strategies are examined under the lens of procompetitive justifications. In U.S this is possible because the Sherman Act does not enunciate the objectives of competition policy such as the TFEU, since in U.S. the antitrust rules are modified in accordance with the new policies. This new approach is witnessed by several case that were ruled in this sense. In *Verizon V Trinko*²⁵, the Supreme Court for the first time refused the perfect and ideal competition target for embracing a "resource-advantage" economic theory in which the abuse of dominance should be interpret in a consumer welfares way²⁶.

In Europe, after the Microsoft case, it was hoped this new economic approach could be achieved and that the antitrust authorities could

²⁵ Verizon Communications, Petitioner v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP 540 U.S. 398

²⁶ Christopher M Grengs, 'Verizon v. Trinko: From Post-Chicago Antitrust to Resource-Advantage Competition' (2006) 2 JL Econ & Pol'y 105.

start to read art.102 in a wider sense. In 2009, the EC published Guidance on its enforcement priorities in applying Article 102 TFEU to exclusionary abusive conduct²⁷ and it was claimed that with this further step, the new antitrust scenario would have paid more attention to procompetitive justifications from dominant firms in order to increase innovation and consumer benefits. Moreover, the Guidance introduced a “effects based” approach according to which the EC shall analyze the predatory conduct of the dominant undertaking and its actual or potential effect only on dynamic and productive competitors²⁸. The aim should be to avoid the dominant firm to create barriers and hindrances to efficient competitors for their and market development. Despite this further step and the will to adopt a more economic approach, the European Authorities continued to handle the following case law with a narrow interpretation of art.102, of dominant positions and of procompetitive acts. In *Intel Corp. v European Commission* case²⁹, the General Court stated that the “efficient competitor analysis” must not be applied and that the profitable effects for competition could not be accepted³⁰ in presence of exclusionary acts. It just denied the possibility to change the case law approach to art.102 declaring, instead, the a priori unlawfulness of predatory tactics despite the procompetitive effect. Hopefully, the Court of Justice of the European Union (CJEU)

²⁷ Communication from the Commission-Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings OJ C 45, 24.2.2009, p. 7–20.

²⁸ Ibid paragraph 23.

²⁹ Case T-286/09 RENV *Intel Corp. v European Commission* [2014]

³⁰ Wouter Wils, 'The judgment of the EU General Court in Intel and the so-called 'more economic approach' to abuse of dominance'(www.concurrences.com,January2015)
<<https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-1-2015/articles/the-judgment-of-the-eu-general-court-in-intel-and-the-so-called-more-economic-en>>
accessed 16 April 2020

overturned the GC's judgement arguing that the EC must not interpret the TFUE provisions but only apply and enforce the Union Law. The interpretation of the Treaty, of the art.102 TFEU, is reserved to the Court. In *Intel* final ruling³¹, the CJEU clarified that when the dominant undertaking prove with authoritative evidence the benefits for competition, specific industry innovation and consumers welfare, a deeper analysis of the case is needed³². Presumption of illegal conducts will still survive for these strategies, but the EC carries the obligation to consider all the procompetitive evidence attached by the leading firm.

This seems the first step for the introduction of a more economic and innovation-oriented interpretation of Art.102 TFEU. And the fact that it comes from the CJEU and not from the EC shows how the real and authoritative interpret of the European Treaty is paving the way for a new antitrust trend.

6. CONCLUSIONS

The Microsoft inquiry in both European and U.S case has shown the difficulty to address and to crystalize such a controversial concept such as the abuse of dominant position. The methodology used in this paper is a comparative approach. A comparative exercise because Countries, international and supranational organizations do not have

³¹Case C-413/14 P Intel Corporation Inc v European Commission [2017] ("CJEU Judgment")

³² Maurits Dolmans, 'Modernising Abuse of Dominance – the CJEU's Intel Judgment' (www.clearygottlieb.com, 2017) <<https://www.clearygottlieb.com/~media/organize-archive/cgsh/files/2017/publications/alert-memos/modernising-abuse-of-dominance-the-cjeus-intel-judgment-10-17-17.pdf>> accessed 16 April 2020

legislative laboratories to test new policies or legislative reforms. So, comparison allows Governments, Parliaments, public Authorities, and academics to analyze the foreign framework trying to introduce and adapt that outcomes in the own legal environment.

This is what happened after the Microsoft case in Europe. In its attempts to create a perfect and ideal market, the EC undermine Microsoft potential attitude to innovate in such a complex industry such as the software one. The code removal measures were unsuitable to that specific case. Evident proves comes from the U.S Microsoft case and how the U.S. Court dealt with it. Penalizing Microsoft for its predatory tactics with remedies that did not fit to the case, attempted to its capacity to innovate and benefit the market. This procompetitive interpretation of the abuse of dominance has given birth to the theory of the more economic approach which it has been spreading rapidly in U.S. case law. Not without surprises we have seen how this theory has landed even in Europe, first with the Guidance on the Commission's priorities in the abuse of dominance ex art.102 TFEU, and after with the case law ruled by the CJEU. A slow but steady development from the European Authorities. As far as I'm concerned, it seems that the CJEU, as the unique interpret of the European Treaties, has understood how competition policy cannot focus exclusively on market outcomes and competitors safeguard. Innovation is the new target that should challenge public entities. And in order to fulfil it, firms must be encouraged to invest and to take the risk without the fear of an antitrust inquiry in case of success. Intellectual property rights are one of the key features of the high-tech industry and its development. It should be the task of competition policy to protect intellectual inventions of firms and their potential success. *Microsoft v Commission* has shown which should not be the approach and which must be the European antitrust new

task. A new interpretation of art.102 considering the need for innovation in the marketplace seems to pick up speed. It will be fundamental to encourage the spread of the more economic approach in antitrust case law. The future is in innovation and European competition policy must realize it.

Bibliography

CASES

- United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

EU LEGISLATION AND CASES

- Case T-201/4, Microsoft v Commission, EU: T: 2007: 289)
- Microsoft (Case COMP/C-3/37.792) Commission Decision C (2004) 900).
- Case T-286/09 RENV Intel Corp. v European Commission [2014]
- Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty.

- Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union 2012/C 326/01
- Communication from the Commission — Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings OJ C 45, 24.2.2009, p. 7–20.

JOURNAL ARTICLES

- Gregory S. Mccurdy, 'The European Commission's Media Player Remedy in its Microsoft Decision: Compulsory Code Removal Despite The Absence Of Tying or Foreclosure' [2004] 25(11) European Competition Law Review 694-707.
- James F Ponsoldt and Christohper D David, 'Comparison between U.S. and E.U. Antitrust Treatment of Tying Claims against Microsoft: When Should the Bundling of Computer Software Be Permitted' (2007) 27 Nw J Int'l L & Bus 421.
- Aisha Sanad, 'The inadequacy of the European Commission's Remedies for Microsoft's tying practices in the Microsoft Cases: Casting doubt on the suitability of the Commission's approach

for an Information Technology Economy' [2014] Global Antitrust Review 113-135.

- Toshiaki Takigawa, 'A comparative analysis of US, EU, and Japanese Microsoft cases: How to regulate exclusionary conduct by a dominant firm in a network industry' [2005] 50(2) The Antitrust Bulletin 237-266.

- Daniel F Spulber, 'Competition Policy and the Incentive to Innovate: The Dynamic Effects of Microsoft v. Commission' (2008) 25 Yale J on Reg 247.

- A Bagchi, 'The political economy of merger regulation' [2005] 53(1) The American Journal of Comparative Law 1-20.

- Nicholas Economides and Ioannis Ilianos, 'A CRITICAL APPRAISAL OF REMEDIES IN THE EU MICROSOFT CASES' [2010] 2010(2) Columbia Business Law Review 346-420.

- Chris Butts, 'The Microsoft Case 10 Years Later: Antitrust and New Leading "New Economy" Firms' [2010] 8(275-291) Northwestern Journal of Technology and Intellectual.

- Christopher M Grengs, 'Verizon v. Trinko: From Post-Chicago Antitrust to Resource-Advantage Competition' (2006) 2 JL Econ & Pol'y 105.

WEBSITES

- Inge Graef, 'Rethinking the essential facilities doctrine for the EU digital economy' (Researchgate.net, 2019)
<https://www.researchgate.net/publication/332401208_Rethinking_the_essential_facilities_doctrine_for_the_EU_digital_economy> accessed 11 April 2020.

- Jorge Padilla and Ciara Kalmus, 'Tying and Competition Law: an overview of EU and National Case Law (E-Competition Tying, 7 March) <<https://www.concurrences.com/en/bulletin/special-issues/tying/Tying-and-competition-law-An>> accessed 11 April 2020.

- Kai-Uwe Kuhn and John Van Reenen, 'Interoperability and market foreclosure in the European Microsoft case' (Centre for Economic Performance special papers (CEPSP20) Centre for Economic Performance, London School of Economics and Political Science, London, UK, 6 May)
<http://eprints.lse.ac.uk/4664/1/Interoperability_and_Market_Foreclosure_In_the_European_Microsoft_Case.pdf> accessed 11 April 2020.

- Henri Piffaut, Nicholas Banasevic, Jean Huby, Miguel Angel Pena Castellot, Oliver Sitar, 'The European Commission adopts a decision in a case concerning the abuse of a dominant position by a leading US provider in the PC operating systems (Microsoft) (E-Competitions, 24 March)

- <<https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/march-2004/The-European-Commission-adopts-a-38380>> accessed 11 April 2020.
- Wouter Wils, 'The judgment of the EU General Court in Intel and the so-called 'more economic approach' to abuse of dominance' (www.concurrences.com, January 2015)
<<https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-1-2015/articles/the-judgment-of-the-eu-general-court-in-intel-and-the-so-called-more-economic-en>> accessed 16 April 2020
 - Thomas Kramler, Carl-Christian Buhr and Devi Wyns, The EU Court of First Instance partially upholds the Commission's decision concerning an abuse of a dominant position in the PC operating system (Microsoft) (E-Competitions, 17 September)
<https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/september-2007/the-eu-court-of-first-instance-partially-upholds-the-commission-s-decision-en>> accessed 11 April 2020.
 - Maurits Dolmans, Wanjie Lin, Fairness and competition law: A fairness paradox, (Concurrences, November 2017)
<https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-4-2017/articles/fairness-and-competition-law-a-fairness-paradox>> accessed 11 April 2020.
 - Maurits Dolmans, 'Modernising Abuse of Dominance – the CJEU's Intel Judgment' (www.clearygartlieb.com, 2017)

<<https://www.clearygottlieb.com/~media/organize-archive/cgsh/files/2017/publications/alert-memos/modernising-abuse-of-dominance-the-cjeus-intel-judgment-10-17-17.pdf>>
accessed 16 April 2020.

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

2020 - Anno XLI

THE IMPLEMENTATION OF ENVIRONMENTAL AND SAFETY STANDARDS FOR THE NUCLEAR AND MINING WASTE MANAGEMENT IN ITALY. WHICH ROLE FOR THE PUBLIC REGULATORS?

di Luigi Maria Pepe, PhD in Comparative Law and Processes of
Integration

ABSTRACT

Waste management has been widely recognised as the biggest problem arising from the extraction and production of energy. The international framework very often proves to be unsuitable for creating common and binding standards for the States. In the European nuclear scenario, the Euratom Treaty has proved to be unsuitable to create common standards for nuclear waste management, but it has given the possibility for the growth and consolidation of the model of nuclear safety authority which, as in Italy for example, has succeeded in encouraging nuclear waste policies with the definition of a plan for spent fuel management. On the other hand, mining waste where, despite European pressure, the creation of an independent regulator is still a long way off, leaving mining policies at a standstill. If the nuclear safety authority has

proven its efficacy in boosting nuclear policies, this is the moment to mirror this model in the mineral sector too.

TABLE OF CONTENT

1. Introduction
2. Euratom and the management of nuclear waste
 - 2.1 The Directive 70/2011/Euratom
 - 2.2 The role of the nuclear safety authorities in the implementation of environmental and safety provisions.
3. Nuclear waste management in Italy
 - 3.1 The National Inspectorate for Nuclear Safety and Radiation Protection (ISIN)
4. Mineral waste: the European and Italian scenario
 - 4.1 Does Italy need a mineral waste regulator?
5. Conclusions

Bibliography

ABBREVIATIONS

EU: European Union

ISIN: National Inspectorate for Nuclear Safety and Radiation Protection

ISPRA: Higher Institute for Protection and Environmental Research

MS: Member States

MW: mineral waste

MWM: mining waste management

NNP: nuclear power plant

NSA: nuclear safety authority

NW: nuclear waste

NWM: nuclear waste management

RW: radioactive waste

SF: spent fuel

TEU: Treaty on the European Union

TFEU: Treaty on the Functioning of the European Union

1. Introduction

Waste management is one of the main concerns of the entire energy sector. The creation of an effective regulatory framework is one of the main purposes not only to provide guidelines to the stakeholders but also to keep safe citizens from potential harmful occurrences. For this reason, regulation is placed in a system of multi-level governance where many Institutions vertically are called to cooperate in order to adopt the same and best standards for the waste disposal. Since the Euratom Treaty, European Institutions are trying to boost a common European nuclear market where energy generation and distribution balance themselves with the environmental protection. This paper will examine the Euratom provisions concerning radioactive spent fuel and its governance as the “wicked”¹ problem that policy makers must handle. But the Euratom Treaty has also been highly criticized for its formal attempts to create common rules and standards without providing any non-compliance sanction instruments for Member States. Keystone of this analysis is the role of public regulators as guarantors and implementors of the regulatory framework. For the nuclear waste management national safety authorities play a fundamental role in this sense introducing new management skills and dealing with the problem of the spent fuel and of its disposal. Some countries wait for the evolution of the technology keeping the spent fuel in the original nuclear plants under the cooling process; others opt for the reprocessing process through which at least the

¹ Rittel, H., and Webber, M. M. (1973). Dilemmas in a General Theory of Planning, (1973) 4 Policy Sciences, 155-169

90% of the spent fuel is recycled for further electricity generation with the benefit of reducing the degree of radioactivity from high level to intermediate or low. But if for the low and intermediate level of radioactive waste the storage takes place in the related nuclear plants, for the high level waste, the disposal requires high tech sites able to contain the radioactivity and to avoid any contact with the biosphere and the environment. This is the Italian scenario which will be further analysed in this paper with all the attempts by the stakeholders to accomplish the disposal operations with the planification of a huge deposit mainly for the high-level radioactive waste. In this contest the Italian nuclear safety authority guides all the operative stages ensuring that all the safety and environmental standards are respected. The paper continues with a comparative analysis with the European scenario of mining waste management. While for radioactive waste the central role of the nuclear safety authority has proved to be fundamental in channelling nuclear policies towards meeting European targets, in the mining sector, Italy has failed to comply with the presence of an independent regulator as required by European directives failing to stimulate its policies on the management of mining waste. It is clear how the role of national regulators is becoming more and more relevant in guiding national policies and in achieving supranational standards. Will be the model of an independent regulator the keystone in solving regulatory problems in waste management from energy activities.

Waste management is one of the main concerns of the entire energy sector. The creation of an effective regulatory framework is one of the main purposes not only to provide guidelines to the stakeholders but also to keep safe citizens from potential harmful occurrences. For this reason, regulation is placed in a system of multi-level governance where many Institutions vertically are called to cooperate in order to

adopt the same and best standards for the waste disposal. In the European Union has been widely recognized the importance of nuclear generation as one of the most valid alternatives to hydrocarbons. Since the Euratom Treaty, European Institutions are trying to boost a common European nuclear market where energy generation and distribution balance themselves with the environmental protection. This paper will examine the Euratom provisions concerning radioactive spent fuel and its governance as the “wicked”² problem that policy makers must handle. But the Euratom Treaty has also been highly criticized for its formal attempts to create common rules and standards without providing any non-compliance sanction instruments for Member States. Keystone of this analysis is the role of public regulators as guarantors and implementors of the regulatory framework. Which is their role in the new scenario of spent fuel management? How the Euratom Treaty deal with them? Can the implementation of supranational safety and environmental standards bring to the creation of new best practices? For the nuclear waste management national safety authorities play a fundamental role in this sense introducing new management skills. The problem of the spent fuel and of its disposal is actual because the technology is not completely developed to support and to find a resolute solution for the radioactive waste. The scientific community knows that the only way to handle this kind of waste is to deposit it in special trenches where to wait its decay. But despite the several studies and recent approved projects for disposal sites, we still do not have these facilities. Some countries wait for the evolution of the technology keeping the spent fuel in the original nuclear plants under the cooling process; others opt for the reprocessing process through

² Rittel, H., and Webber, M. M. (1973). Dilemmas in a General Theory of Planning, (1973) 4 Policy Sciences, 155-169

which at least the 90% of the spent fuel is recycled for further electricity generation with the benefit of reducing the degree of radioactivity from high level to intermediate or low. But if for the low and intermediate level of radioactive waste the storage takes place in the related nuclear plants, for the high level waste, the disposal requires high tech sites able to contain the radioactivity and to avoid any contact with the biosphere and the environment. This is the Italian scenario which will be further analysed in this paper with all the attempts by the stakeholders to accomplish the disposal operations with the planification of a huge deposit mainly for the high-level radioactive waste. In this contest the Italian nuclear safety authority guides all the operative stages ensuring that all the safety and environmental standards are respected. The paper continues with a comparative analysis with the European scenario of mining waste management. While for radioactive waste the central role of the nuclear safety authority has proved to be fundamental in channelling nuclear policies towards meeting European targets, in the mining sector, Italy has failed to comply with the presence of an independent regulator as required by European directives failing to stimulate its policies on the management of mining waste. It is clear how the role of national regulators is becoming more and more relevant in guiding national policies and in achieving supranational standards. Will be the model of an independent regulator the keystone in solving regulatory problems in waste management from energy activities?

2. Euratom and the management of nuclear waste

The Euratom treaty³ has been in force since 1957 when it established the European Atomic Energy Community. The first attempts of European cooperation have been built on this treaty which tried to regulate nuclear generation finding common standards for all MS and minimizing the potential radiation exposure and the environmental impact. This attempt of creating a real cooperative system where States follow the same guidelines under common binding obligations⁴ has already been made through the Joint Convention of 1997⁵. But the Euratom application seems to have produced different effects mainly because the central concern of the Treaty seems to be commercial⁶. Euratom's focus relies on the attempt of guaranteeing the technological development of research, the equal distribution of sources and the creation of a single nuclear market⁷. So, dealing with nuclear waste was not its first aim and the Treaty showed to be unprepared to deeply face the current challenges of the management of radioactive materials with effective regulatory instruments. The truth is that the Treaty does not have any real domestic impact on the nuclear energy policies. The safety standards seem to have been developed within the Treaty, but it is only through the national

³ Consolidated version of the Treaty establishing the European Atomic Energy Community 2012/C 327/01

⁴ Miguel Sousa Ferro, 'The future of the regulation of nuclear safety in the EU' [2008] X(Y) Int J Nuclear Law

⁵ Joint Convention on the Safety of Spent Fuel Management and on the Safety of Radioactive Waste Management, 29 September 1997

⁶ Samuel B Angus, 'Radioactive Waste and Euratom: Towards a More Effective Regime of Regulation' (1993) 16 Hastings Int'l & Comp L Rev 343.

⁷ Ibid

regulation that these provisions can be enforced and implemented. In examining some of the Treaty provisions it is possible to notice the huge amount of discretion has been given to the MS. In fact, they are free to interpret the safety standards without any measures in case of non-compliance. These considerations can be supported by reading the main articles of the Euratom focusing on nuclear safety and on the governance of nuclear spent fuel. In fact, chapter III on health and safety focuses on common standards for the disposal of nuclear spent fuel, on the EC role and on the exercise of its powers of control over all the legal acts adopted by the MS. In fact, art. 35 argues that MS shall indicate the infrastructures for the storage of the waste monitoring its radioactivity; art.37 relies on the obligation upon MS to inform the EC of their nuclear waste strategies, especially any kind of potential impact on the environment and on a neighbouring territory. But this control carried out by the EC does not provide any binding guidance to MS, it is only an opinion with the aim to avoid any conflicts among States due to contamination or radiation exposure⁸. And even if the Court of Justice has ruled that each MS must strictly follow the EC considerations on the domestic disposal plans⁹, it is not possible to state that Euratom nuclear safe standards are protected by binding rules and enforcement measures for non-compliance. Chapter VII on safeguard confirms the discretionary role of MS. Art.77 states that the EC shall monitor MS radioactive materials checking that their disposal plans are undertaken without any diversions; art. 78 and 79 foresee the role of the EC in approving all the stages of the spent fuel reprocessing for countries which selected it and the duty upon MS to keep records of all the storage activities in order to enable the EC to control the accuracy of the information and data

⁸ Ibid

⁹ Case 187/87, Saarland v. Minister of Industry, 1988 E.C.R. 5013.

previously updated. It is clear how the EC role as the main Institution called to supervises the respect of Euratom provisions and guidelines is different from the role that the same EC plays in accordance with the TEU and the TFEU. If in these two Treaties the EC has a central role in monitoring the respect of rules with public enforcement measures, its role in the Euratom changes completely. This because the Euratom Treaty receives modifications only through the instrument of the Directive and not of Regulations in order to identify targets that MS must accomplish through their own legal framework. This Euratom feature allows MS to freely adopt much more discretion in their legal framework and to interpret the safety standards in a system where it seems there is no space left for cooperation and common practices.

2.1 The Directive 70/2011/Euratom

The Directive 70/2011/Euratom¹⁰ is built on the IAEA non-binding provisions and on the recommendations envisaged in the Joint Convention. The Directive modifies and updates many of the Euratom provisions on NWM trying to boost the effectiveness of the Treaty and of the European cooperation. The unknown amount of period that the radioactive spent fuel needs for its decay is a common problem which unites all the MS and needs concerns such as safety, security, and radioactive exposure to be ranked first. Strict criteria for the selection of the storage and disposal areas have been introduced. Governments with the support of regulatory bodies and of all the

¹⁰ Council Directive 2011/70/Euratom of 19 July 2011 establishing a Community framework for the responsible and safe management of spent fuel and radioactive waste

stakeholders involved in the NWM shall investigate the most suitable area for the repository site taking into consideration aspects such as seismic movements, hydrogeological structure, distance from civil and protected environmental areas. Chapter II Art.2 states that MS must regulate all the stages for the spent fuel treatment through a national plan on how the domestic legislation aims to enforce the governance over the NW; a national plan including the safeguard of the environment and the safety of citizens, a national plan system concerning inspections, controls over the site and all the activities; a national plan containing public enforcement measures in order to suspend or revoke the licences; distribution of liabilities among all the stakeholders involved from the licence holder to the regulatory body. Instead art. 6 has encouraged the need for the establishment of a nuclear safety authority in the form of an independent agency which must supervise the regulatory framework trying to implement the supranational recommendations in absence or delay of the legislative support. Despite being reconfirmed the central role played by the NSA, the Directive has been still found inadequate. In particular, the Directive has been criticized for not having set "hard" targets for MS and for not being aimed to the harmonisation of the European safety standards for the spent fuel management¹¹. The Directive has been interpreted as a specular re-proposition of the Joint Convention and of the IAEA safety provisions¹². Once again, the Euratom treaty showed the fundamental role played by MS and the great discretion given to them. Safety standards during NW activities seem to have returned to the centre of attention of the European policies where the health of the workers and the non-contamination of the biosphere are

¹¹ Maria Rosaria Di Nucci and Ana Maria Isidoro Losada, *An Open Door for Spent Fuel and Radioactive Waste Export? The International and EU Framework In Nuclear Waste Governance: an International Comparison* (Springer 2015) 79-100.

¹² Ibid

ranked first¹³. Despite it has been strongly criticized the marginal role and the ineffectiveness of the Euratom nuclear policies, this scenario paved the way for the growth of MS sovereignty and discretion in designing the regulatory framework, especially through the nuclear safety authorities which have been played a fundament role in the implementation of supranational safety standards.

2.2 The role of the nuclear safety authorities in the implementation of environmental and safety provisions.

Regulation in the nuclear field is of multi-level concern and it is framed at an international, domestic, and regional level. It is the national regulative framework the most incisive one which guide all the stakeholders imposing binding obligations and duties. If the transposition of the supranational guidelines takes place through the legislative activity of the Parliament, the control and monitor of the regulative framework is fulfilled by special bodies, called regulatory authorities. In the NW sector the authorities called for these tasks are the NSA. If in many countries is a department of the Energy Minister to fulfil these tasks, in others the trend has changed. The complexity of the NW subject has required authorities with skilled components and with the independence from all the stakeholders as main feature. A NSA must analyse the risks and the benefits in the management of NW, find a safe site where to allocate the storage and disposal

¹³Jurgen Grunwald, Peaceful uses of nuclear energy under EURATOM law In Jonathan L. Black- Branch and Dieter Fleck (eds), Nuclear non-proliferation in International law Volume III Legal Aspects of the Use of Nuclear Energy for Peaceful Purposes (Springer 2016) 171-213.

facilities trying to avoid any kind of radioactivity spill or damages to the environment and the public¹⁴. A constant supervision over the construction of the plant is required checking out the respect of all the international recommendations. The supervision lasts until the end of the decommissioning operations with the aim to control the quality of the performances of the plant¹⁵. The decommissioning operations and the management of the spent fuel are the most challenging tasks for a NSA because these are activities strictly linked with the concepts of environmental protection, safety and sustainable development. In addition, they exercise public enforcement powers such as inspections, sanctions and they have the duty to communicate in a transparent and accountable manner clear information to the public. Their traditional role and functions have changed since the steady absence of binding supranational provisions upon States and the consequent wide discretion arisen. The objectives of NSA have evolved from a regulation aimed to preserve public health from radiation to the task of implementor of international guidelines¹⁶. With a too formal Joint Convention and an ineffective Euratom treaty, MSs started to opt for this independent model of regulator to guarantee the respect of all the NW standards¹⁷. Since this tendency has evolved, NSAs have been able to implement the Euratom and IAEA non-binding guidelines. Moreover, they were able to create new standards and practices in the NW field. This evolution must not be interpreted as a replacement of the legislative activity. The regulatory body in its day by day tasks

¹⁴ Ralph Way, *Creating a National Nuclear Regulatory Authority*, In *Nuclear Power and Energy Security* (Springer 2009) 9-12.

¹⁵ *Ibid*

¹⁶ OECD Nuclear Energy Agency, *The Regulatory Function and Radioactive Waste Management: International Overview* (1st edn, OECD 2005)

¹⁷ OECD Nuclear Energy Agency, *The Regulator's Evolving Role and Image in Radioactive Waste Management* (2nd edn, OECD 2012).

manages to introduce new best practices filling the regulatory gaps left by Governments and Parliaments. For NW management it has been showed how the NSA, in a compatible manner with the regulatory provisions, starts to work on the licencing process before the selection of the site and facilities allocation¹⁸. A sensitive approach with the community and with the public has been discovered of relevant importance. The host community which surrounds the potential site must be aware and be involved in all the stages of the process and the possibility to establish a contact with the technical and expert body should reduce the amount of risks and oppositions by the community¹⁹. This “informal” model has been tested not only towards the public opinion but also with all the stakeholders and it has shown the increase of public confidence over the NW operations and the NSA²⁰. Despite this early stage of involvement is not included in the international guidelines, this formal interaction with the players demonstrates how the NSA has become the real implementor of the safety standards: not only accomplishing the duties of safeguarding the environment and public health but also the obligation of providing transparent and accountable information.

3. Nuclear waste management in Italy

The regulation and the multi-level responsibilities of the NW governance are strongly based on the constitutional division of powers. In Italy exists a fragmental division of regulatory competences in which among primary and secondary legislation

¹⁸ Ibid

¹⁹ Ibid

²⁰ Ibid

adopted by the Parliament and Government's decrees, there are many public authorities involved with the aim to assure the protection of the environment and of the citizens. Italy and its nuclear legacy rely completely on the decommissioning operations of the four NPPs and on the management of the residual SF. After the Chernobyl accident. Italian nuclear phase out started raising the issue of the management of the RW. In the early 90' the state company ENEL which owned the NPPs, selected the abroad reprocessing process for the SF negotiating contracts with the British Nuclear Fuels Ltd and with the French NPP of La Hague²¹. Since that moment Italy has not had a real and effective NW storage and disposal strategy. The amount of waste which has not been shipped to the UK or France has been stored in the original sites in SF pools²². Many legislative acts followed one another trying to revitalize Italian RW strategies. Key measure in shaking up the Italian plans was the Decree 31/2010²³ which assigned to the public company SOGIN the obligation to find a new national deposit for the storage of the low-level and intermediate-level waste and for the creation of a technological park where the research for innovative techniques of NW management are studied and developed. In addition, the Decree states that all the operations for the site allocation must be authorize by the Ministry of Environment and Economic Development and that the National map of potentially suitable areas must be revised and approved by ISPRA, the Agency for the environmental protection and research. In fact, in 2014 ISPRA in accordance with the Euratom standards and principles, adopted the Technical Guide N.29 with which established the criteria

²¹ Maria Rosaria Di Nucci, Breaking the Stalemate: The challenge of nuclear waste governance in Italy In *Nuclear Waste Governance: an International Comparison* (Springer 2015) 299-312.

²² Ibid

²³ Legislative Decree no. 31 of February 15, 2010

that SOGIN had to follow for the suitable repository areas research²⁴. In 2015 SOGIN released the list of the potential areas for the examination by ISPRA and by both the Ministries. Further steps will be a public consultation where the potential host communities, municipalities and regions are called to give their opinion and to edit some aspects of the NW deposit plan until the final approval by ISPRA and the Ministries. The NW governance system is highly fragmented between different Institutions and this fragmentation has delayed the SF storage and disposal strategies. The Euratom Directive 70/2011 has forced Italy and all the stakeholders to accelerate the process for the designation of a new repository deposit for the low and intermediate NW still stored in the original sites and for the one coming back from UK and France.

3.1 The National Inspectorate for Nuclear Safety and Radiation Protection (ISIN)

The Euratom Directive 70/2011 imposed to MSs the duty to establish a NSA with the aim to supervise the respect of environmental and safety standards and guarantee security from radiations. Before the Euratom imposition it was the ISPRA to cover most of the functions and tasks in the NW management. But to not be non-compliant, Italy

²⁴ ISPRA, 'Guida Tecnica N29 Criteri per la localizzazione di un impianto di smaltimento superficiale di rifiuti radioattivi a bassa e media attività' (Isprambiente.gov.it, 2014) <<https://www.isprambiente.gov.it/files/nucleare/GuidaTecnica29.pdf>> accessed 15 May 2020

with the Legislative Decree 45/2014²⁵ introduced the ISIN with the aim of carrying out the functions and tasks of a national nuclear authority in accordance with the safety and radiation protection legislation. In particular, this inspection body shall carry out the investigations connected with the authorisation processes; technical assessments, control and surveillance over nuclear installations no longer in operation and over decommissioning activities of research reactors and installations; operations related to the management of RW and of the SF, nuclear material, passive physical protection of nuclear material and nuclear facilities, activities regarding the use of ionising radiation sources and the transport of radioactive materials; finally, the issue of the certifications required by the regulations in force on the transport of radioactive materials²⁶. In addition, the Inspectorate will have to issue technical guides and provide support to the competent ministries in the drafting of acts of legislative rank in matters of competence and provide technical support to civil protection authorities in the field of planning and response to nuclear and radiological emergencies²⁷. Since ISIN has been instituted, the duty coming from the Euratom Directive 70/2011 of the planification of the NW national deposit has been fulfilled with SOGIN which started the investigative inquiry for the sites²⁸. The regulatory work accomplished by the NSA with the cooperation of ISPRA which continues to supervise the aspects of the environmental impact, resulted in a new Italian NW strategy, clear and not confused anymore. The national deposit and the technological park will be built

²⁵ Legislative Decree No 45 of 4 March 2014 Implementing Directive 2011/70/EURATOM establishing a Community framework for the responsible and safe management of spent nuclear fuel and radioactive waste

²⁶ Ibid

²⁷ ISIN, 'Gestione rifiuti radioattivi' (Isinucleare.it, 2020) <<https://www.isinucleare.it/it/gestione-rifiuti-radioattivi>> accessed 15 May 2020

²⁸ Maria Rosaria di Nucci (n) 20

and will host the RW. But before that, next step is the public consultation where the community and the local authorities are called to express their opinions. ISIN task will be to strengthen the right and duty to provide transparent information to citizens on the NW plans and on the possibility attributed and recognised to participate to the decision-making process. In my view, this constitutes the greatest challenge for the real relaunch of nuclear policy in the era of the green economy; such a choice needs to be shared with the population involved in nuclear power stations and radioactive sites by guaranteeing citizens the right to environmental information and nuclear participation, with the introduction of instruments and forms of deliberative democracy. As we have already examined, the general trend of NSAs is not only to enforce and implement supranational guidelines but also to introduce best practices targeting the common purpose of safety and environmental protection from RW. NSAs start the interaction with the stakeholders even before the licensing stage in order to provide all the accountable information about risks and benefits. In Italy, as it has been stated by the Constitutional Court in the judgement n.62/2005²⁹, exists the duty to ensure the environmental participation of the territories concerned in nuclear sites and therefore provide for forms of participation in the procedure for allocation of radioactive material storage sites. The citizens' right to nuclear information is today more than ever an important factor of institutional innovation capable of influencing the governance of public policies in the field of nuclear waste, but it is also the subjective prerequisite for the spread of the culture of nuclear safety at international level. ISIN must be the implementor of the new NWM

²⁹ Corte costituzionale, 'Sentenza n 62/2005, in tema di evidente mancanza dei presupposti di «casi straordinari necessità e urgenza» e vizio in procedendo della legge di conversione' (Federalismi.it, 2005) <<https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=4465>> accessed 17 May 2020

practices for the Italian purposes. And it must make citizens aware of the benefits of having a facility that, in an environmentally compatible manner, can host nuclear waste, removing it from the risk of unnecessary transport to other countries or to be located in sites that are not technically capable of hosting it.

4. Mineral waste management: the European and Italian scenario

The extractive activity, which has always been a source of raw materials for the society, is also the source of numerous environmental problems. The enormous quantities of mining waste produced during past production activities constitute widespread sources of pollution and of areas of geotechnical and hydrogeological instability, involving problems of various kinds, including: the widespread presence of mining waste with its consequences, abandoned processing facilities and plants that may turn into dangerous areas due to their potential collapse, the numerous subterranean voids that can manifest on the surface problems of sinking sudden soil (sinkholes) or groundwater imbalance with sudden consequences water leaks outside the abandoned tunnels. The European legislation for mining waste is the Directive 2006/21/EC³⁰ on the management of waste from the European Union which focuses on preventing any adverse effects on the environment, as well as possible risks to human health arising from the management of waste from existing or new extractive industries; on requiring operators to draw up a programme for the management of

³⁰ Directive 2006/21/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 on the management of waste from extractive industries and amending Directive 2004/35/EC [2006] OJ L 102

waste in accordance with the waste hierarchy - prevention, reprocessing, downcycling and disposal³¹; on the duty upon MS to draw up an inventory of mining waste facilities closed and/or abandoned that cause or could cause damage to the environment and to public health³². It is useful to remember, in fact, that the lack or bad management of mining waste, deposited and abandoned without any control in areas used for accumulation or storage, has led to situations of risk and environmental emergencies that in the past have caused damage to the environment and loss of human lives. Hence the Directive on waste from the extractive industries lays down measures, procedures, and guidelines to prevent and reduce its effects on human health and the environment. To succeed to its purposes the Directive in its art.6 imposed the establishment of national regulatory authorities with the aim to monitor the institutional framework. Firstly, an effective regulatory target must be the rise of the environmental requirements to all the private companies involved in the MWM. Private companies must be supervised by a public authority in order to make the environmental standards effective for all of them enforcing the polluter pays principles for all the liabilities or non-compliance of the regulatory provisions³³. The regulation activities and the role of public authorities have been proved again of fundamental importance in the waste management sector. The European Union Institutions have given importance to the role of control and implementation to public regulator in both the nuclear and mining waste field. Consequently, Italy has introduced the MW Directive through the Legislative Decree

³¹ Lèbre É and Corder G, 'Integrating Industrial Ecology Thinking into the Management of Mining Waste' (2015) 4 Resources 765 <<http://dx.doi.org/10.3390/resources4040765>>

³² The Waste Framework Directive' (2010) 14 E & Central Eur J on Env'tl L 101

³³ Ibid

n.117/2008³⁴. The decree, extended to mining and quarrying activities, initially raised several concerns mainly related to the different interpretations that could be given to the different aspects dealt with by it. Subsequently, the authorities involved in the application of this new legislation tried to clarify certain points and to find ways of applying them as much homogeneous as possible between the various Italian realities. Art 5. introduces the obligation upon MS to publish a national MW plan with the aim of preventing waste generation with prevention, reuse/ and recovery strategies and ensuring that safety disposal standards are in line with the hierarchy introduced by the European Directive: prevention, recovery and disposal. The responsibility to ensure the safety and the environmental protection during disposal activities relies upon the operator. Therefore the plan must contain the minimum elements that coincide with the waste characterisation, the description of the operations, the structural characteristics of the repository, the procedures of control and monitoring, the closure and post-closure management plan, the measures for prevent deterioration of the state of air, water and soil³⁵. The Decree is therefore a system of rules for the management of waste produced by the extractive industries that aims to reduce negative impacts on the environment and human health, paying attention to safety aspects and the system of controls.

4.1 Does Italy need a mineral waste regulator?

³⁴ Legislative Decree no. 117 of May 30, 2008

³⁵ Ibid

ISPRA involvement in the waste management has been already addressed. It has been the main regulatory authority for the waste governance, especially nuclear and its role has been raising since no other Institutions were in force. Since the EU has strongly required the creation of independent and highly skilled regulator for the implementation of supranational guideline, in Italy this is not happened. If for the nuclear sector it has been shown how the Euratom Directive has forced Italy to establish a NSA after many years of delay, the Directive 21/2006 has not produced the same effect. Italy lacks a specific MW authority and ISPRA does not represent the national regulator imposed by Europe. ISPRA is an entity called for environmental research where the term research has been widely interpreted with protection and implementation. But ISPRA's competences and features do not fit to the complex activities which MW governance requires. With many accidents Italy had to deal with and with current extractive projects which are taking place (especially in the Sardinia region), the need for a competent authority is indispensable. Until now MW competences are split between ISPRA and the regional environmental departments even if their role is only to focus on the release of licences. Hence A MW authority is needed to guarantee the respect of the MW hierarchy, of the prevention approach and recycling practices; to accomplish the European obligation of becoming self-independent from a MW disposal infrastructures perspective stimulating the legislative Institutions to develop an effective plan for the construction of facilities closed to the waste accumulation; to incentive the development and innovation of techniques for minimizing environmental impact and pollution prevention; to implement the polluter pays principles and the precautionary principle for the protection of citizens health³⁶. These

³⁶ Directive 21/2006/EC n (29)

are all the functions and competences that the European Union asks to the national regulator. Italy is delaying the respect of the Directive. The absence of a specific regulatory body has shown the delay of the legislative Institutions to take measures for the development of the MW strategies. Proof of the inefficacy of ISPRA is the absence of legislative provisions since the Decree 117/2008 and therefore, of a national plan for MW disposal sites. If the NWM has been finally empowered with a NSA which has shown the ability to boost the Italian NW policy achieving the short-terms objectives and working on the long-term ones, the MW sector is deprived of a regulatory guide who can succeed in the European targets.

5. Conclusions

This paper aimed to examine the role of national regulator in the NWM and MWM. The focus has been the Italian scenario and therefore the European one to which all MSs are related and bound. For NWM the Euratom treaty provides a formal framework without any binding obligations and duties upon MS. This scenario has improved the capacity of States to freely interpret the NWM rules jeopardizing the original target of a unique and common nuclear market and frame. On the other side the Euratom treaty has forced MS to progress in the regulatory activities through NSAs which have been found effective in the implementation of environmental and safety standards and in the creation of new best practices. Despite the delay in the establishment of the NSA, Italy is succeeding in accomplish its NW disposal activities with the planification of a national deposit and a technological park for hosting NW. And the NSA, ISIN, has proven to foster Italian nuclear policy achieving the

short-terms plan creating a system of cooperation with the other stakeholders. Next goal will be the interaction with the potential host community of the disposal site to demonstrate the benefits of this infrastructure for the safety of the environment and citizens. Before the incoming public consultation, this represents the most important challenge for the Italian NSA. The European strategy of providing an effective regulatory framework monitored by independent and specific national authorities has been fulfilled in the MWM sector too. The difference is that if Italy has been able to transpose the NW Directive requiring a NSA, it has proven to be late in complying with the MW Directive asking for the same entity to ensure the respect of the supranational standards. This does not mean that the MW sector is not supervised by a national authority but it means that ISPRA, environmental research authority, as it was originally designed, it does not have the competences and features to face the regulatory challenges of this sector. Indisputable proof has been found the delay of the Italian authorities to publish a national plan for the MWM, for the strategies and the sites allocation. The role of a public regulator is not only to control and monitor a sector, but it is also to implement the supranational provisions filling the legislative gaps left by the legislative authorities and stimulating the achievement of several targets. Nowadays waste governance is the main challenge in the energy sector. Radioactive waste, pollution of areas and risks for humans need to be effectively addressed as regulatory concerns. MS must understand that in order to benefit from the energy generation and distribution a clear strategy for waste governance must be developed. The institutional framework needs to be regulated through the activities of national regulators. Their role in the constitutional framework has been shown to be of fundamental importance not only in advising Governments but also to control them for the respecting of multi-level rules. And in the energy sector national regulators are

set with the aim of safeguarding the environment and the public health. Now MS must understand that the duty to establish public independent regulators is not attempting to their functions and competences but instead it is providing a further instrument to make the energy sector safe, environmentally sustainable, and widely accepted.

BIBLIOGRAPHY

PRIMARY SOURCES

- Case 187/87, Saarland v. Minister of Industry, 1988 E.C.R. 5013.

- Council Directive 2013/59/Euratom of 5 December 2013 laying down basic safety standards for protection against the dangers arising from exposure to ionising radiation, and repealing Directives 89/618/Euratom, 90/641/Euratom, 96/29/Euratom, 97/43/Euratom and 2003/122/Euratom.

- Council Directive 2011/70/Euratom of 19 July 2011 establishing a Community framework for the responsible and safe management of spent fuel and radioactive waste

- Consolidated version of the Treaty establishing the European Atomic Energy Community 2012/C 327/01

- Corte costituzionale, 'Sentenza n 62/2005, in tema di evidente mancanza dei presupposti di «casi straordinari necessità e urgenza» e vizio in procedendo della legge di conversione'(Federalismi.it, 2005)
<<https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=4465>> accessed 17 May 2020

- Legislative Decree No 45 of 4 March 2014 Implementing Directive 2011/70/EURATOM establishing a Community framework for the responsible and safe management of spent nuclear fuel and radioactive waste.
- Legislative Decree no. 31 of February 15, 2010.
- Directive 2006/21/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 on the management of waste from extractive industries and amending Directive 2004/35/EC [2006] OJ L 102
- Legislative Decree no. 117 of May 30, 2008
- Joint Convention on the Safety of Spent Fuel Management and on the Safety of Radioactive Waste Management, 29 September 1997

BOOKS OR CHAPTERS

- Jurgen Grunwald, Peaceful uses of nuclear energy under EURATOM law. In Jonathan L. Black- Branch and Dieter Fleck (eds), Nuclear non-proliferation in International law Volume III Legal Aspects of the Use of Nuclear Energy for Peaceful Purposes (Springer 2016) 171-213.

- Kerstin Odendahl, Storage and Disposal of Radioactive Waste: The Search for a Global Solution In Jonathan L. Black- Branch and Dieter Fleck (eds), Nuclear non-proliferation in International law Volume III Legal Aspects of the Use of Nuclear Energy for Peaceful Purposes (Springer 2016) 277- 294
- Luigi Colella, Il diritto dell'energia nucleare in Italia e in Francia Profili comparati della governance dei rifiuti radioattivi tra ambiente, democrazia e partecipazione (1 edn, Aracne Editore 2017) 420
- Maria Rosaria Di Nucci and others, Comparative Perspectives on Nuclear Waste Governance In Nuclear Waste Governance: an International Comparison (Springer 2015) 25-46.
- Maria Rosaria Di Nucci and Ana Maria Isidoro Losada, An Open Door for Spent Fuel and Radioactive Waste Export? The International and EU Framework In Nuclear Waste Governance: an International Comparison (Springer 2015) 79-100.
- Maria Rosaria Di Nucci, Breaking the Stalemate: The challenge of nuclear waste governance in Italy In Nuclear Waste Governance: an International Comparison (Springer 2015) 299-312.
- Ralph Way, Creating a National Nuclear Regulatory Authority, In Nuclear Power and Energy Security (Springer 2009) 9-12.

- OECD Nuclear Energy Agency, *The Regulator's Evolving Role and Image in Radioactive Waste Management* (2nd edn, OECD 2012).
- OECD Nuclear Energy Agency, *The Regulatory Function and Radioactive Waste Management: International Overview* (1st edn, OECD 2005)

ARTICLES AND PAPERS

- J.L. Zhu & C.Y. Chan, *Radioactive Waste Management: World Overview*, (1989) 31 Q. J. INT'L ATOM. ENERGY 5.
- Gordon Linsley & Ivan Vovk, *Safety Standards for High-level Waste Disposal*, (1989) 31 Q. J. INT'L ATOM. ENERGY 26, 26.
- Samuel B Angus, 'Radioactive Waste and Euratom: Towards a More Effective Regime of Regulation' (1993) 16 *Hastings Int'l & Comp L Rev* 343.
- Rittel, H., and Webber, M. M. (1973). *Dilemmas in a General Theory of Planning*, (1973) 4 *Policy Sciences*, 155-169
- Miguel Sousa Ferro, 'The future of the regulation of nuclear safety in the EU' [2008] X(Y) *Int J Nuclear Law*

- Lèbre É and Corder G, 'Integrating Industrial Ecology Thinking into the Management of Mining Waste' (2015) 4 Resources 765
<http://dx.doi.org/10.3390/resources4040765>
- 'The Waste Framework Directive' (2010) 14 E & Central Eur J on Env'tl L 101

REPORTS AND OTHER SOURCES

- ISPRA, 'Guida Tecnica N29 Criteri per la localizzazione di un impianto di smaltimento superficiale di rifiuti radioattivi a bassa e media attività' (Isprambiente.gov.it, 2014)
<<https://www.isprambiente.gov.it/files/nucleare/GuidaTecnica29.pdf>> accessed 15 May 2020
- ISIN, 'Gestione rifiuti radioattivi' (Isinucleare.it, 2020)
<<https://www.isinucleare.it/it/gestione-rifiuti-radioattivi>>
accessed 15 May 2020

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

2020 - Anno XLI

CORRUPTION OFFENCES IN A COMPARATIVE LAW DOGMATIC PERSPECTIVE *

di Ugo Pioletti, Professore Aggregato di Diritto penale presso
l'Università degli Studi di Camerino

Table of Contents: 1. The search for the protected *Rechtsgut*. Criminalisation, damage of a *Rechtsgut* and legal remedies. The relationship between goods and sanctions. The "restorative" law. 2. The "special status" of the "punitive" law. The boundaries of criminal law. 3. The alternatives. Reasonability and equality. Goods and expectations, norms and institutions. 4. Criminal offences without damage and non-criminal alternatives. Significance of the unlawful behaviour and significance of the punishment. 5. The significance of the unlawful behaviour of corruption. The separation between "public" and "private" roles. The significance of "private" trade with "institutional" powers. 6. The separation between accepting advantage and corruption. Corruption in the true sense and in the broader sense. Corruption in business criminal law: criminal bankruptcy, criminal breach of trust and insider trading. Damage, outcome and punishment. 7. The new "quasi" extortion in the office of the Italian Penal Code. Corruption between private or "economic corruption". Criminal bankruptcy and criminal breach of trust. The company as an institution. 8. The question of the advantage or benefit in corruption offences. Criminal law as precursor of morality? 9. Law and moral. Social and "moral" change through punishment. Limits and possibilities of criminal law.

* Paper read at the *International Symposium on Global Governance over Corruption and Terrorism. The 3rd International Forum on Fugitive Repatriation and Asset Recovery and the 8th International Forum of Contemporary Criminal Law*, P.R. China, Beijing Normal University, 28-29 March, 2019.

1. *The search for the protected Rechtsgut. Criminalisation, damage of a Rechtsgut and legal remedies. The relationship between goods and sanctions. The "restorative" law*

According to the legal tradition of criminal law in Italy, in Germany and in the other countries whose legal cultures in criminal law are in some measure related to the German legal doctrine¹, any criminal provision protects a "legal good" or, in German, a *Rechtsgut*².

It is not easy to specify what is a *Rechtsgut*. The concept of *Rechtsgut* is more and more criticised in the contemporary criminal law science³. Recently the validity of the concept (particularly in his "critical" function⁴) is justified with his durability in the time⁵, indeed with the tradition.

¹ The Spanish- Portuguese- Greek- Japan- Korean-speaking criminal law dogmatics are also closely connected with the German-speaking criminal law dogmatic. For China see, most recently, *Zhao Shuhong*, in *ZStW* 130 (2018), 1264 et seq. In general see E. HILGENDORF, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft der Gegenwart, in Handbuch des Strafrechts*, vol. 1, *Grundlagen des Strafrechts*, Edit. by Hilgendorf, Kudlich und Valerius, 2019, 855 et seq.

² The concept of "Rechtsgut" is - more than any other concept - representing (often in connection with the "Arm Principle") a "bridge" between the criminal legal science and dogmatic linked to the German-speaking legal literature (and that of the other countries related to the German criminal law dogmatics, see note 1) and the English speaking one. See, for instance, M. DUBBER, *Foundation of State Punishment in Modern Liberal Democracies: Toward a Genealogy of American Criminal Law*, in *The Philosophical Foundations of Criminal Law*, R.A. Duff and S. P. Green (ed.), 2011, 84 et seq.

³ Cf. the considerations of S. SWOBODA, in *ZStW* 122 (2010), 24 et seq. For the current discussion see C. ROXIN, in *GA*, 2013, 433 et seq.

⁴ A distinction is made traditionally between a "descriptive" concept of *Rechtsgut* and a "critical" one. The first is addressed to the existing criminal law provision and the last to the projection *de lege ferenda*. Cf. for all C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4th ed., 2006, 14 et seq.

⁵ H. KUDLICH, *ZStW*, 127 (2015), 637 et seq.

But the purpose of the dogmatic of law, or legal doctrine, is to verify the efficiency of a concept, independently of the circumstances that it has been used for a long time. In criminal law, there were other concepts that were used for a long time and disappeared suddenly in a determinate moment.

In Europe, for centuries, it was usual to define a criminal offence as an assault against the faith. This definition disappeared almost suddenly with the enlightenment.

Indeed the semantics of the assault against "something" has a long tradition in criminal law. For centuries, in Europe, from the late antiquity until the middle ages, the criminal offence was seen as an assault against the faith, and therefor against God. For the Romans the *crimina publica* were an offence against the religious order, and therefore against God, and the *delicta privata* an offence, or assault, against the individual person.

With the revolution of the enlightenment, in place of the faith, or the religious order, or the interest of the single person, the subjective law comes into force with *Feuerbach*, and with *Birnbaum* comes into force the *Rechtsgut*⁶.

The semantics of *Rechtsgut* come from the old and tradition-steeped law dogmatic of civil law, but these semantics have nothing to offer to the dogmatic of criminal law. In the civil law a wrongdoing needs a damage perpetrated against a good, and therefore an assault against a good, for his existence, this damage and the assault against a good is, on the contrary, not necessary for the existence of a criminal responsibility and the correlated punitive sanction.

⁶ G. JAKOBS, *Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*, 2012, 7 et seq., U. PIOLETTI, *Contributo allo studio del delitto colposo*, 1990, 107 et seq., U. PIOLETTI, *Lineamenti di uno studio sulla bancarotta*, 2015, 25 et seq.

The inadequacy of the concept of *Rechtsgut* comes from his civil law's origin. But the civil law's protection mechanism corresponds to an other logic than the criminal law⁷.

Different fields of law need different concepts for their operativeness, because each field of law corresponds to his own logic and works according to his own dynamic.

The idea of conceptual autonomy of criminal law from civil law may assume negative connotation due to the polemics against the "liberal criminal law" and the "liberation" of criminal law from civil law's thinking in the 1930's, particularly in Germany⁸, but, in some aspect, in Italy too⁹.

⁷ The majority of the criminal law doctrine represents a supposed limiting function of the criminal law of the concept *Rechtsgut*. In his declared limiting function the concept of *Rechtsgut* is often represented like a "manifest" of a "liberal" criminal law. See C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4th ed., 2006, 14 et seq., that on the other hand, also recognises that "the scepticism towards the capacity of the concept of the *Rechtsgut* is not groundless".

The experience of the practised jurisprudence is telling us something else than the supposed limiting function of the concept *Rechtsgut*: this often doesn't work towards a limitation of the expansion of the application area of the criminal law provisions and towards the mitigation of the severity of the penalty in the sentencing, but precisely in the opposite way.

The idea of criminal law as a "tool" constructed with the aim to protect the *Rechtsgütern* (the goods) necessarily involves the idea of the criminal law as an instrument conceived to intimidate the others, indeed all the people as potential criminal offenders. This idea was very present and explicit in *Feuerbach* and *Birnbaum*, but is also still present in a not small extent of the contemporary legal doctrine and jurisprudence. In this perspective, the wider the criminal law provisions and the more severe the penalties, the more protected are the "goods".

⁸ Cf. particularly H. J. BRUNS, *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilrechtlichen Denken*, 1938.

⁹ In Italy, on the one hand in criminal law there was a refusal of some concepts (such as that of subjective law) typical of civil law and the "liberal" tradition (V. MANZINI, *La politica criminale e il problema della lotta contro la delinquenza e la malavita*, in *Riv. pen.*, 1911, 9) and, on the other hand, the attempt to use precisely the methodology of civil law, taken as a model, to recover the "legal technicality" (the belonging to the world of law) of the criminal law (AR. ROCCO, *Il problema del metodo e della scienza del diritto penale*, in *Opere giuridiche*, III, 1933, 297). The linguistic and geographic proximity to the great tradition of Roman civil law has led in Italy to a series of (unsuccessful) attempts to use civil dogmatic categories in criminal law.

C. LATINI, *Una legislazione per spot. Dalle idea di riforma del 1944-45 al Progetto Grosso di codice penale*, in *Arch. giur.*, 2019, 766, remember that "follow the safe and trusted way of the scholars of private law, was the remedy proposed by Rocco"

In my recognition and explanation of the conceptual autonomy of criminal law from the civil law (and from other fields of law too) it is no matter of a non existing superiority of a single field of law from an other field of law. It's no matter of a not principally existing higher degree of indeterminacy of criminal law in comparison to civil law too¹⁰

Also a so-called "liberal" criminal law needs concepts that ensure it's functionality, and this functionality can not be achieved with the concepts of civil law. In other words, here it's not a question of liberalism (or "democracy") or authoritarianism (or even "totalitarianism") of criminal law. Here is not pursued a political goal, and even not a merely "legal policy" or a "criminal policy". Here is pursued "only" the goal of a better conceptual and most of all semantic communication capability of the criminal law *dogmatic*. Thereby the communication capability of the criminal law dogmatic is not a goal by itself, it rather pursues a *practical* goal, because it concerns the efficiency of criminal law. This means that an efficient and functional dogmatic is the condition of an efficient and functional law system, and this also is a social good or a social gain¹¹.

for the criminal law. About the influence of civil law dogmatic on the work of Arturo Rocco see also GIOV. DE FRANCESCO, *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto* (2012), *Rocco, Arturo*, in *Treccani* online, http://www.treccani.it/enciclopedia/arturo-rocco_%28II-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/ (11.07.2020).

¹⁰ The "classical" roman criminal law was far less autonomous from politics than civil law was, and the civil law was then considered the "true" law. Also therefore the criminal law was in this time by far more indefinite than civil law.

At least since the enlightenment (but, indeed, already previously) the criminal lawyers have consistently tried to reduce this distance in the pursuit of the "legality" and the "determinacy" of the criminal law.

¹¹ The communication capabilities of the dogmatic serve not only and not primarily the general public but particularly the communication between the parties of the trial and between the parties and the judge. This is followed by an increased control

The inadequacy of the *Rechtsgut* concept is not limited to the “new” criminal law provisions. In case of relative recently introduced provisions, like, for instance, Insider trading, it is particularly difficult to find a “tangible” *Rechtsgut*¹². But also in the case of more traditional provisions, like the criminal offences against the environment or the criminal offences of incest¹³, the operational difficulties for the determination of a tangible *Rechtsgut* are not less. The fields of law doctrine has invented, as it is well known, the concept of the dangerous, or hazardous, criminal offence. If necessary, the danger may be also “abstract”. This rhetorical expression was supposed to save the dogma of the protection of *Rechtsgut* and particularly to save the dogma that a criminal offence is always an assault against a *Rechtsgut*. But this goal is missed. A danger is not a damage, on the contrary, a danger presents the fail to “materialise” the damage, therefore it is an “escaped” damage.

In civil law doesn't exist a wrong, if no damage arises from the abstract dangerous action, even when the abstract dangerous action constitutes a criminal offence. This happens because the sanction of reparation or compensation obeys to a different logic than the punitive sanction. The reparation reconstitutes a good (as a useful object) that was compromised by a wrongful (guilty) action. The punishment, on the contrary, doesn't reconstitute any good, the punishment indicates *factually* (i.e. 'on the body' of the offender) that an action was faulty and that it shall not be committed. A civil law's

of the judicial decision and a reduced risk that the decision calls on only the sentiments of the public.

This is also a contribute of the dogmatic for a civilised criminal law, and, if man may put it, a “respectable” or “decent” criminal law, and, what in this time seems to be important, against a populist and demagogic criminal law.

¹² See below paragraph 6.

¹³ See the considerations of C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 27 et seq. (recital 43 et seq.); C. ROXIN, *Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzest*, in *StV*, 2009, 544 et seq.

wrongdoing without damage is not conceivable, while a criminal law's¹⁴ wrongdoing without tangible and individual damage is not only conceivable but already quite common too.

It may be said, with Hegel "in so far as the infringement of the right is only an injury to a possession or to something which exists externally, it is a *malum* or damage to some kind of property or asset. The annulling of the infringement, so far as the infringement is productive of damage, is the satisfaction given in a civil suit, i.e. compensation for the wrong done, so far as any such compensation can be found"¹⁵.

Here it should be observed that Hegel has noted the limitations of civil law that consist *in the possibility of the compensation or reparation of an infringed good*.

"The annulling of the infringement, so far as the infringement is productive of damage", is possible, "so far as any such compensation can be found". That means that the civil law, or, better, the civil law's sanctions (reparation or compensation, invalidity or nullity) own a *internal limitation* (the necessity of the presence of a damage) that is not owned by the punitive sanctions, and, for exactly that reason, the criminal law runs permanently into danger to get out of hand to boundlessness. The criminal law sanctions are theoretically able to be applied to any undesired behaviour, because they don't necessarily presuppose a damage (or only a mere result or outcome).

In civil law, in the case that an undesired behaviour remains only dangerous, also without damage, there is no civil law instrument

¹⁴ Whereby, obviously, is intended every wrongdoing sanctioned by a punitive sanction.

¹⁵ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 98. Hegel's Philosophy of Right, First Published: by G. Bell, London, 1896. Translated: by S.W. Dyde, 1896. Preface and Introduction with certain changes in terminology: from "Philosophy of Right", by G.W.F. Hegel 1820, Translated. Prometheus Books; Remainder: from Hegel's Philosophy of Right", 1820, translated, Oxford University Press; First Published: by Clarendon Press 1952, Translated: with Notes by T. M. Knox 1942.

“against” this behaviour, that means that this behaviour remains *necessarily* not relevant for the civil law.

Even from the criminal law perspective an undesired behaviour *without undesired consequences* can be buried into oblivion and can be set aside, if the behaviour not surpasses a certain degree of intolerability. This also means that in criminal law it is easier to evaluate a disappointing behaviour without consequences as not relevant, than to evaluate a disappointing behaviour *with consequences* as not relevant, and this particularly if the consequences are irreversible¹⁶.

But this situation, different from the civil law, has nothing to do with the pure possibility of the application of a sanction, but with the continuances or durability in the time of the “communication” or “sign” of the disappointment of an expectation: the result (or outcome) of a wrongful behaviour *evokes permanently the disappointing behaviour itself* or, if you want, the “violation of the norm”. In this regard the criminal law has the propensity - but only the propensity - to focus on crimes with outcome (or result) and in the way the civil law and the criminal law mutually reinforce one another.

Summarising: Whereas the civil law and all the others not punishing fields of law need the damage as condition for their simple

¹⁶ The reversibility of the outcome plays an important role in the criminalisation: a reversible outcome is a “restorable” outcome and, in the case that the disappointment brought about by the undesired behaviour is not so relevant, the reparation can replace the punishment: “reparation instead of punishment”, see C. ROXIN, *Zur Wiedergutmachung als einer „dritten Spur“ im Sanktionensystem*, in Arzt, G./Fezer, G./Weber, U./Schlu chter, E./Ro ssner, D. (ed.) *Festschrift fu r Ju rgen Baumann zum 70. Geburtstag*, 22. Juni 1992, 1992, 243 et seq.), and also A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 3rd ed., 2015, 743 et seq.; R. BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 96 et seq.

From this sample can be seen that in criminal law the “seriousness” - the significance - of the behaviour is always decisive, and not the amount of the damage of a good.

existence, the criminal law (and every punitive field of the law) utilises the damage (or only the outcome or result) as instrument for his own limitation, because damage and outcome are not necessary for the application of the punitive sanctions. That is the "legal policy" or "criminal policy" reason, because a "liberal" (i.e. so far as possible "minimal") criminal law emphasises again and again the significance of the outcome (or result) and with this in mind the damage to the *Rechtsgut*.

The criminal law has a different relation to the goods than the other fields of law that have the function to reconstitute in a tangible way the tangible goods. The reparation, and also the nullity or invalidity¹⁷ - and so the whole "restorative sanctions" in the proper meaning of the word - reconstitute a good that was compromised (damaged or extinguished) by the unlawful behaviour. The punishment, on the contrary, takes a good away from the offender, but gives to nobody a good. It could be said with Hegel that the punishment *factual* juxtapose two evils¹⁸.

And so says Hegel: "The theory of punishment is one of the topics which have come off worst in the recent study of the positive science of law, because in this theory the Understanding is insufficient; the essence of the matter depends on the concept. - If crime and its annulment (which later will acquire the specific character of punishment) are treated as if they were unqualified evils, it must, of course, seem quite unreasonable to will an evil merely because another evil is there already. To give punishment this

¹⁷ The sanction of nullity or of invalidity eliminates, in interest of the disadvantaged person, a concrete unfavourable situation that was brought about by the wrongdoer, i.e. also in this case a concrete good is restored. The not punitive sanctions take a "good" away from the wrongdoer and give a "good" to the damaged person.

¹⁸ Against the punishment as redoubling of an evil see M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1162 et seq.

superficial character of an evil is, amongst the various theories of punishment, the fundamental presupposition of those which regard it as a preventive, a deterrent, a threat, as reformatory, &c., and what on these theories is supposed to result from punishment is characterised equally superficially as a good. But it is not merely a question of an evil or of this, that, or the other good; the precise point at issue is wrong and the righting of it"¹⁹.

For Hegel, in the criminal law comes not into question the evil and the good, but the unlawfulness and the justice, i.e. the answer to the unlawfulness.

With other word: *the dynamic of criminal law may be understood only at the level of the significance and not at the level of the individual benefit or damage.* That does mean again that the criminal law works at the level of communication. But what is the communication of criminal law and of law at all?

The communication of law is a factual and not a verbal communication. In the case of a verbal communication a question generates an answer and the answer a new question and that leads theoretically into infinity and doesn't create, for this reason, any "structure". Verbal communication presupposes the equality of the communicating subjects.

The law, on the contrary, is a system that, like any social system, decides "over" the individuals. The communication of law is factual, because the factual communication due to the force (the irreversibility) of the performed facts *does not allow any contradiction*; it is a peremptory communication. The law doesn't constitute a "dialogue" or a "discourse" in the proper sense: *Roma locuta, causa finita!*

¹⁹ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 99.

2. The "special status" of the "punitive" law. The boundaries of criminal law

The civil law limits itself from within; the criminal law, on the contrary, needs a limit from the outside. But the concept of *Rechtsgut* is not appropriate for the restriction of criminal law like it is the case in the other legal fields (like civil or administrative law), where good, damage of good and restoration of good depict the proper dynamic of this legal field.

If the punishment could be justified with the harm against a good, it should be explained, why the restoration of the good is not sufficient, and a punishment of the offender must be added to the restoration, and what is the benefit of the punishment of the offender for the good. *The restoration of the good and the punishment of the offender operate at two different levels.* The first operates at the level of individual benefit and the last at the level of the factual representation of the significance of the behaviour.

This doesn't mean that the not-criminal tort is not related with an action²⁰ but that the last exists only if the behaviour produces a damage. The criminal law doesn't possess this limitation. The limitation of criminal law can not be found in the damage, but "only" in the reasonability (i.e. the justice) of the punishment of a specific

²⁰ Every wrongdoing presupposes an imputation and every imputation presupposes the "freedom" of the single person, i.e. the "personal" guilt of the defendant (in the tradition of English speaking criminal law cultures one speaks about *mens rea*). Without personal guilt (or, if we want, *mens rea*) there is no wrong. That is valid in every legal field (also in civil and administrative law) and not only in criminal law. See to that U. PIOLETTI, *Lineamenti di uno studio sulla bancarotta*, 2015, 80 et seq.; 153 et seq.

It's true that the law "constructs" and "constitutes" the person, but in this "construction" the law encounters insuperable limits in the whole (and non only national) social communication - if we want: the social moral. The law may always try to proceed in absolute autonomy and in national autonomy, but if this autonomy means a decoupling from social moral and from global moral, this law will, soon or later, fail.

behaviour, namely with regard to the punishment in itself and with regard to its amount or sentencing.

The limitation of criminal law to the behaviours which produce a damage can (perhaps unfortunately) not succeed. A so-called "liberal" or, better, civilised criminal law can trust only the examination of the reasonability of the criminal law provision. This examination and evaluation is not a political but a genuinely juridical evaluation in continental Europe in countries like Germany or Italy, and this takes place through the evaluation of the conformity of a criminal provision to the constitution by the constitutional court.

The social harmfulness of the behaviour, often mentioned in the literature²¹, also refers to a valuation that depends of the whole contest. With other words, the valuation of social harmfulness of an action doesn't require that the action has produced a quantifiable damage, but only that the action was to such an extent undesired that its originator deserves to be punished. The decisive element is not the quantifiable damage (this can even be missing), but the evaluation of the action by the society.

The power of the tradition of the thinking of *Rechtsgut* is nevertheless so powerful, that in some opinions in the legal doctrine the corruption provisions don't protect an original *Rechtsgut* but a derivatives one²².

3. *The alternatives. Reasonability and equality. Goods and expectations, norms and institutions*

²¹ Cf. G. JAKOBS, *Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*, 2012, 7 et seq., K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, *passim*.

²² Under this point of view T. ZIMMERMANN, *Das Unrecht der Korruption. Eine strafrechtliche Theorie*, 2017, 370 et seq., speak about a "frame" *Rechtsgut* or derivative *Rechtsgut*. See also T. ZIMMERMANN, *ZStW*, 124 (2012), 1027.

If the doctrine of *Rechtsgut* is inadequate, the question then arises about the alternative, particularly the alternative for the explication and justification of a criminalisation and, if necessary, calling it into question.

The alternative lies in the understanding of *the significance of a criminal provision*, and this significance must be *deduced from the whole context*. The significance of a legal provision can't be deduced from an isolated consideration, but it must be captured and understood from the context of the whole legal system.

According to Günther Jakobs the mechanisms of criminal law must be understood not only "like natural events, like summer and winter, but like social events". "In this view, the task of the criminal law dogmatic lies in the development of expressions which are needed to contradict the criminal offence like a meaningful action (an action with expressive content) with a meaningful act. This contradiction is necessary after a criminal offence in order to restore the validity of the norm which was disavowed by the offender. Like the external infringement is the manifestation of the infringement *of the norm*, so the punishment is the manifestation in which the stabilisation *of the norm* takes place"²³.

In my opinion about the punishment it's not the matter of a stabilisation of the norm, it's the matter of the fulfilment of the norm as such.

The punishment doesn't stabilise the norm, just like the compensation and other not punitive sanctions (like the nullity) don't stabilise the norm.

²³ G. JAKOBS, *Strafrecht. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2nd ed., 1991, VII.

The sanctions don't comply with the law, the sanctions "speaks" the law, and the law is the "immune system of the society"²⁴ in the sense that the law system - i.e. the legal remedies or law sanctions - allow the existence of the whole system of the society, because the criminal law (and the law at all) is the *immune* system of the society and *not* the society itself.

The law ensures the continuation of institutionalised expectations of behaviour, despite the fact that occasional and isolated behaviours don't comply with this institutionalised expectations of behaviour. The law consists in sanctions (not only punitive sanctions!) *that serve the purpose to remove this contradictions with communicational remedies, i.e. with the factual communication of law.*

This removal or elimination can take place with the removal of the material consequences of the disappointing behaviour (non-punitive sanctions) or *with the removal of the value or meaning of the disappointing behaviour* (punitive sanctions) and this happens *with the sole remedy known by the society in this case, namely with the factual representation of the evildoer like a "person not to be envied".*

If you want to use the semantic of the purpose, then you should say that it is not a matter of external purposes, but of internal purpose, and this concerns all the sanctions and not only the criminal or punitive sanctions.

Every sanction has the "task" of reversing the time: that what should not happen is reversed, albeit with different instruments. In case of non-punitive sanctions, the situation will be *de facto* restored as it should be as if the wrongful behaviour would not have happened (a "good" is restored), in case of punitive sanctions the situation will

²⁴ N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, 161, 565 et seq.

symbolically (i.a. factual communicatively) reversed *by the representation of the failure of the "offender"*. In both cases the law is "spoken".

For this reason the not punitive sanctions need not only a behaviour but also a good to be effective; on the contrary, *the punitive sanctions need only a behaviour*. Both types of sanctions, however, relate to expectations that are originally "addressed" to "free" behaviours and *not* to goods.

Some decades after the publication of the *Grundlinien der Philosophie des Rechts*²⁵ of Hegel, the scholar of criminal law Francesco Carrara wrote: "goal of the punishment is not that the Justice is done, not that the victim obtains revenge, not that the damage will be compensated, not that the citizens will be scared, not that the offender will expiate his wrongdoing, not that his recovery will be obtained (...), the real purpose of the punishment is the restoration of the external order in the society"²⁶.

In the perspective that I propose, the purpose of the science of criminal law is to look at the criminal law issues from the perspective of the *whole* law science instead only from the perspective of the so-called *whole criminal law sciences (gesamte Strafrechtswissenschaften)*. Because the criminal law issues are often whole law issues and the criminal policy issues are often law policy issues.

The criminal law often begins where other fields of the legal systems do not manage to ensure some expectations (i.e. institutions) with their specific remedies, expectations which

²⁵ *The Principle of the Philosophy of Law*.

²⁶ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto penale. Parte generale*, 1860, §§ 614, 615.

nevertheless have to be ensured (“subsidiarity principle” or “principle of minimum criminalisation”²⁷).

On the other hand, criminal law sometimes does not succeed in what other legal fields can do, such as, for instance, to restore “protected goods” (*Rechtsgütern*) or to change structures not “from above” but “from below”. Civil law can sometimes change society by mobilising initiatives of the individuals, i.e. through the protection (and also the “creation”) of interest of the concerned and “proactive” individuals that are, by civil law, allowed to sue.

However, as we will see, in the case of corruption, the civil remedies are in principle inapplicable, because there is no individual interest or good that can be replaced by civil sanctions.

As we have seen, the limits of criminal law with regard to the legitimacy of a specific criminal offence (and specific legal consequences) are not to be sought and found in the presence of a damage or harm (a damage to a *Rechtsgut*), but in its “reasonability”, i.e. taking the whole law system into account.

Sometimes in the scientific literature there can be read of proportionality or of prohibition of excessiveness²⁸, and it is also mentioned that these concepts - including the concept of “material” *Rechtsgut* - remain “in in the air”²⁹, i.e. they need to be concretised. The fact that reasonability or proportionality are “vague” concepts does not mean that the concept of *Rechtsgut* is more determined or specific, because even the latter can be understood only as significance or “protective purpose” of the norm.

Proportionality is synonymous with reasonability, which in turn is synonymous with justice. What is just, however, depends on the

²⁷ This principle is almost unanimously recognised in the English speaking countries too. Cf. D. HUSAK, *Overcriminalisation. The Limit of the Criminal Law*, 2008, see also J. HERRING, *Criminal Law. Text, Cases, and Materials*, 8th ed., 2018, 10 et seq.

²⁸ See ENGLANDER, *ZStW*, (127) 2015, 625

²⁹ ENGLANDER, *ZStW*, (127) 2015, 629.

entire context, and the context is not only the immediate context, but the entire social context, and since society is a contingent (that is, historically conditioned) construct, justice is contingent and historically conditioned.

There is no "abstract" eternal formula for deducing justice (the reasonability, the *Rechtsgut*); what was just yesterday (and was a protected *Rechtsgut*) can no longer be just today and vice versa. In a society, such as the Roman one, where there was no "institution" company or enterprise (and therefore no "corporate interest"), the "justice" of punishing criminal bankruptcy was not imaginable. In a society like today's Western societies, which can no longer be legitimised by (Christian) religious assumptions, the punishment of denying the historical resurrection of Christ is no longer considered just but absolutely unacceptable; but the punishment of denying the Holocaust is considered just³⁰.

There is no way around this contingency (if one wants: relativity): the eternal and the absolute are not of this world and certainly do not belong to the judgment and the separation between good and evil. Judgment is of this world and, as such, is contingent, i.e. (historically) relative. The concept of the legal good or *Rechtsgut* as a "descriptive" term leads to the concept of the valid norm and, as a "critical" concept, to the just norm. The content of the "single" norm is decided by the entire legal system, which, for its part, also depends on the overall societal context, that is, for their part, historically conditioned: "Alike as the concept of the norm, the

³⁰ See art. 3 bis of the Italian Statute 13.10.1975, n. 654 (Statute n. 115/2016), in the context of conduct of propaganda to ethnic or racial hatred or of instigation to the commission of acts of violence or discrimination for racial, ethnic reasons, etc., and § 130, paragraph 3, StGB (German Penal Code) that punish the denial or the playing down of the crimes committed by the Nazis in a way that is likely to disturb public peace.

concept of *Rechtsgut* is, as such, empty of content"³¹, without referring to the the entire law system and, above all, naturally, the constitutional principle.

At this point it should be mentioned that the "system conformity" and the "system contrariety" rarely follow a "rational" planning, but rather a historical legitimation. In the field of the "objective or external imputation" - or "allowed risk" - Günther Jakobs was the first to regard historical legitimation as an alternative to rational or conscious risk assessment. In the above-mentioned perspective of Jakobs, however, the balancing of interests (or goods) still remains the basic reason to legitimacy: "It is not the historicity that legitimises, but the tradition suggests that the problem of legitimacy has previously been resolved - a legitimacy spared by history"³².

The norms presuppose expectations - and that means structures. The norms (or, rather, the sanctions) serve to maintain expectations, i.e. the maintenance of structures. These structures are both social and (in most cases) individual structures, because the human being is a social being. This means that the society lives in "existing" structures, which, as such, determine the "nature" of the society and are anchored in the psychic systems and therefore are not - by and large - "planned" from the outside and not from outside are easily changeable. The power of "historical legitimation" in law is

³¹ G. JAKOBS, *Rechtgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*, 2012, 37, stresses, in this respect, the criminal law legitimacy, but the criminal law legitimacy descends of his accordance with the whole law system that includes eminently, naturally, the constitutional principle. There is also another legitimacy of the entire law system ad this legitimacy descends of the accordance with the moral rules. To that see further.

³² G. JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2nd ed., 1992, 201.

very present in English legal thinking in the form of highlighting the "tradition" even as a legal source³³.

An institution - and, as I said, a norm or an expectation that "build" the social institutions or structures - "is valid", i.e. it is accepted and kept alive with sanctions, very often because it is present as an institution, and because the society and the individuals (first of all as psychic system) in that institution find their form or one of their forms, beyond any conscious or unconscious balancing of goods. Because the consciousness results in a social context even physically (or "organically")³⁴, the "institutionalized" expectations concurrently represent a psychologically individual and an objective social reality.

The consideration of the "legitimacy" of a criminal offence from the point of view of the "reasonability principle" is in Germany, Italy and other european countries, by no means a political (even a legal political or criminal political) or a "moral", but an original legal consideration, because the contemporary legal systems have the legal remedies, even in this regard, for the judgment of the legality of the offences and their consequences from the point of view of the principle of "equality" - in the sense of the principle of "reasonability" - in accordance with Article 3 of the German Constitution or Article 3 of the Italian Constitution.

It is not, as it is often said, a (constitutional) judicial "control" or "evaluation" of the so-called "discretion" or "discretionary power" of the legislator in the criminal field, but a genuine application of law

³³ Cf. H.P. GLENN, *Legal Traditions of the World*, 2010, *passim*.

³⁴ The brain develops and "lives" in a network of brains where also develop consciousness and knowledge. Cf., from different perspectives, C. HIDALGO, *Why Information Grows. The Evolution of Order, from Atoms to Economics*, 2015, *passim*; D.M. EAGLEMANN, *The Brain*, 2015, *passim*; M. PLITT, R.R. SAVJANI, D.M. EAGELMANN, *Are corporation people too? The neutral Korrelates of moral judgments about companies and individuals*, *Social Neuroscience*, 10 (2), 2015, 113 et seq.

or, better, an application of specific sanctions (sanctions of nullity) to unconstitutional norms. The Italian Constitutional Court has taken the first steps in this direction already some years ago, including in the field of criminal law³⁵.

4. Criminal offences without damage and non-criminal alternatives. Significance of the unlawful behaviour and significance of the punishment

Usually a criminal law norm or provision (i.e. a criminal sanction) is needed where non-criminal sanctions - reparation and nullity of the act - *are either insufficient or simply impossible*.

This is of course the case in the impairment of life, but also in corruption. In the case of manslaughter, the annihilation of life is not really replaceable with "other" material utility³⁶. In the case of

³⁵ Cf. the judgements of the Italian Constitutional Court n. 306/1993; n. 183/2001; n. 257/2006; n. 393/2006; n. 72/2008; n. 236/2011. See G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in G. Insolera et al. (ed.), *Introduzione al sistema penale*, 1997, 264 et seq.; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 350 et seq.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, 2005, 209 et seq.

The German Constitutional Court is notoriously still very cautious in the "evaluation" of the so-called discretionary power of the legislator in criminal law matters. Cf. BVerfG, 2 BvR 392/07 of 26.02.2008, Rn. (1-128), so-called „Incest Judgment“. Nr. 306/1993; Nr. 183/2001; Nr. 257/2006; Nr. 393/2006; Nr. 72/2008; Nr. 236/2011.

It should be reminded that (contrary to the opinion of the German Constitutional Court) it isn't the matter of an "evaluation" of a "discretion" but it is about a plain judgment about the conformity of a legal provision with a higher legal provision. In this case the constitutional provision of the right of equality of all citizen before the law (art. 3 of the German Constitution or, for Italy, art. 3 of the Italian Constitution).

³⁶ The outcome "death" is an authentic case of irreversibility and, as I have said (U. PIOLETTI, *Contributo allo studio del delitto colposo*, 1990, 87) the punishment is "originally" emerged as a "protest" against the irreversibility of an undesired outcome. The punishment, as "protest", is a conscious, deliberate, and as an institution planned public affirmation of the validity of the expectation.

However G. JAKOBS, *Strafrechtliche Zurechnung und die Bedeutung der Normgeltung, in Verantwortung in Recht und Moral*, U. Neumann, L. Schulz (ed.),

corruption, the damage can not be assessed individually, even in the serious cases of corruption offences, i.e. in the case of corruption according to § 332 of the German Penal Code (StGB) or Article 319 of the Italian Penal Code (c.p.).

Sometimes the violation of the official duties (a characteristic of the corruption according to § 332 StGB) causes no calculable damage in the sense of civil law, or there is no damaged person in its very meaning.

This also applies, of course, in the case of acceptance of undue benefits under § 331 StGB where, by definition, the administrative act should be lawful.

The corruption offences are still serious to medium scale criminal offences, and, of course, *all over the world*.

As in other cases of global recognised criminal offence, one speaks of "universal values". The universal values are universal norms or, better, *universal institutions*. Indeed, there are similar achievements in the social developments around the world, such as the emergence of "public institutions", that allow a complex development of society and of individuals.

Also in societies and legal systems, which are usually portrayed as remote from Western civilisation, and where there has been a different understanding of the position of law and jurists in society, as in China, the understanding (and the "worthlessness") of corruption is very much like to the "western", and this happens because (as we will see) the importance of public "institutions", and the corresponding role division represents an indispensable structural element (and an "achievement") of a society which has moved away

2000, 61, retains that the "protest" is the criminal behaviour. But the protest, as I said before, is not the criminal behaviour, rather the protest is the punitive answer of the law system to the disappointing behaviour.

from a primitive "horizontal" and "fragmentary" structure, towards a stratified or hierarchical, to a functional differentiated society³⁷.

The reason why the corruption offences constitute serious up to medium scale criminal offences, nevertheless they affect no "tangible" *Rechtsgut*, however, is not explained stringently enough by the doctrine of the *Rechtsgut*.

The existence and seriousness of a criminal offence is not primarily explained by the amount or even the existence of a damage (a damage to a *Rechtsgut*), but *by the significance of the committed act*.

A criminal offence is not principally a causation of a harm, a violation or a damage to a *Rechtsgut*, but, to use a happy formulation of *Hans Welzel*, a "expression of significance or sense"³⁸, i.e. an action that means something, that is "effective" by the criminal law point of view, because of its meaning or significance.

*Günther Jakobs*³⁹ was the first in criminal law science, following *Niklas Luhmann*⁴⁰, to stress that the offence is a disappointment of an expectation, rather than a damage or an assault to a *Rechtsgut*, and that the punishment has not the aim to deter potential perpetrators, but rather to secure the expectation despite the committed disappointments.

This view represents a true Copernican revolution in the science of criminal law and, in my opinion, in the whole science of law. The fact that a criminal transgression refers to a disappointment of an expectation is increasingly represented with different accents in the

³⁷ N. LUHMANN, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, 1984, N. LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, 1997.

³⁸ H. WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, ZStW, 58 (1939), 503, whereby the significance of the behaviour in my view do not rest in the intention of the offender but *in the objective significance of the behaviour in the social context*.

³⁹ G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 1st ed., 1983, 3 et seq.

⁴⁰ N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 1972, *passim*.

field of criminal science (sometimes under the term of the so-called "positive general prevention"); although this sometimes happens in connection with the traditional view of the criminal offence as a damage or an assault to the *Rechtsgut* and sometimes also in connection with an alleged "function of stigmatisation" of the punishment⁴¹.

It is now important to recognise that the whole law system, and not just the criminal law, is a system that exists to safeguard the expectations⁴², and it is now important to set the functional focus of the law system from the "norm" to the "sanction": it is the *remedium* that characterizes the *proprium* of the law system, and not the "command" or the prescriptive part of the "norm"; and there are always the *remedia*, the remedies, that shape the nature, the possibilities and the boundaries of the different fields of law.

The sanction, in the sense represented here, is not - even in criminal law and in the punitive areas of law in general - a mere tool or instrument to "strengthen" the law (or the expectation), but it represents the law itself: The sanction is not an "aid", a "supplement" of the norm and of the law (as if the norm and the law had an independent existence), it represents the right itself, it is the law as such: *ubi remedium ibi ius*.

The recognition of the fact that not only punitive sanctions but also non-punitive sanctions (such as reparation or nullity) do not serve the protection of goods but the maintenance of expectations in the field of social contacts, i.e. that they serve to secure the future in the field of the social contacts, sheds new light on the issue of

⁴¹ For this point of view, among others, cf., recently, G. HOCHMAYR, *Neue Kriminalsanktionen in Rechtsvergleich*, *ZStW*, 2012, 64 et seq. For a discussion about the reputed function of stigmatisation" of the punishment I refer to U. PIOLETTI, *Lineamenti di uno studio sulla bancarotta*, 2015, 44 et seq. and *passim*.

⁴² As "immune system of the society", N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, 161, 565 et seq.

subsidiarity and the extrema ratio: the "weight" of the goods or the "importance" of the expectations are not decisive for the need to use punitive sanctions and are not decisive for the inadequacy of non-punitive sanctions. It is often rather the simple impossibility of applying the non-punitive sanctions, which decides the necessity of using the punitive law. The non-punitive sanctions restore illegally destroyed material benefits or goods. Where this recovery is not possible, and society nevertheless needs the assurance of the continuation of behavioural expectations, the punitive intervention often becomes indispensable. As the criminal law - unlike non-punitive law - is almost universally applicable, it is necessary to limit the punitive law "from outside".

5. The significance of the unlawful behaviour of corruption. The separation between "public" and "private" roles. The significance of "private" trade with "institutional" powers

If a criminal offence is a "expression of significance or of sense", i.e. an act that means something, that is "valid" - as wrong - because of its meaning or significance, what does the act of corruption mean?

The act of corruption means that the offender does not adhere to a "public" role and that he falls into the "private" role of exchange or trade.

The ancient societies were "horizontal" societies; if you like, they were "private" societies. Of course, this also applies to the original ancient Roman society.

There were "punishments", there was also "criminal law"; but it was a different criminal law than that of later more complex societies. It was, if one may say so, a "private" criminal law. The punishment was, in principle, replaceable with reparation, which means that at

that time a punishable wrongdoing was always a "civil" wrongdoing, i.e. a "damage" or "offence"⁴³ of a *Rechtsgut*.

There was no state in these old societies, there were no "public services", there was therefore no "public administration" and also no "public officials" or "public servants"⁴⁴ and no, as it's also said in the German legislation, "especially obliged for the public service" (§§ 331 to 334 German Penal Code: StGB).

The first officers or public servants were persons who had a role between priest and judge⁴⁵.

⁴³ The English word "criminal offence" reveals the ancient origin of a criminal offence in the early humans society as an impairment of a "tangible" good as an "individual" utility. In the early roman civilisation, for instance, only an impairment of an individual good was a torts and, at the same time, a criminal offences. In that time there was therefore also any difference between a civil and criminal trial, there was only an art of trial. A trial was always brought by the "private", i.e. individual, initiative and at one's own (also personal) risk and might terminate with a civil (i.e. restorative) but also with a punitive sanction.

⁴⁴ The Italian penal code define the public officer and the person obliged for the public service in the art. 357 - 359. See, above all, A. FIORELLA, *Ufficiale pubblico, incaricato di un pubblico servizio o di un servizio di pubblica necessità*, in *Enc. dir.*, vol. XLV, 1992, 566 et seq.; L. PICOTTI, *Le nuove definizioni penali di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio nel sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1992, 274 et seq.; P. SEVERINO, *Pubblico ufficiale ed incaricato di un pubblico servizio*, in *Digesto pen.*, vol. X, 1995, 513 et seq.

⁴⁵ Therefore in the ancient or primitive societies there was no separation between political-administrative system, law system, and religion (or religious system), there was also no autonomy of the economic system.

A more complex and therefore developed society needs this separation. The political and administrative system, particularly, has the task to design or project the future of a society in an "open" way. The law system has the task to "ensure" the future in the cases were the future diverge from some crucial expectations. That means that the political and administrative system "looks forward" whereas the law system "looks back". Both systems are necessary for the society and not any system may be allowed to "invade" the other because the people need certainty in many parts of the life, but they also need to have the possibility to design the future, in other parts of the life, in an "open" matter.

The two systems (the political-administrative and the law system) have therefore different logic and different semantics, they are indeed two separate systems and, in many countries, there are separate roles for the persons that are appointed to the tasks of each system.

These persons are, *in any case*, "public officers" or "public servants" because they are committed to the "public good". That means that those "officers" must separate their public role from the private and, particularly, they must commit the public powers that are consign to them exclusively in the interest of the public or the

The birth of public power was an evolutionary achievement. A decisive passage from a fragmentary towards a stratified (or hierarchical) differentiated society.

Not infrequently, a new institution, an evolutionary achievement, is "represented", "constitute" and even "introduced" and enforced "from above" by means of the criminal law. This has to do with the symbolic and, in this sense, genuinely "public" character of the criminal law⁴⁶.

On the other hand, a new institution can also be introduced and enforced "from below" through the attribution to the private persons of new legal powers (i.e. by civil law remedies).

A public power "operate" through "public officials" or public servants, and a public official must play his role, i.e. he should separate his private roles and his public role.

This separation is not only important *but also essential* for the *pure existence of a res publica*, a functioning community as we understand and need it today.

Incidentally, the separation of roles is not only essential to understanding the corruption criminal offences, but also important for understanding other criminal offences where the perpetrator falls into a "simpler" and "more private" role, such as, for example, the criminal bankruptcy fraud and, especially now, the criminal breach of trust (in German: *Untreue*) in the field of a business management.

The public officer, who is "bribed", disregards this separation between his private roles and his public role. He falls back into a

whole society and that is non allowed to those people to "sell" that powers, i.e. to exchange those powers with utility for himself.

⁴⁶ The transaction from the self administered justice to a judicial administrated justice is still symbolised, in some criminal codes, like the Italian, by a specific criminal provision that have the task in the ancient time to affirm the success of the "new" institution of the judge administered justice. Cf. U. PIOLETTI, *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, in F. Coppi (ed.), *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, 1996, 635 et seq.

more primitive role, the "private law" role of trade and exchange⁴⁷, and this regression has a significance that even calls into question the mere existence of a functioning public administration (in the broader sense⁴⁸).

For *Urs Kindhäuser*, "essential to corruption (...) is a contradiction between the interest which the agent has to fulfil on account of his particular duties and the interest to which he attaches by accepting the undue benefit". Corruption represents an "attack form" that "always stresses a conflict of interest between the principal and the agent"⁴⁹.

⁴⁷ It's unanimously acknowledged that the activity of trading and exchange of utilities existed and was one of the main human activity as early as in prehistoric times, long time before the emergence of the public powers in the proceeding of the human civilisation. See above all, C. RENFREW, *Trade and Culture Process in European Prehistory*, in *Current Anthropology*, 1969, 151 et seq. ; P.L. KOHL, *The archeology of trade*, in *Dialect Anthropol.*, 1975, 43 et seq.

⁴⁸ Under "administration" is to understand the whole public duties and activities, that is, in the language of the 19. century, especially in continental Europe, the "State".

⁴⁹ U. KINDHÄUSER, *ZIS*, 2011, 463. See Law Commission, Consultation paper No. 185. Reforming Bribery, in www.lawcom.gov.uk, 31 oct. 2007, § 4.42; A. SPENA, *La corruzione tra privati e la riforma dell'art. 2635 c.c.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 690 et seq.

The Section 3 of the Bribery Act 2010, UK, indicates the conditions that make an act 'improper' under the law of bribery: it is expected that the person performs the function or the activity (also alternatively) "in good faith", "impartially" and "in a position of trust". The advantage of these criteria is that they underline the moment of discretion of the defendant's action and that they can also be used for corruption in the private sector. These criteria are, however, too extensive as they can be applied not only to corruption but to a wide range of very different offences and therefore they do not properly define corruption.

These above indicated approaches - in terms of explaining corruption crimes - are related to the "Agency theory" (S.A. Ross, *The economic theory of agency: The principal's problem*, in *American Economic Review*, 62 (2), 1973, 134 et seq.; B.M. MITNICK, *Fiduciary rationality and public policy: The theory of agency and some consequences*, Paper presented at the 1973 Annual Meeting of the American Political Science Association, New Orleans, LA, in *Proceeding of the APSA*, 1973; M. JENSEN, W. H. MECKLING, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, in *Journal of Financial Economics*, 1976, 305 et seq.). This theory was conceived for the theory of contracts, the corporate organisation and in general to the hierarchical organisations, including public ones, because it focuses on the problem of information asymmetry and hierarchical relationships. In corruption, however, there is not properly a problem of hierarchy or "obedience" but, instead, that of the illegitimate "replacement" of a role with another.

Such an understanding of corruption collects, as conflict of interests, a broad range of breaches of duty that subjects one's own interests to one's own - such as in the case of criminal breach of trust or embezzlement - which go far beyond corruption and, in extreme cases, concern every breach of duty and therefore every criminal offence and every wrongdoing at all.

The *proprium* of corruption, i.e. its specific characteristic, however, is not only the conflict of interests, and not only the unauthorised enrichment, but the predominance of the "private" role of exchange or trade over the "institutional" role that obligates the agent to administrate the institution (be it a "public" or a "private" institution) *in the interest of the institution itself*.

Corruption - even in the "private" sphere - has always to do with managing an "institution" and neglecting the interest of the institution in favour of the "private" interest of the offender *of exchange or trade*⁵⁰. As I said, the "regression" of the "public officials" (or in the case of corruption "between private persons", the manager for running a business of a corporation) to a more "primitive" role.

In the case of corruption, the perpetrator acts with administrative powers that would have been used in the interests of the administered institution, as if those powers were their own "belongings". The manager or representative of an institution (be it public or a private institution such as a company) treats the powers given to him as his own as far as he "sells" them and, in return, receives an advantage or utility as a "prize". The perpetrator acts "under private law" with "his" - entrusted to him - powers. Here is briefly mentioned that it is possible in private law, to dispose not only

For considering the moment of omission in corruption offences, particularly the omission of a lawful administrative acts, see M. BÖSE, *ZIS*, 2018, 122.

⁵⁰ U. PIOLETTI, *NZWist*, 2016, 249 et seq.

about things but also about the right to disposal (such as rights of use).

This separation between "private" and "institutional" roles is so important that their non-observance - also the trade with institutional powers - is punished, even if there is no objective impairment of public function, as in the case of the so-called "spurious corruption" formerly known in Italy⁵¹ and as in the case of "granting an advantage" in Germany⁵².

The negative significance of the unlawful behaviour is followed by the punishment, which also (like the unlawful behaviour) is a significance, a "significant expression" that values the unlawful behaviour "definitively", i.e. evaluates "publicly" the behaviour in a factual and therefore not debatable way.

6. The separation between accepting advantage and corruption. Corruption in the true sense and in the broader sense. Corruption in business criminal law: criminal bankruptcy, criminal breach of trust and insider trading. Damage, outcome and punishment

Traditionally, the category of corruption offences has been understood primarily as corruption in the public service or sector, but now also includes corruption in the private sector or in the management of companies.

⁵¹ Now, after the reform of 2012 (Statute No 190/2012), "*Corruzione per l'esercizio della funzione*", art. 318 c.p. (Italian Penal Code). Also after the reform receiving a bribe in exchange of a proper performance or function remains a criminal offence (Cf. Cass. Sez. VI, n. 4486, 11.12.2018, Rv. 274984; Cass. Sez. VI, n. 51765, 30.07.2018, Rv. 277562; Cass. Sez. VI, n. 51765, 13.07.2018, Rv. 277562). See, above all, T. PADOVANI, *Metamorfosi e trasfigurazione. La disciplina nuova dei delicti di concussione e corruzione*, in *Arch. pen.*, 2012, 783 ss; G. AMARELLI, S. FIORE, *I delitti dei Pubblici Ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, 2018.

⁵² §§ 331 and 333 StGB (German Penal Code). This is the situation also in UK (Bribery Act 2010) and US criminal law (Cf. *US v Sun Diamond Growers of California* 526 US 398, 1999). Cf. J. HORDER, *Ashworth' Principle of Criminal Law*, 9th ed., 2019, 439 et seq.

As already mentioned, the word "corruption" could also be used in an expanded sense, as a simple and general disregard for a "higher" role and as a regression into a "more private" role, and that without exchange or trade of institutional powers.

In this broader sense, a case of "corruption" also corresponds to the criminal bankruptcy, because the entrepreneur disregards his role as administrator of an institution like a company that has its own interest (the interest of the enterprise itself) and instead serves his "private" interest.

In the same way, the offence of criminal breach of duty (*Untreue*) is to be understood - especially, but not exclusively, in the case of breach of duty in corporations. Even in the case of insider trading, the offender does not consider his role as an investor in a "public" capital market and falls back on his role as a private person.

In each of the above cases, the perpetrator "corrupts" an institution: in criminal bankruptcy and criminal breach of duty, the perpetrator corrupts the "institution" enterprise, which as such needs an administration that is directed towards the purposes of the satisfaction of the interest of the enterprise itself. These purposes are the economic "health" of the company; this health means the functionality of the enterprise, which is socially recognised as an institution that creates wealth or prosperity or, in other words, "objective profit". Otherwise, in the case the company destroys wealth, the enterprise must cease (if necessary in a mandatory way) its activity⁵³. In insider trading, the perpetrator corrupts the institution of the "public" securities and stocks market, which needs

⁵³ Cf. U. PIOLETTI, *Lineamenti di uno studio sulla bancarotta*, 2015, *passim*.

investors for its existence, who only use information that is "publicly" available⁵⁴.

Corruption offences (scilicet, as "official offences") were traditionally divided into so-called "real" and "spurious" corruption offences in Italy.

The distinction lies in the legality, or legitimacy, of the administrative act. In case of the criminal offence of "granting an advantage" (§§ 331, or 333 German Penal Code, StGB, art. 318 Ital. Penal Code, c.p.) the wrongdoing consists "only" in the failing of the separation of the roles (the "sale" of public power), but does not consist in the illegitimacy of the administrative act performed by the public servant. In the case of bribery (§§ 332, or 334 StGB, art. 319 ital. penal code, c.p.) the wrongdoing consists also in the illegitimacy (i.e. the not serve the public interest) of the administrative act. Precisely for this reason, the latter - the corruption offence in the true sense: bribery - is everywhere valued as more serious and treated consequently.

The existence of a damage is not insignificant in criminal law, but it is also not essential, i.e., in criminal law, the existence of a

⁵⁴ The "existence" of a protected *Rechtsgut* is even more contested by the criminal offence of insider dealing as by corruption. For W. WOHLERS, *ZStW*, 125 (2013), 474 et seq., for instance, by insider trading is punished only an immoral behaviour. For G. STRATENWERTH, in *FS Vischer*, 1983, 667 et seq., the offender, in the case of insider trading, is valued like a usurer, i.e. es a person that exploit an unlawful position. In my opinion the reason for the incrimination (the *Rechtsgut*) consists in the circumstance that the offender leaves the role of investor that as such is obliged to use exclusively public information and avail one self to use "private" informations, i.e. informations that derivates from a different role than the role of the "anonymous" investor. Cf. U. PIOLETTI, *Lex mercatoria e diritto penale*, in *Indice pen.*, 2017, 478 et seq.

See also S. SEMINARA, *Insider trading e diritto penale*, 1989; A. MANNA, *Tutela del risparmio, novità in tema di insider trading e manipolazione del mercato a seguito della legge comunitaria del 2004*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, 659; L. FOFFANI, voce *Abuso di informazioni privilegiate*, in F. Palazzo, C.E. Paliero (ed.), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, 2007; F. SGUBBI, *Abusi di mercato*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, 2008, 11 et seq.

damage - in contrast to civil law, but also to other "non-punitive" areas of law - is not constitutive.

This has nothing to do with the "essence" or "nature" of the criminal law *norms*, but with the "essence" or "nature" of criminal law *sanctions*. The "inherent necessity" that differentiate criminal law from all the other field of law lies in the "mechanism" with which the law restores the disappointed expectations. As the non-punitive areas of the legal system restore disappointed expectations by restoring "lost" material benefits ("goods"), these areas of law can only restore ("protect") expectations that are related to individual material "utilities" ("Rechtsgütern").

Since criminal law and, more generally, punitive law, reestablishes the expectations in a "symbolic-communicative" matter, the criminal law does not require a "damage" and can also confirm, or "protect", expectations that refer to mere behaviours.

In this respect, the requirement of a damage in the criminal law seems rather to be a "selection mechanism" (a system-required "saving" of punishment and therefore of suffering: extrema ratio principle) as a strict functional necessity, as is the case in other areas of law. Not infrequently, it is well known that the presence of material harm or damage (as "outcome") is a condition, together with the forbidden behaviour, of the existence of the criminal offence, e.g. in the case of the most negligent criminal offences like the involuntary manslaughter. In other cases, such as in the attempted criminal offence, the absence of the damage, or of the outcome, determinate a reduced sentence (in Germany the reduction is a possibility, in Italy it is mandatory).

Regarding the distinction between bribery and granting of advantages (in Italy "real" and "spurious" corruption, now "corruption

for the exercise of a function"), the situation in Germany and Italy was the same, especially before the recent reform of 2012⁵⁵.

The most striking difference was - and, as we shall see, in a sense, it still lies - in the presence of another offence in the sections on the offences in office in the Italian Penal Code; this "Italian" official offence is the "extortion or blackmail in office" (art. 317 of the Italian Penal Code, c.p.), a criminal offence that derives its name from the late Roman "*concessio*"⁵⁶.

The existence of blackmail in office has traditionally found wide application in the practice.

The reasons are partly formal and partly substantial.

In procedural terms, the indictment of the office of extortion in office offers proof advantages for the prosecutor: where there is no "*pactum sceleris*" (criminal agreement) and where the "private" is a victim and not a perpetrator, he has no interest in concealing the illicit "business".

The risks are obvious, and these are the disadvantages that always arise when the substantial law is deviated in favour of the procedural law. Particularly dangerous are the procedural abbreviations when they are made in favour of obtaining evidence.

But there are also substantial reasons for the existence of the above-mentioned criminal offences of extortion in office in the Italian Penal Code. In fact, there can be no doubt that in concrete social

⁵⁵ Italian Statute No 190/2012.

⁵⁶ See, above all, T. PADOVANI, *La concessione*, 1970; R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, 1984; A. STILE, *Amministrazione pubblica (delitti contro la)*, in *Digesto pen.*, vol. I, 1987, 129 et seq.; L. STORTONI, *La nuova disciplina dei delitti contro la pubblica amministrazione: profili generali e spunti problematici*, in *Studi in onore di G. Vassalli*, vol. I, 1991, 519 et seq.; G. INSOLERA, *Corruzione e concessione nella riforma del diritto e del processo penale*, in *Studies in ricordo di G. Pisapia*, vol. I, 2000, 661 et seq.; A. MANNA, *La scissione della concessione in due fattispecie distinte, nell'ambito di un quadro d'insieme*, in *Arch. pen.*, 2013, 13 et seq.; F. GIUNTA, *Prima lettura della legge anticorruzione 6 novembre 2012, n. 190*, in *Giust. pen.*, 2013, 276 et seq.

events there are often cases where the private person is put in a position by a public official, where he has practically no other choice, unless he follows the unlawful wishes of the public official.

Of course, this is not always an absolute coercion or duress, but often a relative coercion or duress. The legal system on the other hand (and not only the Italian) has for centuries known this fact of "relative" duress in the field of property crime and indeed in the case of extortion. An extortion in the office under the application of the general extortion rules is not only not excluded in the German legal system, but also long been known, even if not used in the practice very often.

The Italian criminal code is, in terms of the facts of the extortion in office, in any case, quite isolated⁵⁷. The Italian regulation on extortion in the office was considered outside Italy (and by some voices also within Italy) as a an unfortunate legal provision, because it contained the danger of mistaking sometimes the private person that bribes a public official as a victim rather than a perpetrator. During the past years the demands of international organisations on Italy to abolish , or at least to limit, the provision of extortion in office have increased.

With the 2012 reform, the Italian legislator has at least partially followed these requirements and has presented a comprehensive reform of the corruption offences⁵⁸.

⁵⁷ See G. FORTI, *L'insostenibile pesantezza della "tangente ambientale": inattualità della disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 476 et seq.

⁵⁸ With the Statute 6.11.2012, n. 190, Italy has followed up on international commitments entered into with the "Criminal Law Convention on Corruption", made in Strasbourg on 27.1.1999, already ratified with Statute 28.6.2012, n. 110, and with the "Convention against corruption", adopted by the UN General Assembly on 31.10.2003 with the Resolution No. 58/4 "Merida Convention", already ratified with Statute the 3.8.2009, n. 116.

About the "new" art. 319 quater c.p. (Italian Penal Code) see, above all, E. DOLCINI, *Appunti su corruzione e legge anti-corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 527

After the reform, the traditional corruption offence of accepting of unduly benefits (Article 318 of the Italian Criminal Code) and bribery (Article 319 of the Criminal Code) remained practically unchanged. Even the facts of extortion in office has remained, with a tighter formulation and indeed with the absence of one of the two behavioural possibilities. The coercion, duress - or compulsion - has remained, the "induction" has disappeared.

It is, of course, a matter of interpretation, what does coercion mean, and in particular to decide, whether "*facta concludentia*" (i.e. an implicit but unambiguous behaviour, or a meaningful unduly omission) also constitute or not coercion, duress or compulsion.

The real novelty of the reform, on the other hand, is the creation of a new offence (article 319 quater of the Italian criminal code); it is, as we will see, a kind of "quasi coercion in office".

This new criminal offence is characterised by the behaviour of induction. "Induction" is intended to describe the behaviour of a public official who "instigates" a third person to give him benefits. The special characteristic of this fact is that the "instigated" person is not judged by the law as a victim, but as a perpetrator, albeit with a lesser responsibility, i.e. the private person is less punished than the

et seq.; P. PISA, *Una sentenza equilibrata per un problema complesso*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 568 et seq.; G. FIANDACA, *Concussione e induzione indebita tra fatto e prova*, in *Foro it.*, 2014, II, 551 et seq.; M. PELLISSERO, *Amministrazione pubblica (delitti contro la)*, *Enc. dir., Annali*, vol. VII, 2014, 48 et seq.; R. BARTOLI, *Le Sezioni unite tracciano i confini tra concussione, induzione e corruzione*, in *Giur. it.*, 2014, 1208 et seq.; M. DONINI, *Il corr(eo) indotto tra passato e futuro. Note critiche a SS.UU., 24 ottobre 2013 - 14 marzo 2014, n. 29180, Cifarelli, Maldera e a., e alla l. n. 190 del 2012*, in *Cass. pen.*, 2014, 1482 et seq.; A. SESSA, *Concussione e induzione indebita: il formante giurisprudenziale tra legalità in the books e critica dottrinale*, in *Dir. pen. contemp.*, 2015, 1 et seq.; G. BALBI, *Sulle differenze tra i delitti di c*, in *Dir. pen contemp.*, 2015, 1 et seq.; A. FIORELLA, S. MASSI, *Opportunismo del privato e malaffare nella pubblica amministrazione: un dibattito sulle figure del concusso, dell'indotto punibile e del corruttore*, 2016; A. MANNA, *Differenze tra concussione per costrizione e induzione indebita ed ulteriori problematiche circa i delitti dei p. u. contro le P. A.*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, 114 et seq.

public official who "instigated" him to give the advantage for himself or for a third party.

7. The new "quasi" extortion in the office of the Italian Penal Code. Corruption between private or "economic corruption". Criminal bankruptcy and criminal breach of trust. The company as an institution

The interpretation of such an offence is not easy. The jurisprudence - as always, when a conceptual ("theoretical") solution has not yet been found - decides predominantly so far "case by case" and, in general, can perhaps be noted a trend toward the limitation of the area of application of the extortion in office in favour of the application of the offences of corruption or of the new offence of quasi extortion, particularly when the "private giver" takes an advantage of the undue public act⁵⁹.

The new quasi-extortion in office seems to be a disposition in the case of "seduction" of a private person by a public official. However, according to the expression of the offence, it is not necessary for the "private giver" to gain unlawful advantages through the behaviour of the public official. On the other hand, in this case also the "seduced" is wrong, albeit with a diminished responsibility.

In essence, the new offence appears to be a new figure of corruption in which the main responsibility is always attributed to the

⁵⁹ Cf. Cass. Sez. un., n. 12228, 24.10.2013, Rv. 258473. See the literature above note 58.

Cf., more recently, Cass. Sez. VI, n. 8963, 12.02.2015, Rv. 262503, that, in any case, demonstrate that the (by the lawmaker desired) reduction of the application area of the extortion in office is not be achieved because the sentence affirm that the least criminal provision must be applied also in the case that the private giver take an advantage of the undue public act as long as the latter remain marginal compared to the unjust threatened damage.

public official⁶⁰, mainly because the latter took the initiative and abused his power towards the private individual, despite the fact that the basic rule in Italy requires that both sides of the illicit business are in principle punished with the same punishment.

It should be added that, in any case, the penalty for bribery and corruptibility (in Italy so-called active and passive corruption), of course, does not have to be the same, because the punishment must be always commiserated with the crime. Of course, this also applies to so-called "bilateral" offences, such as corruption offences, according to the general rules of sentencing.

In any case, the introduction of the above mentioned fact of quasi-extortion in office can not mean that the private person has the duty to resist the constraining public official. Such an interpretation of the criminal offence is contrary to the system (and as such unconstitutional because of the violation of the principle of equality - reasonability) due to the presence of the extortion.

In other words, it would require an unlawful interpretation of the legal provision (for infringement of the principle of equality or reasonability) that in the case of coercion perpetrated by a private individual, the compelled person has no duty to resist, whereas in the case of coercion perpetrated by an official, the private person is obliged to resist.

In corruption between private, i.e. in the case of the management of a corporation, the Italian legislator has created⁶¹ a new criminal provision in the Italian Civil Code (art. 2635 of the

⁶⁰ This is always the case in the German Penal Code for the serious case of corruptions, see §§ 332 and 334 StGB (German Penal Code).

⁶¹ With the Statute (Decr. legisl.) n. 61 of 2002. The legal provision of art. 2635 c.c. (Italian Civil Code) was therefore modified by the Statute n. 190 of 2012, n. 202 of 2016 (Decr. legisl.), n. 38 of 2017 (Decr. legisl.), and n. 3 of 2019.

Italian Civil Code, c.c.)⁶², which, until the Statute n. 3 of 9.1.2019, was designed like an offence which cannot be prosecuted without a complaint by the victim. That is why this offence works more or less like a remedy to obtain, by penal means, an economic compensation from the perpetrator.

Corruption in the corporate sector (so-called "economic corruption") follows, as I said, the same logic as that of corruption in the public sector. This is a further proof that the company is an "institution" that embodies a different interest than that of the entrepreneur as a person. This, in turn, means that corruption in corporate management should also include, *de lege ferenda*, the "selling" of corporate interests on the part of the individual business owner⁶³.

It should be added that a corruption act of the company representative is considered a violation of the Business Judgment

⁶² See, above all, F. GIUNTA, *La riforma dei reati societari ai blocchi di partenza. Prima lettura del d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61 (II parte)*, in *Slur*, 2002; V. MILITELLO, *Corruzione tra privati e scelte di incriminazione: le incertezze del nuovo reato societario*, in R. Acquaroli, L. Foffani (ed.), *La corruzione tra privati*, 2003; R. ZANNOTTI, *La corruzione privata: una previsione utile nel nostro ordinamento? Riflessioni su un dibattito in corso*, in *Indice pen.*, 2005; L. FOFFANI, *sub art. 2635*, in *Comm. Palazzo, Paliero*, 2. ed., 2007; A. ROSSI, *L'infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, I, 13th ed., C.F. Grosso (ed.), Milano, 2007; S. SEMINARA, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 713 et seq.

⁶³ For the punishability *de lege ferenda* of corruption also in the individual enterprise cf. K. VOLK, *Die Merkmale der Korruption und die Fehler bei ihrer Bekämpfung*, in *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, K.-H. Gössel, O. Triffterer (ed.), 1999, 419 et seq., A different opinion in U. KINDHÄUSER, *Voraussetzung strafbare Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft*, in *ZIS*, 2011, 463 et seq. The fact that the German Statute of 21.1.2015 (see G. DANNECKER, T. SCHRÖDER, *Neuregelung der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr. Entgrenzte Untreue oder wettbewerbskonforme Stärkung des Geschäftsmodells?*, in *ZRP*, 2015, 48 et seq.) emphasises, in the context of corruption in company management, the violation of the duties of the person responsible for running a company against the company itself confirms, in my view, that this form of corruption is also primarily about the separation of "private" and "institutional" roles - namely, the protection of the "company interest" (the business's economically meaningful "management": Business Judgment Rule, see K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5th ed., 2017, 14, 195, 265, 566) - and not for the protection of the corporate counterparts.

Rules, i.e. an administration of the enterprise against the interests of the enterprise "in itself"⁶⁴, and this offence fulfil also, in the case of a bankruptcy opening, a criminal bankruptcy offence.

Criminal bankruptcy and criminal breach of trust are more general norms than corporate corruption. This last criminal offence present in addition the special characteristics the consist in the regression of the offender on the "private" role of exchange or trade. All three criminal offences have in common the unfaithful administration of a company.

As we have seen, trade or exchange is much older than the public institutions (and the role of public servant) and is also much older than the emergence of the "private institution" enterprise or corporation.

Public power is a later achievement of the human societies that used to be organised horizontally or fragmentarily in the early times of the history of the mankind, and this happened all over the world. Corruption is not the mere not-to-serve an institution, corruption is rather a qualified not-to-serve. Corruption is a regression of the public servant (or person in charge of managing an enterprise or corporation) into a more simple role: the "older" and "more private" role of an individual than manage exchange or trade.

⁶⁴ W. RATHENAU, *Vom Aktienwesen. Eine geschäftliche Betrachtung*, 1917, has shaped this term in correlation with predominantly economic-political and not juridical considerations with special attention to the problematic of large-scale corporations.

In my understanding, the concept of "corporate interest", or of "enterprise interest", in the interpretation of central offences of economic criminal law, such as criminal bankruptcy and criminal breach of trust, is not to be confused with the "economic interest" of a "nation" or only a "region", but *it is an expression of the internal logic of function of the company as "institution" in the social context*, and this understanding of course corresponds to the "social benefit" of the company. The explanatory power of the term in the area of law unfolds its significance precisely with regard to the interpretation of criminal bankruptcy and criminal breach of trust. See U. PIOLETTI, *Lineamenti di uno studio sulla bancarotta*, 2015, 355 et seq. and *passim*.

Here lies the essential difference between the criminal offence of corruption and that of criminal bankruptcy and also between the criminal offence of corruption and that of criminal breach of trust in the corporate sector. Even in cases of criminal bankruptcy and criminal breach of trust, the perpetrator does not serve the institution (the institution of the enterprise or corporation) but himself as a private person. Again, there is a conflict of interest; but it lacks the trade or exchange and indeed the trade or exchange of administrative powers. Therefore, the conflict of interest is not what qualifies the criminal offence of corruption, but the criminal offence of corruption is qualified by the exchange in the interest of the agent against the "objective" interest of the administered institution (be it a "public" or a "private" institution, i.e. an enterprise or corporation).

This institution can - and this is the novelty of the regulation on private sector corruption - also be a formally "private" institution. At this point it must be stressed that the legal system differentiates and regulates between the "privacy" of an individual with their "own" interest and between the "privacy" of a company that as such (even if it has no "legal personality") "embodies" an institution. This is what distinguishes the "private" institution of company, which has its own interest, which is traditionally protected by law with the criminal provision of bankruptcy and now more and more with the criminal provision of breach of trust. This "corporate interest" consists in continuing the "life" or "activity" of the enterprise itself as an institution that creates wealth - or, in other words, richness or economic goods.

The central role that the criminal offence of bankruptcy has played for several centuries as the guiding principle of corporate management has recently been undermined more and more by other criminal offences.

The most important criminal provision in this regard is the criminal breach of trust. It is an offence that has now - at least in the German legal system - the role of the central criminal offence of the economic criminal law. As a qualified form of criminal breach of trust, the criminal provision of corruption in the private sector also plays an important role. It should be emphasised at this point that both offences and corruption in the private economic activity - especially in Italy, where these facts are still in an "embryonic" form - when applicable (and in particular in the case of the existence of the objective condition of criminal liability), are covered by the "general" criminal provision of Bankruptcy in the case that the company is declared insolvent.

8. The question of the advantage or benefit in corruption offences. Criminal law as precursor of morality?

Crucial for the interpretation of the criminal provisions of corruption is, of course, the concept of "advantage" or "benefit".

In which measure are favours allowed? And, in particular, in which measure are "exchanges of favours" allowed, which concern "public services" and "public powers"?

The law, and the criminal law in particular, can and should not, as we know, cover everything that is not desired: in particular, criminal law - which, as we have seen, has no "internal boundaries" like the other fields of law - should be used as an *extrema ratio*. In this respect, obviously the limits of acceptance vary depending on the country (depending on "regional morality")⁶⁵. And even if the criminal

⁶⁵ This is a domain of the "objective imputation theory" that applies not only to offences which legal provisions are characterised by the description of a causal link with an event or outcome, but also to the all offences (to those of "mere behaviour", too), because no legislative description can eliminate the need for

law wants to act as a precursor or a forerunner of morality, or as an innovative force of society, it must always keep the *extrema ratio* principle in mind. This means that too much discrepancy between criminal law intervention and what is practiced and experienced by the society carries with it the risk of delegitimation of the entire system because it makes the individual punishment appear like arbitrary and purely random. In other words, in such a case, punishment appears more like a misfortune than like a guilt and, as such, like a deserved punishment.

9. Law and moral. Social and "moral" change through punishment. Limits and possibilities of criminal law

Finally, we come briefly to the distinction between law and moral. There are, as it is well known, behaviours that are (still) lawful, but which are considered immoral. Moral in social, i.e. in the objective or external sense, is to be understood as a flanking norm system, as an informal norm system, side by side to the formal norm system, namely the legal or law system.

Law and moral live side by side, and they can not live together for long periods in mutual contradiction. This also means that the

evolution and adaptation to the concrete case of "interpretation". In this sense all legal provisions are "open provisions". For the concept of "open provisions", however limited to some provisions, i.e. those with the description of a causation and an event, see C. ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, [1957], 2nd ed., 1970.

To impute an offence, the defendant must be "competent" for the control of the external situation described by the legal provision. To evaluate the subject's "competence", it is necessary to consider the entire social context in which the subject "acts" and not only his individual "microcosm" - his "body movement" - in relations with the legal provision. See already, in this sense, U. PIOLETTI, *Contributo allo studio del delitto colposo*, cit., 47 et seq.; 94 et seq.; 179 et seq.; U. PIOLETTI, *Causalità (rapporto di)*, in *Dig. pen.*, vol. IV agg., 2008, 82 et seq.; 85 et seq. For the application to legislative provisions that describe conduct and not just a causal link, above all, U. PIOLETTI, *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, in F. Coppi (ed.), *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, 1996, 642 et seq.

function of morality should also be seen as a pioneer or forerunner of the law, i.e. like a preparation of legal changes. What used to be considered a mere "nepotism" must, as the evolution of a society goes on, be regarded as plain corruption, and moral acts as a warning signal in this case like in other cases.

Historia non facit saltus. European countries, like the countries all over the world, have different "habits", they simply have different social development; it is not possible to abolish old "habits" suddenly, not even with criminal law instruments. One can "accelerate" the development with criminal law sanction⁶⁶, but not beyond a certain extent, especially if, as in the case of corruption, "milder" legal means (such as civil law, which precedes, as we have seen, "from below" or "diffusely") are obviously lacking.

The civil means consist in the creation of "subjective rights", that is, that the civil "protection" acts on the social institutions through the autonomous initiative of the individual acting in his own interest. Of course, it is necessary for the functioning of the civil remedies to have isolatable and replaceable interests of individuals. This is not always the case and this is often one of the reasons (as in the case of corruption) of the indispensability of criminal intervention.

Despite the structural inadequacies of the legal remedies (of any legal remedy), one must still try to foster the development towards a more advanced society. In this regard, of course, the role

⁶⁶ For the purpose of discourage and of combatting corruption, the Italian legislator has increased the range of punishment for the serious corruption (so-called true corruption, art. 319 c.p., Italian Penal Code, *Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio*) from the originally (Penal Code of 1930) two up to five years imprisonment to five up to eight years (Statute n. 190/2012) and, successively, up to six to ten years imprisonment (Statute n. 69/2015). The statutory prescription period were extended too, and a mitigating provision like the domiciliary arrest for convicted older than 70 by the execution of punishment were restricted (Cf. Statute n. 3/2019). In comparison, the maximum penalty for serious corruption in the German Penal Code (§ 332 StGB, *Bestechlichkeit*) amount to six months up to five years of imprisonment and, for the "private" (§ 334 StGB, *Bestechung*) to three months up to five years.

of criminal law is not only important but indeed indispensable. But one can go ahead with the criminal law only if at least at the same time the whole society (the moral of the society) move in the direction of a more developed level⁶⁷.

Abstract

In order to understand corruption offences the civil law perspective is not very useful, because in this perspective an offence is necessarily the infringement of a good as a material utility dependent on a wrongful conduct. The criminal offence however is primarily a meaningful action, a disappointing behaviour, and not primary and necessary the impairment of a material utility that also can not be present. The dynamic of criminal law may be understood only at the level of the significance of the act and not at the level of the individual benefit or damage. As far as the criminal law is concerned,

⁶⁷ Another important condition for the acceptance of a social moral that regards corruption as a wrongdoing is that the public power, i.e. the politics and the public administration, are committed to the well of the whole people and that they are really perceived so by the people.

Otherwise the corrupted person can indeed present himself as more close to the people than the politics or the administration can do. Paradoxically and also tragically, in that way, the corruption presents itself as more "democratic" and close to the concrete interest of the people. And the "politics" and the administration, in that way, are defamed as "abstract" and "far away" from the people.

On the contrary, corruption and democracy (in the truest sense) can not coexist in any way. Corruption favours the rich to the detriment of the not rich. Corruption damages particularly the new generations and in this way steals the future of a Country. Corruption favours the few that have rich and influential parents and relatives to the detriment of those who do not have, or to the detriment of those who do not have parents or relatives which are disposed to pay (in any form) bribes. Corruption damages particularly the good and the bright of a Country. Corruption does not only compromise the future of a society, but makes the whole society regress. The criminal law remedies are essential against the single episode of corruption; the best "medicine" for a society, whose inner values reject from the beginning the corruption, is authentic democratic politics and administration, i.e. politics and an administration that work for the whole people.

that what is decisive, is the objective significance of the behaviour of the defendant in the social context. The act of corruption means that the offender does not adhere to a "public" role and that he falls into the "private" role of exchange or trade. The public officer, who is "bribed", disregards this separation between his private roles and his public role. He falls back into a more primitive role, the "private law" role of trade and exchange. Corruption - even in the "private" sphere - has always to do with managing an "institution" and neglecting the interest of the institution in favour of the "private" interest of the offender of exchange or trade. The significance of the various types of corruption, particularly the corruption without and with damage". The paper deals with the problem of the extortion in office and the new "quasi" extortion in the office of the Italian Penal Code and it deals also with the relationships between corporate corruption and Criminal bankruptcy. Regarding the relationship between law and moral, the paper affirms that moral in social, i.e. in the objective or external sense, is to be understood as a flanking norm system, as an informal norm system, side by side to the formal norm system, namely the legal or law system. Law and moral live side by side, and they can not live together for long periods in mutual contradiction. This also means that the function of moral should also be seen as a pioneer or forerunner of the law, i.e. like a preparation of legal changes.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE DEI CONTI
SEZIONE GIURISDIZIONALE
PER LA REGIONE EMILIA ROMAGNA

composta dai seguenti magistrati:

Tammaro MAIELLO	Presidente
Antonio NENNA	Consigliere
Andrea GIORDANO	Referendario relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di responsabilità iscritto al n. 44837 riassunto dal Procuratore Regionale presso la Sezione Giurisdizionale per la Regione Emilia-Romagna della Corte dei conti nei confronti di **OMISSIS**, rappresentata e difesa dall'Avv. G. Accordino del Foro di Piacenza;

Visto l'atto di riassunzione ex art. 199, c. 3, c.g.c.;

Visti gli altri atti e documenti di causa;

Visto l'art. 85 d.l. 17 marzo 2020, n. 18, recante *“Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19”*, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, le cui finalità e disciplina procedimentale sono confermate dal d.l. 14 agosto 2020, n. 104,

convertito, con modificazioni, dalla l. 13 ottobre 2020, n. 126;

Visto il decreto del 4 novembre 2020 del Presidente di questa Sezione giurisdizionale che ha disposto che, fino alla cessazione degli effetti della dichiarazione dello stato di emergenza nazionale da COVID-19 (31 gennaio 2021), le udienze già fissate devono svolgersi da remoto, secondo le istruzioni fornite dal DGSIA della Corte dei conti con note del 17 aprile 2020 e n. 1541 del 7 maggio 2020, utilizzando l'applicativo *Teams* della *Microsoft*;

Udito nella pubblica udienza del 16.12.2020 il relatore Ref. Andrea Giordano, il Pubblico Ministero nella persona del V.P.G. Alberto Mingarelli e l'Avv. G. Accordino per la convenuta;

MOTIVAZIONE

1. Con atto di citazione regolarmente notificato la Procura Contabile ha citato in giudizio **OMISSIS**, per sentirla condannare a pagare, a favore del Comune di Piacenza, la somma complessiva di € 23.705,91 (danno all'immagine € 23.689,92; danno patrimoniale € 15,99), o quella diversa dal Collegio ritenuta di giustizia, per il risarcimento del danno dall'Amministrazione patito, oltre rivalutazione monetaria a decorrere dal momento dell'effettivo depauperamento e sino alla data di pubblicazione della sentenza e interessi legali su tale somma sino alla data dell'effettivo soddisfo, con condanna alla refusione delle spese processuali.

2. Più segnatamente, l'azione della Procura si è fondata sulle risultanze delle indagini condotte dalla Polizia municipale e dalla Guardia di Finanza;

indagini dalle quali sono emersi diffusi illeciti comportamenti da parte di numerosi dipendenti del Comune di Piacenza.

3. In particolare, gli addebiti per cui oggi è controversia si sono basati sulla denuncia del 9.10.2017, con cui la Procura è venuta a conoscenza di condotte illecite, riconducibili al fenomeno dell'assenteismo fraudolento e ingiustificato dal luogo di lavoro pubblico, della convenuta **OMISSIS** e, segnatamente, dei seguenti tre episodi di uscita dall'ufficio durante l'orario di servizio, senza che l'allontanamento dall'attività lavorativa fosse registrato nei marcatori segnatempo:

- **mercoledì 9 novembre 2016:** a timbratura effettuata (entrata ore 7.31 – uscita ore 13.31), dunque formalmente in servizio, si recava al mercato settimanale di Piazza Duomo aggirandosi tra i banchi di vendita ed effettuando l'acquisto di un capo di abbigliamento trattenendosi dalle ore 8.05 alle ore 8.30;
- **mercoledì 23 novembre 2016:** a timbratura effettuata (entrata ore 7.31 – uscita ore 13.31), dunque formalmente in servizio, alle ore 7.55 usciva dalla sede comunale e si recava al mercato settimanale di Piazza Duomo aggirandosi tra i banchi di vendita, facendo rientro nella sede di lavoro alle ore 8.20 circa;
- **mercoledì 7 dicembre 2016:** a timbratura effettuata (entrata ore 7.39 – uscita ore 13.31), dunque formalmente in servizio, alle ore 8.09 usciva dalla sede comunale e si recava al mercato settimanale di Piazza Duomo

aggirandosi tra i banchi di vendita, ed effettuando acquisti, facendo rientro alla sede di lavoro alle ore 8.36.

4. Come pure risulta dalla citazione introduttiva, a seguito dell'accertamento dei prefati fatti, con ordinanza di applicazione delle misure cautelari personali n. 3118/16 Reg. Gen. N.R. n. 886/17 R.G. G.I.P., il Tribunale di Piacenza ha applicato a **OMISSIS** la misura cautelare dell'obbligo di presentazione quotidiana al Comando di Guardia di Finanza di Piacenza dal lunedì al venerdì alle ore 7:00; l'Amministrazione comunale ha poi avviato il procedimento disciplinare, sospendendo la convenuta dal servizio con privazione della retribuzione, irrogando quindi, in data 3.10.2017, la sanzione del licenziamento senza preavviso, di cui all'art. 55-*quater*, c. 1, lett. a), e c. 1-*bis*, d.lgs. n. 165/2001.

5. Secondo la ricostruzione attorea, la condotta dolosamente posta in essere da **OMISSIS** avrebbe integrato la fattispecie di falsa attestazione della presenza in servizio di cui all'art. 55-*quater*, c. 1, lett. a), d.lgs. n. 165/2001, avendo la dipendente consapevolmente lasciato il luogo di lavoro per finalità personali, trasgredendo all'obbligo di registrare alla macchina segnatempo gli ingressi e le uscite dall'ufficio.

6. Sempre stando alla prospettazione di cui in citazione, i fatti avrebbero cagionato un danno erariale, distinguibile in due voci: quanto al danno patrimoniale, € 15.99, pari al compenso indebitamente erogato per le prestazioni lavorative non effettuate, in consonanza con quanto disposto

dall'art. 55- *quinquies* d.lgs. n. 165/2001; quanto al danno all'immagine pubblica, € 23.689,92, alla luce di quanto pure previsto dall'art. 55- *quinquies* d.lgs. n. 165/2001, e considerate la vasta risonanza degli episodi di assenteismo e la molteplicità degli articoli di stampa, dedicati alle illecite condotte e ai successivi sviluppi.

7. Si è costituita in giudizio **OMISSIS**, chiedendo sospendersi il giudizio ex art. 106 c.g.c. e, comunque, respingersi la domanda attorea, siccome inammissibile e infondata, e altresì sollevando eccezione di legittimità costituzionale della normativa invocata, per prospettata violazione dell'art. 3 Cost..

8. Nel corso dell'udienza pubblica, le parti hanno insistito nelle rispettive conclusioni.

9. Con sentenza n. 273/2018, il Collegio di prime cure ha accolto la domanda attorea, condannando **OMISSIS** al pagamento, a favore del Comune di Piacenza, della somma di € 15.99, già rivalutata, e al pagamento degli interessi legali dal deposito della sentenza sino al soddisfo e dichiarando, quanto al danno all'immagine, la nullità dell'azione proposta, ai sensi dell'art. 51, c. 6, d.lgs. n. 174/2016.

10. Avverso la pronuncia ha proposto appello la Procura, chiedendone la riforma, quanto al capo relativo alla dichiarata nullità.

Più segnatamente, il Procuratore regionale ha fatto valere la violazione dell'art. 55- *quater*, c. 3- *quater*, e dell'art. 55- *quinquies* del d.lgs. n.

165/2001, posto che la fattispecie contemplata dall'invocata normativa presenterebbe indiscutibili caratteri di autonomia rispetto a quella, più generale, prevista a suo tempo dall'art. 17, c. 30- *ter*, d.l. n. 78/2009, nonché la violazione dell'art. 1, c. 1- *sexies*, l. n. 20/1994 e dell'art. 51, c. 6 e 7, d.lgs. n. 174/2016, siccome il menzionato art. 51 non potrebbe essere dotato di un valore tale da superare l'applicazione di norme speciali come gli artt. 55-*quater* e 55-*quinquies* d.lgs. n. 165/2001.

L'appellante ha chiesto, per l'effetto, la riforma della sentenza di primo grado e la condanna di parte appellata al risarcimento del danno all'immagine, nella misura di € 23.689,92, oltre rivalutazione monetaria e interessi legali dal deposito della pronuncia sino al soddisfo.

11. Si è costituita in giudizio **OMISSIS**, chiedendo respingersi il gravame, non potendo, a proprio avviso, emettersi una condanna al risarcimento del danno all'immagine in difetto di una comprovata responsabilità penale.

In punto di quantificazione della posta risarcitoria, ha fatto rilevare la levità del fatto, riproponendo la questione di legittimità costituzionale dell'art. 55-*quater*, c. 3- *quater*, d.lgs. n. 165/2001, per asserito contrasto con il combinato disposto degli artt. 3 e 76 Cost..

12. Con sentenza n. 146/2020, il Collegio di seconde cure ha accolto l'appello, riformando la sentenza di primo grado e rinviando la causa a questa Sezione per la definizione del merito con riguardo al danno all'immagine e alle spese di giudizio.

In particolare, secondo la Seconda Sezione giurisdizionale Centrale di appello, l'art. 55- *quinquies* integrerebbe una *lex specialis* rispetto all'art. 17, c. 30- *ter*, d.l. n. 78/2009, operando la risarcibilità del danno all'immagine in caso di assenteismo fraudolento indipendentemente da qualsiasi condizione non espressamente posta dal detto art. 55- *quinquies*.

Con particolare riguardo agli effetti della sentenza della Corte Costituzionale n. 61/2020, *medio tempore* intervenuta, il Collegio ha ritenuto che l'art. 55- *quinquies*, c. 2, d.lgs. n. 165/2001 sarebbe rimasto intatto, poiché il disposto già prevedeva, in forza del d.lgs. n. 150/2009, il risarcimento del danno all'immagine *tout court* e la Corte costituzionale non avrebbe potuto espungere l'55- *quinquies* inerendo la questione di costituzionalità alle sole modificazioni operate dal d.lgs. n. 116/2016 e ritenute esorbitanti il margine di discrezionalità consentito dalla legge delega n. 124/2015.

13. Con l'atto di riassunzione che ha dato avvio all'odierno giudizio, la Procura attrice ha citato la parte convenuta, chiedendo di sentirla condannare al pagamento, in favore del Comune di Piacenza, della somma di € 23.689,92 o comunque al pagamento di quella somma dovuta, anche secondo equità, oltre rivalutazione monetaria secondo gli indici ISTAT, interessi legali e spese di giudizio.

In particolare, la Procura ha osservato come il vizio di nullità rilevato in primo grado non abbia tratto fondamento dai vizi di incostituzionalità emersi successivamente con la sentenza n. 61/2020 della Corte costituzionale e sia

stato ritenuto insussistente dalla Sezione d'Appello, con conseguente vincolo per il giudice della riassunzione.

In ogni caso, la pronuncia della Corte costituzionale avrebbe fatto rivivere l'art. 55- *quinquies* nella versione risultante dal d.lgs. n. 150/2009, così rendendo superflua l'esistenza di un previo giudicato penale di condanna.

Tutto ciò premesso, la Procura, richiamando la domanda formulata in via subordinata nell'originaria citazione, insisteva nel chiedere la condanna al risarcimento del danno all'immagine, da quantificarsi secondo parametri equitativi in un importo pari a dodici mensilità, per complessivi € 21.689,92 (€ 1.974,16 x 12), salvo diverso avviso del Collegio giudicante.

14. Si è costituita **OMISSIS**, chiedendo respingersi la domanda attorea.

Nel reiterare tutte le difese ed eccezioni formulate nei pregressi gradi, parte convenuta ha riproposto l'eccezione di nullità della incoata azione con riguardo al danno all'immagine, sul presupposto che le disposizioni di cui all'art. 1, c. 1- *sexies*, l. n. 20/1994 debbano essere coordinate con quelle di cui agli artt. 55- *quater* e *quinquies* d.lgs. n. 165/2001, con la conseguenza che il reato contro la p.a. debba essere accertato giusta sentenza penale passata in giudicato; condizione, quest'ultima, che non ricorrerebbe nel caso di specie, non essendo stata la **OMISSIS** rinviata a giudizio.

Quanto alla quantificazione del danno all'immagine, l'intervento della sentenza n. 61/2020 della Corte costituzionale impedirebbe la condanna della convenuta al pagamento della somma di € 23.689,92, che non

sarebbe stata suffragata da fondamento probatorio.

Secondo la prospettazione di parte, si dovrebbe applicare il criterio di cui all'art. 1, c. 1- *sexies*, l. n. 20/1994; in subordine, ove si adottassero gli ordinari criteri di quantificazione del danno all'immagine, dovrebbero considerarsi:

- la lieve entità del fatto, che avrebbe cagionato un "*danno economicamente irrilevante*";
- il dato per cui, risultando gli orari di assenza contestati al di fuori dell'orario di apertura dell'ufficio al pubblico, gli utenti non avrebbero patito alcun effettivo disagio;
- il fatto per cui la **OMISSIS** non sarebbe mai stata sottoposta a procedimento disciplinare in oltre quarantuno anni e si sarebbe assai raramente assentata dal servizio;
- la qualifica di "addetto amministrativo" della convenuta, che, non avendo rivestito funzioni dirigenziali, non avrebbe amplificato, quanto a *clamor*, i fatti contestati;
- l'ulteriore circostanza per cui la parte avrebbe usufruito, in costanza di servizio, di un orario di lavoro flessibile in ingresso e in uscita, con la conseguenza che la regolare timbratura del cartellino per le uscite in contestazione non avrebbe comportato svantaggio alcuno per la dipendente, che avrebbe sempre potuto recuperare il periodo lavorativo mancante;
- il dato dell'avvenuta maturazione, da parte della convenuta, di un

credito orario di ore 3.19, mai recuperato e quindi perduto.

La parte ha, infine, fatto rilevare la sproporzione delle somme richieste in sede di citazione in riassunzione rispetto ai criteri adottati dalla giurisprudenza evocata in comparsa.

15. All'udienza del 16 dicembre 2020, le parti si sono riportate ai rispettivi atti, insistendo nelle conclusioni ivi rassegnate.

16. La domanda attorea è fondata e meritevole di parziale accoglimento nei termini che qui si espongono.

16.1 Si deve, anzitutto, rigettare l'eccezione di nullità riproposta dalla convenuta in sede di riassunzione.

Secondo la **OMISSIS**, ricorrerebbe l'ipotesi di nullità di cui all'art. 51, c. 6, d.lgs. n. 174/2016, non constando a tutt'oggi una sentenza che irrevocabilmente condanni la parte in sede penale.

Ora, come si è anticipato nelle premesse, la tesi della nullità della citazione per difetto del previo giudicato penale di condanna era stata espressamente avallata dal Collegio di prime cure, che aveva ritenuto che, data la pendenza *illo tempore* del giudizio penale n. 3118/2016/R.G.N.R., la domanda di risarcimento del danno all'immagine non potesse avere fondamento per asserita violazione *“delle norme sui presupposti di proponibilità dell'azione per danno all'immagine”* (in questo senso, le pagg. 11-12 della sentenza n. 273/18 di questa Sezione).

Detta tesi non è stata, tuttavia, condivisa dalla II Sezione d'Appello, che ha,

invece, espressamente ritenuto che la fattispecie di danno all'immagine di cui all'art. 55- *quinquies* d.lgs. n. 165/2001 presenti *“indiscutibili caratteri di autonomia rispetto a quella generale prevista, sempre con riferimento alla risarcibilità del danno all'immagine, dall'art. 17, comma trentesimo ter, del decreto legge 1° luglio 2009, n. 78, conv. con legge 3 agosto 2009 n. 102”* (pagg. 10-11 della pronuncia Sez. II App., n. 146/20), con conseguente necessità di accertare nel merito la sussistenza della responsabilità amministrativa correlata al danno all'immagine (cosa prevista dall'art. 199 c.g.c., che, ancor più dell'art. 353 c.p.c., preserva il principio del doppio grado di giurisdizione).

Così ha, infatti, statuito il Collegio di seconde cure: *“La responsabilità amministrativa correlata al danno all'immagine sarebbe dovuta, in sostanza, essere accertata dal giudice di primo grado. Poiché questi ha, invece, accertato la carenza dei presupposti per l'esercizio dell'azione relativamente al danno all'immagine – cui è seguita una pronuncia assolutoria dall'osservanza del giudizio, stante l'avvenuta definizione del giudizio di primo grado alla stregua di una questione preliminare –, si impone la riforma della sentenza e la rimessione degli atti alla Sezione giurisdizionale per l'Emilia Romagna, a norma dell'art. 199 c.g.c., per la prosecuzione del giudizio di merito, con la precisazione, correlata alla sopravvenienza della sentenza della Corte costituzionale 9 gennaio-10 aprile 2020, n. 61, che la responsabilità amministrativa dovrà essere accertata alla stregua delle*

norme sostanziali conseguenti all'assetto della materia dato dal legislatore con l'art. 69 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150" (pagg. 11-12 della pronuncia).

Coerentemente, nel dispositivo si legge: *"la Corte dei conti [...] riforma la sentenza della Sezione giurisdizionale per l'Emilia Romagna 10 dicembre 2018 n. 273 e rinvia la causa alla stessa Sezione per la definizione del merito con riguardo al danno all'immagine ed anche alle spese del giudizio"* (pag. 12 della sentenza).

Tale essendo la statuizione del Collegio di secondo grado, questa Sezione è, quanto alla questione di nullità della citazione attorea in relazione ai presupposti di azionabilità del danno all'immagine, vincolata dal *dictum* di seconde cure, dovendo conseguentemente procedere alla valutazione nel merito della fattispecie.

Quanto alla *quaestio*, che pure riveste carattere preliminare, della incidenza della sentenza C. cost., n. 61/2020 sull'odierna controversia, si deve rilevare che la pronuncia ha riguardato l'art. 55- *quater*, c. 3- *quater*, limitatamente ai periodi secondo, terzo e quarto, ritenuti costituzionalmente illegittimi per eccesso di delega ex art. 76 Cost. rispetto ai principi e criteri direttivi della l. n. 124/2015 (attuata dal d.lgs. n. 116/2016); mentre oggetto dell'odierna lite è l'art. 55- *quinquies*, introdotto dal d.lgs. n. 150/2009, attuativo quest'ultimo della l. n. 15/2009, che all'art. 7 testualmente delegava il Governo a prevedere l'obbligo del risarcimento, non solo del danno patrimoniale, ma

anche di quello all'immagine.

Le statuizioni della Corte costituzionale non hanno, dunque, inciso sulla complessiva architettura dell'art. 55- *quinquies*.

16.2. Pacifici essendo i fatti causativi del danno erariale, risultando agli atti tre episodi di assenteismo fraudolento rilevanti *ex art. 55- quinquies* (episodi ormai incontrovertibilmente accertati e, dunque, non più suscettibili di essere messi in discussione), si deve procedere alla stima del pregiudizio alla luce di quanto specificamente allegato e provato in seno al giudizio.

Se è innegabile la portata sanzionatoria dell'art. 55- *quinquies* (sulla quale portata, ad es., App. Sicilia, n. 119/2019: *"[...] l'obbligo del risarcimento del danno all'immagine della P.A., correlato ad episodi di assenteismo fraudolento si configura come fattispecie peculiare appositamente tipizzata dal legislatore [...] non v'è dubbio che i frequenti interventi normativi recentemente succedutisi appaiono improntati ad una crescente severità nel disciplinare le conseguenze dell'assenteismo fraudolento del dipendente pubblico dal posto di lavoro e che ciò costituisce chiara espressione sia della generale riprovazione che le condotte assenteistiche suscitano sempre di più nella collettività sociale sia del correlativo discredito che esse inevitabilmente arrecano alla P.A."*), è parimenti complesso emancipare il "danno d'immagine" cui fa riferimento l'art. 55- *quinquies*, c. 2, dall'onere della Procura di puntualmente allegare e provare l'entità della posta risarcitoria, in ossequio al principio di cui all'art. 2697 c.c., fatto proprio dall'art. 94 c.g.c.

(Sez. Riun., n. 12/2011; sulla prova del danno all'immagine, ad es., Sez. I App., n. 428/2017, par. 8).

La verifica della correttezza del *quantum* non può che dipendere da un vaglio di proporzionalità in concreto, imposto dai canoni costituzionali (non da ultimo l'art. 3 Cost. rispetto al *tertium comparationis* dell'art. 1, c. 1- *sexies*, l. n. 20/1994) e dalla giurisprudenza sovranazionale.

Infatti, pur avendo i parametri di valutazione del danno all'immagine carattere ontologicamente equitativo (ad es., con riguardo alla fattispecie dell'assenteismo, Sez. Piemonte, n. 57/2017; Sez. Calabria, n. 265/2020), e pur potendosi la quantificazione fondare su prove anche presuntive o indiziarie (Sez. Riunite, n. 10/2003), l'ortodossia della determinazione del *quantum* è preservata se contenuta negli argini di una "doppia proporzionalità", ossia a un tempo di:

- una prima proporzionalità rispetto al fatto;
- una seconda proporzionalità rispetto all'entità del danno patrimoniale.

Criterio siffatto è non solo implicito al dettato art. 1, c. 1- *sexies*, l. n. 20/1994 (non applicabile alla fattispecie ma, come si è detto, *tertium comparationis* rispetto all'art. 3 Cost.), che introduce una tecnica di quantificazione parametrata al dato patrimoniale (la "*somma di denaro*" o "*il valore patrimoniale di altra utilità illecitamente percepita dal dipendente*"), ma appare altresì conforme ai più recenti orientamenti pretori.

A rilevare è l'indirizzo della giurisprudenza della Suprema Corte sui cc.dd.

danni punitivi, ormai ammessi nel nostro ordinamento – nonostante la precedente, contraria, tesi pretoria – purché conformi, non solo al principio di legalità (artt. 23 e 25 Cost.), ma anche al criterio di proporzionalità rispetto al fatto e all'entità dei danni compensativi (Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601: “[...] *il controllo delle Corti di appello [sia] è portato a verificare la proporzionalità tra risarcimento riparatorio-compensativo e risarcimento punitivo e tra quest'ultimo e la condotta censurata, per rendere riconoscibile la natura della sanzione/punizione*”); a rilevare è, prima ancora, la giurisprudenza sovranazionale, che, pur ormai consentendo più risposte sanzionatorie in relazione a un medesimo fatto, richiede che la loro sommatoria sia conforme all'invocato principio di proporzionalità (ad es., Corte EDU, 15 novembre 2016, ric. nn. 24130/11 e 29758/11, *A and B v. Norway*, che richiede, tra l'altro, che la sanzione imposta all'esito di un procedimento sia tenuta presente nell'altro, in modo da non far gravare sull'interessato un onere eccessivo, e C. Giust., 20 marzo 2018, C-524/15 Menci, secondo cui le norme devono consentire di garantire che la severità del complesso delle sanzioni sia limitato a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del fatto; sulla verifica di proporzionalità in concreto, anche C. cost., 23 giugno 2020, n. 123, con specifico riferimento alla valutazione della giusta causa di cui all'art. 2106 c.c. del licenziamento ex art. 55-*quater* d.lgs. n. 165/2001).

E, nella nostra materia, la proporzionalità rispetto al fatto è assicurata dalla

concreta verifica della gravità di quest'ultimo, del fenomenico atteggiarsi della condotta, della sua eventuale reiterazione nel tempo, della posizione ricoperta dalla parte convenuta (con riferimento all'importanza della sua funzione e alla delicatezza dei suoi compiti), del grado di diffusività e risonanza dell'episodio (il c.d. *clamor fori*, che, pur non condizionando l'*an* del pregiudizio, inevitabilmente incide sulla sua quantificazione; ad es., App. Sicilia, n. 119/2019; Sez. II App., n. 290/2020).

Al riscontro in concreto dei tradizionali criteri **oggettivo** (l'intrinseca idoneità del fatto ad arrecare un pregiudizio di tipo reputazionale al soggetto passivo per la gravità del comportamento illecito tenuto dal dipendente e l'entità del suo scostamento rispetto ai canoni ai quali egli avrebbe dovuto obbligatoriamente ispirarsi), **soggettivo** (il ruolo dell'agente nell'ambito della struttura amministrativa) e **sociale** (l'ampiezza della diffusione nell'ambiente sociale, anche per effetto del *clamor fori* e dell'eco giornalistica dell'accaduto; riscontro dei richiamati indicatori che è stato confermato, ad es., all'esito di C. cost., n. 61/2020, da Sez. Calabria, n. 265/2020, ove si afferma: “[...] si deve [...] fare riferimento alla copiosa giurisprudenza di questa Corte [...] la quale, al fine precipuo di evitare soluzioni arbitrarie, richiede che tale quantificazione si basi su di un'analisi in concreto delle singole fattispecie di comportamento illecito e si fondi su una serie di indicatori ragionevoli:

a) di natura oggettiva, inerenti alla natura del fatto, alle modalità di

perpetrazione dell'evento pregiudizievole, alla eventuale reiterazione dello stesso, all'entità dell'eventuale arricchimento;

b) di natura soggettiva, legati al ruolo rivestito dal pubblico dipendente nell'ambito della Pubblica Amministrazione;

c) di natura sociale, legati alla negativa impressione suscitata nell'opinione pubblica locale ed anche all'interno della stessa Amministrazione, all'eventuale clamor fori e alla diffusione ed amplificazione del fatto operata dai mass-media, la quale diffusione non integra, dunque, la lesione del bene tutelato, indicandone semplicemente la dimensione") deve, poi, aggiungersi il secondo vaglio di proporzionalità, teso a evitare che il danno punitivo irragionevolmente sovrasti quello compensativo.

Ciò è, del resto, conforme alla stessa tradizione di *common law*, che, nell'ammettere i cc.dd. danni punitivi, ne correla l'entità a quelli compensativi, ostando a condanne eccessivamente afflittive (U.S. Supreme Court, *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408 (2003), che richiama la *due process clause*; sul divieto di liquidazioni di danni "grossly excessive", anche U.S. Supreme Court, *Philip Morris USA v. Williams*, 549 U.S. 346 (2007)).

Ora, dalla citazione introduttiva, risulta che parte convenuta si sia allontanata dal luogo di lavoro nei giorni 9.11.2016, 23.11.2016 e 7.12.2016, a timbratura effettuata in entrata, per recarsi al mercato cittadino senza far risultare, mediante timbratura del *badge*, il periodo di assenza dal servizio

(pag. 2 dell'atto di citazione); ai detti episodi la Procura ha fatto corrispondere, oltre a un danno patrimoniale di € 15,99, un danno all'immagine di € 23.705,91 (pag. 17 dell'atto di citazione), parametrato alla *“vasta risonanza degli episodi di assenteismo”* (con *“conseguente discredito per l'Amministrazione”*), *“testimoniata dalla molteplicità di articoli di stampa dedicati alla scoperta delle illecite condotte e ai successivi sviluppi”* (pag. 12 dell'atto di citazione).

Appare evidente la sproporzione dell'importo di € 23.705,91, di cui alla citazione, sia rispetto al fatto, circoscritto a tre episodi di breve durata, avvenuti al di fuori dell'orario di apertura dell'ufficio al pubblico, sia rispetto al danno patrimoniale, corrispondente a € 15,99.

La verifica in concreto degli elementi oggettivo, soggettivo e cronologico induce, infatti, a considerare dapprima l'entità della condotta, che ha comportato sessantasette minuti di ingiustificata assenza dal servizio, quindi la qualifica soggettiva della convenuta e la rilevanza mediatica dei fatti contestati (provata dall'accusa con riguardo all'intera vicenda verificatasi a Piacenza, e non anche in relazione agli specifici episodi di cui all'odierna controversia).

Il secondo vaglio di proporzionalità passa per la verifica della non irragionevole divaricazione della posta sanzionatoria rispetto al danno patrimoniale compensativo, corrispondente alla modica somma di € 15,99.

Dal concorso dei due *test* di proporzionalità non può che discendere il

carattere sproporzionato della somma di cui alla citazione in riassunzione, che deve essere equitativamente rideterminata ex art. 1226 c.c. in una misura non irragionevolmente eccessiva, anche considerato, in un'ottica imposta dalle Corti sovranazionali, il contestuale concorso del binario penale e di quello disciplinare, culminato con il licenziamento della dipendente (che, comportando il venir meno della retribuzione, si risolverebbe, a fronte di un danno all'immagine parametrato su dodici mensilità o su mensilità di consimile numero, in un irragionevole aggravio della parte).

È lo stesso principio di proporzionalità ad imporre, al contempo, di evitare che, ad una troppo significativa riduzione del *quantum*, si accompagni lo svilimento, non solo della *ratio* delle recenti novelle, ma anche di quel prestigio della p.a. – leso dal contegno della convenuta – che il ristoro mira a ripristinare (in questo senso, Sez. Trentino-Alto Adige, n. 48/2020, § 3.1: *"[...] il Collegio non condivide neppure la tesi difensiva finalizzata a limitare l'importo del danno risarcibile in applicazione del criterio indicato dall'art. 1, c. 1- sexies, della legge n. 20/1994, in quanto tale disposizione prevede unicamente una presunzione iuris tantum in ordine alla quantificazione del danno subito dall'erario e dunque un criterio meramente indicativo per il Giudice [...] Nel caso di specie si ritiene del tutto inadeguato l'importo pari al doppio del danno patrimoniale arrecato al datore di lavoro pubblico, trattandosi di somme irrisorie che non riflettono l'effettivo vulnus arrecato al prestigio e alla personalità dell'Amministrazione"*).

La somma indicata dalla Procura (che peraltro si è rimessa, in subordine, alle valutazioni di questa Sezione) va, dunque, rideterminata in un importo che valorizzi:

- da una parte, le prove dedotte dall'accusa (prove – ad es., doc. n. 4 di cui alla nota di deposito dell'attrice in primo grado – che inducono a differenziare il caso che ne occupa ad es. da quello di cui in Sez. Toscana, n. 75/2020, ove era del tutto mancata la produzione di articoli di stampa), a fronte delle deduzioni contrarie della parte convenuta;
- dall'altra, l'*intentio* del legislatore (che verrebbe contraddetta dalla mera applicazione del parametro del *duplum* – così, Sez. Trentino-Alto Adige, n. 48/2020) di reprimere il fenomeno dell'assenteismo fraudolento dei dipendenti pubblici dal posto di lavoro, per come dimostrata dalle significative novelle che si sono succedute.

Ferma restando la non operatività del potere riduttivo dell'addebito ex art. 52, c. 2, del R.D. n. 1214/1934 (siccome incompatibile con il carattere doloso, in questa sede non più contestabile, delle condotte; ad es., Sez. II App., n. 469/2019), valutate le peculiarità dei fatti, insieme alla loro reiterazione nel tempo, alla loro diffusione mediatica (pur nel più ampio contesto dell'intera vicenda che ha interessato il Comune di Piacenza) e al contempo alla già significativa afflittività dell'irrogato licenziamento, la Sezione ritiene equa la condanna ex art. 1226 c.c. della parte convenuta al risarcimento del danno all'immagine nella misura di una congrua percentuale del *quantum* chiesto

dalla Procura (in ossequio al principio della domanda che informa il processo contabile) complessivamente (rivalutazione monetaria inclusa) equivalente a **€ 2.000,00**, oltre interessi legali secondo gli indici ISTAT-FOI dal deposito della sentenza all'effettivo soddisfo.

17. Le spese processuali, comprensive anche di quelle del giudizio di appello, seguono la soccombenza ai sensi dell'art. 31, c. 1, d.lgs. n. 174/2016 e sono poste a carico di **OMISSIS** nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte dei conti, Sezione Giurisdizionale per la Regione Emilia-Romagna, definitivamente pronunciando,

ACCOGLIE PARZIALMENTE

la domanda attorea come da motivazione, e per l'effetto

CONDANNA

OMISSIS al pagamento, in favore del Comune di Piacenza, dell'importo di **€ 2.000,00, già comprensivi di rivalutazione monetaria, oltre interessi legali secondo gli indici ISTAT-FOI dal deposito della sentenza all'effettivo soddisfo.**

Condanna, altresì, la convenuta **OMISSIS** al pagamento delle spese processuali, comprensive di quelle del giudizio di appello, che liquida in **€ 468,67 (quattrocentosessantotto/67).**

Manda alla Segreteria per i conseguenti adempimenti.

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del 16.12.2020.

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Andrea GIORDANO

Tammaro MAIELLO

f.to digitalmente

f.to digitalmente

Depositata in Segreteria il giorno 29 dicembre 2020

Il Direttore di Segreteria

Lucia Caldarelli

f.to digitalmente

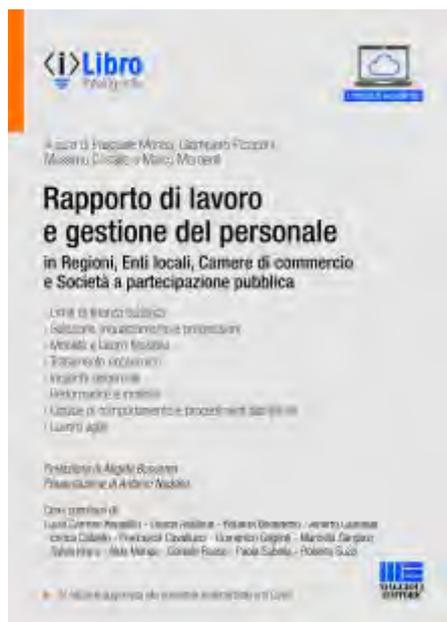
Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

2020 - Anno XLI



Rapporto di lavoro e gestione del personale

in Regioni, Enti locali, Camere di commercio e Società a partecipazione pubblica

Autori	Pasquale Monea, Giampiero Pizziconi, Massimo Cristallo, Marco Mordenti (a cura di)
Editore	Maggioli Editore
Formato	Cartaceo + iLibro
Dimensione	17x24
Pagine	986
Pubblicazione	Novembre 2020 (IV Edizione)
ISBN / EAN	8891639189 / 9788891639189
Collana	Progetto ente locale

Il testo, alla sua IV edizione, rappresenta il frutto del lavoro condiviso di un gruppo di esperti in materia di personale che ha approfondito numerosi aspetti relativi al tema delle risorse umane nella pubblica amministrazione, sia sul piano strettamente giuridico, sia sul piano di una corretta gestione.

Aggiornata alle novità che riguardano le Regioni e gli Enti locali, l'opera pone particolare attenzione agli aspetti legati alle capacità assunzionali (anche nell'ambito delle Società partecipate e Unioni di Comuni), così come ridefinite dagli ultimi interventi legislativi, sino alle più recenti decisioni interpretative delle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, con una visione finalizzata al rispetto dei vincoli di finanza pubblica e all'osservanza dell'equilibrio di bilancio.

Di particolare interesse l'aggiornamento riguardante la trattazione di istituti tradizionali quali la mobilità e la stabilizzazione nel pubblico impiego e l'attenta cura per gli aspetti inerenti la modifica della disciplina della valutazione e della performance nella P.A.

Un ampio focus è dedicato al lavoro agile e allo smart working che stanno alimentando molto dibattito, anche in dottrina, in ordine alle corrette modalità attuative.

Un'attenta analisi è poi rivolta, da un lato, ai diritti della persona sul lavoro e alle tre "dimensioni del benessere", dall'altro al Codice di comportamento e alle nuove disposizioni sui procedimenti disciplinari.

Viene inoltre puntualmente illustrata l'organizzazione del personale, orientata alla valorizzazione della dirigenza e alla misurazione degli obiettivi.

Un'altra questione strategica qui affrontata è quella relativa alla gestione associata dei servizi, sempre nell'ottica della ricerca di standard soddisfacenti di funzionalità e trasparenza.

Non viene tralasciata la tematica del rimborso delle spese legali a dipendenti ed amministratori, trattata anche alla luce del nuovo Codice di giustizia contabile.

Lo sforzo congiunto degli autori dei singoli contributi dà vita ad un'opera completa, di taglio scientifico, ricca di spunti concreti, destinata ad amministratori ed operatori di Regioni, Enti locali, Camere di commercio, Società a partecipazione pubblica e anche agli studiosi.

Pasquale Monea

Segretario generale della Città metropolitana di Firenze, già Dirigente staff Presidenza Giunta Regionale della Campania, Dirigente Personale ed Organizzazione Regione Basilicata e Direttore Generale AA.PP. Regione Calabria.

Giampiero Pizziconi

Consigliere della Corte dei conti, già Sezione regionale di controllo e Sezione delle Autonomie. Ad oggi Magistrato Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato.

Massimo Cristallo

Funzionario, Responsabile di posizione organizzativa in materia di risorse umane presso l'A.T.E.R. di Matera.

Marco Mordenti

Segretario e Direttore dell'Unione dei Comuni della Bassa Romagna, Segretario generale dei Comuni di Lugo e Fusignano (RA).

Con i contributi di:

Lucia Carmen Angiolillo - Oriana Avallone - Roberta Benedetto - Alberto Caporale - Enrica Cataldo - Francesca Cavallucci - Domenico Gaglioti - Marcella Gargano - Sylvia Kranz - Aldo Monea - Daniele Russo - Paola Sabella - Roberto Suzzi

<https://www.maggiolieditore.it/rapporto-di-lavoro-e-gestione-del-personale-1.html>

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

2020 - Anno XLI



La Corte dei conti. Organizzazione, funzioni e procedimenti

di **Michael Sciascia**

L'Opera, frutto di una quarantennale esperienza nella Magistratura della Corte dei conti, ne ripercorre dettagliatamente l'ordinamento sotto tutti i profili, dall'organizzazione e dalla sua posizione nel sistema costituzionale ed europeo (precisamente il lavoro ha fornito anche una visione comparativa dei principali punti di contiguità e difformità tra l'esperienza giuridica italiana e quella di altri Paesi aderenti all'Unione Europea che adottano modelli di controllo esterno differenziati l'uno dall'altro) alle funzioni di controllo, consultive e di giurisdizione, con un'attenzione particolare per i procedimenti in cui esse si dispiegano.

Il metodo utilizzato consiste nell'esposizione di tutti gli istituti in cui si articola la normativa afferente la Corte dei conti, integrando le disposizioni succedutesi nella disciplina dei suoi vari aspetti per offrire al lettore una visione chiara e completa che, superando le antinomie immanenti nel sistema, non determini

confusioni dovute al susseguirsi delle normative e delle interpretazioni giurisprudenziali. Per rendere possibile un comodo approccio modulare al testo in ragione delle necessità contingenti del lettore, la trattazione testuale, già completa e aggiornata, degli argomenti è perfezionata e approfondita in apposite note a piè di pagina, che si aggiungono a quelle tradizionali contenenti riferimenti giurisprudenziali e dottrinali; talché il presente lavoro è un utile strumento non solo per gli operatori del diritto desiderosi di informarsi, ma anche per gli studenti e concorsisti desiderosi di formarsi. Il testo funge, in particolare, da bussola al fine di orientare il lettore in processi dinamici sempre più convulsi di questa affascinante e antica Istituzione, garante imparziale della legalità e dell'equilibrio economico-finanziario del settore pubblico.

L'Autore

Michael Sciascia Presidente Aggiunto on. della Corte dei conti, dopo aver svolto rilevanti funzioni di controllo, nei confronti dello Stato, di enti pubblici e di società quotate in borsa quali l'ENI e l'ENEL, nonché di giurisdizione presso le Sezioni Riunite e quale Presidente della sezioni giurisdizionali per il Molise e poi per la Campania della Corte stessa. Quale professore ufficiale presso Università statali è autore di opere miliari di Contabilità Pubblica pubblicate con primarie case editrici, tra cui la Giuffré-Lefevre di Milano ("Manuale di diritto processuale contabile", giunto alla sesta edizione, "Diritto delle gestioni pubbliche: istituzioni di contabilità pubblica", giunto alla seconda edizione; "Il controllo della Corte dei conti sulle gestioni pubbliche in Italia ed in Europa" parte I; "Codice del processo pensionistico innanzi alla Corte dei conti, annotato con la giurisprudenza" e "Finanza locale ed autonomie territoriali"), nonché con l'E.S.I. di Napoli ("La funzione di controllo nell'ordinamento amministrativo italiano"). È stato nominato alle funzioni di Presidente della Commissione Tributaria Provinciale di Caserta, dove attualmente opera.

Dettagli

- Genere [Diritto e giurisprudenza](#)
- Listino: € 48,00
- Editore: Giapeto
- Data uscita: 12/11/2020
- Pagine: 512
- Formato: cartonato
- Lingua: Italiano
- EAN: 9788893262392

<http://www.giapeto.it/prodotto/la-corte-dei-conti/>