

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;

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;

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

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

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

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 *Preghieria*), 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 terze 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 accetta 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. VISONÀ, *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 Gemeindeverbände (...) 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 azzera, 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

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

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

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 a 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 differentiates criminal law from all the other fields 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:

Tamaro 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 segnateempo:

- **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- *quinqüies* d.lgs. n. 165/2001; quanto al danno all'immagine pubblica, € 23.689,92, alla luce di quanto pure previsto dall'art. 55- *quinqüies* 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- *quinqüies* 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

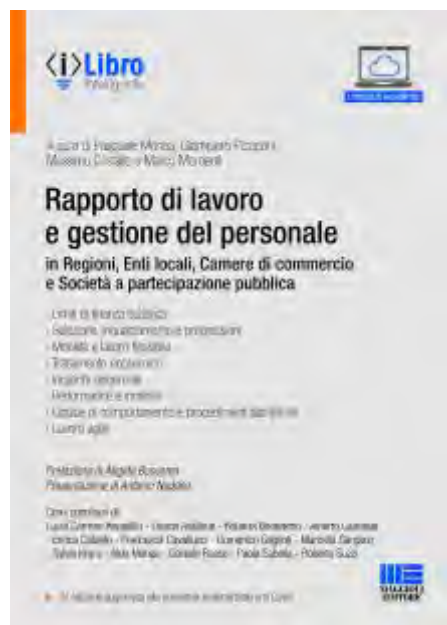
Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

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 milari 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/>