

# CONVEGNO

## **Per un osservatorio del contenzioso come strumento di qualità normativa. Contenimento della spesa pubblica e sviluppo economico**

ROMA, AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, 24 MAGGIO 2018

*Prefazione:*

Francesco Vitali Gentilini

*Relazione introduttiva:*

Massimo Bachetti

*Interventi:*

Enrico Manzon,

*Il valore della certezza del diritto nell'attuazione dei tributi e nel processo. Qualche idea per una nomofilachia "virtuosa"*

Gabriele Carlotti,

*La "nuova" attività consultiva del Consiglio di Stato*

Federico Silvio Toniato,

*Contenzioso e tecniche legislative*

Gaetana Natale,

*Il rapporto di collaborazione tra magistrati e avvocati. Nomofilachia verticale ed orizzontale*

Mariangela Mastrogregori,

*L'analisi del contenzioso tributario come strumento di "monitoraggio qualitativo" (e sue potenzialità in termini di compliance ed effetti deflattivi del contenzioso)*

Michela Giachetti Fantini,

*La misurazione degli Oneri Amministrativi (MOA) e l'analisi di Impatto della Regolazione sulla Concorrenza (AIRC) come strumenti di better regulation e fattori di competitività. Il contributo dell'analisi economica del diritto per la valutazione dell'impatto del contenzioso pubblico*

Andrea Mazzitelli, *Analisi statistica del contenzioso: alcune regole per una qualità del dato prodotto*

Stefano Sbordoni, *AIR e VIR: strumenti di implementazione della qualità della normazione.*

## **Prefazione** ***Francesco Vitali Gentilini\****

L'evento è stato organizzato da "Res Magnae", un'associazione senza scopo di lucro che riunisce al suo interno studiosi e professionisti di molteplici settori al fine di promuovere nella società italiana un intenso dibattito sia a livello scientifico che culturale, nonché di organizzare iniziative per la formazione e la specializzazione nei campi in cui opera l'associazione, in collaborazione con enti di ricerca pubblici o privati, scuole di alta specializzazione, università.

Il tema del convegno riprende e sviluppa le problematiche affrontate in precedenti incontri organizzati da *Res Magnae*, a partire da quello su "I dati inesplorati della criminalità organizzata", tenutosi a Roma presso la sede della Civiltà Cattolica nel maggio del 2014, e dal convegno "Emergenza corruzione: analisi e prospettive future", organizzato nel mese di settembre dello stesso anno. Nel confronto interno e con altri esperti del settore, è emersa la consapevolezza della necessità di promuovere un "uso intelligente dei dati" del contenzioso nel settore pubblico, adottando un approccio interdisciplinare e avvalendosi del supporto delle moderne tecnologie, al fine di rendere più efficiente la gestione dei giudizi e realizzare una maggiore uniformità delle decisioni, nonché di fornire elementi di valutazione per la qualità della regolazione e per correggere prassi amministrative disfunzionali.

Appare chiaro, infatti, che una più approfondita analisi del contenzioso consentirebbe di portare alla luce, ad esempio, cattive prassi amministrative, la difettosa formulazione delle norme, fenomeni di sindacato giurisdizionale sulle dinamiche del mercato, nonché forme di controllo giurisdizionale sulla corretta gestione delle risorse. Si ritiene quindi utile adottare un procedimento induttivo che parta dai casi singoli - nel rispetto dei differenti livelli di riservatezza previsti dalla normativa italiana ed europea, in particolare di quella in materia di protezione dei dati personali - individuando gli elementi comuni che rendono ad esempio omogenee determinate tipologie di ricorsi ed i relativi indicatori. Occorre approfondire la serialità delle cause, quasi sempre sintomatiche di un problema normativo più ampio, al fine di ridurre condotte opportunistiche che sfruttano disfunzioni amministrative e normative. Tutto ciò ha un indubbio im-

---

(\*) Consiglio Direttivo *Res Magnae*.

patto sull'uniformità delle decisioni assunte nell'ambito del processo, nella prospettiva di una più efficace nomofilachia orizzontale e verticale.

Un percorso di analisi che prende spunto da strumenti già in essere per la competitività e la *better regulation* - come la Misurazione degli Oneri Amministrativi (MOA) e l'Analisi di Impatto della Regolazione sulla Concorrenza (AIRC) - per integrarli con metodologie di analisi statistica sui dati estratti dai contenziosi. A tale scopo, risulta evidente la necessità di migliorare la fruibilità e la qualità stessa degli archivi informatici delle sentenze valorizzando le esperienze di informatica giuridica applicata all'analisi del contenzioso, integrandole con nuove tecniche di analisi, anche georeferenziate, sia di tipo quantitativo sia di tipo qualitativo.

È opportuna la più ampia interazione e cooperazione fra i vari attori istituzionali, valorizzando le preziose esperienze di centri già esistenti, come l'Osservatorio della Giustizia Civile, l'Ufficio del massimario presso la Corte di Cassazione, l'Ufficio Studi della Giustizia Amministrativa, l'Osservatorio AIR, l'UVI presso il Senato. In questo processo, è fondamentale il ruolo di istituzioni come la Corte di Cassazione, l'Avvocatura dello Stato, il Consiglio di Stato - il quale interviene sia a monte, nella fase nomogenetica con la sua funzione consultiva al legislatore, sia a valle, con il monitoraggio della fase attuativa della normativa - il CNF e il Parlamento.

Da questi spunti nasce l'idea di promuovere un osservatorio del contenzioso pubblico come strumento di analisi della qualità della normativa, anche in una prospettiva di contenimento della spesa pubblica e della c.d. "*spending review*".

Si intende così affrontare il tema della complessità degli apparati pubblici senza subire passivamente le tortuose dinamiche esistenti, offrendo al decisore politico e al legislatore strumenti utili per l'individuazione e il contrasto dei cosiddetti "fallimenti della regolamentazione".

### **Relazione introduttiva** **Massimo Bachetti\***

Il contenzioso della Pubblica Amministrazione costituisce un osservatorio particolarmente significativo per individuare le patologie (questioni interpretative ed i problemi applicativi delle norme) dell'azione amministrativa ed elaborare ipotesi d'interventi innovativi o correttivi che possono avere notevoli ricadute sull'Erario. Ciononostante, nella prassi non è svolta un'analisi sistematica per valutare la qualità della regolazione e l'impatto della stessa su cittadini, imprese e Pubblica Amministrazione in termini di contenimento della

---

(\*) Avvocato dello Stato.

spesa pubblica e sviluppo economico. Il convegno vuole essere un'occasione per una riflessione e confronto sul tema fra i vari attori istituzionali: Avvocatura dello Stato, Suprema Corte di Cassazione, Consiglio di Stato, Senato, avvocati ed università anche in una ottica interdisciplinare.

La questione fondamentale che vorrei richiamare all'attenzione, e che dovrebbe costituire il filo conduttore del convegno, è la mancanza di una visione sistematica del contenzioso (1) da parte delle istituzioni del mondo della Giustizia e che il potenziale osservatorio sulle criticità non è utilizzato per l'analisi della qualità della normazione (2). La trattazione dei giudizi continua a essere ispirata ad un criterio casistico (3). Ciò deriva dall'impostazione culturale dell'operatore del diritto che tende alla parcellizzazione. Le moderne tecnologie offrono opportunità che si stanno con lentezza iniziando a sfruttare. I criteri di classificazione sono sempre ancorati a una logica atomistica, dipendente dalla dinamica del processo ed alla ricerca di soluzioni tecniche per il singolo giudizio (4). Il fascicolo elettronico è funzionale a una migliore e più agevole

---

(1) «Un sistema che dia molte informazioni vaghe o contraddittorie è quantitativamente ricco, anzi sovrabbondante, ma qualitativamente povero: la sua potenzialità informativa, per paradosso, è bassa e inaffidabile proprio perché è troppo alto il numero delle informazioni fornite. Un sistema di questo genere, in sintesi, è entropico», V. FERRARI, "Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto", Bari, Laterza, 2010, p. 58. Un sistema di questo genere in sintesi è entropico in quanto presenta una grande quantità di unità informative tendenzialmente equiprobabili (*Eco* 1994 p. 25). Nel 1979 un illustre giurista Natalino Irti affermava che l'entropia sistemica aveva raggiunto culmini inusitati, che stavamo vivendo l'età della decodificazione dal momento che le norme vigenti nel Paese erano più di 2.000.000 e pertanto tali da accrescere anziché risolvere i dubbi... Come ogni sistema in particolare informativo i sistemi giuridici oscillano fra ordine ed entropia (Van de Kerchove, Ost, 1988).

(2) In tal senso è opportuno segnalare quanto emerso dal gruppo di lavoro della XII Assemblea Nazionale degli Osservatori - Roma 2017, dal quale sono emersi vari temi, tra cui l'utilizzo di meccanismi diretti a favorire un dialogo consapevole e uniforme tra gli uffici di merito e tra questi ultimi e quelli di legittimità, ad esempio attraverso tavoli di lavoro e confronti periodici. Si segnala, inoltre, l'intervento di A. COSENTINO, Consigliere della Corte di Cassazione, sulle buone prassi nella gestione del contenzioso, su *Questione Giustizia* del 17 marzo 2017.

(3) GIOVANNI PASCUZZI, "Il problem solving nelle professioni legali" il Mulino, 2017, p. 113 ... le comunità umane sono sistemi complessi che interagiscono fra di loro contemporaneamente provocano effetti non predicabili in maniera automatica. Proprio sulla base di questa consapevolezza a metà degli anni 70 del secolo scorso giuristi provenienti dalle varie discipline (ad esempio Edgar Morin, Ilya Prigogine, Isabelle Stengers) hanno dato vita a nuovi filoni di pensiero comunemente definiti "la teoria della complessità" ... chi studia la complessità si sforza di trovare una terza via tra il determinismo meccanicistico dell'ordine dettato dalla logica causa-effetto ed il disordine di quanto è assolutamente imprevedibile perché determinato dal caso.

(4) Dal 1970 nel nostro Paese si pubblica una rivista che si intitola proprio "Politica del diritto". Di seguito riportiamo i passaggi trattati dall'editoriale del primo numero "... i giuristi hanno lavorato accettando il presupposto della netta separazione tra diritto e politica perdendo così ogni rapporto con i problemi reali della società italiana ... Questa è la vera responsabilità di una scienza giuridica non timorosa di incontro con altre scienze sociali, e che essa stessa come il luogo in cui non solo si apprestano strumenti tecnici che pretendono alla neutralità ma si operano pure coraggiose scelte politiche capaci di restituire a quegli strumenti la funzione di attuare i valori che soli possono condurre alla trasformazione della società ...". Vedi anche GIOVANNI PASCUZZI, "Il problem solving nelle professioni legali", il Mulino, 2017, p. 78 ... gli esperti di legistica ci insegnano come devono essere scritte le norme. Ma il tema delle

gestione del giudizio, al risparmio di spesa per l'acquisto di materiale cartaceo, alla maggiore velocità di comunicazione. I *software* si sono adeguati alla logica parcellizzante del sistema.

Tuttavia, le intelligenze artificiali offrono immense opportunità che vanno sfruttate al meglio per aggregazione dei dati secondo criteri di classificazione funzionali non solo alla gestione del processo ma anche per un'indagine sulla validità della regolazione.

### *1. Soluzioni per nomofilachia e confronto fra le Istituzioni.*

L'Avvocatura dello Stato ha sottoscritto un protocollo d'intesa (5) con la Suprema Corte di Cassazione per una mappatura dei giudizi, da identificare con l'attribuzione di codici in ragione delle questioni giuridiche, anche avvalendosi del contributo dell'Agenzia delle Entrate. L'affare è identificato con uno specifico codice condiviso con la Suprema Corte, il sistema cattura il dato e lo classifica secondo un meccanismo automatico. La realizzazione di quanto previsto nel protocollo consentirebbe di aggregare i dati dei giudizi inerenti medesima questione giuridica, utili per l'individuazione di cause pilota e fissazione di udienze tematiche. Questo sistema potrebbe essere esteso ad altre sezioni della Suprema Corte e ai giudici di merito. La condivisione delle banche dati, anche attraverso comuni codici d'identificazione in ragione delle questioni giuridiche, costituisce un supporto fondamentale sia per la razionalizzazione della gestione dei giudizi che per una verifica sulla qualità della normazione.

Le forme di collaborazione fra istituzioni non si esauriscono nell'uso condiviso delle moderne tecnologie. Lo scambio d'informazioni e il confronto possono avvenire anche attraverso la costituzione di tavoli di lavoro.

In tal senso dal 2003 sono sorti presso varie sedi di Corte di appello per iniziative di alcuni magistrati e del CNF, i c.d. "osservatori per la giustizia" (6). L'attività ha assunto sempre maggiore consistenza. Si è costituita una strut-

---

scelte in ordine al loro contenuto sostanziale non viene enfatizzato perché si ritiene esclusivo appannaggio del decisore politico. Come se per il giurista le regole fossero un dato esistente a priori ed il suo lavoro si sviluppi tutto a valle della sua emanazione come è stato fatto acutamente notare (Lipari 2008, XI). Una delle opere più significative della civilistica del secolo scorso non contiene neanche una riga sulle fonti del diritto quasi che esse non costituiscano un problema meritevole di approfondimento, comunque soluzioni alternative, ma siano un presupposto incontestato sul quale fondare i procedimenti teorici e ricostruttivi.

(5) Protocollo d'Intesa sottoscritto con la Corte di Cassazione (Primo Presidente Santacroce) nel dicembre 2015, che prevede una collaborazione tra Cassazione e Avvocatura dello Stato per l'attribuzione di un codice argomento per ciascuna causa e l'indicazione di cause pilota ai fini dell'unitaria trattazione.

(6) Si tratta di aggregazioni nate spontaneamente in molti distretti giudiziari d'Italia allo scopo di favorire il confronto e la collaborazione tra i soggetti coinvolti nella gestione del processo e di elaborare e sostenere determinate scelte operative, pratiche e concrete, ritenute idonee a migliorare la qualità e l'efficienza della giustizia. Si veda, da ultimo, il verbale della riunione dell'Osservatorio di Roma svoltasi in data 13 dicembre 2017, nella quale si sono stabilite le tematiche dei gruppi di lavoro per l'anno 2018.

tura centrale di coordinamento degli osservatori che interagisce con la magistratura e con il Governo.

I più recenti lavori dell'osservatorio a Roma hanno identificato alcune questioni che ai fini della verifica della qualità della normazione (7), appaiono particolarmente significative: monitoraggio sullo stato dell'arte dell'ADR, sia per la raccolta dei dati che per eventuali iniziative e proposte legislative; gruppo di lavoro per la chiarezza e sinteticità degli atti finalizzato a proposte normative e funzionale a una più efficace gestione dei giudizi (8); adozione di misure volte a garantire una maggiore uniformità delle decisioni. Sotto questo ultimo profilo è da considerarsi molto utile la proposta di costituzione di tavoli di lavoro fra Presidenti di sezione di Corte di Appello con i Presidenti di sezione di Tribunale, e di Cassazione con i Presidenti delle 26 Corti d'Appello. Questo modello organizzativo, fondato sullo scambio di informazioni per l'individuazione dei nodi critici, è volto ad assicurare una nomofilachia sia orizzontale che verticale (9).

Un contributo importante alla uniformità delle decisioni può venire dall'utilizzo dello strumento di cui all'art. 363 del c.p.c. (10).

Esistono poi forme di collaborazione fra la Corte Suprema di Cassazione, Consiglio di Stato e Corte dei Conti per il coordinamento del lavoro e per assicurare l'uniformità del diritto (11). Come anche con le Corti di Strasburgo e Corte di Giustizia (12).

---

(7) Assemblea degli Osservatori Roma 2017, Gruppo giurisdizione e ADR. Nel documento finale dell'assemblea citata sono emerse alcune proposte sintetizzate in tre punti: informazione (iniziative per il coinvolgimento di enti territoriali e cittadini, sessioni informative di accesso alla giustizia), formazione (per avvocati e magistrati) ed educazione negli istituti scolastici promossa da enti, associazioni e circoli. Inoltre, sono anche fornite alcune indicazioni per la realizzazione degli strumenti di ADR, ossia il buon utilizzo degli strumenti endoprocessuali di definizione del processo, la garanzia di autonomia del mediatore, la risoluzione di conflitti fuori dal processo.

(8) Si veda la relazione conclusiva del gruppo di lavoro sulla chiarezza e la sinteticità degli atti processuali, il cui mandato è stato conferito con D.M. 18 settembre 2017 dal Ministro della Giustizia Orlando. Si veda inoltre la sentenza del Consiglio di Stato n. 6002/2016 secondo la quale la risorsa giudiziaria è un bene non suscettibile di uso di beni sovralimentati o dispersivi.

(9) XII Assemblea Nazionale degli Osservatori - Roma 2017 - Gruppo di lavoro "Prevedibilità delle decisioni e dialogo fra i diversi gradi della giurisdizione". La discussione del gruppo di lavoro riunitosi il 20 maggio 2017 riguarda la nomofilachia verticale ed orizzontale.

(10) Con una recente missiva il Procuratore Generale ha stimolato la collaborazione di tutti al fine del rilevamento delle questioni su cui è opportuna una pronuncia di diritto nell'interesse della legge. Lo aveva già fatto nel 2011-12 ma senza effetto. Riprova oggi sull'onda dei casi desunti da fonti diverse: segnalazioni di una organizzazione di giudici minorili, dal difensore di una parte, dalla casistica disciplinare in tema di contrasti interpretativi fra giudici.

(11) Cfr. il memorandum "La nomofilachia nelle tre giurisdizioni" (Corte di Cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei Conti), Associazione per la qualità delle Politiche Pubbliche, pp. 9-10 ... *un apposito gruppo di lavoro, costituito da alti esponenti delle tre giurisdizioni su mandato dei loro predecessori, con il supporto di italiadecide, Associazione per la qualità delle politiche pubbliche, in ragione del suo carattere super partes, ha svolto un impegnativo percorso di approfondimento dei problemi comuni attraverso:*

Per la classificazione delle questioni giuridiche, potrebbe anche attingersi all'esperienza del massimario delle Suprema Corte di Cassazione (13) od ad

---

- un primo seminario, svoltosi a porte chiuse il 22 giugno 2012, presso la Camera dei deputati, sulla base di relazioni dei costituzionalisti Massimo Luciani e Nicolò Zanon i cui esiti sono riassunti nel documento intitolato: "Giurisdizioni, Costituzione e sistema politico" nel quale si auspica una maggiore cooperazione tra i poteri e tra le giurisdizioni superiori per migliorare il funzionamento del sistema di giustizia;

- un secondo seminario, svoltosi a porte chiuse il 3 febbraio 2014, presso la Camera dei deputati, con la partecipazione dei vertici delle giurisdizioni superiori, nel quale si è discussa una ampia relazione del gruppo di lavoro sulle questioni comuni alle tre giurisdizioni e si è concordato di uscire dalla logica del confronto interno, che aveva caratterizzato il precedente lavoro, e di proseguire allo scopo di avviare un dialogo tra le giurisdizioni e gli altri poteri dello Stato sul tema di fondo della giurisdizione come servizio alla comunità e al cittadino;

che su queste basi il gruppo di lavoro ha proceduto a:

a. ricomporre l'esperienza più recente delle tre giurisdizioni in un unico quadro conoscitivo da offrire come base di confronto;

b. elaborare proposte condivise per migliorare il contributo delle giurisdizioni superiori al funzionamento del sistema di giustizia;

c. ribadire l'esigenza di armonizzare l'esercizio della funzione nomofilattica in un sistema storicamente basato sulla pluralità di giurisdizioni e avanzare a tal fine proposte volte a sistematizzare il dialogo ed i raccordi organizzativi e funzionali, principalmente attraverso processi paralleli e concordati di autoriforma;

...nel corso di una riunione tenutasi il 29 febbraio 2016 i vertici delle tre giurisdizioni e il vice presidente del CSM hanno tutti concordemente preso atto del lavoro fin lì svolto e hanno confermato l'impegno a sostenere con la loro attiva partecipazione una iniziativa conclusiva di alto profilo istituzionale;

che il gruppo di lavoro ha provveduto alla elaborazione della Relazione conclusiva composta da note tematiche sottoscritte dai singoli partecipanti e dalla nota di sintesi, che contiene uno schema del quadro conoscitivo condiviso e l'elenco delle proposte del pari condivise in seno al gruppo di lavoro alla luce della discussione finale.

(12) L'Ufficio studi, ai sensi dell'art. 13, comma 2, del **regolamento** di organizzazione degli uffici amministrativi della Giustizia Amministrativa, "**cura i rapporti con le organizzazioni internazionali, l'Unione europea e gli Stati stranieri, quale autorità referente della giustizia amministrativa**". I contenuti specifici e le modalità di svolgimento di tali competenze sono state ulteriormente dettagliate dalla delibera del CPGA 11 maggio 2012, recante: Linee guida e direttive per l'attività dell'ufficio studi, massimario e formazione, tabella a), la quale prevede all'art. 8, comma 1, la nomina all'interno dell'Ufficio studi dei magistrati referenti per i rapporti con gli Stati stranieri e le Istituzioni internazionali. Le Linee guida dedicano particolare attenzione alla disciplina dei **criteri di selezione dei magistrati**.

(13) Un importante passo in questa direzione è stato fatto con delibera del Consiglio Superiore della Magistratura del 31 ottobre 2017 relativa a "Linee guida volte alla individuazione delle modalità di ricostituzione di una banca dati della giurisprudenza di merito". La Settima Commissione referente ha chiesto ed ottenuto l'apertura di una pratica avente ad oggetto la possibilità di elaborare delle linee guida o comunque dei criteri di carattere generale in ordine alla costituzione di una banca dati della giurisprudenza di merito. La Commissione ha preliminarmente attivato una interlocuzione con il direttore del C.E.D. innanzitutto per conoscere l'esistenza di progetti già elaborati presso la Corte di Cassazione, quanto ai criteri di selezione ed alle relative modalità operative, nonché per individuare gli ambiti di collaborazione del Consiglio Superiore con il C.E.D. della Cassazione per elaborare, integrare, migliorare, implementare i progetti in materia, in modo da condividere le reciproche esperienze e competenze. È stato istituito un gruppo di lavoro finalizzato alla individuazione delle modalità di ricostituzione, nell'ambito del sistema ItalgireWeb, gestito dal C.E.D. della Corte di Cassazione dell'archivio della giurisprudenza di merito. Compito principale ed iniziale del gruppo è stato quello di individuare criteri di selezione e di classificazione dei provvedimenti di merito da inserire nella banca dati; di individuare, da un lato, i soggetti deputati alla raccolta ed alla selezione dei suddetti provvedimenti e alla loro clas-

analoghe esperienze di altre giurisdizioni come Consiglio di Stato e Corti dei Conti.

Per l'indagine sulla qualità della regolazione nel versante delle Pubbliche Amministrazioni, possono costituire utili strumenti i protocolli d'intesa fra Avvocatura dello Stato e le Agenzie fiscali (14), che prevedono incontri periodici in cui viene esaminata l'evoluzione del contenzioso e si discute sulle modalità di cooperazione informatica.

La visione d'insieme dei giudizi, anche attraverso la condivisione delle banche dati con comuni codici di identificazione e classificazione degli atti, è particolarmente importante per assicurare la gestione razionale dei giudizi in materia tributaria e favorire la funzione nomofilattica della Suprema Corte. Può ipotizzarsi l'estensione di questo modello organizzativo e di cooperazione ad altre amministrazioni per una più organica disciplina dei rapporti, anche potenziando il raccordo fra Avvocatura dello Stato ed uffici legislativi dei ministeri. Per un migliore coordinamento di queste forme di cooperazione, dovrebbe farsi puntuale applicazione dell'art. 4 *ter* del codice deontologico degli avvocati e procuratori dello Stato (15).

## 2. Normativa di riferimento.

Sul piano della normativa primaria, vanno evidenziati, in primo luogo, gli articoli 13 e 15 della l. n. 103/1979. L'art. 13 del R.D. n. 1611/1933 riguarda le competenze in sede consultiva dell'Avvocatura dello Stato. La norma stabilisce che l'Avvocatura dello Stato "provvede alle consultazioni legali richieste dalle amministrazioni e inoltre a consigliarle e dirigerle quando si tratti di promuovere, contestare o abbandonare giudizi: esamina progetti di legge, di regolamenti, di capitolati redatti dalle amministrazioni, quando ne sia richiesta; predispone transazioni d'accordo con le amministrazioni interessate; esprime pareri sugli atti redatti dalle amministrazioni; prepara contratti, suggerisce provvedimenti intorno a reclami e questioni sorte amministrativamente che

---

sificazione e dall'altro, le strutture alle quali affidare il trattamento informatico dei documenti e loro eventuale atomizzazione; di definire le modalità operative per garantire il funzionamento della banca dati a regime.

(14) Gli accordi con le Agenzie Fiscali trovano formalizzazione all'interno di Protocolli d'intesa in cui si regola l'attività consultiva, i confini dell'assistenza e della rappresentanza in giudizio dinanzi alle varie giurisdizioni, la notifica degli atti, gli incontri periodici per l'esame dell'evoluzione dei contenziosi e, infine, la cooperazione informatica.

(15) Deliberazione del Comitato Nazionale dell'Associazione Unitaria degli avvocati e procuratori dello Stato del 5 maggio 1994 e modifiche della Giunta e del Comitato Nazionale dell'Associazione ex art. 54 del T.U. 165 del 2001 come modificato dalla legge n. 190 del 2012 - Deliberazione del Comitato direttivo dell'Associazione Nazionale Avvocati e Procuratori dello Stato del 12 luglio 2013, l'art. 4 *ter* stabilisce che ..... ***L'avvocato o procuratore dello Stato titolare di un incarico interno o esterno di consulenza, redige annualmente una relazione sui profili di criticità nonché sulle proposte di razionalizzazione del contenzioso e di miglioramento della strategia difensiva della sede - sezione di appartenenza o dell'Amministrazione presso la quale ha svolto l'incarico.***



possono dar luogo a litigi”. L’art. 15 stabilisce che “l’Avvocato Generale ha il compito di riferire periodicamente al Presidente del Consiglio dei Ministri sull’attività svolta dall’Avvocatura dello Stato, presentando apposite relazioni e segnalare le eventuali carenze legislative e i problemi interpretativi che emergono nel corso dell’attività dell’Istituto”.

Dal combinato disposto delle due norme deriva che l’Avvocatura dello Stato è *ex lege* tenuta a svolgere il monitoraggio sugli affari legali per offrire al Governo un quadro sistematico ed esprime il proprio punto di vista su progetti di legge e regolamenti.

Altra importante competenza per il monitoraggio sugli affari legali, che riguarda specificamente il settore degli appalti pubblici, è da rinvenirsi nell’art. 19, co. 5, del d.l. n. 90/2014, convertito con modificazioni nella l. n. 114/2014. La norma prevede in capo al singolo Avvocato dello Stato l’obbligo di inviare all’Autorità nazionale anticorruzione “notizie e segnalazioni” in ordine a “violazioni di disposizioni di legge o di regolamento o di altre anomalie e irregolarità”, di cui questo venga a conoscenza, nell’esercizio delle proprie funzioni, con riferimento ai contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

Il concetto di “anomalia” è stato interpretato dall’Avvocatura dello Stato come “contemplare tutte le ipotesi, anche atipiche, in cui sia dato ravvisare, nella materia dei contratti pubblici, un significativo scostamento rispetto al corretto agire pubblico, che potrebbe costituire il sintomo di una condotta rilevante in chiave di anticorruzione” (16).

---

(16) L’Avvocatura Generale dello Stato sull’interpretazione della norma con parere n. 41458 del 28 gennaio 2015 si è così espressa “... di difficile collocazione dogmatica si rivela il concetto di “anomalia”, almeno nel senso suggerito dalla norma in esame... Come contributo alla ricostruzione giuridica del concetto di anomalia, e più in generale dell’intera disposizione in esame, può essere rammentato che il Ministero dell’Interno ha pubblicato nella Gazz. Uff. 18 luglio 2014, n. 165 le “Prime linee guida per l’avvio di un circuito collaborativo tra ANAC-Prefetture-UTG e Enti locali per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e l’attuazione della trasparenza amministrativa”. Nell’ambito di tale provvedimento, ha espresso degli orientamenti interpretativi per l’applicazione delle misure straordinarie di gestione e sostegno delle imprese di cui all’art. 32 del decreto-legge n. 90/2014, spiegando che l’art. 32 del decreto legge n. 90/2014 ha attribuito al Presidente dell’ANAC il potere di richiedere al Prefetto l’adozione di misure dirette ad incidere sui poteri di amministrazione e gestione dell’impresa coinvolta in procedimenti penali per gravi reati contro la pubblica amministrazione o “nei cui confronti emergano situazioni di anomalia sintomatiche di condotte illecite o criminali”. Secondo l’impostazione del Ministero, la ratio dell’intervento legislativo è rivolta al principale ... sono comunque suscettibili di palesare “significativi e gravi discostamenti rispetto agli standard di legalità e correttezza”, l’esecuzione del contratto pubblico non venga oltremodo a soffrire di tale situazione. Alla luce dei suesposti elementi, appare verosimile che il legislatore abbia inteso inserire nella disposizione in commento le categorie della “irregolarità” e della “anomalia”, accanto a quella più grave della “violazione di disposizioni di legge o di regolamento”, come una sorta di clausola di chiusura che potesse contemplare tutte le ipotesi, anche atipiche, in cui sia dato ravvisare, nella materia dei contratti pubblici, un significativo scostamento rispetto al corretto agire pubblico, che potrebbe costituire il sintomo di una condotta rilevante in chiave di anticorruzione. Invero, l’esercizio dell’attività istituzionale di prevenzione e di repressione del fenomeno della corruzione da parte dell’Autorità impone l’acquisizione di elementi significativi anche ulteriori rispetto a quelli che configurano vizi tipici di legittimità dell’azione ammi-

La “anomalia”, così intesa, consente all’Avvocatura dello Stato di fornire informazioni all’ANAC utilizzando i metodi di rilevazione del rischio corruzione elaborati nell’analisi di impatto della regolazione: adeguatezza degli oneri burocratici, chiarezza delle norme, appropriatezza potere discrezionale (17).

### *3. Indicatori per valutazione impatto sulla spesa pubblica e controversie sul tema.*

Per quanto riguarda l’impatto in termini di contenimento della spesa pubblica non risultano elaborati criteri di aggregazione. Può però farsi riferimento ad una serie di elementi indicativi. Dovendosi indicare per ogni ricorso o domanda giudiziale il valore della controversia per il calcolo del contributo unificato, l’inserimento del relativo ammontare in banca dati per ciascun affare legale potrebbe consentire un calcolo di massima. Per quanto riguarda, invece, le cause di valore indeterminato, va operata distinzione fra casi di assoluta indeterminabilità e quelli in cui, al fine di calcolare l’importo, è necessario acquisire ulteriori dati. Ad esempio le controversie in materia di classamento massivo di immobili nelle grandi città vengono classificate come “di valore indeterminato”. Per la quantificazione del valore è sufficiente l’acquisizione del dato sulla rendita catastale in contestazione che può desumersi dal ricorso o dagli atti. Il dato può essere utilizzato per il calcolo del maggior gettito. Questo profilo è rilevante anche ai fini della difesa in giudizio in Corte Costituzionale sulle norme che hanno un impatto di ampia portata sulla finanza pubblica (18). Il dato, ai fini della quantificazione dell’impatto sulla qualità della regolazione, va incrociato con quello relativo al monitoraggio di criticità e disfunzioni che emergono dall’analisi del contenzioso.

Altro elemento rilevante è il rapporto fra giudizi pendenti e soluzioni alternative delle controversie o ricorso all’autotutela. Un calcolo in tal senso per

---

*nistrativa, elementi che, quand’anche inidonei a condurre ad una pronuncia demolitoria del giudice amministrativo, rivelino in qualche modo sintomi di una cattiva gestione della funzione che possa essere stigmatizzata attraverso l’esercizio dei poteri attribuiti all’Autorità”.*

L’ANAC con nota 39200 datata 1 aprile 2015 ha rappresentato che il Consiglio dell’Autorità nell’Aduanza del 17-19 marzo 2015 ha ritenuto condivisibili le considerazioni ivi espresse.

(17) “L’analisi di impatto della corruzione (AIC): un nuovo strumento per i regolatori?”, LUCA DI DONATO, in *Federalismi - Rivista di Diritto Pubblico Italiano Comparato Europeo*, novembre 2015, p. 13.

(18) Con ordinanza del 16 dicembre 2016, la Commissione tributaria regionale del Lazio ha sollevato questione di legittimità costituzionale, per violazione degli artt. 3, 53 e 97 della Costituzione, dell’art. 1, comma 335, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2005)», il quale prevede che «La revisione parziale del classamento delle unità immobiliari di proprietà privata site in microzone comunali, ...». La corte costituzionale con sentenza 249 del 2017 ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 1, comma 335, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2005)», sollevata, in riferimento agli artt. 3, 53 e 97 della Costituzione.

la pubblica amministrazione può dare indicazione sulle capacità amministrative di modificare prassi consolidate e sulle relative ricadute sull'Erario (19).

Anche la serialità delle cause può costituire un elemento indicativo per la verifica della qualità della normazione in quanto sintomatiche di un problema generale. Spesso vengono proposti ricorsi con le medesime censure che danno luogo a filoni che sovraccaricano di adempimenti l'amministrazione della Giustizia e che durano finché non si consolida specifica giurisprudenza. Un caso significativo è accaduto presso la Corte di Appello di Brescia per pretese azionate sia avanti al TAR Lazio che ai giudici ordinari di merito dei tribunali territoriali. Si tratta di docenti in possesso del titolo di scuola magistrale che chiedevano di essere inseriti nella graduatoria ad esaurimento. Avevano impugnato l'atto generale a monte avanti al TAR Lazio e lo specifico provvedimento di rigetto della istanza di inserimento nella graduatoria innanzi al Tribunale di Brescia. Vi era una sostanziale identità del "*petitum*". La circostanza della doppia pendenza veniva taciuta ad entrambe le giurisdizioni. La Corte di appello condannava i ricorrenti per abuso del mezzo processuale al risarcimento del danno a favore dell'Amministrazione ai sensi dell'art. 96 comma 3 c.p.c. (20).

Talvolta la serialità è generata da condotte opportunistiche delle parti private che tendono a reiterare giudizi per trarre vantaggi da ritardi o disfunzioni amministrative oppure costituiscono semplicemente normale conseguenza di una disfunzione o di una cattiva formulazione della norma. Si pensi al caso degli indennizzi da irragionevole durata del processo che, non avendo lo Stato programmato risorse per pagamento delle somme oggetto di condanna, hanno

---

(19) Vedi Cassazione Sez. Un. 6820 del 2017 che ha affermato che le valutazioni su efficacia ed economicità assumono la valenza normativa e quindi vanno valutate sul piano della legittimità e non della mera opportunità dell'azione amministrativa ai sensi dell'art. 1 co. 1 legge 241 del 1990. Tribunale di Roma Sez. XIII del 22 giugno 2015 e 10 marzo 2016 in un caso di una mediazione demandata ex art. 5 comma 2 decreto legislativo 27/10 ha affermato il seguente principio "che una condotta agnostica, immotivatamente anodina e deresponsabilizzata dell'amministrazione pubblica potrebbe esporre a danno erariale sotto il profilo delle conseguenze del mancato accordo sulla proposta del giudice ed invio a mediazione comparativamente valutato rispetto al contenuto della sentenza".

(20) Cfr. Corte di Appello di Brescia sezione Lavoro sentenza 94/17. Osserva la Corte "il fatto che la legge non disponga un divieto di agire sia davanti al giudice amministrativo, sia davanti al giudice ordinario, non toglie che nella specie la pendenza dei due giudizi integri un abuso, in particolare sotto il profilo di un ingiustificato aggravamento del sistema giurisdizionale, causa di inutile spreco di tempo e di energie da parte del suddetto sistema (si osservi infatti che in ogni caso una delle due sentenze risulterà sostanzialmente inutile, o perché di esito uguale all'altra o perché, se di esito diverso, consentirà al ricorrente di scegliere quale delle due far valere). In definitiva, essendo mancata la dimostrazione di un interesse oggettivamente valutabile alla medesima tutela processuale raddoppiata avanti il giudice amministrativo e al giudice ordinario, ricorrono, con riferimento agli appellanti specificati in dispositivo, tutti gli estremi sia soggettivi che oggettivi che, ai sensi dell'art. 93, co. 3, c.p.c. consentono al giudice, in ogni caso in cui condanna la parte soccombente alle spese, di condannare la stessa al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata, che nella specie si ritiene di determinare in € 500,00 per ciascuno".

determinato insorgenza di numerose procedure esecutive con addebito di ulteriori oneri per spese legali ed interessi, abuso del mezzo processuale per avvio di plurime procedure con il medesimo titolo (21).

La serialità strumentale è talvolta favorita dalla prassi di certi magistrati di non procedere alla riunione di giudizi riguardanti medesimi profili di diritto (22).

Il valore e le disfunzioni possono anche desumersi dall'analisi di singoli giudizi sintomatici di criticità di carattere generale.

Per la Pubblica Amministrazione le ricadute sono assolutamente evidenti in termini di contenimento della spesa pubblica e sviluppo economico. In tal senso significativo è da ritenersi il contenzioso dell'Agenzia delle Entrate in materia di tributi (23), i giudizi generati dagli interventi per ridurre la spesa pubblica secondo i criteri stabiliti nel documento sulla revisione della spesa del Commissario per la *spending review* redatto il 20 giugno 2017 (24), come

---

(21) La Cassazione con sentenza 6078/15 affermava che “è da ritenersi che all'elevatissimo dispendio energetico e di risorse che lo Stato ha impiegato per fronteggiare le istanze dei creditori (impedendo a costoro di percepire tempestivamente le liquidazioni), poteva sostituirsi una task force di uomini e mezzi con il fine di velocizzare i pagamenti: ciò avrebbe evitato l'enorme spreco di denaro che invece si è avuto con la proliferazione crescente di contenzioso su contenzioso”.

(22) Vedi su *Questione Giustizia, Magistratura Democratica Misure organizzative e buone prassi nella gestione del contenzioso*. Si commenta una sentenza delle sezioni unite 29548/16 con cui la Suprema Corte si è pronunciata sulla richiesta di cassazione di una decisione della sezione disciplinare del CSM che aveva condannato un giudice di tribunale per il ritardo nel deposito delle sentenze. Secondo l'incolpato ricorrente la sezione disciplinare non aveva adeguatamente considerato come i ritardi a lui addebitati non dipendessero né dalla scarsa laboriosità (perché anzi le sue definizioni con e senza sentenza erano tra le più alte del proprio ufficio e largamente superiori alle medie nazionali) né da incapacità organizzativa, al contrario costituivano l'effetto di una precisa scelta organizzativa tendente a spostare il collo di bottiglia del giudizio civile dalla fase istruttoria a quella decisoria, riducendo al massimo la durata del rinvio per precisazione delle conclusioni. Le Sezioni Unite accoglievano la tesi del ricorrente ritenendo la validità delle scelte organizzative stante la limitatezza delle risorse.

(23) V.d. relazione del MEF, Dipartimento delle Finanze, sul monitoraggio dello stato del contenzioso tributario e sull'attività delle commissioni tributarie relativo all'anno 2015, da cui emerge che, man mano che si sale nel valore, diminuisce la percentuale di ricorsi favorevoli al contribuente e che la durata media dei giudizi davanti alle Commissioni tributarie è dai 150 ai 180 giorni.

Come caso significativo dell'impatto vedi sentenza delle sezioni unite n. 23397/2016 che ha affermato il principio secondo il quale la scadenza del termine/perentorio stabilito per opporsi o impugnare un atto di riscossione mediante ruolo o comunque di riscossione coattiva produce soltanto l'effetto sostanziale della irretrattabilità del credito ma non determina anche l'effetto della c.d. "conversione" del termine di prescrizione breve eventualmente previsto in quello ordinario decennale, ai sensi dell'art. 2953. Tale principio, pertanto, si applica con riguardo a tutti gli atti - comunque denominati di riscossione mediante ruolo o comunque di riscossione coattiva di crediti relativi ad entrate dello Stato tributarie ed extra tributarie, nonché di crediti delle Regioni, delle Province, dei Comuni e degli altri Enti locali, nonché delle sanzioni amministrative per la violazione di norme tributarie amministrative e così via. Con la conseguenza che, qualora per i relativi crediti sia prevista una prescrizione (sostanziale) più breve di quella ordinaria, la sola scadenza del termine concesso al debitore per proporre l'opposizione, non consente di fare applicazione dell'art. 2953 cod. civ., tranne che in presenza di un titolo giudiziale divenuto definitivo. Questa decisione ha impatto in termini di ricadute sulla spesa pubblica per numerosi miliardi di euro. I ritardi dell'Agenzia nel recupero dei crediti sono stati causati dalle oscillazioni giurisprudenziali e dall'enorme carico di lavoro che grava sugli uffici fiscali che impone una scelta di scadenze i recuperi trattando in via prioritaria quelli di più prossima scadenza.

la centralizzazione degli acquisti di beni e servizi (25), l'accorpamento dei Comuni (26), identificazione di costi standard e di fabbisogni standard (27), il blocco del *turn over* (28).

---

(24) V.d. apposita relazione della PCM e del MEF su obiettivi, attività e risultati, annualità 2014-2016.

(25) V.d. Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 3162/2017 relativa all'impugnazione di una determina della Stazione Unica Appaltante della Regione Basilicata concernente l'indizione di una procedura di gara per l'affidamento quinquennale del servizio di pulizia di un'azienda ospedaliera. Sul medesimo lotto vi era stata una precedente delibera di aggiudicazione da parte della Consip. Il Consiglio di Stato censura la normativa nazionale art. 1, comma 449 e ss., l. 296/2006 perché non impone un espresso onere della centrale di committenza regionale di regolarsi con la centrale di committenza nazionale.

(26) V.d. TAR Lazio, sez. I-ter, sentenza n. 1027/2017 riguardante un ricorso proposto contro il Ministero dell'Interno avente ad oggetto l'esercizio obbligatorio in forma associata delle funzioni fondamentali dei Comuni mediante unioni e convenzioni reciproche. Il TAR riemette alla Corte costituzionale la legittimità dell'art. 14, commi 26-31, D.L. n. 78/2010 perché incide unilateralmente sull'assetto organizzativo dei Comuni con popolazione inferiore ai 5000 abitanti, prevedendo l'obbligo in forma associata delle funzioni fondamentali.

(27) Si veda da ultimo la sentenza n. 141/2016 della Corte costituzionale in base alla quale: *“Non sono fondate le questioni di legittimità costituzionale - promosse dalla Regione Lombardia in riferimento agli artt. 3, 117, sesto comma, e 119 Cost. - dell'art. 1, commi 398, 555, 556 e 557, della legge n.190 del 2014, i quali prevedono nel caso di mancato raggiungimento dell'intesa in sede di auto coordinamento regionale per la riduzione della spesa regionale, che l'individuazione degli importi e degli ambiti in cui effettuarla, oltre alla rideterminazione dei livelli di finanziamento di tali ambiti e delle modalità di acquisizione delle risorse da parte dello Stato avvenga attraverso l'adozione di un D.P.C.M.; e che gli eventuali risparmi nella gestione del Servizio sanitario nazionale conseguiti dalle Regioni rimangono nella disponibilità di queste ultime per scopi sanitari. Alla stregua degli indici sostanziali elaborati dalla giurisprudenza, l'atto attraverso cui lo Stato, in via residuale, opera la determinazione del taglio della spesa sanitaria e l'assegnazione dei relativi risparmi all'erario, non ha natura regolamentare, difettando del requisito dell'astrattezza (intesa quale indefinita ripetibilità, nel tempo, delle regole contenute nell'atto, ovvero quale attitudine dell'atto stesso ad essere applicato tutte le volte in cui si verificano i presupposti da esso indicati). È, dunque, da escludere che il d.P.C.m., cui la disposizione impugnata rinvia, produca norme intese a disciplinare stabilmente, nel tempo, rapporti giuridici. Al contrario, il decreto in questione non può contenere determinazioni puntuali, di rilievo essenzialmente tecnico, volte ad individuare aspetti concreti non aventi portata innovativa del sistema normativo, perché diretti a fissare, per una durata temporanea, la ripartizione delle riduzioni di spesa già individuate, in via di massima, nella disposizione di legge; si è pertanto al di fuori del modulo regolamentare. Né ha pregio l'osservazione che i criteri individuati per la riduzione unilaterale da parte dello Stato, in assenza di qualsiasi riferimento ai costi ed ai fabbisogni standard regionali, irrazionalmente porterebbero a premiare le Regioni con una più ingente spesa sanitaria. Il tenore letterale della disposizione non vieta affatto né alle Regioni, in sede di auto coordinamento, né allo Stato, in sede di intervento sussidiario, di tenere conto dei costi e dei fabbisogni standard regionali, in modo da onerare maggiormente le Regioni caratterizzate da una "spesa inefficiente". Quanto alla previsione che eventuali risparmi nella gestione del Servizio sanitario nazionale, effettuati dalle Regioni, rimangano nella disponibilità delle stesse per finalità sanitarie, essa costituisce pedissequa attuazione del cosiddetto Patto per la salute, frutto dell'intesa sancita, in data 10 luglio 2014, in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano. Va pertanto esclusa, non solo qualsiasi violazione dell'autonomia finanziaria regionale - anche perché la disposizione appare neutrale in termini di incidenza sul bilancio regionale - ma anche qualsiasi imposizione statale unilaterale della finalità cui destinare i risparmi conseguiti nel settore sanitario. Né, infine, c'è contraddizione tra la disposizione relativa ai risparmi in materia sanitaria e quelle che individuano la finalità cui destinarli, in quanto la norma non prevede un trasferimento diretto allo Stato dei risparmi conseguiti nei settori interessati dalla riduzione della spesa, ma soltanto una ragionevole rideterminazione dei livelli di finanziamento degli ambiti così individuati,*

Poi, significativa appare anche la giurisprudenza costituzionale sul contenimento della spesa pubblica, i conflitti Stato Regioni (29), il contenzioso delle autorità indipendenti (30), quello dei contratti pubblici (31), della materia

---

*e delle modalità di acquisizione delle risorse da parte dello Stato. Sull'ammissibilità del ricorso avverso una norma statale che impone la sottoscrizione di un accordo tra Stato e Regioni, in quanto detta stipula, proprio perché imposta, non produce un effetto di acquiescenza".*

(28) V.d. Corte costituzionale n. 91/2012: *"Non è fondata, in riferimento all'articolo 117, terzo comma, della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 3 della legge della Regione Puglia n. 5 del 2011, con la quale è stato modificato l'art. 2 della legge regionale 24 settembre 2010, n. 12, disponendo la soppressione, al comma 1 del citato art. 2, delle parole "Aziende ospedaliero-universitarie". Tale ultima disposizione era stata fatta oggetto di impugnativa davanti alla Corte, che, successivamente all'entrata in vigore dell'impugnato art. 3 della legge regionale n. 5 del 2011, l'ha dichiarata costituzionalmente illegittima (sentenza n. 217 del 2011) nella parte in cui includeva fra le strutture sanitarie oggetto del divieto anche le aziende ospedaliero-universitarie, riconoscendo che il rispetto dei principi di coordinamento della finanza pubblica, che impone l'osservanza dei Piani di rientro oggetto di accordo, non può essere realizzato, con riguardo alle aziende ospedaliero-universitarie, in violazione dell'autonomia universitaria, costituzionalmente tutelata all'art. 33 Cost.; sicché, le misure necessarie a garantire il rispetto degli obiettivi di contenimento della spesa di cui al Piano di rientro concordato con lo Stato dovranno essere individuate, quanto alle suddette aziende ospedaliero-universitarie, mediante appositi protocolli d'intesa fra la Regione e le specifiche Università. Orbene, sulla base di tali argomenti, la questione proposta nei confronti della norma impugnata risulta priva di fondamento, in quanto frutto di un'erronea interpretazione della disposizione medesima, poiché detta norma si è solo limitata ad escludere dal novero degli enti automaticamente assoggettati, per unilaterale volontà della Regione, alla misura del blocco del turn-over anche le aziende ospedaliero-universitarie, per le quali la determinazione del regime del personale non può che essere il frutto di una collaborazione con le Università mediante appositi protocolli di intesa".*

(29) V.d. Corte costituzionale n. 163/2011: *"Questa Corte, con riferimento all'art. 1, comma 796, lettera b), della legge n. 296 del 2006, ha affermato che tale norma «può essere qualificata come espressione di un principio fondamentale diretto al contenimento della spesa pubblica sanitaria e, dunque, espressione di un correlato principio di coordinamento della finanza pubblica» (sentenze n. 123 del 2011, n. 100 e n. 141 del 2010), poiché la «esplicita condivisione da parte delle Regioni della assoluta necessità di contenere i disavanzi del settore sanitario» determina una situazione nella quale «l'autonomia legislativa concorrente delle Regioni nel settore della tutela della salute ed in particolare nell'ambito della gestione del servizio sanitario può incontrare limiti alla luce degli obiettivi della finanza pubblica e del contenimento della spesa» (sentenza n. 193 del 2007). Ciò in quanto le «norme statali che fissano limiti alla spesa di enti pubblici regionali sono espressione della finalità di coordinamento finanziario (sentenze n. 237 e n. 139 del 2009)», per cui il legislatore statale può «legittimamente imporre alle Regioni vincoli alla spesa corrente per assicurare l'equilibrio unitario della finanza pubblica complessiva, in connessione con il perseguimento di obiettivi nazionali, condizionati anche da obblighi comunitari». Caso in cui il Presidente del Consiglio dei ministri ha sollevato questione di legittimità costituzionale in via principale dell'art. 1 della legge della Regione Calabria 13 luglio 2010, n. 16 (Definizione del sistema di finanziamento della Stazione Unica Appaltante), in riferimento all'art. 117, terzo comma, della Costituzione. La norma impugnata, prevedendo genericamente che il sistema di finanziamento della Stazione Unica Appaltante è definito dalla Giunta regionale, anche in deroga alla misura dell'1% dei singoli provvedimenti di gara, di cui all'art. 10, comma 1, della legge regionale 7 dicembre 2007, n. 26 (Istituzione dell'Autorità regionale denominata "Stazione Unica Appaltante" e disciplina della trasparenza in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture), violerebbe i principi fondamentali nella materia «coordinamento della finanza pubblica» desumibili dall'art. 1, comma 796, lettera b), della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2007), non avendo rispettato gli specifici vincoli, strumentali al conseguimento dell'equilibrio economico del sistema sanitario, contenuti nel piano di rientro oggetto dell'accordo stipulato il 17 dicembre 2009 dalla Regione Calabria.*

credizia e valutaria (32), la vicenda dei precari nella pubblica amministrazione (33), le sanzioni avverso lo sfioramento dei Comuni dal patto di stabilità

---

(30) F. CINTOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21-bis della legge n. 287/1990 e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, n. 2/2012; R. CIFARELLI, *Verso un nuovo protagonismo delle Autorità indipendenti? Spunti di riflessione intorno all'art. 21-bis della legge n. 287 del 1990*, in *Amministrazione in cammino*.

(31) Come riportato dal *Sole 24 Ore* del 30 gennaio 2018, da un'indagine statistica effettuata combinando i dati forniti dall'Anac sul numero di gare bandite e quelli presenti sul sistema informativo della giustizia amministrativa emerge che nel settore degli appalti pubblici la percentuale d'impugnazione delle procedure di appalto è del circa 2,7% del PIL.

(32) Si vedano le cause in corso sul cambio delle lire in euro. Infatti, in attuazione della sentenza n. 216/2015 della Corte Costituzionale, che ha dichiarato illegittima la norma che anticipava dal 28 febbraio 2012 al 6 dicembre 2011 il termine di conversione delle lire, il 22 gennaio 2016 sono iniziate presso le Filiali della Banca d'Italia le operazioni di cambio. Ai sensi dei Trattati europei, la conversione può solo avvenire impiegando risorse finanziarie dello Stato al quale la Banca d'Italia, a suo tempo, ha versato il controvalore delle lire ancora in circolazione al 6 dicembre 2011. Le operazioni di conversione sono effettuate da questo Istituto sulla base delle istruzioni impartite dal Ministero dell'Economia e delle Finanze il 21 gennaio 2016. A partire dalla pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale, sono arrivate numerose richieste di chiarimenti e segnalazioni attraverso la casella dedicata ([conversionelireeuro@bancaditalia.it](mailto:conversionelireeuro@bancaditalia.it)), alcune indirizzate anche al Ministero dell'Economia e delle Finanze, alle quali la Banca d'Italia risponde alla luce delle istruzioni ricevute. Nel dare esecuzione alla sentenza, il Ministero dell'Economia e delle Finanze, al fine di garantire certezza e trasparenza alle operazioni di conversione, ha esplicitamente previsto l'obbligo di dimostrare di aver presentato la richiesta di cambio tra il 6 dicembre 2011 e il 28 febbraio 2012, specificandone l'importo. In base alla normativa vigente la Banca d'Italia può pertanto procedere alla conversione delle lire solo se tale obbligo è rispettato. Oppure si veda anche la questione degli interessi su beni postali, in merito ai quali si rimanda all'ordinanza n. 49/2007 della Corte costituzionale che ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 173 del decreto del Presidente della Repubblica 29 marzo 1973, n. 156 (Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative in materia postale, di bancoposta e di telecomunicazioni), come modificato dal decreto-legge 30 settembre 1974, n. 460 (Modifica dell'articolo 173 del testo unico delle disposizioni legislative in materia postale, di bancoposta e di telecomunicazioni, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 29 marzo 1973, n. 156), convertito, con modificazioni, dalla legge 25 novembre 1974, n. 588, nonché dell'art. 7, comma 3, del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 284 (Riordino della Cassa depositi e prestiti, a norma dell'art. 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59).

(33) Il fenomeno del precariato nel pubblico impiego ha dato origine ad un vasto contenzioso nazionale e sovranazionale avente ad oggetto l'abusiva reiterazione di contratti a termine e le eventuali conseguenze relative all'illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro. Spesso, infatti, le assunzioni a termine hanno di fatto costituito un vero e proprio sistema parallelo di reclutamento del personale, utilizzato per eludere il principio del concorso pubblico, il rispetto delle dotazioni organiche ed i vincoli di bilancio e di contenimento della spesa pubblica. In data 13 luglio 2017, a Lussemburgo si è tenuta un'udienza di discussione concernente la tematica del precariato dei dipendenti pubblici italiani. La questione affrontata dai giudici europei concerne la vicenda di una donna che per anni ha prestato la propria attività lavorativa nel settore pubblico, alle dipendenze di un'amministrazione Comunale (il Comune di Valderice). Più precisamente, la donna era stata assunta sin dal 1996 come Lavoratrice socialmente utile (Lsu), dal 2005 con contratto di collaborazione coordinata e continuativa (Co.co.co.) ed, infine, con plurimi e successivi contratti a tempo determinato. Evidente quindi che la donna abbia subito per anni un'illegittima precarizzazione del proprio rapporto di lavoro. Detta situazione di illegittimità non è sfuggita al Tribunale di Trapani al quale la donna si era rivolta per far valere i propri diritti. In sostanza, secondo il Tribunale di Trapani, posto che la donna ha subito per oltre venti anni un'abusiva situazione di precariato, del tutto insufficiente si rivelerebbe l'indennità quantificata tra le 2,5 e 12

(34), il rapporto fra diritti sociali e esigenze di contenimento della spesa pubblica nei limiti del parametro di cui all'art. 81 Cost. (35), ecc., le sentenze che impattano sulla spesa pubblica in modo notevole (36), le condanne della Corte di Giustizia per inadempimenti nell'attività di bonifica dei rifiuti (37), per il mancato recupero dei prelievi supplementari sulle quote latte (38), per i ritardi nei recuperi di aiuti di Stato (39).

---

mentità. Alla donna, di contro, dovrebbe essere riconosciuto il diritto alla stabilizzazione e/o comunque un risarcimento molto superiore il cui valore dovrebbe per lo meno eguagliare il valore economico del posto di lavoro per troppo tempo negato. Ciò posto, detto Tribunale, schieratosi dalla parte della lavoratrice ha rimesso - con apposita ordinanza - la questione ai giudici europei. La Corte di Lussemburgo rileva che gli Stati membri hanno un margine di discrezionalità nella scelta degli strumenti per contrastare l'abuso dei contratti a termine e che il diritto dell'Unione non prevede alcun obbligo di far conseguire a detto abuso la stabilizzazione del rapporto di lavoro, sia esso pubblico o privato.

(34) Le disposizioni legislative previste dagli articoli 30, 31 e 32 della legge 12 novembre 2011, n. 183, sono tese a disciplinare il patto di stabilità interno al fine di assicurare il concorso degli enti locali alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica, di cui agli artt. 117, terzo comma e 119, secondo comma, della Costituzione, conformemente agli impegni assunti dal nostro Paese in sede comunitaria. In particolare l'art. 31 dopo aver individuato i soggetti preposti al rispetto del patto di stabilità interno, prevede al comma 26 che, in caso di mancato rispetto del patto di stabilità interno, l'ente locale inadempiente nell'anno successivo a quello dell'inadempienza resta assoggettato ad alcune sanzioni.

(35) V.d. Corte costituzionale n. 205/2013, secondo cui le "norme statali che fissano limiti alla spesa delle Regioni e degli enti locali possono qualificarsi principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica alla seguente duplice condizione: in primo luogo, che si limitino a porre obiettivi di riequilibrio della medesima, intesi nel senso di un transitorio contenimento complessivo, anche se non generale, della spesa corrente; in secondo luogo, che non prevedano in modo esaustivo strumenti o modalità per il perseguimento dei suddetti obiettivi".

(36) La sentenza della Corte Costituzionale n. 70 del 2015 che ha inciso sulla legge Fornero c.d. riforma delle pensioni sulla rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici ha suscitato una vasta eco negli organi di informazione per via dell'impatto che la pronuncia avrebbe causato sulle casse dello stato stimato in circa cinque miliardi di euro; altra sentenza con forte impatto è quella che ha deciso il conflitto di attribuzioni fra Procura della Repubblica di Taranto sulla vicenda dello stabilimento siderurgico dell'ILVA ... Il problema dell'impatto sulle casse erariali si è posto anche in molti altri casi tanto che si è ipotizzata che l'art. 81 co. 3 debba valere anche per la Corte Costituzionale.

(37) V.d. Corte di Giustizia UE, Sez. Grande, sentenza 2 dicembre 2014, C-196/13, la quale ha condannato l'Italia. Oltre a una somma forfettaria di 40 milioni di euro, la Corte ha inflitto all'Italia una penalità di 42,8 milioni di euro per ogni semestre di ritardo nell'attuazione delle misure necessarie a dare piena esecuzione alla sentenza del 2007. In altre parole, l'Italia dovrà continuare a pagare fino a quando continuerà la permanenza in stato di infrazione. Da quest'importo saranno detratti 400.000 euro per ciascuna discarica contenente rifiuti pericolosi e 200.000 per ogni altra discarica che nel frattempo sarà stata messa a norma.

(38) La «tassa» che gli allevatori devono versare nelle casse della Ue se superano la quota produttiva assegnata ai singoli Stati. Le quote latte sono state istituite nel 1984 per ridurre lo squilibrio tra domanda e offerta. Ma gli allevatori italiani, che fino alle ultime campagne hanno sfiorato il tetto produttivo, hanno pagato le multe col contagocce accumulando così un arretrato di 4,4 miliardi. Con due accordi siglati in sede ECOFIN, nel 2003 e nel 2009, sono stati autorizzati piani di rateizzazione delle multe arretrate, ma tra ricorsi giudiziari e proroghe i risultati non sono ancora arrivati.

(39) La Commissione europea ha deciso di deferire l'Italia alla Corte di giustizia per non aver eseguito una decisione della Corte di Giustizia dell'Unione europea che ordina il recupero di aiuti di Stato illegali e incompatibili da imprese di servizi pubblici a prevalente capitale pubblico. Benché la sentenza della Corte risalga al 2006 e nonostante i recenti progressi compiuti nel recupero, le autorità italiane non hanno ancora notificato alla Commissione l'avvenuto completamento di tale operazione.



In particolare, vanno poi esaminate le relazioni della Corte dei Conti e ministeriali sui contenziosi tributari di merito e di legittimità (40), del Consiglio di Stato sul contenzioso amministrativo in materia di appalti (41). Sotto questo punto di vista, un dato interessante è costituito dal contenzioso amministrativo delle gare bandite dalla CONSIP (42) che, nel 2016, ammonta a 2,6 miliardi di euro. Poco meno del 30% delle procedure bandite sono state impugnate. Il giudizio cautelare ha tempi estremamente rapidi e decide sulla perseguibilità o meno della realizzazione dell'appalto. Nei grandi appalti la percentuale delle sospensive accolte è sensibilmente più bassa della media. Il valore complessivo del contenzioso è pari al 2,7% del PIL. La percentuale di sospensive accolte è pari all'1% rispetto ai ricorsi di valore elevato. Però si assiste spesso alla prassi di autosospensione della procedura in assenza di provvedimenti giurisdizionali che li impongano. In sintesi, l'esito sfavorevole dei giudizi per l'Amministrazione è confinato ad una percentuale minimale. Le diseconomie sono prevalentemente prodotte dai comportamenti bloccanti delle Amministrazioni dovute alla situazione fisiologica di incertezza per la pendenza del giudizio. In questi casi si arriva raramente ad una transazione e si preferisce attendere che il giudice "tolga le castagne dal fuoco".

Per il contenzioso tributario, invece, va evidenziato che la stragrande maggioranza dei giudizi ha un valore di scarsa rilevanza, inferiore ai 20.000,00 euro (43). La percentuale di giudizi di valore elevato, che è inferiore al 2% della quantità complessiva, in termini di valore ammonta circa al 70%. Inoltre,

---

Trattandosi di un deferimento alla Corte per il mancato rispetto di una precedente sentenza della Corte, la Commissione ha deciso di chiedere alla Corte di imporre il pagamento di una penalità di 65.280 euro per giorno di ritardo successivo alla seconda sentenza della Corte fino al giorno della regolarizzazione dell'infrazione e di una somma forfettaria di 7.140 euro al giorno per il periodo intercorso tra la sentenza della Corte del 2006 e la seconda sentenza della Corte. Tali pagamenti fungerebbero da incentivo a garantire il rapido recupero degli aiuti illegali dai beneficiari.

(40) Secondo la relazione della Corte dei Conti anno 2016 (in particolare, pagg. 91-92), al fine di deflazionare il contenzioso, è necessario elevare la qualità delle iscrizioni al ruolo, utilizzare appieno l'istituto dell'autotutela, identificare e valutare le fattispecie di contenzioso più ricorrenti o di tipo seriale.

(41) Dalla relazione di analisi di impatto del contenzioso in materia di appalti del Consiglio di Stato emerge che la percentuale di impugnazioni in relazione al monte complessivo delle gare bandite in Italia è oggettivamente bassa (una media del 2,7%) e che, più elevato è il valore dell'appalto, minore è la percentuale delle sospensive accolte. Si ricorre spesso a condotte di autosospensione da parte dell'Amministrazione fino alla definizione del giudizio pur in assenza di provvedimento cautelare.

(42) Di rilevante interesse sono i dati riportati dalla relazione datata 27 ottobre 2017, in base alla quale il valore dei contratti "bloccati" da ricorsi dei fornitori è di 2,6 miliardi di euro, pari allo 0,2% del PIL nazionale. Il monitoraggio effettuato mette in luce che nel quinquennio 2012-2017 sono stati notificati a Consip 547 ricorsi da parte di 265 ricorrenti. Di tali ricorsi, 190 risultano ancora pendenti, il che significa che il 35% delle questioni sollevate dalle imprese devono essere ancora risolte.

(43) Un articolo del *Sole 24 Ore*, redatto da Vittorio Nuti del 26 febbraio 2018, mette in evidenza come più di un terzo dei nuovi procedimenti presentati nel 2017 riguardano materie fiscali, comportando un "ingolfamento" della Sezione tributaria della Corte di Cassazione. Per quanto riguarda l'esito dei procedimenti in Cassazione, la percentuale di successo per l'Erario è dei due terzi, contro un terzo a favore del contribuente.

criticità particolari derivano dal fatto che spesso l'amministrazione non riesce ad incassare il gettito derivante da atti impositivi divenuti definitivi (44).

#### 4. Sinergie con AIR e VIR. Importanza della valorizzazione dell'attività di analisi e valutazione dell'impatto della regolazione.

Le attività di AIR e VIR svolte dalla PCM (45) e dai competenti uffici legislativi dei ministeri sono state oggetto di maggior attenzione istituzionale negli ultimi tempi tanto che si è introdotta una nuova regolamentazione (46). In questo contesto non vi è alcuna analisi sistematica del contenzioso, che costituisce ai fini della valutazione della legislazione (*drafting* formale [47] e

---

(44) V.d. nota su Relazione Corte dei Conti.

(45) L'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) o *drafting* sostanziale è uno strumento di supporto alle scelte dell'organo politico di vertice per mezzo del quale viene realizzata una verifica *ex ante* dei possibili effetti dell'intervento normativo che ricadranno sia nei confronti dell'attività dei cittadini ovvero nei confronti del funzionamento e dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni. La verifica dell'impatto regolatorio (VIR) consiste nella valutazione del raggiungimento delle finalità di uno o più atti normativi, nonché nella stima degli effetti prodotti su cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni. La finalità della VIR è, dunque, di fornire, a distanza di un certo periodo di tempo dall'introduzione di una norma, informazioni sulla sua efficacia, nonché sull'impatto concretamente prodotto sui destinatari, anche al fine di valutare possibili revisioni della regolazione in vigore.

(46) Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 15 settembre 2017, n. 169. Regolamento recante disciplina sull'analisi dell'impatto della regolamentazione, la verifica dell'impatto della regolamentazione e la consultazione (*G.U. Serie 280/17*). L'art. 12 c. 6 stabilisce che l'Amministrazione assicura il monitoraggio dell'attuazione degli atti normativi, attraverso la costante raccolta ed elaborazione delle informazioni e dei dati necessari all'effettuazione della VIR, con particolare riguardo a quelli relativi agli indicatori individuati nelle corrispondenti AIR. Da questo punto di vista i dati sul contenzioso non possono non essere significativi. Si pensi a quanto i contenziosi su conferenza di servizi, legge 241 del 1990, in materia di SCIA coinvolgono profili di valutazione sulla riduzione degli oneri amministrativi o su efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, cfr. sentenza Consiglio di Stato sez. IV 5044 del 2016 che ha affermato il principio che "La conferenza di servizi... non costituisce solo un "momento" di semplificazione dell'azione amministrativa (come indicato dal capo IV della Legge n. 241/1990) ma anche e soprattutto un momento di migliore esercizio del potere discrezionale della pubblica amministrazione, attraverso una più completa ed approfondita valutazione degli interessi pubblici (e privati) coinvolti, a tal fine giovandosi dell'esame dialogico e sincronico degli stessi. In altre parole, la valutazione tipica dell'esercizio del potere discrezionale (e la scelta concreta ad essa conseguente) si giova proprio dell'esame approfondito e contestuale degli interessi pubblici di modo che la stessa, ove avvenga in difetto di tutti gli apporti normativamente previsti, risulta illegittima perché viziata da eccesso di potere per difetto di istruttoria, che si riverbera sulla completezza ed esaustività della motivazione". Cfr. Tar Lazio 3742/17 e 9230/18 sulla questione della legittimità della motivazione dell'atto amministrativo fondata sulle risultanze degli algoritmi secondo il quale un algoritmo non può decidere il trasferimento dei docenti. Il Tar Lazio conclude che le procedure informatiche, anche se rappresentassero la perfezione, non possono soppiantare l'attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che solo un'istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica è in grado di svolgere. Cfr. Tar toscana ordinanza 677 del 2017 con cui i giudici hanno sottoposto alla Consulta la questione della legittimità costituzionale dell'art. 19, comma 6-ter, L. n. 241/1990, nella parte in cui non prevede un termine per la sollecitazione da parte del terzo delle verifiche sulla SCIA, per violazione degli artt. 3, 11, 97, 119 comma 1 Cost. La possibilità di avanzare l'istanza di sollecitazione **sine die** è secondo i giudici in grado di violare l'affidamento di chi intraprende legittimamente un'attività economica, confliggendo una tale situazione con il principio del buon andamento della P.A. e con il principio di ragionevolezza e tutela dei livelli essenziali di prestazioni.

*drafting* sostanziale [48]) l’emblema del momento applicativo della norma in cui le criticità si presentano con solare evidenza. A giudizio dello scrivente, l’analisi sull’impatto di una legge non può prescindere da indagini sulle criticità emergenti dai giudizi a cui essa ha dato luogo. Spesso è proprio la non perfetta formulazione delle norme od una non puntuale valutazione dell’impatto a determinare l’insorgenza di giudizi, come anche accade che il legislatore intervenga con norme interpretative oppure con modifiche legislative per far fronte ad emergenze causate dalle pendenze di giudizi. Adottando i criteri di analisi e valutazione dell’impatto elaborati dalle Amministrazioni e recepiti dalla normativa in materia, si potrebbe creare una griglia di riferimento per l’analisi dei contenziosi ai fini della valutazione sulla qualità della regolazione (49).

L’analisi del contenzioso dovrebbe confluire nella valutazione dell’impatto su cittadini, imprese e Pubblica Amministrazione, anche per un giudizio sulla virtuosità dell’operato delle amministrazioni nel monitoraggio e manutenzione della regolazione (50). Da questo punto di vista i criteri di valutazione su fatti-

(47) Per “*drafting formale*” s’intende l’arte di redigere in modo formalmente ineccepibile un testo normativo. Il problema si è posto in Italia dopo gli anni ’70, il Ministro Giannini nel 1979, correlando la produttività e l’efficienza della P.A. alla qualità della legislazione pose l’attenzione sulla buona formulazione delle leggi. Col tempo è cresciuta l’attenzione verso il *drafting* mediante l’introduzione di normative ed appositi uffici istituiti per la corretta redazione dei testi legislativi.

(48) Per “*drafting sostanziale*” l’analisi e valutazione dell’impatto della regolazione su cittadini, imprese e pubblica amministrazione.

(49) Vedi DPR 169 del 2017, Regolamento recante disciplina sull’analisi dell’impatto della regolamentazione, la verifica dell’impatto della regolamentazione, l’art. 13 che disciplina i criteri di svolgimento della VIR: “a) analisi della situazione attuale e dei problemi, ricorrendo a evidenze quantitative e verificando anche il grado di attuazione della normativa in esame, con riferimento, se del caso, ai diversi livelli istituzionali coinvolti; b) ricostruzione della logica dell’intervento, in relazione ai problemi che si intendevano affrontare e agli obiettivi che si intendevano conseguire, alle azioni poste in essere, ai soggetti direttamente e indirettamente coinvolti, all’evoluzione registrata nel contesto di riferimento; c) valutazione dell’intervento, applicando i seguenti criteri: 1) efficacia, verificando il grado di raggiungimento degli obiettivi e la misura in cui gli effetti osservati derivano dalla regolazione in esame o da ulteriori fattori che sono intervenuti nel tempo; 2) efficienza, in relazione alle risorse impiegate; 3) perdurante utilità della regolazione rispetto alle esigenze e agli obiettivi delle politiche attuali; 4) coerenza dell’insieme delle norme che disciplinano l’area di regolazione in esame, anche con riferimento ad eventuali lacune, inefficienze, sovrapposizioni, eccesso di costi di regolazione; d) definizione di ipotesi di revisione, abrogazione, miglioramento dell’attuazione delle norme in esame, alla luce dei risultati del processo valutativo. 2. Nello svolgimento della VIR l’Amministrazione ricorre alla consultazione, secondo quanto stabilito dagli articoli 16 e 18, nonchè ad evidenze di tipo quantitativo, ivi comprese quelle desumibili da relazioni degli organi di controllo o di vigilanza”. Questi criteri si attagliano perfettamente all’esame del contenzioso. In particolare attuazione della normativa, logica dell’intervento, grado di raggiungimento degli obiettivi, efficienza delle risorse impiegate, utilità della regolazione rispetto alle esigenze e agli obiettivi delle politiche, coerenza dell’insieme delle norme ed ipotesi di revisione, consultazione attraverso i punti di vista dei destinatari che coincidono spesso con le parti del giudizio.

(50) Vedi Parere sezione consultiva degli atti normativi, Adunanza del 7 giugno 2017 che a p. 35 prevede l’analisi comportamentale delle Amministrazioni applicata alla regolamentazione, introducendo un approccio da “*behavioural regulation*” che richiama il concetto di “*bias cognitivo*”. Il *bias* è una forma di distorsione della valutazione causata dal pregiudizio. La mappa mentale di una persona presenta “*bias*” laddove è condizionata da concetti preesistenti non necessariamente connessi tra loro da legami

bilità della regolazione con giudizio *ex ante* ed efficacia con giudizio *ex post* (51) potrebbero essere utilizzati anche per l'analisi del contenzioso in termini di misurazione della riduzione degli oneri amministrativi o per verifica dell'efficacia delle opzioni regolative. Occorre, quindi, costruire un modello organizzativo che si articoli in rapporti di sinergica collaborazione fra le varie istituzioni del mondo della Giustizia, uffici legislativi della PCM e dei singoli ministeri, uffici parlamentari (52). Molto importante è anche il contributo che può essere fornito da U.V.I., S.N.A., dall'Osservatorio AIR e dalla preziosa esperienza maturata dalle Autorità Indipendenti su analisi e valutazione d'impatto (53). L'indagine sulla qualità della regolazione non può, poi, prescindere

---

logici e validi. Cfr. "La spinta gentile" autori THALER e SUNSTEIN, Feltrinelli. Ogni giorno prendiamo decisioni sui temi più disparati: come investire i nostri soldi, cosa mangiare per cena, dove mandare i figli a scuola, con che mezzo di trasporto raggiungere il centro della città. Purtroppo facciamo spesso scelte sbagliate. Mangiamo troppo, usiamo la macchina quando potremmo andare a piedi, scegliamo il piano tariffario peggiore per il nostro telefonino o il mutuo meno conveniente per comprare una casa. Siamo esseri umani, non calcolatori perfettamente razionali, e siamo condizionati da troppe informazioni contrastanti, dalla complessità della vita quotidiana, dall'inerzia e dalla limitata forza di volontà. È per questo che abbiamo bisogno di un "pungolo", di una spinta gentile che ci indirizzi verso la scelta giusta: di un nudge, come l'hanno battezzato l'economista Thaler e il giurista Sunstein in questo libro. L'idea di Thaler e Sunstein è semplice ma geniale: per introdurre pratiche di buona cittadinanza, per aiutare le persone a scegliere il meglio per sé e per la società, occorre imparare a usare a fin di bene l'irrazionalità umana. I campi d'applicazione sono potenzialmente illimitati: dal sistema pensionistico allo smaltimento dei rifiuti, dalla lotta all'obesità al traffico, dalla donazione di organi ai mercati finanziari, non c'è praticamente settore della vita pubblica o privata che non possa trarre giovamento dal "paternalismo libertario".

(51) A.I.R. (Analisi impatto regolazione) V.I.R. (Valutazione impatto regolazione) ed A.I.R.C. (Analisi impatto regolazione concorrenza). Cfr. Relazione Osservatorio AIR 2016 su buone prassi dell'Autorità per la Concorrenza e Mercato, ANAC, Banca d'Italia e Consob, Autorità per l'Energia ed il Gas.

(52) FABIANA DI PORTO, "Regolazione del rischio, informazione e certezza giuridica" su rivista di *Diritto alimentare*, anno V, numero 4 (Ottobre-Dicembre) 2011, p. 5 "... l'organizzazione di tipo reticolare consente la circolazione delle informazioni fra i singoli partecipanti - o nodi - sia al fine di accrescere le conoscenze sul rischio della regolazione, e quindi ridurre l'incertezza, sia per attenuare l'impatto su soggetti derivanti dall'evento dannoso, ove verificatosi".

(53) L'UVI (Ufficio Valutazione Impatto Regolazione) è una struttura costituita presso il Senato che realizza analisi d'impatto e di valutazione delle politiche pubbliche, con l'obiettivo di diffondere, sviluppare e potenziare la "cultura della valutazione" dentro il perimetro istituzionale. La SNA (Scuola Nazionale Amministrazione) ha stipulato un protocollo d'intesa con la PCM per l'applicazione delle scienze comportamentali all'azione amministrativa, firmato nell'estate del 2017. L'Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione (Osservatorio AIR) nasce nel 2009, sulla base di una convenzione stipulata tra il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi della Tuscia di Viterbo (ora Dipartimento di studi linguistico-letterari, storico-filosofici e giuridici - DISTU) e la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Parthenope". La convenzione è stata rinnovata nel 2016. Il 10 ottobre 2013 si è costituito in associazione. Nel 2016, l'Osservatorio è diventato membro dell'International Institute of Administrative Sciences (IIAS). L'obiettivo dell'Osservatorio è esaminare, con cadenza periodica, le tematiche della qualità della regolazione, con particolare riferimento all'impiego della metodologia di Analisi di impatto della regolazione (AIR) e di Verifica di impatto della regolazione (VIR) da parte delle amministrazioni italiane e di produrre indagini, paper, studi di caso, nonché approfondimenti e confronti con le esperienze internazionali più significative. Esso si propone di contribuire allo sviluppo delle attività di ricerca in materia di AIR e di formazione post-universitaria per studiosi e funzionari pubblici. Sulle autorità indipendenti cfr. "La faticosa costruzione di un sistema

da un'interazione con gli istituti di studio e di ricerca universitari, anche per un approccio interdisciplinare con professionalità dotate di competenze statistiche, di analisi economica, informatiche e di ingegnerizzazione dei processi (54).

Del resto la rilevanza di AIR e VIR ai fini della validità degli atti amministrativi generali è stata riconosciuta anche dalla giurisprudenza. Infatti per gli atti regolatori delle Autorità Indipendenti si è affermato il principio che le Authorities devono garantire forme di “partecipazione rinforzata” (55) ed adeguate modalità di “pubblica consultazione” (56). In sede consultiva poi il Consiglio di Stato si è orientato per un controllo sempre più penetrante sui contenuti di AIR e VIR (57). Sulla rilevanza dell'osservatorio del contenzioso per i pareri sugli atti di regolazione sono da menzionarsi come circostanze particolarmente significative la costituzione delle c.d. “Commissioni Speciali” composte da magistrati delle sezioni atti normativi e sezioni giurisdizionali, così da poter abbinare le competenze (58); e le valutazioni contenute nel parere 2282 del 2016 sullo schema di decreto del MIT su approvazione delle linee guida recanti “Il Direttore dei Lavori: modalità di svolgimento delle funzioni di direzione e controllo tecnico contabile ed amministrativo dell'esecuzione

---

per la regolazione indipendente” di ELEONORA CAVALIERI ed EDOARDO CHITI “che ne valorizzano le preziose esperienze, certamente più evolute nella cultura della analisi e valutazione rispetto alle Amministrazioni Ministeriali”.

(54) Cfr. Senato della Repubblica, Ufficio Valutazione impatto. “La valutazione degli atti normativi in Italia: criticità, prospettive e buone pratiche”, p. 6, di MELISSO BOSCHI e DAVIDE ZAOTTINI. Dal punto di vista organizzativo si dà l'indicazione di dotare le istituzioni di competenze interdisciplinari, accrescere la collaborazione fra istituzioni ed enti di ricerca ed unificare le funzioni di coordinamento.

(55) Cfr. TAR Lombardia sez. III nn. 2310, 11, 12, 13 del 2013 che ha affermato che l'attività regolatoria posta in essere dalle autorità indipendenti senza il rispetto delle garanzie partecipative è da ritenersi viziata per violazione del principio di “legalità procedimentale”.

(56) A partire dal 2014 sia il Consiglio di Stato che i Tar hanno iniziato a valutare anche le modalità con cui le consultazioni pubbliche erano state condotte ed il concreto utilizzo da parte delle AI delle informazioni raccolte nel corso delle stesse. Cfr. Consiglio di Stato Sez. VI 1532 del 2015 che peraltro ha precisato che il mancato rispetto delle procedure partecipative determina *ex se* l'illegittimità dell'atto senza che sia possibile per l'autorità invocare a sua difesa una sorta di giudizio *ex post* controfattuale. In altri termini non si ammette in sede giudiziale una verifica di prognosi postuma circa gli esiti che la partecipazione dei “stakeholder” avrebbe prodotto laddove fosse stata correttamente svolta. In senso conforme vedi anche Tar Lazio 9981 e 9982 del 2014 e Tar Lombardia 1245 e 1246 del 2014.

(57) Come è noto il Consiglio di Stato esprime pareri sugli atti normativi del Governo ai sensi dell'art. 14 legge 246 del 2005. Prima del 2015 il Consiglio di Stato si era limitato ad un controllo meramente formale sull'esistenza delle relazioni. Nel 2015 si è registrato un aumento dei pareri c.d. “interlocutori” in cui la sezione sospendeva il parere in attesa della trasmissione della relazione. Pareri 713, 1040, 1332, 1945 e 2764 del 2015. Nel 2016 il Consiglio di Stato ha iniziato a pronunciarsi sull'idoneità delle norme giuridiche a perseguire in concreto gli interessi pubblici prefissati dalla legge. Per esempio su schemi provvedimenti attuativi della legge 124 del 2015 sulla riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche (c.d. legge Madia) in cui sono state valutate le informazioni contenute nelle relazioni AIR e fornito indicazioni per migliorarne la qualità. Nello stesso senso pareri 929/16, 764/16 e 1502/16 in cui si è attuato un controllo sostanziale sulle procedure di consultazione.

(58) In particolare nel 2016 vi sono state 28 commissioni speciali: 17 su legge di riforma Madia ed 11 in materia di contratti pubblici.

del contratto”. In questo parere si valutava insufficiente l’analisi d’impatto mancando l’esame dei procedimenti penali e contabili (59).

Il coinvolgimento dei vari attori della giurisdizione nell’analisi di impatto della regolazione assume particolare importanza nei casi di *governance giuridiziarica dell’economia* (60). Il giudice, oltre alla funzione di compositore, ha il ruolo di regolatore sostituendosi in tal modo all’autorità politica. La complessità del sistema e l’esistenza di una pluralità di fonti multilivello crea spesso problemi interpretativi per una composizione della regolazione in un quadro razionale. Questa operazione, soprattutto nei contenziosi avanti al giudice amministrativo sui contratti pubblici e delle autorità indipendenti, viene svolto dalla giurisdizione che si fa carico, da una parte, delle esigenze di sviluppo economico e di crescita, dall’altra, delle ragioni di interesse pubblico legate all’azione amministrativa e dei diritti di cittadini e di imprese, supplendo alla perdita della centralità statale. In questo contesto il dialogo fra sistema Giustizia e sistema politico economico ha una sua ragion d’essere anche per la costruzione di una visione completa del quadro regolatorio.

L’A.I.R. e la V.I.R. sono svolte da personale che ha una formazione prevalentemente giuridica. L’attività di consultazione è spesso svolta in modo ap-

---

(59) Cfr. Relazione osservatorio AIR anno 2016 capitolo VII, SIMONA MORETTINI, p. 238 “Queste linee guida riguardano una figura cruciale per il buon esito dei contratti pubblici, il direttore dei lavori/dell’esecuzione, i cui compiti e la cui interlocuzione vanno individuati con chiarezza e rigore. La prassi progressa, infatti ha evidenziato che le pratiche corruttive nei pubblici appalti trovano un terreno di elezione nella fase di esecuzione, mediante “relazioni pericolose” tra direttore dei lavori ed esecutore. Per prevenire il perpetuarsi di prassi scorrette ed illecite occorre, quindi, conoscere in modo adeguato il fenomeno ed individuare i pertinenti anticorpi normativi”. A pag. 240 è evidenziato “Secondo la Commissione, contrariamente a quanto fatto dal ministero nel caso specifico, l’analisi avrebbe potuto essere condotta mediante: un esame della copiosa giurisprudenza contabile in tema di danno erariale arrecato dal direttore dei lavori/dell’esecuzione; l’acquisizione di dati statistici sui procedimenti contabili e penali che coinvolgono il direttore dei lavori/dell’esecuzione; una indagine sui principali comportamenti patologici in fase esecutiva da parte del direttore dei lavori /dell’esecuzione; un esame della giurisprudenza penale ed arbitrale sul direttore dei lavori e dell’esecuzione”.

(60) Con tale espressione sono identificate quelle dinamiche istituzionali che contribuiscono a forgiare le regole giuridiche, sia all’interno degli Stati, sia nei rapporti internazionali. Per una breve ma importante lettura sul tema si rimanda a quanto scritto da A. PAJNO, “Giustizia amministrativa ed economia”, pp. 9-11, in cui l’Autore mette in evidenza lo stretto rapporto tra la crisi della legislazione, i problemi dell’economia e della finanza, e il c.d. dialogo tra le Corti nazionali ed europee.

Al riguardo va anche menzionato che, per quanto concerne la verifica della corretta elaborazione della relazione AIR, si è consolidata una giurisprudenza secondo la quale l’AIR può essere sottoposta a sindacato giurisdizionale solo nel caso in cui vi sia un contrasto con il principio di ragionevolezza tecnica, vedi Consiglio di Stato Sez. VI n. 2521 del 2012 e Sez. VI n. 6153 del 2014. Così in un caso relativo ad un atto dell’AEEGSI, il Consiglio di Stato (Sez. VI n. 162 del 2016) ha avuto modo di precisare che “le scelte regolatorie compiute dall’Autorità per l’energia e per il Gas, specie quelle che incidono sui meccanismi tariffari, sono spesso caratterizzate da un elevato tasso di complessità tecnica, in quanto normalmente presuppongono o sottendono questioni specialistiche la cui risoluzione richiede l’impiego di concetti o nozioni appartenenti a discipline di settore, di carattere prevalentemente economico e finanziario. A fronte di valutazioni tecnicamente complesse il sindacato giurisdizionale deve avvenire “con gli occhi dell’esperto”.

prossimativo e manca un'analisi interdisciplinare (socio-economico e statistico). Analisi e valutazione di impatto si esauriscono, il più delle volte, in meri adempimenti burocratici, che non hanno alcuna valenza ai fini del procedimento legislativo (61). Non è solo la mancata integrazione con il sistema Giustizia a dare incompletezza al lavoro di analisi e valutazione della qualità della normazione ma un'inadeguatezza complessiva del modello organizzativo. Eppure, questo tipo di indagine potrebbe avere un'importanza decisiva al fine di qualificare la correttezza del processo democratico. “Conoscere per deliberare”, questo dovrebbe essere il motto che accompagna l'analisi e valutazione della qualità di legislazione e regolazione. La scelta sull'obiettivo da perseguire e sul programma da realizzare spetta ovviamente all'autorità politica, invece, l'individuazione dei mezzi più adeguati pertiene all'indagine tecnica perché presenta elementi di complessità che richiedono una precipua competenza professionale. Una democrazia compiuta potrà realizzarsi soltanto quando sarà creato un sistema che appronta per i decisori politici le misure più adeguate per realizzare i loro obiettivi e programmi (62). Per questa ragione non appare peregrina l'ipotesi che possano profilarsi questioni di illegittimità costituzionale per irragionevolezza della scelta di opzioni regolative in contrasto con le valutazioni di analisi di impatto della regolazione. Assicurando adeguata pubblicità o trasparenza a questa attività, si consente all'opinione pubblica di poter esprimere un giudizio circostanziato sull'operato degli organi legislativi. Da questo punto di vista assume particolare pregnanza il ruolo dell'Avvocatura dello Stato in quanto espressione dello Stato-comunità (63), sensibile ad assicurare al massimo livello l'attuazione dei principi di legalità e buona amministrazione.

---

(61) Relazione sullo stato di applicazione dell'AIR anno 2015. Fra i limiti che il DAGL riscontra nelle AIR comunicate ai Ministeri si rileva un'eccessiva enfasi sulle motivazioni giuridiche piuttosto che sugli aspetti sostanziali che motivano l'intervento accompagnata da una “debole attenzione agli impatti dell'intervento pubblico, anche solo in termini di quantificazione dei destinatari diretti ed indiretti”. Nella relazione del 2016 emergono criticità sulla valutazione in ordine agli effetti anticoncorrenziali.

(62) Vedi DANIELA MONE “Qualità normativa fra tecnocrazia ed effettività della democrazia rappresentativa” Jovene, Napoli 2010, pp. 97 ss.

(63) F. CARAMAZZA, “Le nuove frontiere della giurisdizione amministrativa (dopo la sentenza della Corte Costituzionale 8 luglio 2004 n. 204)” in *Rass. Avv. St.* 2004, 741. L'Avvocatura dello Stato è, infatti, da un lato, difensore dello Stato, soprattutto dinanzi al giudice amministrativo (recessive apparendo le funzioni del giudice ordinario nei giudizi con lo Stato) con una posizione da avvocato tendenzialmente equiordinata a quella del difensore privato. Essa acquista e potenzia, poi, una dimensione diversa e più squisitamente pubblicistica in quelli che sono i giudizi di costituzionalità (in cui opera più come *amicus curiae* che come avvocato) ed i giudizi dinanzi alle corti internazionali e sovranazionali in cui rappresenta non già lo Stato-amministrazione, sebbene **lo Stato come personificazione anche esterna di tutta la Comunità nazionale**; per non parlare, da ultimo, delle cause in cui difende le Autorità indipendenti, e che presentano problematiche tutte particolari.

## Il valore della certezza del diritto nell'attuazione dei tributi e nel processo. Qualche idea per una nomofilachia "virtuosa"

Enrico Manzon\*

### 1. Il valore della certezza del diritto (tributario).

L'art. 65, della c.d. "legge base" sull'ordinamento giudiziario (R.D. 30 gennaio 1941, n. 12) così dispone: «La Corte suprema di cassazione .. assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale ..». L'art. 111, settimo comma, Cost. "copre" costituzionalmente questa disposizione legislativa formalmente ordinaria con la previsione di ricorribilità in Cassazione contro «le sentenze .. per violazione di legge».

I due enunciati normativi esprimono un "valore", dunque costituzionalizzato, che è poi quello, comunemente individuato, della certezza del diritto ed indica la Corte di cassazione quale organo giudiziario precipuamente e primariamente deputato alla sua salvaguardia, così affermandone la funzione di *nomofilachia*.

La certezza del diritto e la correlativa funzione nomofilattica rivestono anzitutto un aspetto prettamente "giuridico", che pure di consueto viene sud-distinto in due articolazioni: per un verso, la tutela interpretativa "dei diritti soggettivi" (individuali/collettivi) ossia degli *jura litigatorum*; per altro verso quello della certezza del diritto in senso stretto, quale espressione dello *jus constitutionis* («uniforme interpretazione della legge .. unità del diritto oggettivo nazionale»).

La "crasi giuridica" di questi due aspetti nella materia tributaria significa attuazione, diretta, del principio - generale - di *capacità contributiva* ex art. 53, primo comma, Cost., che a sua volta deve considerarsi espressione "specifica" dei principi - supremi - di cui all'art. 2, (adempimento dei doveri inde-rognabili di solidarietà economica, politica e sociale) e 3, primo comma, (eguaglianza di fronte alla legge) della Costituzione medesima. In sintesi, si può quindi affermare che la *mission* specifica della nomofilachia tributaria è la concretizzazione della *giusta imposta*, sia nella dimensione dello *jus litigatoris* sia in quella dello *jus constitutionis*.

Per il suo ruolo istituzionale la Corte di cassazione quindi è il punto terminale dell'attuazione di detti valori costituzionali fondamentali, che inizia con le attività dei contribuenti (autotassazione) e degli Enti impositori, poi nelle eventuali "crisi di cooperazione" passa attraverso la giurisdizione speciale di merito e, statuendo *principi di diritto*, orienta sia le prassi attuative, private e pubbliche sia la giurisprudenza meritale, della quale è un essenziale punto di riferimento.

---

(\*) Consigliere Sezione Tributaria della Corte di Cassazione.



In questi termini la Corte concretizza la certezza del diritto come “valore giuridico”.

Vi è tuttavia un secondo, affatto minusvalente, aspetto della *nomofilachia* funzionalizzata all’affermazione della certezza del diritto: quello “economico”. Orientare le prassi e la giurisprudenza produce infatti rilevanti effetti “di fatto” - sui patrimoni personali dei soggetti contribuenti e sulle finanze pubbliche - sancendo in concreto (*jus litigatoris*) e conformando in astratto (*jus constitutionis*) i crediti/debiti fiscali, in ultima analisi incidendo sulla loro “certezza” (oltre che “liquidità ed esigibilità/esazione”).

È dunque evidente, e non abbisogna di particolare argomentazione, l’importanza economica della giurisprudenza tributaria di legittimità.

## 2. Idee per una *nomofilachia* “virtuosa”. Qualche premessa.

Di cosa sia la *nomofilachia* si è detto in premessa, essendo peraltro un concetto chiaro e di comune uso. Ma cosa possiamo intendere per “virtuosa”?

Essenzialmente, due obiettivi “produttivi”: la chiarezza e l’omogeneità delle decisioni (in particolare la prevenzione dei contrasti interpretativi), quindi la prevedibilità delle decisioni stesse; la tempestività ossia in termini costituzionali e convenzionali/unionali la *ragionevole durata* del giudizio. In sostanza, la Corte deve *parlare chiaro* e farlo quanto più rapidamente ciò sia possibile.

In siffatta maniera si possono/devono realizzare i due aspetti (giuridico/economico) della certezza del diritto.

In astratto. In concreto, oggi siamo lontani da questa modalità attuativa del principio.

Le cause sono invero molteplici e remote.

Da quelle *pregiuridiche* (forte difetto della *compliance* fiscale, fenomeno accentuato di evasione/elusione tributaria) a quelle *giuridiche* (legislazione alluvionale ed erratica; mancanza di codificazione, anche sull’esempio straniero: Francia, Germania) per giungere alle *giurisdizionali* (strutturazione dell’apparato giudiziario, rispettivamente di merito e di legittimità).

In particolare, sotto quest’ultimo profilo, nella (non)architettura o, se si preferisce, nell’architettura “sbilenca” della giurisdizione troviamo senz’altro le cause più prossime, che sono essenzialmente e soprattutto la bassa qualità media delle decisioni delle Commissioni tributarie ed il (correlativo) sovraccarico della Cassazione.

Può sicuramente ritenersi che quest’ultima sia la più immediata e prossima di tutte.

In questo senso i numeri sono impietosamente chiari: 53mila ricorsi pendenti, il 50% del carico civile complessivo della Corte; *trend* “storico” dei flussi in entrata, costante, di 11/12mila ricorsi all’anno. Più precisamente nel primo semestre 2018 le iscrizioni di ricorsi destinati alla sezione tributaria ammontano a 7.086, pari al 38% della sopravvenienza totale.

Sono indubbiamente numeri che schiacciano anche le migliori intenzioni e che hanno origini storiche abbastanza evidenti, su tutte la soppressione del “filtro” (in realtà un vero è proprio “tappo”) della Commissione tributaria centrale, disposta con la riforma del '92.

Si tratta quindi di una situazione alquanto compromessa - con particolare riguardo ai tempi di giustizia, ma anche senz'altro rispetto all'effettiva qualità/omogeneità della giurisprudenza - che non ha né può avere soluzioni semplici.

Vediamone comunque qualcuna, almeno tra le più rilevanti.

Non senza tuttavia una premessa metodologica: l'analisi propositiva va suddivisa tra aspetti attinenti alle *risorse umane* e quelli attinenti la *gestione del “magazzino”* ossia dell'arretrato e della sopravvenienza. Ovvio che le prime incidano in misura determinante sulla seconda, ma la seconda ha necessità di un approccio non solo “quantitativo”, ma anche “qualitativo” ossia dev'essere una *gestione attiva*, ben oltre il metodo *first in first out*.

### 3. *Le misure organizzative interne.*

Ciò posto, riferiamoci anzitutto alle possibili *misure organizzative interne* alla Corte ed in particolare alla Sezione specializzata e quindi concentriamo la riflessione sulla questione delle *risorse umane*.

Va rilevato in primo luogo che l'organico della Sezione Quinta civile-tributaria, dalla sua istituzione nel 1999 per via “tabellare” ossia per provvedimento organizzativo interno secondo le norme, primarie e secondarie, di ordinamento giudiziario, è stato progressivamente aumentato sino a giungere alle attuali circa 41 unità, compresi i Presidenti di sezione, di cui 11 assegnati in via esclusiva alla Sezione Sesta per le sue specifiche attività. Va precisato, in quanto si tratta di un rilievo senz'altro significativo, che tale dotazione di magistrati è pari al 22% dell'organico complessivo dei magistrati assegnati alle sezioni civili.

Peraltro, con la legge di bilancio 2018 a tale dotazione “ordinaria” si sono aggiunti, in via straordinaria e temporanea (tre anni), i magistrati (con una certa anzianità di servizio) addetti all'Ufficio del Massimario e del Ruolo presso la Corte e 50 giudici ausiliari scelti tra i magistrati in pensione (con specifici presupposti). Va tuttavia precisato che i primi ammontano, allo stato, a 22 unità (impiegabili in base alla stessa previsione normativa in questione al 50% ossia per non più di due udienze mensili).

Allo stato entrambe tali disposizioni normative primarie sono state attuate, mediante la correlativa normazione secondaria ed attività provvedimentale organizzativa. Di conseguenza si sono aggiunti 22 magistrati dell'Ufficio del Massimario e 24 giudici ausiliari, i primi selezionati in base alle previsioni della citata legge ed i secondi quali risultanti dalla selezione operata dal Csm sulla base del relativo bando ministeriale.

La Sezione tributaria della Corte può dunque ora contare su 87 magistrati addetti, delle varie “categorie”, su 182 complessivamente destinati alle sezioni civili.

È ovvio che grandi speranze vengano riposte sullo spiegamento di una tale “massa critica”, quantomeno sul piano dell’abbattimento dell’arretrato e quindi dei tempi della giustizia tributaria di legittimità, ora davvero molto dilatati e di molto superiori a quelli delle altre sezioni civili della Corte.

Non possono tuttavia nascondersi delle problematiche potenzialmente limitative degli effetti di questo nuovo ed ampio dispiegamento di forze.

La prima ha origini per così dire “storiche” e rappresenta una vera e propria “cronicità negativa”, ancorchè, quantomeno allo stato, poco evitabile, della situazione della Sezione tributaria e consiste nell’accentuato *turn over* dei consiglieri (nonché assai minore, anche dei Presidenti di sezione “non titolari”).

La Quinta civile è infatti tradizionalmente una “sezione di passaggio” che accoglie i cassazionisti di vocazione/formazione civilistica solo come primo *step* verso le tre sezioni del “civile ordinario”. Il che crea appunto un primo problema che è quello della perdita costante di professionalità specialistiche acquisite e della contemporanea necessità di formarne costantemente di nuove, con tutto ciò che comporta in termini di stabilità della giurisprudenza ed in ultima analisi inevitabilmente ed oggettivamente anche della sua qualità.

La seconda riguarda l’applicazione dei massimatori. Questa, che per un verso si presenta come una soluzione di “buona amministrazione”, poiché consente l’impiego di magistrati di elevata qualità professionale, ma in buona parte non addetti alla massimazione della giurisprudenza sezionale tributaria, a ben vedere nasconde una vera e propria “trappola”.

È infatti evidente che queste sono risorse sottratte al fondamentale lavoro di massimazione ufficiale della giurisprudenza, civile e penale, quindi anche tributaria, la cui rilevanza ordinamentale generale - in termini di esternazione della nomofilachia e perciò dell’attuazione concreta di quei valori che compongono la “certezza del diritto” di cui si è detto dianzi - non necessita certamente di argomentazione.

Questa, in ultima analisi, è veramente una logica da “coperta corta”, dunque intrinsecamente autolimitativa e perciò depotenziata/depotenziante.

La terza riguarda l’impiego dei magistrati pensionati. Tale scelta non può che considerarsi se non una “scommessa”, che certo non è campata in aria, ma che ha varie incognite. Non può comunque considerarsi una certezza, anche se è ragionevole la previsione che si riveli una scommessa vincente, almeno sul piano degli obiettivi, pur sempre limitati, che essa si è posta.

In questo quadro, la dirigenza giudiziaria sezionale ha riorganizzato lo spoglio sezionale, costituendo nuclei operativi *ad hoc* nei tre gruppi di lavoro (imposte dirette, IVA, imposta di registro/tributi locali); ha avviato l’istituzione di un archivio informatico sezionale; ha strutturato un nuovo sistema per la

gestione dei ruoli di udienza, sia in considerazione della distinzione post riforma processuale del 2016 tra udienze camerale e pubbliche (rispettivamente non nomofilattiche e nomofilattiche) sia in previsione della piena entrata “a regime” delle citate misure straordinarie introdotte dalla legge di bilancio 2018 (impiego dei massimatori e dei giudici ausiliari); ha disposto in ordine ad un più stretto collegamento con l’Ufficio del Massimario per un servizio di “pronta massimazione” delle pronunce di maggior impatto verso l’utenza.

L’indirizzo, chiaro, di questo complesso di scelte organizzative ha un obiettivo dichiarato, che non è solo quello “quantitativo” dell’abbattimento dell’arretrato (e quindi della riduzione dei tempi processuali), ma allo stesso tempo appunto quello della “gestione qualitativa” del *magazzino*, con la mira, ambiziosa e necessaria, di stimolare la deflazione del contenzioso, anche di merito, e comunque, al fondo, di migliorare lo *standard nomofilattico* e quindi la certezza del diritto (tributario).

In ogni caso va necessariamente precisato che, in virtù delle limitazioni derivanti dalla stessa normazione primaria (art. 1, commi 963-980, legge di Bilancio 2018), i magistrati del Massimario ed i giudici ausiliari non possono essere impiegati nella stessa misura che i magistrati addetti alla sezione in via ordinaria.

In questa indubbiamente “virtuosa” direzione, tali misure potrebbero forse essere ulteriormente potenziate da una nuova suddivisione dei gruppi di lavoro interni alla sezione.

Ferma rimanendo l’attribuzione ad un gruppo dell’imposta di registro (e connesse) e dei tributi locali, le grandi imposte erariali, invece che come attualmente (II.DD./IVA), potrebbero essere diversamente suddivise in due gruppi, dei quali l’uno per IRES/IVA e l’altro per IRPEF/IVA.

Tale diversa ripartizione pare infatti maggiormente funzionale alla trattazione specialistica delle imposte erariali, da un lato sull’impresa medio-grande (società di capitali), dall’altro sulla piccola impresa (società di persone) e sul lavoro autonomo, oltre che sui redditi non di impresa. E quindi a generare un “ritorno” in termini di ulteriore miglioramento dell’attività nomofilattica di pertinenza della sezione tributaria.

#### 4. *Le necessarie interazioni istituzionali.*

Anche la Cassazione si deve però arrendere ad un’evidenza: la scarsità delle risorse a disposizione degli apparati giudiziari implica necessariamente una politica di *partenariato istituzionale*. Il tempo delle *turres eburnae* è finito e non da ora.

Per la verità la Corte, con le ultime Presidenze, si è già consapevolmente avviata su questa nuova strada. Per quanto riguarda specificamente il contenzioso tributario di legittimità, basilare è senz’altro il Protocollo con l’Avvocatura generale dello Stato del 3 dicembre 2015.

Tuttavia, questo atto, sicuramente meritorio, è comunque troppo poco, apparendo invece necessaria una “concertazione” molto più ampia, che coinvolga, assieme e/o separatamente, tutte le Istituzioni coinvolte nella gestione di tale contenzioso: il Csm, il Cpgt, il Ministero della giustizia, il MEF, l’Agenzia delle entrate, l’Avvocatura dello Stato, il CNF.

Appare infatti necessario costruire una “rete settoriale” per la giustizia tributaria che scambi, dati, informazioni, idee organizzative; adotti protocolli per realizzare sinergie e prassi condivise. Va anzitutto colmato il *gap*, attualmente ancora assai pronunciato, tra la giustizia speciale di merito e quella ordinaria di legittimità; vanno fortemente potenziate le “linee di comunicazione” intragiurisdizionale; bisogna mirare ad un operatività concertata.

Insomma appare necessario creare un vero e proprio “sistema” che oggi sicuramente non esiste, con effetti negativi piuttosto evidenti e come tali noti.

Cosa si può fare subito in questa direzione ?

Sono prospettabili un paio di idee, ancorchè ad uno stato meramente embrionale, che sembrano le più immediate ed immediatamente efficaci:

a) costituire un Osservatorio (tavolo tecnico) permanente per il costante monitoraggio dell’andamento generale della giustizia tributaria ed in particolare di quella di legittimità, con la missione di elaborarne coerenti proposte organizzative alle Istituzioni rispettivamente competenti;

b) creare un sistema informatico che, previa classificazione dei ricorsi per cassazione, ne consenta la *gestione intelligente* a partire dallo spoglio “preliminare” in Sesta sezione e poi di quello sezionale della Quinta. In particolare, questo sistema nella giustizia civile ordinaria di merito, ha “nome e cognome”: *processo telematico*, quindi *consolles* (del magistrato, del cancelliere).

##### 5. Osservazioni conclusive.

L’attuale distanza da una concreta, soddisfacente, dunque “virtuosa”, attuazione nomofilattica della certezza del diritto tributario “oggettivo” e dei diritti soggettivi che ne derivano/dipendono può essere significativamente diminuita ed in prospettiva tendenzialmente colmata se:

- si adeguano le risorse umane della sezione specializzata, ma non solo in termini quantitativi;

- si adottano modalità di impiego più efficaci delle risorse medesime sia sul piano della distribuzione interna sia sulla base di rinnovati, potenziati ed ammodernati metodi di gestione del carico di affari in giacenza ed in entrata.

Di qui si può trarre una proposta concreta: lanciare la sperimentazione del *processo telematico di Cassazione* proprio a partire dalla materia tributaria.

Nel complesso e tirando le somme, risulta quindi evidente la necessità di una “piccola rivoluzione” del funzionamento interno della Corte, anche basata sulla cooperazione (partenariato) istituzionale con gli altri attori comprimari in questo settore giurisdizionale.

È tuttavia innegabile che, *in parte qua*, l'“obiettivo finale” (certezza del diritto/certezza dei diritti), nella sua dimensione effettiva e globale, implica una più “grande rivoluzione” del sistema italiano di giustizia tributaria ossia necessita di una riforma, vera e radicale, della giurisdizione di merito.

Ma questa è un' “altra storia”, che non è nel “perimetro narrativo” di questo contributo.

## **La “nuova” attività consultiva del Consiglio di Stato** **Gabriele Carlotti\***

*SOMMARIO: 1. La funzione consultiva e la qualità della normazione - 2. La recente evoluzione della funzione consultiva - 3. Le novità di ordine quantitativo - 4. Le innovazioni di carattere qualitativo - 4.1. Le innovazioni di metodo - 4.2. Le novità dei contenuti: l'attenzione alla fase attuativa - 4.3. La “fattibilità” quale nuova dimensione della legittimità delle norme - 5. Gli strumenti per contrastare i “fallimenti della regolamentazione” - 6. Conclusioni.*

### *1. La funzione consultiva e la qualità della normazione.*

Potrebbe sembrare eccentrico un intervento avente ad oggetto l'attività consultiva del Consiglio di Stato nell'ambito di un convegno dedicato al contenzioso pubblico e, specialmente, a quello tributario, quale osservatorio privilegiato per l'individuazione delle patologie dell'azione amministrativa e dei possibili rimedi, nella prospettiva del contenimento della spesa pubblica e dello sviluppo economico.

In effetti avrei potuto parlarvi del contenzioso amministrativo, la cui quotidianità offre una ricchissima cretostomia delle patologie che affliggono le nostre pubbliche amministrazioni. Avrei potuto, ad esempio, soffermarmi sull'analisi del (reale) impatto dei giudizi amministrativi sulle procedure di

---

(\*) Consigliere di Stato.

Le opinioni contenute nel presente contributo sono espresse a titolo personale e, quindi, non sono in alcun modo riconducibili all'Istituto al quale l'Autore ha l'onore di appartenere.

Il presente contributo riproduce, con l'aggiunta delle note e con minimali adattamenti, il breve intervento svolto in occasione del convegno.

Il testo dell'intervento è in gran parte debitore dell'opera di LUIGI CARBONE, *I pareri del Consiglio di Stato*, in E. D'ALTERIO, B.G. MATTARELLA (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione*, cap. 5, *Il Sole-24 ore*, 2017 (reperibile anche sul sito istituzionale della Giustizia amministrativa, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), con il titolo *I pareri del Consiglio di Stato sulla riforma Madia: verso un'evoluzione delle funzioni consultive?*), Presidente di Sezione del Consiglio di Stato, già Presidente della Sezione consultiva per gli atti normativi, con il quale chi scrive ha avuto la fortuna di collaborare negli anni 2016 e 2017. Si ometteranno, pertanto, nel prosieguo le citazioni degli specifici riferimenti al contenuto dell'opera richiamata, alla quale integralmente si rinvia per gli eventuali, ulteriori approfondimenti.

affidamento delle commesse pubbliche. Se avessi scelto questo tema, avrei potuto agevolmente dimostrare, sulla base di dati statistici affidabili e aggiornati di fonte ANAC e Consiglio di Stato (1), quanto sia errata la vulgata mediatica che indica nei processi amministrativi un fattore di rallentamento della realizzazione delle opere pubbliche.

Senonché, a ben vedere, la scelta dell'argomento è assolutamente pertinente rispetto a uno dei temi centrali del convegno odierno, ossia quello relativo alla "qualità della normazione", poiché proprio il miglioramento di tale qualità costituisce un snodo fondamentale di ogni serio progetto di riduzione del contenzioso.

## 2. La recente evoluzione delle funzione consultiva.

Ebbene il Consiglio di Stato si occupa, fin dalle sue lontane origini (2), della qualità della normazione, specialmente (ma non solo) di quella di rango secondario (3). E se ne occupa non solo "a valle", come tutte le altre Magistrature - cioè in occasione dell'applicazione delle regole, in sede di giudizio - ma anche "a monte", nella fase nomogenetica, attraverso l'esercizio della funzione consultiva.

A differenza, però, di quella giurisdizionale, che è costantemente sulla ribalta mediatica, l'attività consultiva dell'Istituto è molto meno conosciuta; così come poco nota è la parabola evolutiva che l'ha interessata, a decorrere dal 2016, proprio nel solco di una innovativa riflessione sul tema della qualità della normazione (4).

Per entrare nel vivo delle questioni, segnalo che i recenti profili di novità

---

(1) Si allude allo studio dal titolo *Analisi di impatto del contenzioso amministrativo in materia di appalti*, documento dell'Ufficio Comunicazione del Consiglio di Stato, redatto in collaborazione con l'Ufficio Studi. L'analisi è stata elaborata sulla base dei dati dell'ANAC (con riferimento al numero complessivo degli appalti banditi negli anni 2015 e 2016, suddivisi per regione, tipologia e importo), messi a confronto con i dati presenti nella banca dati della Giustizia amministrativa. Il documento è stato anche pubblicato sul *Giornale di diritto amministrativo*, 2/2018, pp. 249-255.

(2) Come è noto, il Consiglio di Stato fu istituito da Carlo Alberto di Savoia con l'editto del 18 agosto 1831.

(3) Il parere obbligatorio del Consiglio di Stato sui regolamenti dello Stato è previsto, in via generale, dall'art. 17 della l. 23 agosto 1988, n. 400 (*Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri*) ed è reso dalla Sezione consultiva per gli atti normativi, istituita dall'art. 17, comma 28, della l. 15 maggio 1997, n. 127. Inoltre il parere obbligatorio del Consiglio di Stato è spesso contemplato dalle leggi di delega e ha ad oggetto, in questi casi, gli schemi dei decreti legislativi la cui adozione è delegata al Governo (a mero titolo di esempio, si cita l'art. 44 della l. 18 giugno 2009, n. 69, recante «*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*»). In aggiunta, come si indicherà nel testo, il Consiglio di Stato può essere chiamato, a richiesta delle pubbliche amministrazioni (qualora esse formulino i c.d. "quesiti"), a rendere pareri anche su atti normativi in corso di predisposizione.

(4) Un lusinghiero bilancio di tale stagione consultiva è stato tratto da L. TORCHIA, *Funzione consultiva e cultura amministrativa: un bilancio di fine legislatura*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2/2018, pp. 129-130.

dell'attività consultiva del Consiglio di Stato riguardano sia gli aspetti quantitativi sia, specialmente, quelli di carattere qualitativo.

Il tema è stato ripetutamente al centro dei discorsi tenuti dal Presidente del Consiglio di Stato nelle ultime cerimonie di inaugurazione dell'anno giudiziario: fin dalla Relazione del 2016 (5), è stata sottolineata l'importanza strategica di un "rilancio" dell'attività consultiva, anche attraverso l'istituto dei "quesiti" quale strumento di *problem solving*, in funzione di contrasto preventivo dei fenomeni dell'inflazione normativa e della proliferazione del contenzioso.

Sull'argomento il Presidente del Consiglio di Stato si è intrattenuto anche nelle successive Relazioni del 2017 (6) e del 2018 (7), nelle quali, in linea di continuità con quella del 2016, si è delineato il ruolo dell'Alto Consesso amministrativo, una volta ricollocato nel circuito della formazione delle regole, quale *advisory board* delle Istituzioni repubblicane, nel contesto di un ordinamento giuridico multilivello e fortemente caratterizzato dal pluralismo, anche delle fonti.

### 3. *Le novità di ordine quantitativo.*

Sul versante quantitativo va registrato lo straordinario impegno profuso dal Consiglio di Stato nel rendere i pareri, in tempi assai brevi, su molti degli schemi dei decreti attuativi della legge n. 124 del 2015 (c.d. "Riforma Madia"). Nello stesso periodo il Consiglio di Stato ha reso anche i pareri sul nuovo Codice dei contratti pubblici e sul "Correttivo", oltre a numerosi pareri facoltativi, in risposta a quesiti formulati dalle amministrazioni interessate alla soluzione di problematiche giuridiche di rilievo generale e anche di ordine normativo. Del ricorso allo strumento dei quesiti ha fatto un ottimo esempio di *best practice* l'ANAC, che ormai in maniera sistematica, richiede il parere del Consiglio di Stato sulle Linee Guida di volta in volta emanate.

L'attività consultiva dell'Istituto ha in definitiva accompagnato, contribuendo a migliorarne la qualità normativa e l'implementazione, il percorso delle principali riforme amministrative avviate nella precedente Legislatura.

### 4. *Le innovazioni di carattere qualitativo.*

Ben più rilevanti, tuttavia, sono state le innovazioni di carattere qualitativo dell'attività consultiva, innovazioni che hanno riguardato sia il metodo seguito per rendere i pareri sia l'articolata riflessione sul macrotema dell'ana-

---

(5) V. l'intero §. 8 del discorso di "Insedimento del Presidente del Consiglio di Stato. Inaugurazione dell'anno giudiziario 2016", in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) (sezione "Inaugurazioni anni giudiziari").

(6) V. l'intero §. 3 del discorso di "Inaugurazione dell'anno giudiziario 2017", in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) (sezione "Inaugurazioni anni giudiziari").

(7) V. l'intero §. 4 del discorso di "Inaugurazione dell'anno giudiziario 2018", in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) (sezione "Inaugurazioni anni giudiziari").



lisi d'impatto della regolamentazione, con specifico riferimento alla verifica *ex post* della concreta attuazione delle norme e al controllo *ex ante* (ma in prospettiva applicativa) sulla c.d. "fattibilità" degli interventi normativi.

#### 4.1. *Le innovazioni di metodo.*

Per quanto riguarda il primo profilo, diverse sono le innovazioni metodologiche intervenute.

Innanzitutto, vi è stato un ricorso massiccio all'istituto delle commissioni speciali, con il coinvolgimento, nell'espressione dei pareri, anche dei magistrati assegnati alle sezioni giurisdizionali. In questo modo si è potuto attingere, ai fini della valutazione *ex ante* dei testi normativi, a quel formidabile "osservatorio sul contenzioso amministrativo" - per usare il titolo del convegno - che costituisce il patrimonio di conoscenze dei consiglieri di Stato impegnati nell'attività giurisdizionale, onde poter individuare con il loro aiuto (e, se del caso, emendare) i profili regolamentari a maggior rischio di innesco di litigiosità.

Si è fatto anche un uso notevole, in sede istruttoria, delle audizioni: sono stati infatti spesso convocati i responsabili degli uffici di *staff* di vari dicasteri o i responsabili delle strutture amministrative di vertice delle amministrazioni pubbliche per consentire loro di illustrare, in via diretta e informale, le finalità complessive degli interventi e le loro criticità, oltre alle difficoltà incontrate nella redazione dei testi normativi sottoposti al vaglio consultivo dell'Istituto.

Una grande innovazione rispetto al passato è stata quella di "aprire" la funzione consultiva al contributo degli *stakeholders*, cioè a quelle figure rappresentative delle categorie dei destinatari delle regole da emanare; è stata così ammessa l'acquisizione e la valutazione di eventuali contributi scritti di soggetti, diversi dalle amministrazioni pubbliche, ma comunque interessati ai testi normativi di volta in volta esaminati.

Attraverso tale forma di partecipazione in funzione collaborativa è stato possibile arricchire, in poco tempo e a basso costo, il patrimonio di dati e di informazioni sui contesti giuridici e fattuali incisi dalle regolamentazioni.

Infine, profili di novità metodologica sono stati introdotti anche con riferimento alla comunicazione istituzionale: tutti i pareri, non appena depositati, sono stati anche pubblicati sul sito internet della Giustizia Amministrativa, con l'accompagnamento di brevi sintesi esplicative, in un linguaggio semplice e accessibile a tutti, al fine di esporre le questioni giuridiche affrontate e le soluzioni prospettate dal Consiglio di Stato.

#### 4.2. *Le novità dei contenuti: l'attenzione alla fase attuativa.*

Ma, come già accennato, le innovazioni qualitative hanno, soprattutto, riguardato i contenuti dei pareri.

In primo luogo, il Consiglio di Stato ha sempre raccomandato le amministrazioni di prestare attenzione a ciò che accade dopo il varo di un provve-

dimento normativo, nella fase - delicata e cruciale per il successo di ogni riforma - dell'attuazione delle regole. L'idea forte alla base di questo reiterato monito è che il compito dei regolatori non termina con l'entrata in vigore di un testo normativo, e che, al contrario, tale momento segna solo "l'inizio" delle riforme.

Sicché le amministrazioni non possono disinteressarsi di quel che accade dopo la pubblicazione dei testi normativi nella Gazzetta Ufficiale. È invece sempre necessario verificare se le regole abbiano realmente comportato mutamenti dell'azione sociale e, in caso affermativo, di che tipo; è, in ogni caso, indispensabile che gli effetti prodotti dalle norme siano accuratamente monitorati e "misurati" con strumenti statistici, anche al fine di operare, se del caso, un successivo *fine tuning*.

#### 4.3. La "fattibilità" quale nuova dimensione della legittimità delle norme.

Il Consiglio di Stato ha poi esplorato e approfondito una nuova dimensione del controllo preventivo di legittimità delle norme, contribuendo all'elaborazione del concetto propriamente giuridico, di "fattibilità" degli interventi normativi, che costituisce il punto più innovativo e più alto di tutta la recente esperienza consultiva.

Muovendo dalla considerazione che l'attuazione delle regole immesse nel circuito giuridico può condurre al miglior risultato in termini di efficienza e di efficacia dell'intervento normativo soltanto se quest'ultimo nasca già provvisto di tutte le condizioni di "fattibilità", il Consiglio di Stato, in plurimi pareri, ha affermato che la garanzia della qualità della normazione poggia anche sulla verifica preventiva dell'idoneità delle norme a perseguire in concreto gli interessi pubblici prefissati dalla legge. Siffatta verifica, che deve essere condotta sulla base di un'analisi rigorosa (e non giuridica) del determinato contesto sociale ed economico inciso dalle nuove regole, può anche condurre alla conclusione che le medesime regole siano prevedibilmente votate all'irrelevanza applicativa o, peggio, alla complicazione del quadro di riferimento.

Sono molti, invero, i casi di provvedimenti normativi, anche ben congegnati, destinati tuttavia all'insuccesso, perché privi di concreta fattibilità, ossia, in altri termini, inapplicabili.

Si pensi alla prescrizione di *standard* prestazionali delle amministrazioni eccessivi rispetto alle reali capacità operative degli apparati pubblici (tipico è il caso della introduzione di termini brevissimi, per determinati adempimenti, che nella prassi vengano poi sistematicamente inosservati); oppure alla creazione di nuove funzioni senza prevedere risorse, umane e strumentali adeguate per il loro esercizio; o, ancora, al caso di riforme tradite da prassi applicative distorte ed elusive, a causa dell'omessa percezione e della mancata modifica dei fattori "culturali" avversi.

Nell'interpretazione offerta dal Consiglio di Stato, la nuova dimensione

giuridica della “fattibilità” è assurda - ed è questa, in estrema sintesi, la vera novità - a condizione sostanziale di legittimità della regolamentazione (così nella Relazione del 2017 (8)), quale declinazione del principio cardine di buon andamento sancito dall’art. 97 della Costituzione.

Il percorso teorico, culminato con l’erezione della fattibilità a parametro di valutazione di legittimità del singolo provvedimento normativo, ha preso l’abbrivo dalla considerazione che anche la funzione normativa deve tradursi in atti che siano suscettibili di applicazione efficiente ed efficace. Là dove, invece, sussistano consistenti indici sintomatici, percepibili *ex ante*, che tale favorevole esito applicativo non possa prodursi, allora le disposizioni esaminate dovranno ritenersi viziate per violazione del canone fondamentale di buon andamento. In altri termini, il “test di fattibilità” è in grado di far emergere i casi di sviamento dalla funzione normativa per irragionevolezza.

Molti “fallimenti delle regolazioni” si spiegano sulla base del vizio di “non fattibilità”: si pensi alle carenze informative della progettazione normativa, all’inadeguata organizzazione amministrativa o alla mancanza di risorse umane ed economico-finanziarie (9): ipotesi emblematiche di testi giuridicamente perfetti, ma inutili perché concretamente inapplicabili.

##### 5. *Gli strumenti per contrastare i “fallimenti della regolamentazione”.*

Per fronteggiare il rischio di *regulatory failure*, il Consiglio di Stato ha anche suggerito alle amministrazioni di seguire alcuni accorgimenti tecnici.

Si tratta di metodiche di applicazione preventiva e successiva rispetto all’innesto nell’ordinamento giuridico delle nuove norme. Più in dettaglio, nella scia degli studi e delle migliori pratiche, nazionali e internazionali, il Consiglio di Stato ha delineato un vero e proprio *kit* di strumenti utili (10) per confezionare norme di buona idoneità applicativa; strumenti di carattere multidisciplinare che dovrebbero essere utilizzati sinergicamente nell’ambito di un vero e proprio “ciclo della regolazione”.

Accenno soltanto a quattro di tali strumenti:

- a) l’analisi preventiva e successiva della regolamentazione;
  - b) la consultazione;
  - c) il monitoraggio normativo;
  - d) l’informazione, nei sensi di comunicazione istituzionale e formazione.
- a) La misurazione *ex ante* degli effetti attesi dall’intervento normativo è

---

(8) V. il §. 3.4.

(9) Appartiene alla mitologia politico-giuridica lo slogan delle “riforme a costo zero”, posto che ogni nuovo diritto e ogni nuova funzione amministrativa, se effettivi, comportano inevitabili costi per la finanza pubblica.

(10) Gli strumenti ai quali si accenna nel testo sono indicati anche nella Relazione 2017 del Presidente del Consiglio di Stato (*ibidem*).

affidata a una tecnica, ben conosciuta, ma non sempre ben applicata. Si allude all'AIR (Analisi di Impatto della Regolamentazione), che si articola in un ampio spettro di metodiche per la qualità della normazione, quali il test di proporzionalità, la *compliance analysis*, il confronto costi-benefici e così via.

Sebbene introdotta anche a livello legislativo già da alcuni anni (11), nondimeno l'AIR non ha ancora sortito gli effetti rilevanti che potenzialmente potrebbe produrre perché essa viene ancora concepita come un adempimento burocratico e cartolare, essenzialmente affidato agli uffici legislativi degli *staff* ministeriali. Anche in questo caso, le criticità dell'AIR e le ragioni della sua attuale inefficacia non attengono al disegno giuridico, ma a resistenze di ordine culturale, a specifiche carenze formative dei regolatori (gli Uffici legislativi dovrebbero occuparsi della sola ATN, ossia dell'analista tecnico-normativa, e non dell'AIR!), a *deficit* informativi dovuti soprattutto alla mancanza delle competenze occorrenti sia per procurare i dati sia per analizzarli dopo averli raccolti.

In plurime occasioni, il Consiglio di Stato ha dato atto, nei suoi pareri, di essersi imbattuto in schemi di provvedimento non sorretti da una preventiva e solida indagine comparativa circa le possibili differenti soluzioni regolatorie, ivi inclusa l'“opzione zero”, oppure privi dell'esatta indicazione degli obiettivi perseguiti dagli interventi normativi e della valutazione dei vantaggi attesi o, ancora, totalmente sprovvisti di una misurazione degli oneri amministrativi e di indicatori per misurare gli effetti di una normativa.

b) Fondamentale è il secondo strumento: le consultazioni.

Se trasparenti, aperte e partecipate, le consultazioni permettono di coinvolgere nella progettazione delle norme i destinatari delle stesse e in tal maniera ne rafforzano la *compliance*, cioè l'attitudine all'osservanza delle regole per adesione spontanea. Le consultazioni inoltre consentono, attraverso la partecipazione collaborativa dei soggetti interessati, di acquisire molte informazioni sul fenomeno da regolare. Ovviamente, se si sa che cosa chiedere e a chi.

Purtroppo, invece, la consultazione è sovente percepita dalle amministrazioni come un'inutile perdita di tempo. Non sono stati infrequenti casi in cui si è considerata alla stregua di una consultazione la mera interlocuzione documentale tra gli stessi Uffici legislativi dei Ministeri concertanti. Si sono anche registrati casi di consultazioni rivolte solo a una parte dei potenziali destinatari di una normativa o di consultazioni non seguite dalla valutazione delle segnalazioni dei soggetti partecipanti e delle proposte emendative da questi formulate.

c) Ho già accennato all'importanza del monitoraggio degli interventi normativi. Occorre comprendere quali siano stati gli effetti prodotti dal testo normativo una volta entrato in vigore e verificare se essi corrispondano a quelli avuti di mira. Bisogna poi indagare, in caso di mancato raggiungimento degli

---

(11) V. l'art. 14 della l. 28 novembre 2005, n. 246 (*Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005*).

obiettivi prefissati, sulle cause del fallimento e, ove possibile, porre rimedio agli eventuali malfunzionamenti delle regole, attraverso la messa in atto di interventi correttivi e integrativi. A questo fine è molto utile lo strumento della VIR (Verifica di Impatto della Regolamentazione), ad oggi però molto poco utilizzato.

La valorizzazione degli strumenti dell'AIR e della VIR postula però un indispensabile intervento sul modello culturale delle amministrazioni, giacché la consapevolezza dell'importanza di tali metodologie, ai fini del miglioramento della qualità normativa, stenta a entrare nella *weltanschauung* dei regolatori. Questo *gap* culturale è, in gran parte, la conseguenza di una carenza formativa: le burocrazie non credono nella AIR e nella VIR anche perché sono prive di personale provvisto di adeguate conoscenze. Per mutare tale situazione occorrerebbe allora investire seriamente in un vasto programma di formazione pratica e permanente che consenta agli apparati burocratici di acquisire maggiore dimestichezza con le tecniche di analisi, con i principi della *better regulation* e della semplificazione.

d) Sotto questo profilo si rivela focale l'ultimo strumento del *kit*: l'informazione e la comunicazione istituzionale, che dovrebbero essere, in primo luogo, finalizzate a diffondere la conoscenza degli strumenti di qualità della regolamentazione tra i cittadini allo scopo di stimolarne la partecipazione ai procedimenti normativi.

Così come essenziale è la comunicazione istituzionale allorché sia necessario portare a conoscenza della società civile i contenuti giuridici introdotti da nuove discipline: tanto sul presupposto che una consapevole conoscenza, da parte dei cittadini, dei diritti loro riconosciuti è un ingrediente immancabile per il successo di ogni riforma. Solo l'ampia partecipazione degli *stakeholders* permette inoltre di esercitare un controllo diffuso sulle amministrazioni onde contrastarne le cattive prassi applicative e per scongiurare che esse cedano alle lusinghe delle varie *lobbies* che mirano a "catturarle".

## 6. Conclusioni.

Mi avvio a concludere.

Ho provato a tracciare un quadro delle nuove modalità con cui il Consiglio di Stato esercita la sua funzione consultiva sugli atti normativi. A proposito dei contenuti può affermarsi, in sintesi, che del vaglio consultivo è mutato l'oggetto principale, posto che ormai il Consiglio di Stato pone la maggiore attenzione sulla verifica preventiva e successiva del funzionamento concreto dei testi normativi più che sui soli aspetti giuridico-formali (12).

L'auspicio è che un' incisiva funzione consultiva, attenta alla nuova di-

---

(12) Il Consiglio di Stato è comunque molto attento ai profili del *drafting* normativo, dal momento che le buone regole richiedono un'elevata qualità redazionale.

menzione della “fattibilità” delle norme, consenta di selezionare le disposizioni qualitativamente migliori, concorrendo in tal modo a deflazionare il contenzioso, a semplificare i procedimenti, a ridurre i costi e gli oneri amministrativi.

Molto resta ancora da fare, ma molto è stato fatto.

Le considerazioni sopra succintamente svolte sono state compendiate dal Consiglio di Stato, nel parere n. 1458/2017 del 7 giugno 2017 (13), reso sullo schema di provvedimento poi divenuto il d.P.C.M. 15 settembre 2017, n. 169 (*Regolamento recante disciplina sull'analisi di impatto della regolamentazione, la verifica di impatto della regolamentazione e la consultazione*). Tale regolamento è già stato attuato nella parte in cui l'art. 3, comma 1, prevedeva che, con direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri, fossero indicate le tecniche di analisi e di valutazione, nonché determinati i modelli di relazione da utilizzare per l'AIR e per la VIR, anche con riguardo alle fasi di consultazione e di monitoraggio. Tale direttiva (del 16 febbraio 2018) è stata approvata dal Consiglio dei Ministri ed è stata pubblicata nella G.U.R.I. del 10 aprile 2018, n. 83.

La recente e rapida approvazione del regolamento e della direttiva sono un buon viatico. Il Consiglio di Stato ha chiarito che si tratta di un punto di partenza e non di arrivo. Ora non resta che “inverare” il regolamento nella concreta attività normativa delle istituzioni, innescando un cambiamento culturale e adottando le soluzioni organizzative adeguate.

Siamo fiduciosi.

## **Contenzioso e tecniche legislative** *Federico Silvio Toniato\**

### *Introduzione.*

"Prima conoscere, poi discutere, poi deliberare". Sono passati più o meno 60 anni dalla pubblicazione della più famosa delle *Prediche inutili* di Luigi Einaudi, in cui il grande economista piemontese, nonché secondo presidente della Repubblica italiana, poneva il quesito ancora oggi fondamentale per ogni buon legislatore: "Come si può deliberare senza conoscere?"

Einaudi si dava, e ci dava, una risposta chiarissima: non si può! "Alla deliberazione immatura nulla segue", scriveva infatti. "Le leggi frettolose parloriscono nuove leggi intese ad emendare, a perfezionare; ma le nuove,

---

(13) Menzionato dal Presidente del Consiglio di Stato nella Relazione del 2018 (v. il §. 4.3) e reperibile sul sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(\*) Consigliere Parlamentare. Vice Segretario Generale del Senato della Repubblica.

essendo dettate dall'urgenza di rimediare a difetti proprii di quelle male studiate, sono inapplicabili, se non a costo di sotterfugi, e fa d'uopo perfezionarle ancora, sicché ben presto il tutto diventa un groviglio inestricabile, da cui nessuno cava più i piedi [...]"

Sembra la descrizione di quel contenzioso pubblico che siamo qui oggi a discutere e che rappresenta una delle emergenze della politica e della pubblica amministrazione italiana.

Conoscere per deliberare, dunque.

In questo mezzo secolo, per il legislatore nazionale il precetto einaudiano è diventato, se possibile, ancora più cogente. Ma *come* conoscere? La valutazione delle politiche pubbliche rappresenta oggi una risposta possibile, una sfida importante. Il Senato della Repubblica ha istituito l'UVI, Ufficio valutazione impatto, con la finalità di fornire alle Commissioni e all'Assemblea lo strumentario necessario per la valutazione delle *policy* e con l'obiettivo di diffondere, sviluppare e potenziare la "cultura della valutazione" dentro il perimetro istituzionale.

Valutare non significa dare giudizi di meritevolezza, ma verificare la validità di una politica pubblica rispetto alle finalità che la stessa si è prefissa di perseguire.

La valutazione è infatti lo strumento che, senza sostituirsi alla decisione politica all'interno del circuito democratico, consente al legislatore di adottare decisioni informate e consapevoli. Il suo obiettivo non è influenzare il decisore politico, quanto piuttosto renderlo edotto delle conseguenze delle proprie scelte, promuovendo la conoscenza e la trasparenza di informazioni fondamentali per il processo decisionale.

La valutazione può essere *ex ante*, *ex post*, *in itinere*, e comprendere altri tipi ancora di analisi. In ogni caso non si limita alla sola misurazione di cosa è stato realizzato, il che è compito del monitoraggio, ma verifica - basandosi sulla raccolta e sull'interpretazione di informazioni - se e quanto i cambiamenti prodotti da una *policy* - siano essi positivi o negativi, voluti o inattesi - possono essere attribuibili, esclusivamente o in quale misura, alla sua azione, o per contro, se queste modifiche si sarebbero comunque realizzate anche in assenza dell'intervento (cosiddetto giudizio controfattuale).

Questo nuovo *imprinting* culturale e operativo ha già cominciato a permeare, al Senato, anche l'attività parlamentare della XVII legislatura. Ne è un esempio l'esperienza della Commissione monocamerale di inchiesta sugli infortuni sul lavoro, che ha valutato l'efficacia degli interventi contenuti nel decreto legislativo n. 81 del 2008 sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro. Con riguardo all'articolo 11 (Attività promozionali), agli articoli 36 (Informazione dei lavoratori) e 37 (Formazione dei lavoratori e loro rappresentanti), ci si è proposti di verificare se, grazie alla realizzazione delle attività attuate dai progetti finanziati, si è prodotto un aumento dei livelli di sicurezza nelle imprese che hanno beneficiato dell'intervento.

È un terreno nuovo per un'inchiesta parlamentare, molto diverso dagli ambiti tradizionali, ma sicuramente segue l'insegnamento einaudiano di fornire una conoscenza che possa effettivamente sorreggere il legislatore nel compiere scelte consapevoli e responsabili.

*Valutazione delle politiche pubbliche, qualità della legislazione e contenzioso.*

La valutazione è strettamente connessa al processo di miglioramento della qualità della legislazione: per rendere più efficace la produzione legislativa occorre curare non solo la qualità delle norme da un punto di vista giuridico e linguistico, ma anche e soprattutto il monitoraggio e la verifica dei risultati ottenuti rispetto agli obiettivi attesi.

Sempre maggiore attenzione riveste, pertanto, il problema della qualità della legislazione e della regolazione in generale, che deve essere affrontato secondo diverse coordinate:

- buona qualità del linguaggio con il quale la norma si presenta nella sua veste esteriore, assicurando coerenza, chiarezza e conoscibilità delle "regole" (qualità in senso formale) (1);

- necessità e adeguatezza del disposto normativo, ossia il cuore e l'essenza del precetto, quale presupposto per la sua più efficace attuazione (qualità in senso sostanziale);

- stretto legame tra qualità della legge e il principio della certezza del diritto - riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale (sentenza n. 171 del 1987) - che entra in sofferenza quando la voce della legge appare oscura, ambigua ed equivoca;

- partecipazione e trasparenza nelle procedure che conducono all'elaborazione e all'adozione delle norme (qualità in senso procedurale e cultura della progettazione normativa).

In tal senso, quindi, la cattiva qualità degli atti normativi - aggravata dall'instabilità, frammentarietà e precarietà dell'assetto della regolazione, ossia da un cattivo ed irrazionale uso della discrezionalità legislativa (sentenza della Corte costituzionale n. 70/2013) - alimenta l'incertezza del diritto, misurabile in termini di:

- maggiore insicurezza nei rapporti tra i cittadini e maggiore sfiducia di imprese ed investitori;

---

(1) Peraltro, la chiarezza delle leggi non riguarda solo l'enunciazione linguistica dei suoi contenuti, ma anche il procedimento:

"la tecnica normativa - a seguito della quale, dopo che è stata sollevata questione di legittimità costituzionale, è stata solo apparentemente abrogata la disposizione contenente la norma in giudizio (la quale, infatti, ricompariva in un'altra disposizione del medesimo atto legislativo) e sono stati fatti salvi gli effetti pregressi prima ancora che scadesse il termine per la conversione del decreto-legge originario che la conteneva - reca pregiudizio alla chiarezza delle leggi e alla intelligibilità dell'ordinamento" (Corte costituzionale n. 58/2018 sul caso ILVA).



- incremento della litigiosità, delle controversie interpretative e del contenzioso giurisdizionale, nei diversi ambiti e settori, con conseguente proliferazione di istanze, esposti, ricorsi e cause.

Il peso del contenzioso rappresenta indubbiamente un ostacolo al corretto ed efficiente funzionamento di diversi segmenti della pubblica amministrazione. Basta considerare i ritardi che derivano dalla definizione dei procedimenti che vengono avviati e i relativi oneri che si producono, traducibili in ritardi e pagamenti di indennizzi e risarcimenti. Ne deriva che la finalità di ridimensionare quanto meno il groviglio di controversie che impaccia il naturale e salutare sviluppo della vita economica e sociale del Paese può davvero costituire una sorta di bisogno trasversale che accomuna le politiche e gli interventi legislativi in differenti settori (sanità pubblica, appalti, liti tributarie).

Si tratta, peraltro, di un'indicazione di scopo che realizza pienamente l'aspirazione di una moderna politica della legislazione che necessariamente deve oggi confrontarsi con fenomeni globali che vedono l'interazione (e la conflittualità) di diversi attori (pubblici e privati, sovranazionali e locali) in uno spazio geografico accorciato dalla velocità delle comunicazioni e degli scambi e in un orizzonte temporale sempre più ridotto poiché i tempi di risposta del legislatore a bisogni complessi esigono maggiore rapidità.

In questo scenario, la tradizionale funzione di controllo attribuita al Parlamento si arricchisce e si rinnova proprio attraverso lo strumento - che si configura in modo autonomo e distinto rispetto alle variegate attività di sindacato ispettivo e di indirizzo parlamentare - dell'analisi e valutazione delle politiche pubbliche secondo un doppio registro: "valutare per decidere", acquisendo ed elaborando una solida base scientifica, costruita con indagini statistiche, dati e misuratori, che consenta di offrire al decisore politico una bussola per orientare le proprie scelte; "decidere di valutare", come indirizzo programmatico da perseguire e affinare nell'ottica di verificare il destino di una legge e di una politica, dopo la sua formale approvazione, non riducendo l'interesse alla sua sola corretta e tempestiva attuazione/applicazione, ma allargando lo sguardo alla sua reale efficacia.

La valutazione di un determinato intervento legislativo, nel caso di specie, può essere orientata a comprendere:

- in primo luogo, come l'obiettivo che si prefigge il legislatore in termini di abbattimento del contenzioso si sia tradotto in concreto nella disposizione normativa, ossia come è stata confezionata e costruita la norma avente questo scopo;
- in secondo luogo, e in una fase successiva più propriamente valutativa, come la norma ha risposto alle attese, se ha davvero contribuito a ridurre il carico dei ricorsi e delle cause, in base a precisi indicatori.

Il rapporto tra la produzione legislativa e il contenzioso va osservato anche all'interno di una cornice meno virtuosa e più problematica: accade che l'intervento legislativo agisca con la nobile intenzione di superare le disfun-

zioni della giustizia e le difficoltà, legate alla risoluzione del contenzioso civile, penale e amministrativo attraverso il processo.

Il veicolo-legge (soprattutto quando si presenta come decreto-legge), viaggiando a una velocità più sostenuta del veicolo-processo/sentenza, è impiegato secondo questa finalità preventiva e anti-contenzioso, ma può produrre effetti collaterali dannosi e, comunque, indesiderati: si pensi al circolo vizioso interpretativo spesso generato proprio dalle norme di interpretazione autentica o alla pretesa salvifica di norme eccessivamente analitiche, iper-speciali o specialistiche, le quali, anziché regolare ogni ipotesi, circostanza o fattispecie, lasciano spazi vuoti dove si annida l'elusione o la violazione delle stesse norme di legge.

Si tenga presente, sempre in una dimensione critica, il rapporto che può innestarsi tra il formante legislativo e il formante giurisprudenziale, ossia il corto circuito tra il diritto radicato esclusivamente nella sua apparente letteralità dalla fonte legislativa e il diritto integrato e interpretato dal giudice, dall'operatore del diritto, dalla comunità dei consociati.

In tale contesto è quasi automatico che la frattura creatasi tra la fonte e l'interpretazione e la distanza, fino all'antinomia, che allontana tra di loro decisione, giudizio, interpretazione e applicazione delle leggi finiscono per incentivare, piuttosto che attenuare, le diverse tipologie di contenzioso. Il cortocircuito legge e interpretazione deriva dal paralogismo irrealistico di considerare la norma sinonimo di proposizione ed in quanto tale *prius* rispetto all'attività ermeneutica, che invece rappresenta il presupposto di esistenza dello stesso precetto.

In parallelo, come evidenziato nell'ultima *Relazione annuale sulla giustizia amministrativa*, è in atto ormai da tempo un processo di dequotazione delle fonti del diritto nel quale la legge tende a farsi provvedimento amministrativo, perdendo i suoi connotati di generalità e astrattezza. In un sistema "a legislazione confusa" così si modificano anche i rapporti tra giudice amministrativo e amministrazione: l'amministrazione ha paura di decidere; tende a difendersi più che a fare; quando non si "amministra per legge", al giudice si impone talvolta, suo malgrado, di "amministrare per sentenza".

L'obiettivo legislativo di riduzione del contenzioso può pertanto essere un filo conduttore che si irradia nelle diverse politiche pubbliche di settore, come testimoniato da alcune situazioni emblematiche.

Si avverte, in tutta la sua problematicità, lo scivolamento da forme di crescente destrutturazione legislativa - decodificazione, deregolamentazione, deresponsabilizzazione amministrativa - a tendenze di ipertecnicismo normativo, dove la stessa definizione cosiddetta tecnica ovvero pseudoscientifica viene catapultata nel tessuto regolatorio con tutt'altra finalità rispetto alla descrizione fattuale, ossia quella di ricostruire una disciplina cogente, così ipostatizzando i concetti fino al punto di trasformarli in fendente ideologico. Senza pretesa di esaustività possono richiamarsi alcuni esempi.

### Sanità.

Gli operatori sanitari hanno per diversi anni invocato un intervento del Parlamento per l'approvazione di una legge in grado di deflazionare il contenzioso giudiziario, ridurre la spesa sanitaria in campo assicurativo, restituire al cittadino la fiducia nella classe medica e nelle professioni sanitarie, europeizzare la gestione italiana del contenzioso in ambito sanitario e limitare il ricorso allo strumento penale.

Secondo l'Associazione nazionale imprese assicuratrici (ANIA), ogni anno si registrano 34mila denunce per danni dovuti a cure mediche, soprattutto nei confronti di ginecologi e ortopedici. Una cifra triplicata negli ultimi 15 anni. Ogni risarcimento si aggira tra i 25mila e i 40mila euro, per un valore complessivo di circa 2 miliardi, senza trascurare poi i costi assicurativi sostenuti dai medici con alcune specializzazioni (*in primis* anestesisti e ginecologi) e la fuga delle compagnie dal settore sanitario. Inoltre, il costante ricorso alla cosiddetta "medicina difensiva", ossia la prassi di prescrivere una serie di accertamenti e terapie al solo scopo di tutelarsi dal rischio di azioni legali, determina un costo stimato di circa 10 miliardi di euro all'anno.

Una prima risposta legislativa a questa esigenza fu contenuta nell'articolo 3 del decreto-legge n. 158 del 2012, il cosiddetto Decreto Balduzzi (convertito, con modificazioni, dalla legge n. 189 del 2012) che prevedeva che l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo.

Dopo molto tempo, nella scorsa legislatura, si è quindi approvato un intervento organico in materia, con la legge sulla responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie (n. 24 del 2017).

### Contenzioso giudiziario.

Un altro esempio in tema è dato dal decreto-legge n. 168 del 2016, recante misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di Cassazione, per l'efficienza degli uffici giudiziari, nonché per la giustizia amministrativa, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 197 del 2016.

### Appalti e contratti pubblici.

Un altro ambito nel quale il contenzioso ha un peso significativo è rappresentato dagli appalti pubblici. Gli ultimi interventi in tale settore - con il nuovo codice degli appalti (decreto legislativo n. 50 del 2016, e il successivo decreto legislativo correttivo n. 57 del 2017) - hanno agito anche su questo fronte. Qui l'incidenza dei ricorsi e dei procedimenti aperti non sempre viene

spiegata attraverso i dati disponibili. In questo particolare settore si registra una sorta di "contenzioso percepito" se è vero - come attestato dall'ultima relazione annuale sulla giustizia amministrativa e da un'indagine statistica basata su dati ANAC, elaborati su richiesta del Consiglio di Stato (dicembre 2017) - che la percentuale di impugnazione (giudizio cautelare) delle procedure d'appalto è pari a circa il 2,7% e che i provvedimenti del giudice amministrativo che sospendono provvisoriamente le procedure di gara sono in media pari allo 0,75%. Le procedure di maggiore impatto, inoltre, sono anche quelle relativamente più contestate. In ogni caso, l'impatto del contenzioso è rilevante. Secondo l'ANAS, principale stazione appaltante, nel periodo 2012-2014, su 1107 gare di lavori, sono stati attivati 258 contenziosi (pari al 23%); l'onere economico ammonta a 5,4 miliardi di euro di *petitum* su 978 contenziosi pendenti al 31 dicembre 2015; nel periodo 2010-2015 sono state avanzate pretese per 4,1 miliardi di euro.

In virtù della nuova normativa gli strumenti adottati per il decongestionamento del contenzioso hanno riguardato una più rapida definizione delle controversie (con l'introduzione di un nuovo rito camerale tramite il ricorso immediato) e la valorizzazione di misure alternative, assegnando, tra l'altro, all'ANAC un ruolo attivo.

### *Mercato del lavoro.*

L'esigenza di una semplificazione e razionalizzazione normativa nel mercato del lavoro può essere inquadrata valutando gli interventi legislativi che si sono succeduti in un dato arco temporale e che, pur approvati da maggioranze parlamentari di opposti schieramenti e pur oggetto di frequenti schermaglie polemiche tra avversari politici, hanno dato luogo a effetti di una certa coerenza e stabilità proprio nell'abbattimento del contenzioso. È il caso esemplare della legislazione intervenuta negli ultimi anni, dalla cosiddetta legge Fornero (legge n. 92 del 2012) al cosiddetto *jobs act*, con particolare riferimento al decreto legislativo n. 81 del 2015. Grazie a una disciplina, ritenuta da autorevoli esperti, chiara e univoca, secondo i dati elaborati dal Ministero della giustizia si sono ridotte sensibilmente, presso i tribunali ordinari italiani, le controversie relative ai rapporti a tempo determinato (passate da 8019 nel 2012 ad appena 490 nel primo semestre 2017).

### *Conclusioni.*

"Si è fatto il conto delle leggi rimaste lettera vana, perché al primo tentare di attuarle sorgono difficoltà che si dovevano prevedere, che erano state previste, ma le critiche erano state tenute in non cale [...]?" si chiedeva Einaudi.

L'attività di analisi e valutazione delle politiche pubbliche intrapresa dal Senato con l'istituzione dell'Ufficio Valutazione Impatto rappresenta un'importante novità nel quadro istituzionale italiano ed europeo. L'UVI supporta

il processo legislativo fornendo evidenza analitica e scientifica sull'efficacia delle politiche esistenti. Attraverso la definizione del nesso tra qualità della legislazione, risultati delle politiche, individuazione preventiva di eventuali effetti indesiderati, l'attività di analisi e valutazione delle politiche pubbliche può contribuire a ridurre il contenzioso che scaturisce dalla cattiva qualità delle norme.

In realtà, la valutazione delle politiche pubbliche apre un varco inedito per lo stesso parlamentarismo contemporaneo. L'alternativa, intesa come dicotomia, tra democrazia rappresentativa e democrazia diretta nasconde una fragilità concettuale, da un lato, e, dall'altro, una paura, mista a terrore, che non può certamente trovare soluzione attraverso apodittiche e contrapposte prese di posizione di segno ideologico. Il rischio di considerare la forza attrattiva dell'opinione pubblica come l'espedito più attraente per impostare politiche finalizzate prevalentemente al mantenimento o al rafforzamento del consenso rappresenta un ostacolo alla razionale programmazione di una legislazione, che abbia un carattere meno capriccioso e intermittente rispetto alla continua rincorsa degli umori, spesso non duraturi, e più stabile sia in termini di sistema sia in ragione dei risultati perseguiti e realizzati a beneficio degli stessi cittadini. La valutazione è in definitiva la "porta aperta" che consente tanto di raccogliere la voce dei destinatari delle norme all'esterno del perimetro istituzionale, quanto di parlare, dall'interno delle Assemblee legislative, alla società civile. A fondamento della valutazione resta l'obiettivo primario della conoscenza, che per non cadere in tecnicismo o moda passeggera ha bisogno di indipendenza, imparzialità, credibilità e, all'un tempo, di reciprocità, intesa come comunicazione dei risultati, delle evidenze empiriche, dei nessi causali tra politiche ed effetti, nonché della consultazione dei cittadini, interpretata come diritto e dovere ad essere informati in modo inclusivo, accessibile, pubblico, chiaro, tempestivo e leale.

La valutazione rende protagonista il legislatore, sottraendolo alla prigionia di se stesso sia rispetto all'analisi tecnica sia rispetto alla mobilità dell'opinione pubblica, poiché gli consente un dialogo corretto e franco, anche laddove la logica del pregiudizio tenda ad affermarsi rispetto a quella del giudizio. In conclusione, la valutazione delle politiche pubbliche consente alla tecnica di non piegarsi a una burocratica calligrafia normativa spacciata per qualità legislativa; afferma la centralità del decisore pubblico in chiave di responsabilità, all'interno del circuito democratico, così come verso l'esterno del Parlamento, ossia i cittadini tutti; supera le tentazioni di agnosticismo giuridico e approcci rinunciatari o formalistici, per trasformare l'efficacia normativa in effettività di cambiamento nel tessuto socio economico.

Le potenzialità della valutazione delle politiche pubbliche possono centrare gli obiettivi di ammodernamento e salvaguardia delle strutture democratiche e delle Istituzioni parlamentari, solo a condizione che non si incorra in

alcune trappole. Innanzitutto, è necessario non considerare l'analisi di impatto come nicchia iperspecialistica e tecnicistica fine a se stessa, alla stregua di una sorta di ambito ristretto e limitato ai soli esperti. Occorre, inoltre, scongiurare ogni forzatura tesa a rendere l'attività valutativa una moda, o peggio una ideologia postmoderna, che inevitabilmente renderebbe la valutazione stessa un onere aggiuntivo, uno stilema, un ricciolo liturgico ridondante. Infine, vanno preservati con nitida linearità l'ambito proprio della decisione di merito e la dimensione *non-partisan*, né parziale, della ricerca valutativa.

La valutazione delle politiche pubbliche che dovesse trasformarsi in contrapposizione fittizia tra diverse "politiche della valutazione" sancirebbe il fallimento più eclatante di un tentativo di riconciliazione, tanto necessario quanto urgente, tra democrazia rappresentativa, democrazia partecipata e conoscenza della realtà, dimensioni tra loro distinte e indefettibilmente complementari e integrate.

La misura concreta della validità della valutazione delle politiche pubbliche è nient'altro che la capacità di tradurre il "sapere" nel "saper fare".

## **Il rapporto di collaborazione tra magistrati ed avvocati. Nomofilachia verticale ed orizzontale**

*Gaetana Natale\**

Negli ultimi due anni l'Avvocatura Generale dello Stato, nella sua qualità di Public Attorney deputato alla cura degli interessi pubblici, ha partecipato costantemente all'attività dell'Osservatorio sulla Giustizia Civile, cercando in un'ottica di reciproca collaborazione con gli organi giudicanti, di individuare nei settori più critici del contenzioso civile le **c.d. best practice**, ossia le buone prassi, le regole c.d. operazionali, volte a realizzare quella che sempre più spesso è invocata come "**giurisdizione condivisa e partecipata**".

L'elevato numero delle cause civili pendenti, l'esigenza di conciliare il diritto giurisprudenziale con l'esigenza di prevedibilità ed uniformità delle decisioni, il livello alluvionale della produzione legislativa ha indotto gli operatori del diritto, nel rispetto della autonomia di loro ruoli, a realizzare la c.d. "alleanza dei cervelli" in una fase economica-sociale sempre più tesa al controllo delle risorse pubbliche.

Tale attività di collaborazione è svolta nella consapevolezza che in un diritto post-moderno (come è stato definito dal prof. Grossi) il giudice non può essere solo la *bouche de la loi*, bocca della legge, secondo la concezione illuministica, ma anche voce della collettività, atteso che il livello qualitativo della

---

(\*) Avvocato dello Stato.

giustizia è dato sia dal grado di resistenza di una decisione nei vari gradi di giudizio sia dall'accettazione sociale delle decisioni.

Secondo un approccio multilivello tale esigenza risponde, nell'ottica del diritto euronitario, ai criteri di effettività e di efficacia della tutela invocata dinanzi al Giudice riconducibile all'art. 13 CEDU (Diretto ad un ricorso effettivo), all'art. 47 della Carta di Nizza ed al punto 31 del Capitolo V della Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio di Europa del 17 novembre 2010 trasfuso nella Magna Corte dei Giudici Europei (punto 15) secondo il quale i giudici devono pronunciare in tempi ragionevoli provvedimenti di qualità che siano efficaci, idonei a rimuovere la lesione subita.

La Suprema Corte di Cassazione con la nota sentenza n. 174/15 ha avuto modo di affermare che: *"... l'attività interpretativa delle norme giuridiche compiuta da un Giudice, in quanto consustanziale allo stesso esercizio della funzione giurisdizionale, non possa mai costituire limite alla attività esegetica esercitata da un altro Giudice, dovendosi richiamare al proposito il distinto modo in cui opera il vincolo determinato dalla efficacia oggettiva del giudicato ex art. 2909 c.c. rispetto a quello imposto in altri ordinamenti giuridici, dal principio dello "stare decisis" (cioè del "precedente giurisprudenziale vincolante") che non trova riconoscimento nell'attuale ordinamento processuale"*.

Accanto a tale enunciazione la Suprema Corte di legittimità ha, però, fatto riferimento al principio affermato dalla Corte di Strasburgo secondo il quale, a fronte dell'assoluta fisiologia connessa alla diversità di orientamenti giurisprudenziali fra le corti di merito e quelle di legittimità *"non è tollerabile che vi siano marcate diversità di vedute all'interno dell'organo che ha il compito di dare uniformità alla giurisprudenza"*.

Anche la Corte Costituzionale con la nota sentenza n. 230/12 ha puntualizzato che l'orientamento espresso dalla decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione *"aspira indubbiamente ad acquisire stabilità e generale seguito"* pur riconoscendo che si tratta di una efficacia non cogente, ma di tipo essenzialmente *"persuasivo"*.

Sul piano processuale l'esigenza di prevedibilità ed uniformità delle decisioni si è tradotta nella previsione di norme tecniche che, seppure nel rispetto dell'autonomia valutativa e decisionale del giudice, hanno contenuto la possibilità di pronunzie di legittimità tra loro contrastanti, capaci di minare la fiducia di cui le autorità giudiziarie devono godere in uno Stato di diritto.

Tale norme sono quelle contenute nell'art. **374, comma 3, c.p.c.** (c.d. meccanismo di *"stare decisis attenuato"*), nell'art. **360 bis c.p.c.** (nella parte in cui prevede che il ricorso è inammissibile *"quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa"*); nell'art. **363 c.p.c.** che consente al Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione di chiedere alla Corte, anche se il ri-

corso si appalesa inammissibile, “di enunciare nell’interesse della legge, il principio di diritto al quale il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi”.

Sul piano organizzativo occorre ricordare che hanno avuto grande rilievo per la realizzazione di un dialogo processuale teso a costituire l’*“aide a la decision”*, (aiuto alla decisione) i Protocolli Processuali (si ricorda il Protocollo del 17 dicembre 2015 e Protocollo del 15 dicembre 2016 tra Consiglio Nazionale Forense, Corte Suprema di Cassazione e Avvocatura Generale dello Stato, da ultimo Protocollo del 12 dicembre 2017 sulla “Sinteticità degli atti e dei provvedimenti del giudice nel giudizio di primo grado” stilato tra Consiglio dell’ordine degli Avvocati di Roma e il Presidente del Tribunale di Roma).

Sul piano delle soluzioni organizzative interne alla magistratura volte a favorire il dialogo fra i diversi gradi della giurisdizione sono da segnalare: la valorizzazione dell’art. 47 *quater* ord. giud., teso a stimolare periodiche riunioni all’interno delle sezioni giurisdizionali per la puntualizzazione di ricorrenti questioni giuridiche; il funzionamento del massimario, le massime c.d. *certa lex*, la specializzazione ex art. 244 circolare CSM tabella di organizzazione 2017/19.

Nell’ambito di un concetto ampio di predittività delle decisioni e della circolarità dei dati come requisito di qualità della giurisprudenza si è invocato anche il ripristino dell’Archivio Merito contenuto in Italgivre (sistema dell’information retrieval), non più alimentato dal 2004/2005.

Ma aldilà di tali apprezzabili soluzioni processuali e organizzative, occorre considerare che gli Osservatori sulla Giustizia oggi, alimentati essenzialmente da una sentita e reciproca collaborazione tra magistrati ed avvocati rappresentano anche la chiave di volta, l’indice di evoluzione sistemica della giurisprudenza tesa ad un’analisi attenta e critica dei mutamenti socio-economici di un paese.

Gli Osservatori contribuiscono alla realizzazione di una nomofilachia verticale ed orizzontale, nella consapevolezza che l’uniformità della giurisprudenza, collegata al principio di uguaglianza e di certezza del diritto, non significa staticità ed immutabilità, ma “tendenziale stabilità”: il diritto in quanto scienza storica, non può che adeguarsi ai mutamenti sociali ed economici di un Paese, è per così dire, una scienza dinamica.

Gli Osservatori nella realizzazione di una giurisdizione condivisa e partecipata, attraverso un’attenta analisi delle pronunce giurisprudenziali che parte dal basso, consentono di evidenziare le criticità che molte riforme normative presentano nella loro concreta applicazione. La necessità delle audizioni, delle consultazioni degli *stakeholders*, intesi come soggetti di diritto e/o operatori economici direttamente coinvolti da una riforma normativa, è stata molto avvertita anche nell’ambito dell’attività consultiva del Consiglio di Stato, ex art. 100 Cost. definito dal Presidente Paino nella relazione relativa all’inaugurazione dell’anno giudiziario 2018 “*advisory board delle Istituzioni in un ordinamento profondamente innovato e pluralizzato*”.



Ciò è stato particolarmente evidente in relazione all'articolato parere (n. 1458 del 19 giugno 2017) reso dalla Sezione normativa del Consiglio di Stato sullo schema di nuovo regolamento in materia di AIR, VIR e consultazioni (entrato in vigore lo scorso 10 aprile 2018).

Il ruolo delle consultazioni è divenuto centrale nell'ambito della c.d. “*manutenzione delle riforme*” ossia nell'attività del loro monitoraggio, attuazione, fattibilità, analisi e verifica d'impatto tra indirizzi di policy e normativa di dettaglio per la realizzazione di quello che è stata definita la “*decision making process*”.

Si pensi all'attuazione della riforma dei contratti pubblici: con l'emanazione di un ampio decreto correttivo del codice del 2016; con l'approvazione di svariati provvedimenti attuativi del Governo e con l'approvazione di numerose altre linee guida dell'ANAC, la quale ha continuato a chiedere in via facoltativa il parere del CdS, considerandolo innovativamente come “elemento costitutivo” del processo di emanazione.

Quanto ai pareri sulle linee guida dell'ANAC, vanno ricordati quelli sugli affidamenti *in house*, il partnership pubblico-privato, il contraente generale. In queste delicate materie il contributo degli osservatori c.d. “dal basso”, ossia direttamente coinvolti nell'attuazione delle riforme è stato determinante. Si ricorderà che nel noto parere del 30 marzo 2017 del CdS, teso a chiarire su cosa può e su cosa non può incidere un decreto correttivo, il Supremo Consesso ha precisato che una particolare tipologia compatibile con lo strumento del decreto correttivo è rappresentata dalle correzioni finalizzate «*a rimediare a difficoltà insorte nella prima applicazione dei nuovi istituti, come emerso dalle audizioni, dal dibattito dottrinale e dalla prima giurisprudenza*».

Ecco che allora l'attività degli Osservatori diventa centrale ed imprescindibile, qualificandosi come strumento essenziale per mettere a fuoco le criticità delle riforme varate dal legislatore.

Nel contempo gli Osservatori, individuando le linee evolutive della giurisprudenza, consentono di porre in essere anche un'attenta analisi economica del diritto.

Per citare un esempio concreto, si segnala che nel corso dell'attività dell'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Roma, nell'anno giudiziario in corso, si è posta molta attenzione sulla questione della *compensatio lucri cum danno*, sulla quale si sono pronunciate di recente **le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione con la sentenza n. 12565 del 22 maggio 2018**.

Il tema della “*compensatio lucri cum danno*” ha posto sia i giudici che gli avvocati di fronte ad un problema basilare nell'ambito della tematica della responsabilità civile, ossia quello di definire cosa è effettivamente il “danno risarcibile”.

Il principio dell'*aliunde perceptum* (principio non previsto nelle fonti romane, ma elaborato per la prima volta in una glassa di Bortolo e poi dalla pandettistica) non è sancito espressamente in uno specifico articolo del co-

dice civile italiano del 1942 (contrariamente al codice tedesco, 249 BGB **Shadensersatz**), ma risponde ex art. 1223 c.c. ad una logica redistributiva degli effetti positivi e negativi scaturenti non solo dal fatto illecito produttivo del danno, ma anche dall'inadempimento qualificato in tema di responsabilità contrattuale.

La questione della *compensatio* si pone in questi termini: è possibile sottrarre dal complessivo importo dovuto al danneggiato a titolo di risarcimento del danno gli emolumenti di carattere indennitario versati dagli assicuratori privati o sociali ovvero da enti pubblici, specie se previdenziali. L'orientamento tradizionale (e maggioritario) della Suprema Corte di Cassazione - al quale ha sostanzialmente aderito il Giudice Amministrativo (CdS. Ad. Plen. n. 1/2018) - ha dato una rigorosa interpretazione del requisito **dell'unità (ovvero identità) della causa**.

Secondo Cass. Civ. sez. III 30 settembre 2014 n. 20458 *“In tema di risarcimento del danno da illecito, il principio della compensatio lucri cum danno trova applicazione unicamente quando sia il pregiudizio che l'incremento patrimoniale siano conseguenze del medesimo fatto illecito, sicché non può essere detratto quando già percepito dal danneggiato a titolo di pensione di invalidità o di reversibilità, ovvero a titolo di assegni, di equo indennizzo o di qualsiasi altra speciale erogazione connessa alla morte o all'invalidità, trattandosi di attribuzioni che si fondano su un titolo diverso dall'atto illecito e non hanno finalità risarcitoria”*.

Questo orientamento rappresenta l'applicazione pratica del “principio della indifferenza o del c.d. **teorema della “terza”**, ossia il principio secondo il quale dopo il risarcimento il patrimonio del danneggiato non deve subire mutamenti: in altri termini il risarcimento deve ricostituire il patrimonio del danneggiato nella sua configurazione originaria e non costituire arricchimento.

Più precisamente per “teorema della terza” si fa riferimento a quella elaborazione dottrina che propone una rilettura dell'art. 2043 c.c. nei seguenti termini: *«Qualunque fatto doloso o colposo che cagioni ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno, sempre che tale danno non sia stato risarcito da un terzo per legge o per contratto»*. Alla base di tale conclusione è, tra l'altro, l'assunto che laddove il danno sia anche elemento costitutivo di una fattispecie di fonte normativa o negoziale, costitutiva di una provvidenza a favore del danneggiato, non può essere negato che, alla luce dell'unitaria teoria della causalità regolare, accolta nel nostro ordinamento (artt. 40 e 41 c.p.), siffatta provvidenza sia un effetto giuridico “immediato e diretto” della condotta che quel danno ha provocato, giacché da esso deriva secondo un processo di lineare regolarità causale.

Ma come mai in questo momento socio-economico tale problematica con ben quattro ordinanze di rimessione è stata sottoposta all'attenzione delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione?

Nel corso dell'attività di analisi e di studio dell'Osservatorio sulla Giustizia Civile del Tribunale di Roma ci si è chiesti in una prospettiva valoriale se la *compensatio* sia un principio generale o se sia solo una regola operativa, ossia una tecnica di liquidazione del danno.

Una prima considerazione nasce dalla constatazione che la responsabilità civile è una parte consistente del sistema economico-sociale di allocazione dei costi e delle risorse secondo un'analisi economica del diritto. Si pensi alla teoria della **“loss distribution”** della dottrina nord-americana di Coleman e Fleming e alla necessità di individuare il **c.d. «primary cost bearer»** e il **«gap. filler»** o anche alla **teoria di Shavell**, teorie secondo le quali occorre che il risarcimento del danno, secondo una logica non solo di compensazione, ma anche di deterrente, riporti i costi sociali sulla curva di indifferenza, intesa come punto di equo temperamento tra costi sociali e risorse economiche, tra esternalità negative ed esternalità positive.

La prassi delle assicurazioni contro gli infortuni ha da tempo adottato le clausole di rinuncia al diritto di surrogazione ex art. 1916 c.c. che consente il cumulo, importante driver commerciale (vedi anche art. 142, IV comma cod. ass. private n. 205/2005) delle polizze assicurative.

La Suprema Corte di Cassazione con la recente sentenza n. 12565/18 del 22 maggio attraverso un approccio multilivello ha fatto riferimento al c.d. **“the purpose of the benefit”** (richiamato dai *principes of European Tort Law-PETL* art. 10:103), ossia allo scopo o “ragione giustificatrice del beneficio”, al fine di approdare ad un risarcimento che rappresenti un equo ristoro delle conseguenze dannose subite dal danneggiato, ma non occasione di ingiustificato arricchimento.

La Suprema Corte di legittimità ha optato per una valutazione del rapporto danno/vantaggio “per classi omogenee o per ragioni giustificatrici”, attraverso la previsione di un meccanismo di surroga, di rivalsa o di recuperi che instaura la correlazione tra classi attributive altrimenti disomogenee.

L'attività dell'Osservatorio sarà allora in futuro rivolta ad individuare nell'analisi della giurisprudenza quali siano le “classi omogenee”, al di là dei casi specificamente risolti dalle SS.UU.

Tale attività di analisi non sarà certamente semplice, perché il criterio di omogeneità, come scrive chiaramente il relatore, non deve essere individuato solo attraverso l'identità del soggetto erogatore o attraverso il criterio causale (“si avrebbe una sofferenza del sistema, finendosi con il premiare, senza merito specifico, chi si è comportato in modo negligente”), ma attraverso altre indicazioni di sistema (nei tre casi affrontati, la legislazione previdenziale, l'art. 1916 e la normativa Inail).

Allo stesso modo nella delicata materia della responsabilità sanitaria l'attività dell'Osservatorio sulla Giustizia Civile del Tribunale di Roma ha sottolineato la necessità di un'adeguata prova sul nesso causale (si vedano la

sentenza **Corte di Cass. III Sez. Civile n. 18392 del 26 luglio 2017 e n. 26284 del 14 novembre 2017**) con la consapevolezza e la presa d'atto delle criticità che l'orientamento dettato dalle sentenze delle Sezioni Unite nn. 576-586 dell'11 gennaio 2008, ispirato al *favor creditoris* hanno determinato (si pensi alla medicina difensiva o alla fuga delle compagnie dal mercato), criticità che le nuove leggi Gelli Bianco sulla responsabilità sanitaria ha cercato di risolvere, attraverso il superamento della nozione di "contatto sociale".

Nell'ambito di una riflessione più generale, se è vero ed indiscutibile, da un lato, che la salute è un bene primario da tutelare ex art. 32 Cost., ci si deve chiedere, dall'altro, se addonare alle strutture sanitarie oneri probatori gravosi, sia davvero la scelta giusta per la collettività dei cittadini o se, per converso, un tale meccanismo non vada ad incidere un più ampi e delicati equilibri della finanza pubblica.

Il rigore probatorio imposto dalle recenti sentenze della Corte di Cassazione in tema di prove del nesso causale nasce dalla figura dei "diritti finanziariamente condizionati" introdotti dalla Corte Costituzionale con la nota sentenza n. 455/1990: a fronte di finanziamenti limitati, ogni risorsa sottratta al sistema della sanità pubblica per il tramite di automatismi risarcitori che prescindono da una verifica in concreto del nesso causale - si traduce alla fine nella riduzione dei servizi erogati, e quindi in un *vulnus* per tutti i cittadini - pazienti che chiedono di essere assistiti e curati.

La constatazione che le pronunce dei giudici possano rappresentare un corretto contrappeso rispetto alle criticità del sistema economico trova la sua ulteriore conferma nel settore tributario, settore in cui è centrale la "funzione nomofilattica" della Suprema Corte di Cassazione.

Il riferimento più evidente è dato dalla recente sentenza del **18 aprile 2018 n. 9672 della Cassazione Sez. Tributaria** la quale, con una articolata argomentazione processuale fondata sulla differenza tra il concetto di legittimazione passiva e quella di interesse ad agire, ha affermato che, anche se i soci non hanno percepito alcunché in sede di bilancio finale di liquidazione, l'Agenzia delle Entrate può evocarli in giudizio per farne affermare la responsabilità "sussidiaria" rispetto alla società ormai estinta.

Si ricorderà che l'art. 2495 c.c. del Codice Civile dispone che, dopo la cancellazione della società dal registro delle imprese, per i debiti sociali rimasti insoddisfatti possono essere chiamati a rispondere anche i soci, ma solo nei limiti degli importi ad essi corrisposti con il bilancio finale di liquidazione.

Le successive novità di sistema introdotte con la riforma del diritto societario, in combinazione con quella organica del diritto fallimentare del 2006, fanno sì che oggi si determini una sorta di efficacia (impropriamente) "costitutiva" della cancellazione dal registro delle imprese, con la conseguenza che, dopo un anno dalla cancellazione, non è più possibile per i creditori insoddisfatti provocare la dichiarazione di fallimento della società cancellata.

La prassi applicativa ha visto un uso distorto di questa previsione che ha spesso provocato l'estinzione di società cariche di debiti (soprattutto tributari) con la conseguente impossibilità di soddisfacimento degli stessi per due ordini di motivi: il primo, perché la società non è più soggetta a dichiarazione di fallimento per il decorso dell'anno, il secondo perché i soci non avendo ricevuto nulla in sede di bilancio finale di liquidazione - non possono essere chiamati a rispondere dei debiti sociali.

Per ovviare a tale situazione il legislatore si è trovato nella necessità di introdurre l'art. 28, comma 4, del D.lgs. 175/2014: tale articolo ha previsto che, riguardo alla riscossione dei tributi e contributi, l'estinzione della società ha effetto solo dopo 5 anni dalla cancellazione dal registro delle imprese.

In un tale quadro la sentenza della Sezione Tributaria della Corte di Cassazione la n. 9672 del 18 aprile 2018 assume una notevole rilevanza e comprova la funzione nomofilattica che nel nostro ordinamento deve svolgere la Suprema Corte di Cassazione.

Tale pronunzia fa menzione del significativo contrasto all'interno della stessa Corte di Cassazione sulla validità del principio affermato, ma sente la necessità di richiamare la sentenza delle Sezioni Unite la n. 6070 del 12 marzo 2013 che per l'appunto aveva sottolineato la sopra menzionata differenza tra legittimazione passiva ed interesse ad agire.

A prescindere dalla particolarità e complessità del settore tributario, gli Osservatori sulla Giustizia Civile hanno certamente alimentato la c.d. **ortopedia interpretativa** nell'applicazione degli ADR (*Alternative Dispute Resolutions*), in particolare la mediazione delegata ex art. 5, co. 2 D.lgs. 28/2010, particolare strumento di deflazione del contenzioso volto a realizzare quella che il prof. Sander aveva denominato la "*multi door court house*" l'accesso differenziato alla Giustizia.

Si è data particolare importanza alla proposta conciliativa del giudice ex art. 185 *bis* c.p.c. e un'analisi complessa è stata condotta anche sugli strumenti ADR previsti nel nuovo codice dei Contratti Pubblici (D.lgs. 50/2016) ex art. 205 e ss. (Accordo bonario, transazione, arbitrati e Pareri di contenzioso dell'ANAC).

Sul piano più strettamente procedurale nel corso del corrente anno giudiziario il Gruppo "Uniformità e Prevedibilità delle decisioni" dell'Osservatorio sulla Giustizia Civile ha cercato di predisporre prassi condivise relative al processo civile telematico e, in particolare, ha affrontato il tema della prova della notificazione effettuata con modalità telematiche *ex lege* 53/1994.

Si ricorderà che il noto art. 9, co. 1 *ter* legge 53/1994 prevede che la prova della notificazione deve essere fornita "con modalità telematica", potendo essere fornita altrimenti (ossia: copia cartacea o.p.d.g. della ricevuta di avvenuta consegna) solo quando "non sia possibile". In quest'ultimo caso, peraltro, è necessaria l'attestazione della conformità della copia sul supporto analogico ai documenti informatici ex art. 23 co. 1 D.lgs. 82/2005.

L'Osservatorio sulla Giustizia Civile del Tribunale di Roma ha rilevato la sussistenza di prassi difformi alle disposizioni citate. Laddove alcuni giudici richiedono la produzione degli originali informatici ex art. 9 co. 1 *ter* legge n. 53/1994 - altri giudici ritengono sufficiente la produzione della copia analogica, anche senza attestazione di conformità.

Ciò determina incertezza da parte della utenza che non è in grado di sapere prima della udienza di prima comparizione quale sia la forma di prova (analogica o informatica) ritenuta sufficiente per la declaratoria di contumacia.

L'Osservatorio in un apposito documento ha chiarito che è indispensabile l'adozione di una regola chiara e prevedibile conforme alle disposizioni di legge sopra richiamate: produzione dell'originale telematico della notificazione come default; produzione dell'analogico cartaceo con attestazione di conformità, nel caso di impossibilità della parte o dei giudici (ad esempio, indisponibilità o malfunzionamento dei sistemi informatici).

Da quanto sopra esposto, emerge con molta evidenza che l'attività degli Osservatori, luogo privilegiato di collaborazione fra magistrati ed avvocati, risulta oggi essenziale sia nell'analisi delle questioni giuridiche sia nella predisposizione di uniformi meccanismi procedurali e organizzativi.

È auspicabile che tale sinergia tra i vari operatori del diritto continui in futuro, creando magari anche nel settore del diritto amministrativo un apposito Osservatorio sulla Giustizia amministrativa, con la profonda convinzione da parte di tutti che solo attraverso la reciproca comprensione delle difficoltà operative, si può migliorare la *governance* del sistema giustizia nel nostro Paese.

**L'analisi del contenzioso tributario come strumento  
di "monitoraggio qualitativo" (e sue potenzialità  
in termini di compliance ed effetti deflattivi del contenzioso)**

*Mariangela Mastrogregori\**

*1. Premessa. Gli strumenti di "monitoraggio" del contenzioso tributario: a) le relazioni del Ministero dell'Economia e delle Finanze: attuale analisi di tipo "quantitativo"; b) la relazione della Corte dei Conti sul contenzioso dinanzi alle commissioni tributarie: strumento di analisi di tipo "qualitativo".*

Ringrazio l'Avvocatura dello Stato e in particolare l'Avv. Bachetti per l'opportunità di partecipare al Convegno di oggi e, soprattutto, per il coinvolgimento in questo progetto, volto alla costituzione di un "Osservatorio del

---

(\*) Studio Legale e Tributario Avv. Cataldo D'Andria e Associati.

contenzioso pubblico” che possa operare non solo come strumento di contenimento della spesa pubblica (secondo quanto sottolineato anche dall’Avv. Salvatorelli, nella sua introduzione di questa mattina) ma anche come strumento di sviluppo economico.

Aspetto, quest’ultimo, assolutamente rilevante per imprese e professionisti che, proprio attraverso le analisi e gli spunti di riforma che potrebbero essere forniti dall’Osservatorio, potrebbero ricevere un consistente ed efficace apporto in termini di risoluzione preventiva delle conflittualità o di definizione stragiudiziale delle controversie, con conseguente “liberazione” di energie positive ed incremento della produttività.

Questo progetto trova, nel Convegno di oggi, il necessario punto di partenza e di confronto, mediante una prima ricognizione condivisa, attraverso i differenti punti di vista coinvolti - giuridico, economico, politico, statistico - e con un profilo di analisi necessariamente interdisciplinare, delle questioni che il costituendo Osservatorio potrà affrontare e delle possibili metodologie con cui lo stesso potrà operare.

Con questa finalità, nel ricercare il punto di partenza da cui muovere, in vista della costituzione, all’interno di un “Osservatorio del contenzioso pubblico” di uno specifico “Osservatorio del contenzioso tributario”, ho pensato di partire dalla ricognizione dei principali strumenti di “monitoraggio” del contenzioso tributario a nostra disposizione.

Questi strumenti sono, da un lato, le relazioni del Ministero dell’Economia e delle Finanze sullo stato del contenzioso e sull’attività delle commissioni tributarie; dall’altro, una recente relazione della Corte dei Conti, citata anche dall’Avv. Bachetti nel suo intervento (avente ad oggetto “Il contenzioso dinanzi alle Commissioni tributarie. Effetti sulle entrate. Anni 2011-2016”) (1).

a) Per quanto riguarda le relazioni del Ministero dell’Economia e delle Finanze, si tratta di relazioni sia annuali (2) - quella che ho preso in esame è, in particolare, l’ultima pubblicata alla data di questo Convegno, relativa al 2016 (3) - che di rapporti trimestrali (4) nell’ambito dei quali, ai fini del-

---

(1) Corte dei Conti, Deliberazione 20 giugno 2017, n. 7/2017/G.

(2) “La Relazione annuale sul monitoraggio dello stato del contenzioso tributario e sull’attività delle commissioni tributarie è una pubblicazione che ha lo scopo di rappresentare lo stato del contenzioso tributario. Essa contiene l’evoluzione del contenzioso tributario attraverso l’analisi delle controversie pervenute, definite e pendenti e l’analisi del dimensionamento delle attività delle Commissioni Tributarie e degli uffici di segreteria. La Relazione è corredata da Appendici statistiche che mostrano nel dettaglio i dati quantitativi” (Cfr. [www.giustiziatributaria.gov.it/gt/relazione-annuale-sullo-stato-del-contenzioso-tributario](http://www.giustiziatributaria.gov.it/gt/relazione-annuale-sullo-stato-del-contenzioso-tributario)).

(3) La relazione annuale relativa al 2017 è stata pubblicata il 15 giugno 2018, secondo il calendario delle pubblicazioni statistiche del MEF con riferimento al contenzioso tributario (cfr. sempre [www.giustiziatributaria.gov.it](http://www.giustiziatributaria.gov.it)); ci si riserva di svolgere un’analisi di detta relazione in un successivo articolo, in fase di elaborazione, nel quale le argomentazioni sintetizzate nella presente relazione illustrata nella giornata di studi del 24 maggio 2018 potranno trovare ulteriore approfondimento e sviluppo.

l'odierna giornata di studi, ho preso in esame quello di più recente pubblicazione, relativo al periodo ottobre-dicembre 2017.

L'approccio di analisi e la metodologia di ricognizione del contenzioso e delle attività delle commissioni tributarie, che caratterizzano sia le relazioni annuali che i rapporti trimestrali risultano, sin da una prima lettura, di tipo marcatamente **“quantitativo”**, in connessione con lo scopo espressamente individuato nelle relazioni di **“rappresentare lo stato del contenzioso tributario”** e di prospettare le linee di evoluzione in una prospettiva dinamica, realizzando in particolare: a) l'analisi dei flussi in entrata e in uscita; b) l'analisi delle strutture delle commissioni tributarie e delle relative attività amministrative; c) l'analisi degli organi giudicanti e delle relative attività giurisdizionali, corredate da appendici statistiche e da una **“Guida all'interpretazione dei dati”**.

In questa prospettiva, di ricognizione del contenzioso di tipo **“quantitativo”**, gli indicatori utilizzati e i dati forniti attengono in primo luogo al numero dei ricorsi presentati e alla variazione di detto numero nel periodo sottoposto ad analisi; e, con riguardo a detto indicatore, sia nella relazione annuale 2016, che nel rapporto relativo all'ultimo trimestre 2017 esaminati per l'odierna giornata di studi, nei dati anticipati, con riferimento in via complessiva al 2017, con comunicato stampa del 20 marzo 2018, il dato che emerge è quello di un progressivo e costante decremento del contenzioso dinanzi alle commissioni tributarie (5).

Nelle relazioni e nei rapporti esaminati, questo dato è accompagnato dalla precisazione che la diminuzione segnalata è concentrata principalmente nello scaglione dei ricorsi di valore fino a ventimila euro (6) (caratterizzati dalla preventiva fase di reclamo/mediazione di cui all'art. 17-*bis* D.lgs. n. 546/1992, applicabile con riferimento agli atti notificati a partire dal primo gennaio 2018 per effetto delle disposizioni del D.L. n. 50/2017 a controversie di valore elevato a cinquantamila euro); e dalla precisazione che, pur in un contesto di complessiva, generale diminuzione del contenzioso tributario nei due gradi di merito, in controtendenza rispetto ad essa si evidenzia, tra il 2014 e il 2016, un consistente aumento del dato riguardante specificamente il contenzioso avente ad oggetto atti di riscossione (contenzioso quindi nei confronti dapprima di Equitalia, Agente della Riscossione e, oggi, di Agenzia delle Entrate - Riscossione) con una diminuzione, però, di detto contenzioso nel 2017 (7).

---

(4) *“La pubblicazione statistica analizza i dati relativi ai trimestri di ciascun anno. Essa contiene l'evoluzione del contenzioso tributario attraverso l'analisi delle controversie pervenute, definite e pendenti”* (cfr. [www.giustiziatributaria.gov.it](http://www.giustiziatributaria.gov.it), cit.).

(5) In particolare, nelle relazioni esaminate emerge la costante riduzione del volume complessivo dei nuovi contenziosi: meno 10,75% di controversie pendenti, nel 2017 rispetto all'anno 2016; meno 11,6% nel 2016 rispetto al precedente anno 2015.

(6) In particolare, come emerge dalla relazione annuale per il 2016 il 72,1% dei ricorsi pervenuti alle Commissioni tributarie provinciali nel 2016 riguarda controversie di valore inferiore o uguale a ventimila euro (per un totale di 460 milioni di euro) mentre solo l'1,4% dei ricorsi riguarda controversie di valore superiore a 1 milione di euro (per un totale di 13,2 miliardi di euro).



Altri indicatori utilizzati negli strumenti di monitoraggio in parola sono poi il numero delle “controversie definite” (8) accompagnato dalla ricognizione delle percentuali di definizione in favore della Amministrazione e del contribuente sia in via generale, che con ripartizione a seconda delle diverse tipologie di Enti (in particolare, Agenzie fiscali - Agenzia delle Entrate (9) e Agenzia del Territorio, Agente di Riscossione ora Agenzia delle Entrate-Riscossione, Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (10); Enti locali) e delle diverse tipologie di tributi (11); altro indicatore è rappresentato dalla ricognizione delle aree geografiche di riferimento ed altro indicatore, infine, consiste nella durata dei procedimenti (12) (con obiettivo specifico di detto indicatore, secondo quanto espressamente indicato nelle relazioni, volto a inquadrare la capacità degli uffici di dare risposta alla domanda di giustizia).

b) Per quanto riguarda, invece, la Relazione della Corte dei Conti (Deliberazione del 20 giugno 2017, richiamata già dall’Avv. Bachetti e su cui tornerà anche il Prof. Mazzitelli), la tipologia di analisi e metodologia di ricognizione utilizzate segnano il passaggio ad un approccio anche di tipo “qualitativo”: nel quale, cioè, oltre ai dati relativi ai “flussi” in entrata o in uscita, e al loro andamento e tipologia di definizione, se ne evidenzia l’interrelazione e si prospettano le possibili cause e funzioni, con l’obiettivo di fornire una ricostruzione sistematica.

In particolare, vengono esposti i dati relativi alle singole tipologie degli atti impugnati anche in correlazione con la distribuzione territoriale (13), o relativi alla evidenziazione dei “volumi” della riscossione correlati al contenzioso, nella parte in cui viene sottolineato il positivo risultato complessivo del riscosso correlato alla mediazione tributaria e alla conciliazione giudiziale; ed ancora, si trovano sviluppati i dati relativi alla analisi qualitativa del processo telematico, definito nella relazione come innovazione diretta a favorire la semplificazione del rapporto fisco/cittadino e l’efficientamento del servizio.

---

(7) Decremento segnalato, da ultimo, con riferimento al 2017 e correlato ai provvedimenti normativi del 2017 in punto di “definizione agevolata dei ruoli”.

(8) Anche il numero dei ricorsi complessivamente definiti dalle Commissioni tributarie nel 2017 mostra una flessione del 10,69% rispetto all’anno precedente: cfr. comunicato stampa n. 47 del 20 marzo 2018.

(9) Con individuazione dei relativi indici di “vittoria” nel contenzioso, pari a circa il 70% nella relazione annuale esaminata.

(10) Con individuazione dei relativi indici di “vittoria” nel contenzioso, pari a circa il 90% nella relazione annuale esaminata.

(11) Con individuazione, al primo posto - per numero di controversie - delle imposte sui redditi delle persone fisiche; seguite dai tributi per lo smaltimento dei rifiuti; tributi sulle proprietà immobiliari; altri tributi erariali; IVA; IRAP; IRES ed IRPEG.

(12) Come indicato nella relazione MEF per il 2016, in tale annualità la durata media del processo tributario nel primo grado di giudizio è stata di 781 giorni (pari a 2 anni e due mesi) con un miglioramento di 76 giorni rispetto al 2015 e di 180 giorni rispetto al 2014.

(13) In particolare, mediante individuazione selettiva dei territori in cui si assiste ad esempio ad una riduzione degli accertamenti e all’aumento dei ricorsi contro avvisi di liquidazione e riscossione.

Ma soprattutto, nella Relazione della Corte dei Conti vengono compiute un'analisi e una ricognizione che risultano fondamentali ai fini di un costituendo Osservatorio del contenzioso tributario e, segnatamente, l'indicazione delle *“questioni ricorrenti oggetto di contenzioso”* (14) accompagnata dalla seguente considerazione conclusiva, che sintetizza, molto efficacemente, l'obiettivo e la stessa funzione di un costituendo Osservatorio del contenzioso: *“con riferimento al contenzioso nel suo complesso, appare necessaria l'identificazione e l'approfondimento delle specifiche fattispecie di contenzioso più frequenti o di tipo seriale (come è stato per l'IRAP dei professionisti, con riferimento al parametro della autonoma organizzazione) per superarle ove possibile, ad esempio, con norme interpretative se la regola fiscale non è chiara, o con altro tipo di intervento”*.

Del pari risultano centrali, sempre ai fini della delimitazione degli obiettivi del costituendo Osservatorio, prima anche delle sue metodologie di operatività, le raccomandazioni conclusive della Relazione della Corte dei Conti, tutte volte ad esprimere il carattere fondamentale degli interventi deflattivi del contenzioso tributario: infatti, *“per un corretto funzionamento di un sistema fiscale incentrato sull'adempimento spontaneo”* secondo la Relazione in commento è indispensabile *“deflazionare ulteriormente il contenzioso”* (15).

In questa prospettiva, un ruolo centrale viene assegnato dalla Corte da un lato all'identificazione delle *“fattispecie di contenzioso più ricorrenti o di tipo seriale”* per tentare di superarle, come già poc'anzi rilevato, mediante una norma interpretativa in caso di regola fiscale non chiara o con *“altro tipo di intervento”*; dall'altro lato, all'istituto dell'autotutela, *“che deve essere attivato per ripristinare la legalità violata tutte le volte che l'amministrazione si avveda dell'illegittimità anche parziale della pretesa tributaria, in coerenza con il carattere vincolato dell'attività impositiva (la mediazione non può essere un surrogato dell'autotutela, con un onere aggiuntivo ingiustificato per il contribuente)”*.

E proprio il tema dell'autotutela tributaria potrebbe essere un primo *“banco di prova”* per un costituendo Osservatorio del Contenzioso.

Allo stato attuale, infatti, la stessa conformazione e funzione dell'istituto è caratterizzata da un dato normativo di riferimento specifico ma, in larga parte, non attuato; da un disallineamento tra ricostruzione dottrinale dell'istituto in

---

(14) Cfr., in particolare, la Tabella 17, p. 46 della Relazione, nella quale spicca al primo posto l'abnorme numero di *“questioni concernenti gli altri atti dell'Agente della Riscossione: intimazione di pagamento, sollecito di pagamento, avviso di mora, estratto di ruolo, accompagnato dalla considerazione secondo cui “l'abnorme frequenza del contenzioso avverso gli atti dell'agente della riscossione fa supporre la strumentalità di molti ricorsi, probabilmente finalizzati a poter fruire di future sanatorie (vedi “rottamazione delle cartelle”) o comunque proposti con scopi dilatori”*.

(15) Dalla Tabella sopra citata emerge il significativo valore definito con gli strumenti deflattivi e con la conciliazione giudiziale (il 20 per cento) con un recupero mediante versamenti diretti del 94,72%.

termini di istituto nevralgico per l'attuazione di una giusta imposizione e sua invece sostanziale "riduzione" applicativa, nell'orientamento giurisprudenziale di legittimità (soprattutto concentrato sul tema della impugnabilità o meno del diniego di autotutela); infine, da uno stesso "disallineamento", sul tema dell'impugnabilità o meno del diniego di autotutela, tra interpretazione fornita dalla giurisprudenza di legittimità, anche alla luce del recente intervento della Corte Costituzionale, e un'interpretazione contraria e più estensiva di parte della giurisprudenza di merito; con un'incertezza applicativa che comporta, invero, il sostanziale non utilizzo, o blocco di operatività di questo invece fondamentale strumento, e con conseguente vanificazione, ad oggi, della centrale funzione deflattiva ad esso espressamente assegnata, invece, dalla stessa Corte dei Conti.

## 2. Il "caso" dell'autotutela tributaria: l'osservatorio del contenzioso come strumento di "monitoraggio qualitativo".

Un costituendo "osservatorio del contenzioso tributario" dovrebbe operare, in particolare, individuando e trattando in maniera condivisa e multidisciplinare le questioni maggiormente ricorrenti nella patologia della conflittualità tra Fisco e contribuenti, al fine di individuare i possibili interventi per superarle, anche mediante articolazione di proposte di intervento normativo: in questo senso, dunque, l'Osservatorio può essere definito come vero e proprio strumento di monitoraggio "qualitativo" del contenzioso, nella prospettiva di indagine in cui si colloca la più volte citata Relazione della Corte dei Conti e con gli obiettivi anche in essa sanciti.

In particolare, compito dell'Osservatorio sarà l'individuazione di "filoni di controversie" nelle quali il contenzioso è alimentato dal riferimento - giurisprudenziale e di tipo atomistico - a concetti non sufficientemente individuati e delimitati, seppure richiamati come risolutivi in determinate controversie.

Si pensi, ad esempio, al concetto di "autonoma organizzazione" nel vasto contenzioso relativo alla debenza dell'IRAP da parte dei professionisti; oppure, ancor più a quanto accade con riferimento proprio all'autotutela tributaria, che sembra poter rappresentare un "caso" tipico di efficace operatività della ricognizione condivisa nell'ambito dell'Osservatorio, utilizzabile al fine di individuare e soprattutto concretamente delimitare - mediante il confronto tra professionisti, Avvocatura, Agenzie fiscali - la nozione di "rilevante interesse generale" che, secondo l'interpretazione più volte fornita dalla Corte di Cassazione, "giustifica l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio" (16).

---

(16) "È infatti insegnamento di questa Corte, quello secondo cui *"in tema di contenzioso tributario, il sindacato giurisdizionale sull'impugnato diniego, espresso o tacito, di procedere ad un annullamento in autotutela può riguardare soltanto eventuali profili di illegittimità del rifiuto dell'Amministrazione, in relazione alle ragioni di rilevante interesse generale che giustificano l'esercizio di tale potere, e non la fondatezza della pretesa tributaria"* (cfr. *ex multis* Cass., 13 ottobre 2017, n. 24222 e la giurisprudenza ivi citata).

Il punto di partenza per l'analisi dell'Osservatorio, volta alla ricognizione di quali siano i casi in cui sia ravvisabile il "rilevante interesse generale" che debba condurre all'esercizio dell'annullamento d'ufficio di un atto impositivo, anche nell'ipotesi in cui lo stesso risulti già definitivo, può essere individuato nella qualificazione dell'autotutela non già come "strumento di protezione" e tutela del contribuente (qualificazione invero esclusa, dopo l'intervento della Corte Costituzionale (17), dalla ormai consolidata giurisprudenza di legittimità (18)); ma come **strumento per l'Amministrazione finanziaria di attuazione della giusta imposta (19), come strumento di preventiva e unilaterale risoluzione di conflitti, potenziali o attuali, con i contribuenti (20).**

L'autotutela nel diritto tributario è, come noto, normativamente disciplinata dall'art. 2-*quater* del D.L. 30 settembre 1994, n. 564 e, soprattutto, dal D.M. n. 37 del 1997, regolamento recante "*norme relative all'esercizio del potere di autotutela da parte degli organi dell'Amministrazione Finanziaria*".

Ebbene, troviamo proprio nel citato regolamento una disposizione, l'art. 6, alla cui attuazione concreta proprio un costituendo Osservatorio del Contenzioso tributario, operante come piattaforma condivisa tra i diversi attori istituzionali (Agenzie fiscali, Avvocatura dello Stato) e le parti private coinvolte, per l'attuazione effettiva dello strumento dell'autotutela tributaria, potrebbe contribuire efficacemente.

Viene infatti previsto espressamente, in tale disposizioni, che le direzioni regionali e compartimentali avvalendosi del servizio automatizzato di cui all'art. 36, comma 1, del D.Lgs. n. 545/1992 sono tenute a far pervenire trimestralmente alle stesse Direzioni centrali relazioni periodiche nelle quali si "*rilevano i motivi per i quali più frequentemente i ricorsi avverso gli atti degli uffici periferici e centrali sono accolti o respinti dalle commissioni tributarie*"; e soprattutto si precisa che "*tenuto conto delle rilevazioni previste dall'articolo 6 e della giurisprudenza consolidata nella materia, le direzioni dei Dipartimenti impartiscono direttive per l'abbandono delle liti già iniziate, sulla base del criterio della probabilità della soccombenza e della conseguente condanna*

---

(17) Cfr. Corte Costituzionale, n. 181 del 13 luglio 2017.

(18) Cfr. da ultimo Cass., n. 4160 del 21 febbraio 2018.

(19) Cfr. la Relazione accompagnatoria del Consiglio Superiore delle Finanze allo schema di decreto ministeriale sull'autotutela dell'Amministrazione finanziaria (approvato il 10 maggio 1996) laddove, nell'escludersi la prefigurabilità di un interesse pubblico all'indiscriminato conseguimento di maggiori introiti, si rileva che "*se così dovesse opinarsi è evidente che non vi sarebbe alcuno spazio per l'esercizio del potere di autotutela, che nella maggior parte dei casi concerne o dovrebbe concernere la restituzione di imposte indebitamente percepite o pretese nonostante che il contribuente non abbia fatto o non abbia potuto fare validamente ricorso al giudice*". Tale Relazione individua, in particolare, il fondamento dell'autotutela dell'Amministrazione finanziaria nel combinato disposto degli articoli 53 e 97 della Costituzione.

(20) Come recentemente rilevato dalla stessa Guardia di Finanza in un intervento di prassi amministrativa, circolare n. 1/2018.

dell'Amministrazione finanziaria al rimborso delle spese di giudizio. Ad analoga valutazione è subordinata l'adozione di iniziative in sede contenziosa", prendendo in considerazione "anche l'esiguità delle pretese tributarie in rapporto ai costi amministrativi connessi alla difesa delle pretese stesse".

Ed infine, con l'art. 8 che conclude il regolamento dell'autotutela tributaria si prevede che "con successivi decreti sono stabiliti i criteri di economicità sulla base dei quali si inizia o abbandona l'attività dell'Amministrazione, in relazione a predeterminate categorie generali o astratte".

In tutte queste aree di intervento, normativamente devolute all'Amministrazione finanziaria e alle sue articolazioni interne, estremamente efficace sarebbe l'approccio di un tavolo condiviso aperto invece all'esterno, cui partecipi la stessa Amministrazione, unitamente all'Avvocatura e ai professionisti del settore in rappresentanza dei contribuenti: dunque, l'approccio dell'Osservatorio, mediante il quale realizzare il fondamentale compito di **monitoraggio qualitativo**, ai fini dell'individuazione dei possibili interventi di risoluzione anche di carattere normativo; al fine di poter dare finalmente avvio e impulso ad un efficace utilizzo dell'autotutela, come strumento di attuazione della giusta imposta e di prevenzione dei conflitti, e anche al fine di risolvere il problema - evidenziato nella più volte citata Relazione della Corte dei Conti come grave e idoneo a minare la complessiva "tenuta del sistema" - del "non riscosso" derivante dall'alta percentuale di atti di accertamento non impugnati e divenuti definitivi (21).

### Conclusioni.

L'importante progetto in cui l'Avv. Bachetti ci ha coinvolto, che consiste nella prossima costituzione di un "Osservatorio del contenzioso pubblico" e, all'interno di esso, di un "Osservatorio del contenzioso tributario" - anche mediante utilizzazione delle metodologie e prassi applicative di altri Osservatori di recente affermazione con positivi risultati, soprattutto di carattere deflattivo o di risoluzione alternativa delle liti (come illustrato nella relazione dell'Avvocato Natale) - trovi nella odierna giornata di studi un ottimo punto di avvio metodologico e di progressivo consolidamento degli obiettivi individuati, di contenimento della spesa pubblica da un lato e di sviluppo economico dall'altro.

---

(21) Si tratta del "non contenzioso" - secondo la definizione fornita dalla Corte dei Conti - "... che può definirsi patologico (il 48,52 per cento di accertato non impugnato e in massima parte non pagato, come si è detto)" per il quale "è essenziale l'attività di prevenzione. Occorre indurre comportamenti di massa più coerenti all'assolvimento degli obblighi tributari per ridurre drasticamente la platea degli inadempienti (attualmente oltre 20 milioni) attivando tutti gli interventi legislativi e le misure amministrative in direzione di una crescita della **tax compliance**, con un impegno dell'amministrazione finanziaria per un miglioramento dei rapporti con il contribuente e una crescita dell'adempimento spontaneo degli obblighi fiscali, **attraverso la semplificazione degli adempimenti** (la facilità di adempiere gioca, infatti, un ruolo determinante nell'adempimento), **la cooperazione e il dialogo con il contribuente sia nella fase dell'adempimento che successivamente in sede di autotutela**" [il neretto è redazionale].

Le parole che più sono state ribadite e utilizzate questa mattina sono “confronto” ed “effettività” di azione.

Mediante l’Osservatorio, quale idoneo strumento di confronto tra tutte le parti coinvolte si potrà ulteriormente, e con efficacia, sviluppare l’attuale e positiva esperienza applicativa dei Protocolli di Intesa, nell’ultimo periodo sempre più frequenti ma che hanno prevalentemente carattere “bilaterale”: l’Osservatorio può, invece, rappresentare l’effettiva realizzazione di un “tavolo multilaterale”, nel quale periodicamente si lavora su di una “piattaforma condivisa” al fine di individuare e realizzare differenti ipotesi di riforma:

a) mediante interventi di modifica normativa, con inserimento di definizioni e delimitazioni condivise di nozioni di carattere generale, altrimenti destinate a rimanere indeterminate;

b) mediante impulso all’utilizzo degli strumenti deflattivi del contenzioso e, in particolare, della conciliazione giudiziale, anche nel giudizio di legittimità secondo le ipotesi *de iure condendo* più volte recentemente prospettate;

c) mediante impulso a strumenti di velocizzazione del giudizio tributario che, in assenza di una ricognizione preventiva e condivisa di particolari questioni giuridiche nell’ambito dell’Osservatorio, continuerebbero a risultare di difficile attuazione pratica (si pensi al “*ricorso per saltum*”, di recente introduzione nel giudizio tributario (22) e di finora esigua applicazione, a quanto consta: sotto questo profilo la operatività dell’Osservatorio, nell’espletamento della sua funzione di chiarimento e condivisione preventiva delle linee guida interpretative sulle più rilevanti questioni giuridiche, potrebbe agevolare fortemente il ricorso a detto strumento di velocizzazione del giudizio, incentrato sul previo accordo delle parti, Amministrazione e contribuenti).

Emerge dunque, in questa giornata di studi, l’assoluta necessità, con riferimento al contenzioso pubblico, in cui si contrappongono parte pubblica e parti private, e nell’ambito di esso soprattutto con riferimento al contenzioso tributario, di lavorare su di una piattaforma condivisa tra tutti gli operatori coinvolti - mondo accademico, operatori istituzionali, professionisti privati - idonea a fungere da impulso sia per l’utilizzo di istituti deflattivi del contenzioso, che di incremento della *compliance* fiscale: “adempimento spontaneo” dell’obbligazione tributaria che, oggi, rappresenta l’obiettivo principale del sistema, come incisivamente evidenziato nella più volte citata Relazione della Corte dei Conti, in conformità al centrale principio di capacità contributiva, di cui all’art. 53 della Costituzione.

---

(22) L’art. 9, comma 1, lett. z) del D.Lgs. n. 156 del 24 settembre 2015 ha inserito infatti all’art. 62 del D.Lgs. n. 546/1992 - concernente le norme applicabili al ricorso per Cassazione - il comma 2-*bis*, il quale prevede che “sull’accordo delle parti la sentenza della commissione tributaria provinciale può essere impugnata con ricorso per cassazione a norma dell’art. 360, primo comma, n. 3, del codice di procedura civile”, per i casi di violazione o falsa applicazione di norme di diritto.

## **La Misurazione degli Oneri Amministrativi (MOA) e l'Analisi di Impatto della Regolazione sulla Concorrenza (AIRC) come strumenti di *better regulation* e fattori di competitività. Il contributo dell'analisi economica del diritto per la valutazione dell'impatto del contenzioso pubblico**

*Michela Giachetti Fantini\**

### *1. Premessa.*

Come rilevato nell'introduzione di questo Convegno dal titolo “*Per un osservatorio del contenzioso come strumento di qualità normativa. Contenimento della spesa pubblica e sviluppo economico*”, nella prassi applicativa non viene svolta un'analisi sistematica per valutare l'impatto della qualità della regolazione su cittadini, imprese e Pubblica Amministrazione in termini di contenimento della spesa pubblica e sviluppo economico. Tuttavia sul piano normativo sono stati disciplinati alcuni istituti di *better regulation*, quali la MOA e l'AIRC, deputati *ad hoc* alla valutazione degli effetti economici della regolazione, di cui però non vengono valorizzate pienamente le potenzialità, e che potrebbero fungere da strumento di prevenzione dell'insorgenza di liti tra imprese e Pubbliche Amministrazioni, nonché arricchire la “cassetta degli attrezzi” di cui potrebbe avvalersi un Osservatorio sulla qualità normativa per l'analisi del contenzioso pubblico da istituire all'interno dell'Avvocatura dello Stato.

### *2. La MOA, il bilancio degli oneri e gli elenchi degli oneri introdotti ed eliminati.*

La MOA (1) consiste nella misurazione degli oneri amministrativi, cioè dei costi sostenuti da cittadini e imprese per rispettare gli adempimenti che comportino la raccolta, l'elaborazione, la produzione, la trasmissione e la conservazione di informazioni e documenti alla Pubblica Amministrazione (2).

Per le amministrazioni statali la MOA è stata introdotta in via sperimentale nel 2005 e in modo sistematico nel 2007, quando il Piano di azione per la

---

(\*) Dottore di ricerca in Diritto Pubblico dell'Economia presso l'Università degli Studi di Roma “La Sapienza”.

(1) In generale sulla MOA si veda C. IUVONE, *La misurazione e la riduzione degli oneri amministrativi nel contesto delle politiche di semplificazione*, in R. ZACCARIA (a cura di), *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, capitolo VIII La qualità della legislazione regionale, Grafo, Brescia, 2011, pp. 282-285; F. FERRONI, *La misurazione degli oneri amministrativi nelle politiche di better regulation europee*, in R. ZACCARIA (a cura di), *Fuga dalla legge?*, cit., pp. 286-290; F. SARPI, S. SALCI, *I risultati e le aspirazioni della misurazione degli oneri amministrativi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, n. 10, pp. 1072-1076.

(2) S. ANGELETTI, I. GRELLA, *La contabilità degli oneri amministrativi nelle pubbliche amministrazioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2018, n. 1, pp. 21 ss.; M. BENEDETTI, *La misurazione degli oneri amministrativi*, in A. NATALINI, F. SARPI, G. VESPERINI (a cura di), *Osservatorio Air. L'analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione*, Annuario 2013, ed. 2014, pp. 73 ss.

semplificazione e la qualità della regolazione ha recepito l'obiettivo di riduzione del 25% dei costi a carico delle imprese entro il 2012 fissato dal Consiglio europeo (3) e ha individuato le aree di regolazione sulle quali avviare la MOA (4). La metodologia impiegata nella MOA è quella dello SCM (Standard Cost Model) che prevede la misurazione degli oneri sia *ex ante*, nella forma dell'analisi degli effetti di nuove ipotesi di regolazione, sia *ex post*, come stima degli oneri introdotti ed eliminati attraverso l'attività di regolazione (5).

Il meccanismo di semplificazione collegato alla misurazione degli oneri amministrativi è stato messo a regime a livello statale con il c.d. "taglia oneri" introdotto dal d.l. n. 112/2008, convertito nella l. n. 133/2008 (6).

La l. n. 180/2011, recante lo Statuto delle imprese, ha previsto uno strumento di quantificazione degli oneri introdotti ed eliminati attraverso l'attività di regolazione, il c.d. "bilancio degli oneri" (7), che si configura come declinazione particolare della MOA.

Il bilancio degli oneri si basa sul principio di compensazione sancito dall'art. 8 dello Statuto delle imprese, in cui si stabilisce che per gli atti normativi e provvedimenti amministrativi a carattere generale che regolano l'esercizio di poteri autorizzatori, concessori o certificatori, nonché l'accesso ai servizi pubblici ovvero la concessione dei benefici, non possono essere introdotti nuovi oneri regolatori, informativi o amministrativi a carico di cittadini e imprese e altri soggetti privati senza contestualmente ridurre o eliminare altri oneri, per un pari importo stimato, con riferimento al medesimo arco temporale.

Si tratta della regola c.d. "one-in, one-out" diffusa a livello internazionale (8).

---

(3) Nel considerando n. 43 della direttiva n. 123/2006/CE, meglio nota come "Direttiva Bolkestein", attuata nell'ordinamento nazionale con il d.lgs. n. 59/2010, si osserva che "una delle principali difficoltà incontrate, in particolare dalle PMI, nell'accesso alle attività di servizi e nel loro esercizio, è rappresentata dalla complessità, dalla lunghezza e dall'incertezza giuridica delle procedure amministrative". La richiamata direttiva è volta a ridurre i vincoli procedurali e sostanziali gravanti sugli operatori commerciali, al fine di favorire la creazione di un regime comune inteso a dare concreta applicazione ai principi di libertà di stabilimento, libera prestazione di servizi, nonché di libera concorrenza.

(4) Le attività di misurazione sono coordinate dall'apposita *task force* dell'Ufficio per la semplificazione amministrativa del Dipartimento della funzione pubblica con l'assistenza tecnica dell'Istat.

(5) S. ANGELETTI, I. GRELLA, *La contabilità degli oneri amministrativi nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 23.

(6) L'art. 6 del d.l. n. 170/2011, convertito con modificazioni nella l. n. 106/2011, ha esteso la MOA alle Regioni, agli enti locali e alle autorità amministrative indipendenti e ha istituito nell'ambito della Conferenza unificata un Comitato paritetico per il coordinamento delle metodologie di misurazione e riduzione degli oneri.

(7) S. ANGELETTI, I. GRELLA, *La contabilità degli oneri amministrativi nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 22.

(8) Nel Regno Unito tale regola è stata introdotta dal 1° gennaio 2011. Essa è stata poi sostituita nel 2013 dalla regola "one-in, two-out", secondo cui si impone di compensare i costi introdotti con risparmi pari al doppio, con riguardo a tutte le misure adottate, ad eccezione delle norme tributarie, fiscali e di emergenza, delle norme di derivazione europea che non introducono *gold-plating* e di quelle che non hanno un impatto sulle imprese e sul terzo settore.



L'art. 8, co. 2-*bis*, della l. n. 180/2011, come introdotto dall'art. 3, co. 1, della l. n. 35/2012, dispone che il Dipartimento della funzione pubblica, a partire dalle relazioni delle amministrazioni sul bilancio degli oneri introdotti ed eliminati con gli atti normativi approvati nel corso dell'anno precedente, predisporre una relazione complessiva, contenente il bilancio annuale degli oneri amministrativi introdotti ed eliminati, che evidenzia il risultato con riferimento a ciascuna amministrazione. Inoltre si prevede che la suddetta relazione è comunicata al Dipartimento per gli Affari Giuridici e Legislativi (DAGL) della Presidenza del Consiglio dei Ministri e pubblicata sul sito istituzionale del Governo entro il 31 marzo di ciascun anno.

Si stabilisce altresì che il Dipartimento della funzione pubblica procede alla redazione della relazione complessiva sul bilancio degli oneri previa consultazione con le associazioni imprenditoriali e con le associazioni dei consumatori rappresentative a livello nazionale ai sensi del d.lgs. n. 206/2005, recante il Codice del Consumo. La consultazione permette alle amministrazioni di avere un riscontro sulla ricognizione dei provvedimenti che introducono ed eliminano oneri, di acquisire informazioni utili sull'entità degli oneri stimati, di colmare lacune e correggere errori nelle stime compiute. Mediante la consultazione le associazioni fungono da pungolo per le amministrazioni, concorrendo al miglioramento delle attività di monitoraggio e valutazione degli oneri esercitate dalle stesse (9).

L'analisi delle relazioni sul bilancio degli oneri predisposte dalle amministrazioni evidenzia un ridotto grado di attuazione della l. n. 180/2011: nel 2016 due amministrazioni centrali non hanno provveduto alla trasmissione della relazione sul bilancio degli oneri non solo entro il termine normativamente previsto (31 gennaio) (10) ma neppure entro il termine di redazione

---

In Canada la regola "one-for-one", equivalente a quella "one-in, one-out", è stata introdotta dal 1° aprile 2012. Essa è stata poi introdotta in Francia dal 1° luglio 2013, con la denominazione *moratoire "1 pour 1"*, in Portogallo con il D.L. n. 72 del 2 settembre 2014, in Germania a partire dal 1° luglio 2015. Al riguardo si veda Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della funzione pubblica, *Relazione complessiva contenente il bilancio annuale degli oneri amministrativi introdotti ed eliminati. Anno 2016*, Roma, 2017, pp. 2 ss.

Negli Stati Uniti l'Executive Order del Presidente Trump del 30 gennaio 2017, rubricato "Reducing Regulation and Controlling Regulatory Costs", ha introdotto il *budget regolatorio* e la regola "one-in, one-out", che prevede l'obbligo per le Agenzie di individuare per ogni nuova proposta regolatoria, almeno due norme esistenti da abrogare. Al riguardo si veda F. SARPI, *I primi passi della Regulatory Reform firmata Trump*, in *Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione, Rassegna trimestrale*, Roma, aprile 2017, pp. 6 ss.; A. RENDA, *One Step Forward, Two Steps Back? The New U.S. Regulatory Budgeting Rules in Light of the International Experience*, in *Journal of Benefit Cost Analysis*, Volume 8, Issue 3, pp. 291-304; S. KATZEN, *Benefit-Cost Analysis Should Promote Rational Decisionmaking*, in *The Regulatory Review*, 24 aprile 2018.

(9) S. ANGELETTI, I. GRELLA, *La contabilità degli oneri amministrativi nelle pubbliche amministrazioni*, p. 25.

(10) L'art. 8, co. 2, della l. n. 180/2011, come sostituito dall'art. 3, co. 1, della l. n. 35/2012, stabilisce che entro il 31 gennaio di ogni anno, le amministrazioni statali provvedono a trasmettere alla

della relazione complessiva da parte del Dipartimento della Funzione pubblica (31 marzo) (11). Le amministrazioni inadempienti sono state una nel 2015 e tre nel 2014.

Si riscontra poi che, in ordine ai contenuti, non tutti i bilanci degli oneri predisposti dalle amministrazioni presentano informazioni complete, riferite cioè alla stima degli oneri di tutti i provvedimenti adottati nell'anno, con la conseguenza che i saldi di bilancio risultano talvolta parziali e, quindi, potenzialmente fuorvianti. In particolare nel 2016 su otto amministrazioni che hanno presentato un bilancio degli oneri introdotti ed eliminati, tre di esse hanno proceduto alla stima degli oneri solo di alcuni dei provvedimenti adottati (12).

Allo scopo di far fronte a queste carenze nell'applicazione dello Statuto delle imprese, il Dipartimento della funzione pubblica ha previsto, già a partire dal 2014, dopo cioè solo un anno dall'entrata in funzione del bilancio degli oneri, una nota di aggiornamento alla relazione del bilancio per consentire alle amministrazioni di completare l'attività di stima e valutazione degli oneri. Tuttavia persistono ancora significative inadempienze, posto che una amministrazione centrale nel 2016 e nel 2015 e due nel 2014 non sono state in grado di predisporre la propria relazione di bilancio neppure entro "i tempi supplementari", la cui scadenza è stata individuata nel 31 maggio di ogni anno (13).

Parimenti la circostanza che solo in pochi casi le segnalazioni formulate dalle associazioni di imprese e cittadini consultate dal Dipartimento della funzione pubblica ai fini della redazione della relazione complessiva sul bilancio degli oneri (14) abbiano avuto un effettivo seguito, testimonia la scarsa atten-

---

Presidenza del Consiglio dei Ministri una relazione sul bilancio complessivo degli oneri amministrativi a carico di cittadini e imprese, introdotti o eliminati per effetto degli atti normativi adottati nell'anno precedente e oggetto di valutazione nelle relative analisi di impatto della regolamentazione.

(11) Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della funzione pubblica, *Relazione complessiva contenente il bilancio annuale degli oneri amministrativi introdotti ed eliminati. Anno 2016* (art. 8, comma 2 bis, legge 11 novembre 2011, n. 180), Roma, 2017, p. 13.

(12) Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della funzione pubblica, *Relazione complessiva contenente il bilancio annuale degli oneri amministrativi introdotti ed eliminati. Anno 2016* (art. 8, comma 2 bis, legge 11 novembre 2011, n. 180), *Nota di aggiornamento al 31 maggio 2017*, Roma, 2017, p. 6.

(13) Inoltre si rileva che negli anni 2014, 2015 e 2016 quattro amministrazioni hanno dichiarato di non avere né introdotto né eliminato oneri.

Nel complesso i bilanci degli oneri presentano un risultato negativo nel senso che mostrano la prevalenza degli oneri eliminati su quelli introdotti.

La consistenza degli oneri appare poi assai eterogenea, variando dai 753 milioni di euro di oneri eliminati per i cittadini dal Ministero della salute con le semplificazioni delle prescrizioni dei medicinali per il trattamento di patologie croniche ad opera dell'art. 26 del d.l. n. 90/2014, convertito con modificazioni nella l. n. 114/2014, ai 3.500 milioni di oneri introdotti dal Ministero della difesa nel 2015 per effetto del D.M. 11 maggio 2015, n. 82, recante la definizione dei criteri per l'accertamento dell'idoneità delle imprese ai fini dell'iscrizione all'albo delle imprese specializzate in bonifiche da ordigni esplosivi residuati bellici. Sul punto si veda S. ANGELETTI, I. GRELLA, *La contabilità degli oneri amministrativi nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 25.

zione rivolta dalle amministrazioni statali all'attività di misurazione degli oneri.

Un'ulteriore specificazione della MOA è costituita dalla previsione recata dall'art. 7 della l. n. 180/2011, che sancisce l'obbligo per le amministrazioni di pubblicare gli elenchi degli oneri introdotti ed eliminati (15) e che mira ad assicurare a cittadini e imprese la conoscibilità degli effetti dell'adozione dei singoli provvedimenti in termini di oneri introdotti ed eliminati (16). In quest'ottica la trasparenza è quindi funzionale alla semplificazione (17).

In particolare si prevede che i regolamenti ministeriali o interministeriali, nonché i provvedimenti amministrativi a carattere generale adottati dalle amministrazioni dello Stato al fine di regolare l'esercizio di poteri autorizzatori, concessori o certificatori, nonché l'accesso ai servizi pubblici ovvero la concessione dei benefici, devono recare in allegato l'elenco di tutti gli oneri informativi gravanti su cittadini e imprese introdotti o eliminati.

Inoltre all'art. 7 si dispone che i suindicati atti, che devono essere corredati dell'elenco degli oneri amministrativi introdotti ed eliminati, anche se pubblicati in Gazzetta Ufficiale, sono pubblicati sui siti istituzionali di ciascuna amministrazione secondo i criteri e le modalità definiti con apposito regolamento da emanare con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della l. n. 180/2011, cioè dal 15 novembre 2011.

La pubblicazione degli elenchi degli oneri, nella forma prevista dal D.P.C.M. n. 252/2012, è effettuata contestualmente all'adozione dei provvedimenti adottati dalle amministrazioni statali in modo tutt'altro che sistematico (18): nel 2016 i provvedimenti che hanno introdotto, modificato o eliminato

(14) S. ANGELETTI, I. GRELLA, *La contabilità degli oneri amministrativi nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 24.

(15) S. ANGELETTI, I. GRELLA, *La contabilità degli oneri amministrativi nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 23, in cui si osserva che con la previsione dell'obbligo per le amministrazioni di pubblicazione degli elenchi degli oneri introdotti ed eliminati, l'Italia si è allineata alle migliori pratiche internazionali in tema di *better regulation*, affiancando all'attività di misurazione degli oneri svolta sulla regolazione esistente il controllo degli adempimenti di nuova introduzione che necessitano di essere attentamente monitorati, poichè rischiano di mettere a repentaglio il mantenimento dei risultati raggiunti mediante gli interventi di semplificazione già realizzati.

(16) S. ANGELETTI, I. GRELLA, *La contabilità degli oneri amministrativi nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 23.

(17) La trasparenza sui procedimenti amministrativi costituisce di per sé uno strumento di riduzione degli oneri, nella misura in cui concorre ad abbattere una specifica attività, quella della "comprensione degli adempimenti", che rappresenta una componente degli oneri informativi gravanti su cittadini e imprese e che si riferisce al tempo speso dall'impresa o ai costi sostenuti per il ricorso ad intermediari per comprendere quale è la disciplina in vigore, quali sono le fasi della procedura da avviare e quali sono gli obblighi informativi da rispettare. Al riguardo si veda FORMEZ, *Linee guida per la misurazione di tempi e oneri nelle amministrazioni regionali*, Roma, 2011, p. 28.

(18) Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della funzione pubblica, *Relazione sullo stato di attuazione delle disposizioni in materia di riduzione e trasparenza degli adempimenti amministrativi a carico di cittadini e imprese*. Anno 2015, Roma, 2016, p. 4.

oneri, per i quali sono stati pubblicati i relativi elenchi, ammontano a circa uno su quattro (14 su 58) (19). In particolare si registra un peggioramento rispetto agli anni precedenti, in cui i provvedimenti corredati dell'elenco degli oneri erano oltre la metà del totale, rispettivamente 39 su 70 nel 2015 e 40 su 70 nel 2014.

Emerge la tendenza delle amministrazioni ad assolvere alle prescrizioni dettate dall'art. 7 dello Statuto delle imprese in termini scolastici secondo la logica del mero adempimento (20). Ciò è dimostrato dal fatto che gli elenchi degli oneri, ove pubblicati, si riferiscono, salvo rare eccezioni, a singoli provvedimenti. Al contrario, alcuni dei provvedimenti, spesso adottati nello stesso anno solare, sono connessi tra loro in relazione agli oneri che introducono o eliminano: un esempio tipico è quello di un decreto ministeriale che prevede oneri a carico di cittadini e imprese introdotti o eliminati disciplinati da un successivo provvedimento cui espressamente rinvia (un decreto direttoriale, una circolare). L'analisi svolta dal Dipartimento della Funzione pubblica ha evidenziato la presenza di 17 casi su 138 provvedimenti censiti nel 2015, e di 15 casi su 126 censiti nel 2016, di due o più provvedimenti correlati tra loro che intervengono ad introdurre e a eliminare oneri.

Lo Statuto delle imprese stabilisce che la pubblicazione degli elenchi degli oneri introdotti ed eliminati avvenga contemporaneamente alla pubblicazione dei provvedimenti sulla Gazzetta Ufficiale. Tuttavia alcuni provvedimenti sono pubblicati dalle amministrazioni sulla Gazzetta Ufficiale solo per "comunicato", circostanza, quest'ultima, che potrebbe essere strumentalizzata per eludere l'adempimento della pubblicazione degli elenchi degli oneri (21). Invero si attesta che al comunicato sulla Gazzetta Ufficiale fa seguito la pubblicazione del provvedimento sul sito istituzionale dell'amministrazione, corredato però dell'elenco degli oneri solo nel 50% dei casi nel 2014 (per 2 provvedimenti su 4) e nel 2015 (per 9 provvedimenti su 18). Un miglioramento si registra nel 2016, anno in cui su 6 provvedimenti pubblicati in Gazzetta ufficiale per comunicato, 5 sono stati pubblicati sul sito *web* dell'amministrazione corredati dell'elenco degli oneri (22).

---

(19) Nella Relazione del Dipartimento della funzione pubblica sullo stato di attuazione delle disposizioni in materia di riduzione e trasparenza degli adempimenti amministrativi a carico di cittadini e imprese, per l'anno 2016, a pp. 8-9, si rileva, con riguardo alla pubblicazione degli oneri introdotti e eliminati che "L'attuazione di questo strumento di monitoraggio e trasparenza non ha ancora consentito, a cinque anni dalla sua introduzione, il raggiungimento dell'obiettivo di assicurare la piena conoscibilità dei nuovi oneri per i cittadini e le imprese e non ha prodotto impatti sostanziali in termini di semplificazione degli adempimenti e di riduzione degli oneri informativi per i cittadini e le imprese".

(20) S. ANGELETTI, I. GRELLA, *La contabilità degli oneri amministrativi nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 26.

(21) S. ANGELETTI, I. GRELLA, *La contabilità degli oneri amministrativi nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 26.

(22) In generale non si riscontra la piena conformità delle amministrazioni alla normativa sulla

Il d.lgs. n. 97/2016 ha abrogato l'art. 34 del d.lgs. n. 33/2013, abolendo l'obbligo per le amministrazioni di pubblicazione sui propri siti istituzionali degli elenchi degli oneri introdotti ed eliminati. Dinanzi all'incertezza della legislazione statale, la quale ha ingenerato il dubbio se la misura di semplificazione degli obblighi di trasparenza in materia di oneri che comporta il superamento della pubblicazione degli elenchi sui siti istituzionali delle amministrazioni, introdotta dal d.lgs. n. 97/2016, si estenda o meno all'analoga disposizione dello Statuto delle imprese, si è chiarito che tale modifica normativa non incide sulla disciplina sostanziale la cui fonte rimane l'art. 7 della l. n. 180/2011 (23).

Tuttavia, a seguito dell'introduzione della nuova disciplina in materia di trasparenza, le amministrazioni hanno operato scelte diverse. La Presidenza del Consiglio dei Ministri ha ritenuto opportuno eliminare dalla sezione "Trasparenza", la sottosezione "Oneri per cittadini e imprese"; il Ministero dell'Economia e delle Finanze (24) ha mantenuto la sottosezione ma ha continuato ad aggiornare solo la parte dello scadenziario degli oneri. Altre amministrazioni hanno scelto di conservare la sottosezione ma non di aggiornarla, rendendo nota l'abolizione dell'obbligo della pubblicazione degli elenchi per effetto dell'abrogazione dell'art. 34 del d.lgs. n. 33/2013 ad opera del d.lgs. n. 97/2016 (25). Solo il Ministero dello Sviluppo economico ha continuato a dare conto degli effetti in termini di oneri della propria attività di regolazione su cittadini e imprese, trasformando la sottosezione "Oneri per cittadini e imprese" nella sottosezione denominata "Oneri introdotti ed eliminati" (26), che riporta gli elenchi degli oneri associati ai nuovi provvedimenti normativi, distinti per anno e per unità organizzativa che li adotta. L'abbandono da parte delle amministrazioni della pratica della pubblicazione sui propri siti istituzionali dell'elenco degli oneri introdotti ed eliminati mostra il ridotto interesse delle stesse rispetto al tema dell'*accountability* degli oneri (27).

---

pubblicazione degli elenchi degli oneri introdotti ed eliminati, contenuta nella l. n. 180/2011: nel 2015 per meno di 1 provvedimento su 4 (23%) è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale l'elenco degli oneri introdotti ed eliminati, mentre per quasi 2 provvedimenti su 2 (59%) sono stati pubblicati i suddetti elenchi sul sito *web* dell'amministrazione. I casi di elenchi degli oneri introdotti ed eliminati pubblicati sia in Gazzetta ufficiale che sul sito istituzionale dell'amministrazione sono pari al 18%. Nel 2016 solo per 1 provvedimento su 7 (14%) sono stati pubblicati gli elenchi degli oneri in Gazzetta Ufficiale.

(23) Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione Pubblica, *Relazione sullo stato di attuazione delle disposizioni in materia di riduzione e trasparenza degli adempimenti amministrativi a carico di cittadini e imprese*, Anno 2016, Roma, 2017, p. 8.

(24) La medesima condotta è stata seguita dal Ministero dell'interno, dal Ministero della difesa, dal Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca.

(25) Ministero delle politiche agricole e forestali, Ministero della salute, Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, Ministero della giustizia, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo.

(26) La sottosezione è inserita nell'area "Trasparenza" ma è collocata all'interno della sezione "Atri contenuti. Dati ulteriori".

La MOA ha prodotto in Italia risultati significativi ma al di sotto delle aspettative elevate di cittadini e imprese, che avevano ravvisato in essa uno strumento per la “riduzione della burocrazia”, a causa del ridotto livello di *compliance* delle amministrazioni alla l. n. 180/2011, dovuto anche alla scarsa percezione da parte delle stesse dell’utilità di tale strumento di *better regulation* (28). La MOA, originariamente concepita come istituto di semplificazione, ha prodotto a sua volta una “burocrazia della misurazione degli oneri” (29), poiché le attività di valutazione e monitoraggio in cui essa si sostanzia richiedono per essere presidiate uffici dedicati appositamente a tali funzioni, relazioni annuali da presentare e programmi da definire (30).

Inoltre emergono alcune criticità della MOA.

In primo luogo si registra una notevole complessità e una conseguente difficoltà nell’attività di misurazione degli oneri. Gli oneri di cui si intende dare una rappresentazione quantitativa devono essere calcolati sia in termini di *stock* che di flusso, sia in relazione ai singoli provvedimenti che al complesso di quelli che disciplinano uno specifico settore di intervento di politica pubblica (31).

Inoltre sussiste il problema riguardante la determinazione dell’equivalente monetario (32). Invero la misurazione degli oneri richiede il ricorso ad un *mix* di tecniche e metodologie diverse, da individuare in relazione alla differente natura degli stessi oneri, che possono assumere la forma della “perdita di tempo” da valorizzare in termini monetari delle ore/lavoro dei dipendenti dell’impresa o dei consulenti, ai quali quest’ultima si trova costretta a ricorrere per rispondere concretamente alle richieste della Pubblica Amministrazione (33).

---

(27) Gli elenchi degli oneri introdotti ed eliminati e il bilancio degli oneri perseguono in astratto l’obiettivo di obbligare le amministrazioni a rendere conto degli oneri derivanti dai provvedimenti adottati, responsabilizzandole e dissuadendole dall’imporre oneri eccessivi o sproporzionati. Sul punto si veda S. ANGELETTI, I. GRELLA, *La contabilità degli oneri amministrativi nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 23.

(28) S. ANGELETTI, I. GRELLA, *La contabilità degli oneri amministrativi nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 27.

(29) L’assenza di un chiaro *commitment* politico ha portato le amministrazioni statali a considerare le disposizioni dello Statuto delle imprese sul bilancio degli oneri e sulla pubblicazione degli oneri introdotti ed eliminati un inutile appesantimento procedurale. Al riguardo si veda MONDO PA, *Il fallimento delle norme sulla valutazione degli oneri amministrativi*, in <http://www.mondopa.it/news.aspx?news=288>; A. CHERCHI, *Se le semplificazioni rimangono una bandiera*, in *Il Sole 24 Ore*, 1° settembre 2014.

(30) A. CHERCHI, *Se le semplificazioni rimangono una bandiera*, cit.

(31) S. ANGELETTI, I. GRELLA, *La contabilità degli oneri amministrativi nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 28.

(32) Sulla questione relativa alla determinazione dell’equivalente monetario nell’ambito della misurazione degli oneri si veda C.R. SUNSTEIN, *Simpler: The Future of Government*, Simon and Schuster, New York, 2013, traduzione italiana, *Semplice. L’arte del governo nel terzo millennio*, Feltrinelli, Milano, 2014, pp. 215 ss.

(33) La quantificazione dei costi dei singoli adempimenti è stata agevolata grazie all’adozione con il D.P.C.M. del 25 gennaio 2013 di un tariffario, che prevede fattori di conversione del tempo speso per adempiere all’obbligo informativo in costo monetario. Permane la difficoltà nella stima della popo-

In secondo luogo l'ambito di applicazione del bilancio degli oneri introdotto in Italia è limitato, dato che attualmente sono esclusi dallo stesso gli obblighi di natura fiscale, ossia quelli che consistono nel versamento di somme di denaro a titolo di imposte di varia natura e gli obblighi che discendono dall'adeguamento di comportamenti, di processi produttivi o di prodotti, quali ad esempio quelli concernenti l'adozione di misure di prevenzione in materia di salute e sicurezza sul lavoro.

Come rilevato dalle associazioni imprenditoriali e dalle associazioni dei consumatori, l'esclusione dal bilancio degli oneri dei provvedimenti in materia di fisco inficia pesantemente la significatività dello strumento, poiché rende invisibile una delle principali fonti di oneri per le imprese e i cittadini (34). Con riferimento al bilancio degli oneri, si è quindi osservato criticamente che esso si configura come un bilancio "a metà" (35).

Pertanto si evidenzia la necessità di estendere l'ambito oggettivo di applicazione del bilancio degli oneri ai provvedimenti in materia di fisco.

In terzo luogo non appare sufficiente un unico presidio della misurazione e della valutazione degli oneri amministrativi collocato presso gli Uffici legislativi dei Ministeri, né l'ampliamento e il potenziamento delle sole competenze del personale di questi uffici, in ragione della varietà dei provvedimenti che introducono ed eliminano oneri, adottati ai vari livelli organizzativi. Ciò si giustifica in ragione del fatto che per gestire la misurazione degli oneri amministrativi sono necessarie competenze ulteriori e diverse rispetto a quelle strettamente giuridiche, che risultano ancora prevalenti (36).

In definitiva occorre rilanciare la MOA attraverso la semplificazione dell'attività di misurazione, l'ampliamento della rilevanza informativa, il rafforzamento delle competenze e della capacità amministrativa (37).

L'attività della misurazione degli oneri deve essere "significativa" e "selettiva", in modo da rendere i contenuti informativi prodotti rilevanti per i cittadini e le imprese ma anche per le stesse amministrazioni. In questo senso si può prevedere l'esclusione dal bilancio degli oneri degli adempimenti a "basso impatto", fissando soglie minime per la popolazione a cui gli oneri amministrativi si riferiscono e per i relativi costi unitari, al di sotto delle quali non oc-

---

lazione di riferimento, cioè del numero di cittadini e di imprese interessati dall'introduzione o dall'eliminazione degli oneri. Sul punto si veda S. ANGELETTI, I. GRELLA, *La contabilità degli oneri amministrativi nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 24.

(34) S. ANGELETTI, I. GRELLA, *La contabilità degli oneri amministrativi nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 31.

(35) S. ANGELETTI, I. GRELLA, *La contabilità degli oneri amministrativi nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 22.

(36) SS. ANGELETTI, I. GRELLA, *La contabilità degli oneri amministrativi nelle pubbliche amministrazioni*, cit., pp. 30-31.

(37) S. ANGELETTI, I. GRELLA, *La contabilità degli oneri amministrativi nelle pubbliche amministrazioni*, cit., pp. 29-32.

correrebbe procedere nella stima degli oneri (38). Potrebbero poi essere esclusi dal bilancio gli oneri derivanti da adempimenti facoltativi finalizzati a ottenere benefici, come quelli riferiti a domande di sussidi e contributi (39).

Inoltre si sottolinea la necessità di estendere l'ambito soggettivo di applicazione del bilancio degli oneri, oltre alle amministrazioni centrali che adottano provvedimenti, anche ad amministrazioni diverse, che spesso hanno il compito di specificare in provvedimenti attuativi gli oneri introdotti ed eliminati. Sotto questo profilo appare paradigmatico l'esempio del Codice degli appalti di cui al d.lgs. n. 50/2016 che, ai fini della sua attuazione, rimanda alle Linee Guida dell'ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione) (40).

Allo scopo di accrescere la portata informativa del bilancio degli oneri, è necessario altresì evidenziare, in sede di recepimento delle direttive comunitarie, l'introduzione da parte del legislatore nazionale di oneri e adempimenti ulteriori rispetto a quelli previsti dal regolatore comunitario (c.d. "gold plating") (41).

Occorre poi proiettare l'attività di misurazione degli oneri in una prospettiva pluriennale in modo da consentire una visione retrospettiva che è indispensabile per verificare "il cumulo degli adempimenti" ed evitare il rischio che i provvedimenti attuativi di norme rilevanti in termini di oneri introdotti ed eliminati "sfuggano" al bilancio (42).

Inoltre alcune azioni di miglioramento della misurazione degli oneri amministrativi possono essere promosse dal Dipartimento della funzione pubblica in sede di attuazione del Programma Operativo Nazionale (PON) "Governance e capacità istituzionale 2014-2020", che prevede il rafforzamento delle risorse destinate dalle amministrazioni alla semplificazione delle procedure e alla riduzione degli oneri amministrativi. Al fine di conseguire l'obiettivo specifico della riduzione degli oneri regolatori, il Dipartimento della funzione pubblica ha progettato e realizzato sia interventi di affiancamento alle amministrazioni tesi ad aumentare la capacità, ai diversi livelli di governo, di elaborare e attuare proposte di semplificazione e monitorare gli effetti, sia iniziative volte ad accrescere le conoscenze e le competenze dei singoli, mediante la promozione di "reti di semplificatori" e "centri di competenza" (43).

---

(38) S. ANGELETTI, I. GRELLA, *La contabilità degli oneri amministrativi nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 30.

(39) S. ANGELETTI, I. GRELLA, *La contabilità degli oneri amministrativi nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 30.

(40) S. ANGELETTI, I. GRELLA, *La contabilità degli oneri amministrativi nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 31.

(41) S. ANGELETTI, I. GRELLA, *La contabilità degli oneri amministrativi nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 32.

(42) S. ANGELETTI, I. GRELLA, *La contabilità degli oneri amministrativi nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 32.

(43) S. ANGELETTI, I. GRELLA, *La contabilità degli oneri amministrativi nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 31.



Nell'ottica di elevare il grado di *compliance* delle amministrazioni allo Statuto delle imprese, appare poi opportuno ripensare il sistema sanzionatorio predisposto per garantire l'osservanza delle disposizioni in materia di misurazione degli oneri. In particolare sarebbe consigliabile prevedere l'applicazione di sanzioni reputazionali per le amministrazioni che adempiono agli obblighi di misurazione degli oneri amministrativi solo parzialmente o in modo eminentemente formale, nonché stabilire per i pubblici dipendenti che l'assolvimento dei suddetti adempimenti sia oggetto di misurazione della *performance* e, quindi, di valutazione (44).

Emerge poi l'esigenza di coordinare la MOA, il bilancio degli oneri e l'elenco degli oneri introdotti ed eliminati, con gli altri strumenti di *better regulation* (45) e, in particolare, con l'AIR (46). Come rilevato dal Consiglio di Stato nel parere Numero Affare 807/2017, il nuovo regolamento AIR, recato dal D.P.C.M. n. 169/2017 (47), pur menzionando nel Preambolo la l. n. 180/2011, si rivela carente nella misura in cui non enfatizza, in una dimensione applicativa, il meccanismo compensativo previsto dal bilancio degli oneri in sede di analisi di impatto della regolamentazione.

### 3. L'AIRC.

Un altro strumento utile per valutare gli effetti economici della regolazione è costituito dall'Analisi di Impatto della Regolazione sulla Concorrenza (AIRC), che può essere definita come quella sezione dell'AIR finalizzata a definire gli effetti prodotti da una certa regolamentazione sul livello di concorrenza in un certo settore o mercato da essa regolato (48).

Rispetto all'AIR, però, l'AIRC richiede un'analisi più approfondita, dato

---

(44) S. S. ANGELETTI, I. GRELLA, *La contabilità degli oneri amministrativi nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 31.

(45) S. SALVI, *La misurazione e la riduzione degli oneri regolatori: verso un allineamento alle migliori pratiche europee*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, n. 7, pp. 696-701.

(46) Ai sensi dell'art. 14, co. 1 e 2, della l. n. 246/2005, l'Air consiste nella valutazione *ex ante* degli effetti di ipotesi di intervento normativo ricadenti sull'attività dei cittadini e delle imprese, nonché sull'organizzazione e sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni, mediante comparazioni di opzioni alternative, e costituisce un supporto alla decisione dell'organo politico di vertice dell'amministrazione in ordine all'opportunità dell'adozione della proposta normativa.

(47) Consiglio di Stato, Numero Affare 00807/2017. Oggetto: Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi - Schema di decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri recante "Disciplina sull'analisi di impatto della regolamentazione, la verifica dell'impatto della regolamentazione e la consultazione", Roma, 2017, 39-40.

Nel summenzionato parere, a pag. 9, il Consiglio di Stato ha sottolineato la necessità di valorizzare il *regulatory budget*, che costituisce "un meccanismo utilissimo per il controllo sugli oneri regolatori, informativi e amministrativi". Già nel parere n. 515 del 2016, il Consiglio di Stato aveva riconosciuto il ruolo del bilancio degli oneri quali strumento idoneo ad accrescere la qualità della normazione.

(48) G. MAZZANTINI, *L'analisi di impatto della regolazione sulla concorrenza*, in F. CACCIATORE e F. DI MASCO (a cura di), *Osservatorio Air: L'analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione*, Annuario 2015, ed. 2016, p. 83.

che non si limita a verificare che la misura proposta sia giustificata, in quanto nel complesso i benefici superano i costi, ma è volta anche ad accertare quale sia il livello di restrizione ottimale della concorrenza ai fini del conseguimento dell'obiettivo politico prefissato. In altri termini, l'AIRC ha la funzione di selezionare, tra le molteplici opzioni regolatorie, quella caratterizzata dalla minore intrusività sui naturali meccanismi di libero mercato, attribuendo uno specifico rilievo all'impatto sulla dinamica competitiva (49).

L'AIRC è uno strumento di *better regulation ex ante* che consente al regolatore di limitare le restrizioni alla concorrenza. In particolare devono essere eliminate le restrizioni inconsapevoli, cioè le restrizioni introdotte involontariamente dal regolatore senza che ne sussista un'effettiva necessità, e le restrizioni consapevoli introdotte per tutelare la rendita e la posizione di gruppi di interesse costituiti e *incumbent*. In sostanza bisogna limitare le restrizioni concorrenziali a quelle effettivamente necessarie, cioè alle restrizioni introdotte volutamente per tutelare interessi generali, costituzionalmente rilevanti e compatibili con l'ordinamento comunitario (50).

La considerazione riservata nell'AIRC agli effetti della regolazione sulla concorrenza si fonda sulla convinzione che l'economia di mercato, basata sulla libera concorrenza, permetta di raggiungere il più ampio benessere collettivo possibile, tanto che, laddove la concorrenza debba essere sacrificata, "si è venuto rafforzando [...] il dovere delle autorità pubbliche di giustificare l'adozione e il mantenimento di misure di regolazione dei mercati aventi contenuti ed effetti generali" (51).

L'attenzione sull'AIRC è stata posta dall'Ocse e dalla Commissione europea nell'ambito della loro attività di promozione e diffusione dei principi di *better regulation*. Nel 2011 l'Ocse ha elaborato un Manuale per la valutazione dell'impatto concorrenziale della regolazione che individua una metodologia generale utile, da un lato, ad identificare le restrizioni eccessivamente intrusive e non giustificate e, dall'altro, a sviluppare politiche economiche alternative meno restrittive, ma ugualmente efficaci rispetto agli obiettivi perseguiti dai *policy makers* (52). Nel 2015 la Commissione europea ha elaborato le *Better Regulation Guidelines* che, all'interno della procedura di AIR, prevedono uno specifico *focus* sulla stima degli effetti prodotti dalle regolamentazioni sulla concorrenza (53).

Con riguardo all'introduzione dell'AIRC in Italia va rilevato che l'art. 6,

---

(49) Sul punto sia consentito rinviare a M. GIACHETTI FANTINI, *La regolazione proconcorrenziale come nuovo paradigma della disciplina pubblica dell'economia*, in *Scritti in onore di Claudio Rossano*, Jovene, Napoli, 2013, p. 2124.

(50) G. MAZZANTINI, *L'analisi di impatto della regolazione sulla concorrenza*, cit., pp. 84-85.

(51) M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 99.

(52) Il suddetto Manuale si compone di due volumi: il primo contenente i principi di valutazione dell'impatto concorrenziale, il secondo contenente le linee guida per la valutazione dell'impatto concorrenziale. Al riguardo si veda OCSE, *Competition assessment toolkit*, Parigi, OECD Publishing, 2011, Vol. I e II.

co. 2, della l. n. 180/2011, nel modificare l'art. 14 della l. n. 246/2005, ha aggiunto un periodo al primo comma della suddetta disposizione, in cui si prevede esplicitamente che “nell'individuazione e comparazione delle opzioni le amministrazioni competenti tengono conto della necessità di assicurare il corretto funzionamento concorrenziale del mercato e la tutela della libertà individuali”. Inoltre è stato inserito il comma 5-*bis*, a tenore del quale “la relazione Air [...] dà conto, tra l'altro, in apposite sezioni, della valutazione dell'impatto sulle piccole e medie imprese e degli oneri informativi e dei relativi costi amministrativi, introdotti o eliminati a carico di cittadini e imprese” (54).

Il contenuto delle suindicate disposizioni è stato sostanzialmente riprodotto nella direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 16 gennaio 2013 che, in sede di aggiornamento del modello di AIR, ha specificato che le opzioni regolatorie alternative a quella proposta dall'Amministrazione devono “assicurare il corretto funzionamento concorrenziale del mercato e la tutela delle libertà individuali”, mentre all'opzione prescelta deve essere dedicata un'intera sezione che valuti l'incidenza sul corretto funzionamento concorrenziale del mercato e sulla competitività del Paese. Come specificato nell'allegato A della direttiva, “la sezione dà conto della coerenza e compatibilità dell'opzione prescelta con il corretto funzionamento concorrenziale dei mercati, anche utilizzando delle apposite liste di controllo analitico (*check lists*) volte a prevenire possibili distorsioni della concorrenza derivanti dall'intervento di regolazione.

Tali liste devono consentire di rispondere in modo puntuale alle seguenti domande:

- la norma/regolazione limita il numero o la tipologia dei fornitori di un determinato bene o servizio (restrizioni all'accesso)?
- la norma/regolazione riduce le possibilità competitive dei fornitori (restrizioni dell'attività)?
- la norma/regolazione riduce gli incentivi dei fornitori a competere (restrizioni delle possibilità competitive)?

L'art. 8 del nuovo regolamento AIR, recato dal D.P.C.M. n. 169/2017 che

---

(53) Commissione europea, Staff Working Document, *Better regulation Guidelines*, 19 maggio 2015, SWD (2015) 111 final, Strasbourg.

(54) L'introduzione della valutazione preventiva degli oneri amministrativi in sede di analisi di impatto della regolamentazione, prevista dall'art. 14 della l. n. 246/2005 come modificato dall'art. 6 della l. n. 180/2011, è rimasta sostanzialmente lettera morta. La qualità tendenzialmente bassa della relazione di Air condiziona la relazione sul bilancio degli oneri, dal momento che l'analisi di impatto della regolamentazione rappresenta la base di partenza per la misurazione degli oneri amministrativi. Al riguardo si veda Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della funzione pubblica, *Relazione complessiva contenente il bilancio annuale degli oneri amministrativi introdotti ed eliminati. Anno 2015 (art. 8, comma 2 bis, legge 11 novembre 2011, n. 180)*, Roma, 2016, p. 14; Consiglio di Stato, Numero Affare 00807/2017. Oggetto: Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi - Schema di decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri recante “*Disciplina sull'analisi di impatto della regolamentazione, la verifica dell'impatto della regolamentazione e la consultazione*”, Roma, 2017, p. 9.

ha abrogato il D.P.C.M. n. 170/2008, prevede, al co. 2, lett. f), che una delle fasi in cui si articola l’AIR è “la comparazione delle opzioni attuabili, valutandone e, ove possibile, quantificandone i principali impatti di natura sociale, economica, ambientale e territoriale”. Inoltre si dispone che “la valutazione tiene conto degli effetti sulle PMI, degli oneri amministrativi, degli effetti sulla concorrenza e del rispetto dei livelli minimi di regolazione europea”.

L’art. 7 del nuovo regolamento AIR prevede che il DAGL possa autorizzare l’esenzione dall’AIR in relazione al ridotto impatto dell’intervento in presenza di condizioni, congiuntamente considerate ma individualmente motivate, consistenti, tra le altre, nella limitata incidenza sugli assetti concorrenziali del mercato (lett. d). In proposito va rilevato che è stata accolta l’osservazione espressa nel parere n. 807 del 7 giugno 2017 dal Consiglio di Stato, ad avviso del quale, a rigor di logica, il primo periodo del comma 1 dell’art. 7 del nuovo regolamento AIR, ponendo quale presupposto della richiesta di esenzione dall’AIR il “ridotto impatto dell’intervento”, rende superflua la previsione di cui al comma 2 dello stesso articolo, che esclude l’esenzione per iniziative normative con un “significativo impatto concorrenziale”.

In Italia si assiste ad un’“esternalizzazione” dell’AIRC da parte dei regolatori che affidano per competenza questo specifico tipo di analisi all’Autorità garante della concorrenza e del mercato. L’Antitrust è chiamata dunque a svolgere un ruolo di consulente esterno delle amministrazioni pubbliche sul tema dell’analisi di impatto della regolamentazione sulla concorrenza (55).

L’Autorità garante della concorrenza e del mercato ha pubblicato nel 2007 le linee guida sull’AIRC. Esse sono contenute in un documento che riporta un caso di studio basato sulla collaborazione con la Regione Toscana che, nel 2006, ha sottoposto ad AIRC, con la consulenza dell’Antitrust, un disegno di legge regionale che avrebbe dovuto regolamentare la possibilità per i veterinari di allestire presso i propri studi medici i c.d. “pet corner”, vale a dire degli spazi riservati alla vendita al pubblico di beni inerenti la salute degli animali.

Tuttavia tali linee guida risultano datate e necessiterebbero di un aggiornamento.

Comunque alla luce dell’esperienza realizzata in collaborazione con la Regione Toscana, l’Autorità garante della concorrenza e del mercato ha elaborato alcune raccomandazioni intese ad assicurare ai *policy makers* una maggiore fruibilità dell’AIRC. La prima raccomandazione consiste nell’applicare l’AIRC, non alla proposta normativa nella sua interezza, bensì ai singoli capi in cui essa si articola, i quali possono presentare criticità diverse sotto il profilo concorrenziale. La seconda raccomandazione attiene allo svolgimento del-

---

(55) G. MAZZANTINI, *L’analisi di impatto della regolazione sulla concorrenza*, in F. CACCIATORE e F. DI MASCO (a cura di), *Osservatorio Air; L’analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione*, cit., p. 86.

l'AIRC nella fase di individuazione dei capi di legge, ed alla conseguente identificazione in tale stadio di avanzamento della proposta normativa del momento più opportuno ai fini dell'effettuazione della valutazione di impatto concorrenziale. La terza raccomandazione riguarda la previsione di un monitoraggio *ex post* sui risultati dell'AIRC, cioè di una valutazione delle ricadute delle modifiche normative introdotte sul sistema economico, intesa a perfezionare l'*expertise* acquisito in vista di future applicazioni di tale strumento a nuovi provvedimenti (56).

Inoltre è necessario rilevare che l'art. 21 *bis* della l. n. 287/1990, come introdotto dall'art. 35 del d.l. n. 201/2011, convertito con modificazioni nella l. n. 214/2011, attribuisce un nuovo potere all'Autorità garante della concorrenza e del mercato legittimandola ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti e i provvedimenti di qualsiasi pubblica amministrazione che siano in contrasto con le norme a tutela della concorrenza e del mercato.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette entro sessanta giorni un parere motivato nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura di Stato, ricorso al giudice amministrativo entro i successivi trenta giorni (57).

---

(56) In proposito sia consentito rinviare a M. GIACHETTI FANTINI, *La regolazione proconcorrenziale come nuovo paradigma della disciplina pubblica dell'economia*, cit., pp. 2140-2141.

(57) Il riconoscimento all'Antitrust di un'eccezionale legittimazione a ricorrere dinanzi agli organi della giustizia amministrativa si inquadra nell'ottica di una potenziale «oggettivizzazione» del processo amministrativo volta ad assicurare una più intensa forma di tutela dell'interesse generale della libera concorrenza, in cui si consolida il ruolo del giudice amministrativo come «giudice naturale dell'interesse pubblico dell'economia», ovvero come «giudice regolatore del mercato». Cfr. A. ARGENTATI, *Concorrenza e liberalizzazioni*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2012, n. 1, pp. 13 ss.; R. CIFARELLI, *Verso un nuovo protagonismo delle Autorità indipendenti?*, 2012, su [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it), pp. 1 ss.; F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità indipendenti*, in *Federalismi.it*, 2012, n. 12, su [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), pp. 1 ss.; M. CLARICH, *I nuovi poteri affidati all'Antitrust*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, pp. 117-118; A. HEIMLER, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato e i decreti del Governo Monti*, in *Mercato concorrenza regole*, 2012, n. 2, pp. 367 ss.; M. LIBERTINI, *I nuovi poteri della Autorità Antitrust*, in *Federalismi.it*, 2011, n. 24, su [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), pp. 1 ss.; G. NAPOLITANO, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, n. 3, pp. 229 ss.; R. POLITI, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'Agcm ex art. 21-bis della legge 287/1990*, in *Federalismi.it*, 2012, n. 12, su [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), pp. 1 ss.; P. QUINTO, *Un pubblico ministero nel processo amministrativo*, 2011, su [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), pp. 1 ss.; Id., *L'art. 35 del decreto Monti e il Codice del processo amministrativo*, 2011, su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), p. 2; Id., *Le imprese protagoniste nel processo amministrativo*, 2012, su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), p. 1; M.A. SANDULLI, *Il processo davanti al giudice amministrativo nelle novità legislative della fine del 2011*, in *Federalismi.it*, 2012, n. 4, su [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), p. 4; Id., *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287 del 1990*, su *Federalismi.it*, 2012, n. 12, su [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), p. 1 ss.

Si tratta di un particolare caso di difesa in giudizio da parte dell'Avvocatura dello Stato di un'Autorità amministrativa indipendente, quale è l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in sede di impugnazione di atti potenzialmente distorsivi della concorrenza adottati da una pubblica amministrazione.

Nella prassi la valutazione degli effetti economici delle norme appare ancora deficitaria (58). Come si evince dalla Relazione sullo stato di attuazione dell'AIR per l'anno 2015, fra i limiti che ancora si riscontrano nelle relazioni di AIR si rileva un'eccessiva enfasi sulle motivazioni giuridiche piuttosto che sugli aspetti sostanziali (socio-economici) che giustificano l'intervento, accompagnata da una debole attenzione agli impatti dell'intervento pubblico, anche solo in termini di quantificazione dei destinatari diretti e indiretti.

Nella relazione sullo stato di attuazione dell'AIR per l'anno 2016, si evidenziano difficoltà nell'analisi degli effetti concorrenziali e carenze nella valutazione degli oneri amministrativi introdotti o eliminati e in ordine agli impatti degli interventi normativi sulle piccole medie imprese.

#### *4. Il contributo dell'analisi economica del diritto per la valutazione del contenzioso pubblico.*

L'analisi economica del diritto può offrire un valido contributo per la valutazione del contenzioso pubblico.

È opportuno premettere che l'analisi economica del diritto "richiede [...] di avvicinarsi al problema giuridico con la mentalità e gli strumenti dell'economista, offrendo in cambio un promettente bagaglio di opportunità ricognitive" (59).

L'analisi economica del diritto mira a individuare la regola più efficiente (60), cioè quella in grado di perseguire un determinato obiettivo socialmente rilevante a costi più bassi, sia per l'individuo che per la collettività (61).

L'analisi economica del diritto si caratterizza per il tentativo di descrivere il sistema legale come un insieme di vincoli ed incentivi miranti a orientare il comportamento di individui "razionali" (62), ovvero interessati alla massimiz-

(58) G. MAZZANTINI, *L'analisi di impatto della regolazione sulla concorrenza*, in F. CACCIATORE e F. DI MASCIO (a cura di), *Osservatorio Air; L'analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione*, cit., p. 99.

(59) R. PARDOLESI, *Voce Analisi economica del diritto*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civile*, Vol. I, Torino, 1987, pp. 309 ss.

(60) F. DENOZZA, *Le norme efficienti: l'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2002; G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 2009.

(61) G. CALABRESI, *Il futuro dell'analisi economica del diritto*, in *Soc. Dir.*, nn. 1-2, 1990, pp. 47 ss.; R. COOTER, V. MATTEI, R. PARDOLESI, T. ULEN, P.G. MONATORI, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Il Mulino, Bologna, 2006; G. NAPOLITANO, *Analisi economica del diritto pubblico*, in *Dizionario di diritto pubblico*, I, diretto da S. CASSESE, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 299 ss.

(62) La *cost-benefit analysis* presuppone un comportamento razionale dei destinatari e, dunque, l'assenza di errori cognitivi (biases), a differenza dell'economia comportamentale, che considera componenti psicologiche e irrazionali alla base dell'agire degli individui e che rappresenta uno sviluppo

zazione della propria utilità e, quindi, attenti a ponderare costi e benefici derivanti dalle proprie azioni (63).

Nell'ambito dell'analisi economica del diritto un criterio di valutazione che riveste un'importanza centrale, sebbene non esclusiva, è l'efficienza, intesa comunemente come massimizzazione della somma dei benefici ricevuti, al netto dei costi sostenuti, da tutte le parti coinvolte.

Altra dimensione rilevante è quella dell'equità, intesa come "equità distributiva", che pone attenzione a come i costi e i benefici sono ripartiti tra gli individui in relazione alle caratteristiche che ne definiscono la condizione socio-economica, quali ad esempio la ricchezza e il reddito. Un intervento normativo difficilmente comporta un vantaggio per tutti i membri di una collettività dato che esso spesso tende a favorire una certa categoria di agenti a scapito di altri (quali ad esempio i conducenti di autoveicoli a scapito dei pedoni, i proprietari di immobili a scapito degli inquilini). Pertanto nell'analisi economica del diritto bisogna considerare il *trade off* tra efficienza ed equità (64).

Con specifico riguardo all'analisi *ex ante* dell'impatto del contenzioso si pone il problema di valutare i costi e benefici dell'opzione della transazione in luogo di quella dell'azione giudiziaria.

La transazione è generalmente vantaggiosa sia dal punto di vista individuale che dal punto di vista sociale, poichè essa consente di risparmiare sulle spese legali e di funzionamento dell'apparato giudiziario. Tuttavia il ricorso sistematico alla transazione, con effetto "deflattivo" della litigiosità, potrebbe determinare una riduzione della capacità deterrente dei comportamenti dannosi che costituisce il principale beneficio del sistema giudiziario (65).

Il fallimento di un processo di negoziazione anche in presenza di un mutuo vantaggio è poi riconducibile dall'analisi economica del diritto alla presenza di un'informazione asimmetrica tra le parti (ad esempio riguardante i mezzi di prova di cui è possesso la controparte, ma anche la sua disponibilità ad affrontare il rischio del processo e i costi che esso comporta, nonché concernente l'urgenza di chiudere la vertenza) (66).

L'analisi economica del diritto si fonda sulla valutazione della funzionalità economica e della giustificazione razionale delle norme (67). Si aderisce ad un approccio "funzionalistica" nello studio dei problemi giuridici che, se-

---

evolutivo dell'analisi preventiva dell'impatto, quale strumento di supporto ai regolatori. Sul punto si veda M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI, N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna, Il Mulino, 2011, pp. 190-197.

(63) M. D'ANTONI, *L'analisi economica del contenzioso civile*, in *Politica del diritto*, 2005, n. 2, p. 327.

(64) M. D'ANTONI, *L'analisi economica del contenzioso civile*, cit., p. 327.

(65) M. D'ANTONI, *L'analisi economica del contenzioso civile*, cit., p. 336.

(66) M. D'ANTONI, *L'analisi economica del contenzioso civile*, cit., pp. 338-339.

(67) D. MONE, *Qualità normativa tra tecnocrazia ed effettività della democrazia rappresentativa*, Jovene, Napoli, 2010, p. 204.

condo l'insegnamento di Bobbio (68), considera lo scopo che viene perseguito e raggiunto dall'ordinamento giuridico e la congruenza della norma con una funzione.

L'analisi economica del diritto ha finalità conoscitive, volte alla spiegazione dei fenomeni giuridici, finalità normative, di elaborazione di soluzioni giuridiche migliori (69), finalità predittive, di previsione degli effetti delle regole giuridiche (70).

L'analisi economica dell'attività normativa non può prescindere dal previo esame del contenzioso pubblico, il quale, da una parte, rappresenta *ex ante* un importante canale di informazione per introdurre regole correttive degli aspetti patologici emersi nell'applicazione giurisprudenziale; dall'altra, un essenziale elemento di verifica *ex post* della validità stessa della scelta operata dal legislatore, nell'interesse dell'economia nazionale, del mercato e per la tutela del cittadino e del consumatore (71).

Se la norma non è correttamente formulata oppure è irragionevole poichè non è stata effettuata dal legislatore un'adeguata ponderazione degli interessi, se la Pubblica Amministrazione ha commesso errori nell'interpretarla, ciò non può non emergere dall'analisi delle azioni giudiziarie proposte. Inoltre il ricorso alla tutela giudiziaria può essere anche sintomatico di esigenze e bisogni a cui il legislatore non ha voluto o potuto dare risposta e che l'operato della Pubblica Amministrazione non ha saputo soddisfare (72).

Sono poi difetti legati all'oscurità delle leggi anche il conferimento di posizioni giuridiche scarsamente giustiziabili, poichè l'equivocità degli atti normativi favorisce decisioni facilmente riformabili nei successivi gradi di giudizio (73).

La verifica sulla correttezza della formulazione normativa non va effet-

---

(68) N. BOBBIO, *L'analisi funzionale del diritto: tendenze e problemi*, in IDEM (a cura di), *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977.

(69) R. COOTER, *Le migliori leggi giuste: i valori fondamentali dell'analisi economica del diritto*, in G. ALPA, P. CHIASSONI, A. PERICU, F. PULITINI, S. RODOTÀ, F. ROMANI, (a cura di), *Analisi economica del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 464 ss.

(70) L'analisi economica del diritto non ha per oggetto solo la norma già adottata o in fieri, ma anche gli effetti degli atti normativi. La valutazione prospettica degli effetti di una determinata regola giuridica costituisce proprio la motivazione in base alla quale si è avvertito il bisogno di utilizzare strumenti economici per lo studio del diritto. Sul punto si veda P. CHIASSONI, *R. Posner: pragmatismo e analisi economica del diritto*, in G. ZANETTI (a cura di), *Filosofi del diritto contemporanei*, Raffaello Cortina, Milano, 1999, pp. 87 ss.

(71) In proposito si veda il Convegno "L'analisi economica del contenzioso pubblico...la statistica vince la crisi?", svoltosi il 15 gennaio 2004 presso l'Avvocatura dello Stato, organizzato da AGEIE (Associazione Giuristi Economisti d'Impresa Europei), d'intesa con Co.VALORI (Comitato interassociativo per la Valorizzazione di Professionalità, Etica e Qualità) ed insieme a ACCADEMIA EUROPEA.

(72) M. BACHETTI, *Rapporto tra gestione del contenzioso e tecnica legislativa nei parametri dell'analisi economica*, in [www.covalori.net](http://www.covalori.net).

(73) M. BACHETTI, *Rapporto tra gestione del contenzioso e tecnica legislativa nei parametri dell'analisi economica*, cit.



tuata in astratto ma in concreto attraverso l'esame dell'attività contenziosa. Infatti solo nell'applicazione pratica si può testare la bontà del dettato normativo, impiegando, quindi, un procedimento induttivo che dai singoli casi risale alla correttezza della formulazione della fattispecie. L'analisi del contenzioso risulta funzionale all'adozione di modifiche di norme preesistenti ai fini della scelta della formulazione normativa più adeguata; se, invece, si tratta di adottare normative che non si innestino su un contesto già esistente, il contenzioso costituisce uno strumento di analisi importante per gli elementi conoscitivi che esso è in grado di fornire con riguardo a fattispecie analoghe.

In sostanza l'esame del contenzioso può essere una fonte di dati utili per la scelta in ordine all'intervento normativo da attuare, per decidere cioè se innovare il quadro normativo con una nuova disciplina, o incidere in via interpretativa con circolari od atti interni dell'Amministrazione (74).

I dati che emergono dall'esame delle controversie giudiziarie devono essere esaminati ed elaborati. L'analisi delle esigenze economiche e sociali nonché delle esigenze delle pubbliche amministrazioni sono effettuate con le tecniche di rilevazione sociologiche (*focus group*, panel, indagini campionarie); la visione del contenzioso pubblico nella sua globalità secondo la prospettiva del giurista potrebbe costituire in un'ottica interdisciplinare un elemento di integrazione e di confronto con altre professionalità che, a loro volta, potrebbero utilizzare le informazioni sulle controversie della Pubblica Amministrazione per operare una rivalutazione alla luce della loro specifica metodologia professionale (75).

Va poi rilevato che un'applicazione particolare dell'analisi economica ai fini della stima dell'impatto del contenzioso pubblico consiste nella valutazione del rendimento dell'amministrazione del sistema giudiziario, attraverso specifici indicatori relativi alla durata dei procedimenti, alla prevedibilità delle decisioni e alla produttività del personale (quali il tasso di ricambio, la durata media dei procedimenti, i tassi di impugnazione e di riforma, la produttività media dei magistrati).

Inoltre si segnala che è stato pubblicato sul sito *web* della Giustizia amministrativa un *Report* sull'Analisi di impatto del contenzioso amministrativo in materia di appalti (76), la quale è finalizzata a verificare quale sia l'impatto delle decisioni giurisdizionali sulle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, in modo da poter comprendere se i processi produttivi pubblici risentano di eccezionali fattori di blocco o, piuttosto, di un fisiologico momento

---

(74) M. BACHETTI, *Rapporto tra gestione del contenzioso e tecnica legislativa nei parametri dell'analisi economica*, cit.

(75) M. BACHETTI, *Rapporto tra gestione del contenzioso e tecnica legislativa nei parametri dell'analisi economica*, cit.

(76) Il suddetto Rapporto è stato redatto a cura dell'Ufficio Stampa e Comunicazione e dell'Ufficio Studi, Massimario e Formazione del Consiglio di Stato.

di controllo e correzione. In particolare si è rilevato che le percentuali di “blocco” effettivamente determinate da una pronuncia del giudice amministrativo appaiono compatibili con il margine fisiologico di errore delle amministrazioni, qualora si consideri che si tratta di procedure complesse con numerosi partecipanti (77).

*5. La rilevanza degli strumenti di qualità normativa, quali la MOA, l’AIRC e l’analisi economica del contenzioso pubblico, nell’ambito dell’attività dell’Avvocatura dello Stato.*

Strumenti di qualità normativa, quali la MOA, l’AIRC e l’analisi economica del contenzioso pubblico, possono assumere rilevanza nell’ambito dell’attività dell’Avvocatura dello Stato.

In primo luogo si può ipotizzare un’interlocuzione tra l’Avvocatura dello Stato e le amministrazioni statali (ad esempio Ministero dello sviluppo economico e Ministero dell’economia e delle finanze) in ordine ai profili anticoncorrenziali degli atti normativi e all’esigenza di riduzione degli oneri amministrativi dagli stessi introdotti, in sede di esercizio della funzione consultiva dell’Avvocatura dello Stato, ai sensi dell’art. 13 del R.D. n. 1611/1933.

Tale disposizione stabilisce che l’Avvocatura dello Stato “provvede alle consultazioni legali richieste dalle amministrazioni e [...] a consigliarle e dirigerle quando si tratti di promuovere, contestare o abbandonare giudizi: esamina progetti di legge, di regolamenti, di capitoli redatti dalle amministrazioni, quando ne sia richiesta; predispone transazioni d’accordo con le amministrazioni interessate; esprime pareri sugli atti redatti dalle amministrazioni; prepara contratti, suggerisce provvedimenti intorno a reclami e questioni sorte amministrativamente che possono dar luogo a litigi”.

Condizione di efficacia di tale attività è la tempestività della consultazione che è stata regolamentata con particolare riguardo all’adozione dei pareri di massima. Peraltro, sempre più spesso, la funzione consultiva dell’Avvocatura dello Stato è svolta in via breve, soprattutto qualora sia richiesta in via d’urgenza, attraverso il contatto diretto dell’avvocato incaricato con il funzionario dell’amministrazione interessata.

In secondo luogo giova evidenziare che l’art. 19, co. 5, del d.l. n. 90/2014, convertito con modificazioni nella l. n. 114/2014, configura in capo al singolo Avvocato dello Stato l’obbligo di inviare all’Autorità nazionale anticorruzione “notizie e segnalazioni” in ordine a “violazioni di disposizioni di legge o di regolamento o di altre anomalie e irregolarità”, di cui questo venga a conoscenza, nell’esercizio delle proprie funzioni, con riferimento ai contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

---

(77) In proposito si veda il documento disponibile sul sito [https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/wcm/idc/.../nsiga\\_4581622.docx](https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/wcm/idc/.../nsiga_4581622.docx).

La suindicata norma si riferisce tanto all'attività svolta in sede di "tutela legale dei diritti e degli interessi dello Stato" (funzioni contenziose), quanto a quella esercitata nelle "consultazioni legali richieste dalle amministrazioni" (funzioni consultive).

Il riferimento alle anomalie ed alle irregolarità presente nella richiamata disposizione deve essere letta come un'endiadi, a fianco della violazione di legge o di regolamento, allo scopo di ampliare l'ambito di rilevanza della patologia del provvedimento in oggetto.

È opportuno chiarire che il fenomeno dell'irregolarità del procedimento o del provvedimento amministrativo non è estraneo all'ordinamento giuridico, dato che generalmente con tale termine si definiscono le ipotesi di violazione delle disposizioni che regolano la corretta redazione degli atti amministrativi; l'atto amministrativo irregolare non è però di norma né annullabile, né inefficace, ma può solo determinare, in alcune ipotesi, l'irrogazione di sanzioni a carico dell'autore dell'atto stesso.

Nella comune accezione per anomalia si intende la "irregolarità, difformità dalla regola generale, o da una struttura, da un tipo che si considera normale". Dunque anomalia significa difformità da ciò che si ritiene normale, abnormità, atipicità, deviazione, eccezione, particolarità, singolarità.

Appare verosimile che il legislatore abbia inteso inserire nell'art. 19, co. 5, del d.l. n. 90/2014 le categorie dell'"irregolarità e dell'anomalia", accanto a quella più grave della "violazione di disposizioni di legge o di regolamento", come una sorta di clausola di chiusura che possa contemplare tutte le ipotesi, anche atipiche, in cui sia dato ravvisare, nella materia dei contratti pubblici, un significativo scostamento rispetto al corretto agire pubblico, che potrebbe costituire il sintomo di una condotta rilevante in chiave di anticorruzione.

Tra le irregolarità e le anomalie che l'Avvocatura dello Stato è tenuta a segnalare all'Anac potrebbero rientrare anche i profili concernenti le restrizioni anticoncorrenziali o gli oneri amministrativi eccessivi introdotti dall'atto normativo, tali da richiedere la valutazione dell'impatto concorrenziale dello stesso e la misurazione degli oneri gravanti su cittadini e imprese.

In terzo luogo occorre ricordare che, sensi dell'art. 15 della l. n. 103/1979, l'Avvocato Generale ha il compito di riferire periodicamente al Presidente del Consiglio dei Ministri sull'attività svolta dall'Avvocatura dello Stato, mediante la presentazione di apposite relazioni, e di segnalare le eventuali carenze legislative e i problemi interpretativi che emergono nel corso dell'attività dell'Istituto.

La suindicata disposizione rappresenta la base giuridica su cui potrebbe fondarsi l'obbligo di redigere una relazione sullo stato del contenzioso, a cui peraltro sarebbe preposto il costituendo Osservatorio sulla qualità normativa dell'Avvocatura dello Stato.

Fin dalla sua istituzione l'Avvocatura ha pubblicato annualmente le rela-

zioni sulla propria attività, le quali hanno carattere prevalentemente statistico e contengono notizie sui principali giudizi in corso. Inoltre l'Avvocatura pubblica, con carattere di pubblicazione di servizio, ma diffusa oltre che presso le amministrazioni anche fra i cultori di diritto pubblico, una rassegna mensile nella quale sono esaminati i problemi giuridici, che più direttamente interessano la difesa dello Stato, e si forniscono informazioni sulle più importanti pronunce giurisprudenziali. Tale pubblicazione costituisce un importante strumento per assicurare l'unità di indirizzo delle varie Avvocature e far conoscere il punto di vista dell'Istituto sulle questioni giuridiche in cui esso è coinvolto (78).

Indicativa della crescente rilevanza che sta assumendo la qualità normativa nell'ambito dell'attività dell'Avvocatura dello Stato è poi la proficua partecipazione della stessa agli Osservatori sul processo civile, da cui spesso hanno origine orientamenti di prassi e significative iniziative normative adottate per realizzare un miglior funzionamento del processo (ad esempio, in tema di mediazione e negoziazione assistita).

Inoltre si segnala la partecipazione dell'Avvocatura dello Stato al "Gruppo di lavoro sulla chiarezza e la sinteticità degli atti processuali", istituito dal Ministro della Giustizia, che svolge attività tese non solamente a contribuire ad una semplificazione degli atti del processo, ma a promuovere la qualità formale (*drafting*) degli stessi.

#### *6. L'utilizzo degli strumenti di qualità normativa in chiave di rafforzamento della vocazione tecnico-professionale e della funzione giustiziale dell'Avvocatura dello Stato.*

L'impiego da parte dell'Avvocatura dello Stato di strumenti di qualità normativa, quali la MOA, l'AIRC e l'analisi economica del contenzioso pubblico, può rafforzare la sua vocazione tecnico-professionale e la sua funzione giustiziale.

L'Avvocatura dello Stato esercita una funzione che non è né amministrativa né di giustizia, ma "giustiziale", di raccordo cioè tra le due suesposte attività, dovendo, da un lato, in sede di consulenza, indirizzare l'azione pubblica istituzionale verso l'osservanza della legalità e, dall'altra, in sede giudiziaria, sostenere le ragioni di legalità dell'operato amministrativo a tutela degli interessi pubblici generali coinvolti nel giudizio (79).

L'Avvocatura opera formalmente non a tutela dello Stato-amministrazione ma dello Stato-ordinamento. Invero essa, nei contenziosi in cui è chiamata ad intervenire, non si pone come mera "controparte", che esercita la difesa giudi-

---

(78) G. BELLI, *Avvocatura dello Stato* (Voce), in *Enciclopedia del diritto*, IV, Giuffrè, Milano, pp. 678-679.

(79) G. MANZARI, *Avvocatura dello Stato* (Voce), in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, 1987, II, Utet Giuridica, Torino, p. 113.

ziaria a favore dell'interesse parziale della singola amministrazione, ma agisce come "parte rappresentativa della collettività e dei suoi interessi" (80).

La Carta costituzionale non contempla l'Avvocatura dello Stato tra gli organi ausiliari del Governo nel Titolo III, Parte I, agli artt. 99 e 100. Ciononostante, dopo l'entrata in vigore della Carta costituzionale repubblicana, si è andata via via realizzando l'attrazione dell'Avvocatura dello Stato nella costituzione materiale.

Pur nel silenzio della Carta del 1948, l'Avvocatura dello Stato occupa quindi un posizione ben delineata nella costituzione materiale della Repubblica con riferimento alla molteplicità e alla natura dei soggetti ausiliati, così come delle funzioni ad essa commesse ed alle modalità istituzionali di assolvimento di tali attività, essendo deputata ad esercitare, accanto alla contingente funzione di assistenza del soggetto pubblico, un'immanente funzione di giustizia nel sistema unitario e indivisibile dello Stato-ordinamento (81).

L'evoluzione del sistema giuridico-costituzionale ha portato l'Avvocatura dello Stato a svolgere da un'elementare funzione di mediazione tra amministrazione e giurisdizione ad un compito di attiva presenza in tutti i campi in cui si verifica il confronto tra enti dotati di potestà pubbliche o in cui si presenta comunque una necessità di tutela legale del pubblico interesse (82).

L'Avvocatura dello Stato può dunque qualificarsi come "Avvocato pubblico istituzionale", preposto - a guisa di cerniera allo snodo giuridico dei rapporti tra i diversi poteri e tra le pluralistiche articolazioni dello Stato - alla tutela della legalità in sede giudiziaria e consultiva, allo scopo di concorrere alla salvaguardia dell'unitarietà e integrità dello Stato-ordinamento e del suo assetto costituzionale (83).

### 7. Osservazioni conclusive.

La MOA, l'AIRC e l'analisi economica del contenzioso pubblico segnano il passaggio dalla "*regulatory reform*", che è finalizzata al miglioramento della qualità della regolazione, al "*regulatory management*", che ha come obiettivo il governo complessivo dei processi regolativi (84).

La MOA e l'AIRC favoriscono la competitività internazionale, nella misura in cui contrastano la crescita ipertrofica degli adempimenti burocratici e dei carichi regolativi che costituiscono uno dei fattori rilevanti della crisi di competitività dei sistemi economici.

(80) G. MANZARI, *Avvocatura dello Stato* (Voce), cit., p. 114.

(81) G. MANZARI, *Avvocatura dello Stato* (Voce), cit., p. 114.

(82) G. MANZARI, *Avvocatura dello Stato* (Voce), cit., p. 114.

(83) G. MANZARI, *Avvocatura dello Stato* (Voce), cit., p. 114.

(84) Cfr. R. GONENC, M. MAHER, G. NICOLETTI, *The implementation and the effects of Regulatory Reform: past experience and Current Issues*, in *Oecd Economics Department Working Papers*, n. 24, 2000.

Inoltre la MOA e l'AIRC si rivelano strumenti idonei al contenimento della spesa pubblica, considerato che l'impiego degli stessi da parte dei *policy makers* dimostra come l'aumento della spesa pubblica, dovuto all'ampliamento delle prestazioni di servizi da parte dello Stato sociale, abbia richiesto l'applicazione di criteri di razionalizzazione economico-finanziaria agli interventi normativi, imponendo la verifica dell'efficienza delle regole giuridiche attraverso l'analisi costi-benefici.

La MOA, l'AIRC e la consultazione degli interessati costituiscono principi di *better regulation* intesi a scongiurare un contenzioso inutile tra imprese e pubbliche amministrazioni. La significatività di tali istituti emerge alla luce dello scenario delineato dai rapporti internazionali sul sistema della giustizia italiana.

Il Rapporto della Banca Mondiale "Doing Business" del 2016 colloca l'Italia in posizione drammaticamente negativa per il contenzioso economico (oltre il 100% della media dei Paesi Ocse ad alto reddito). Il Rapporto del Fondo Monetario Internazionale "Judicial System Reform in Italy" del 2014 analizza i caratteri del sistema giudiziale del nostro Paese con esclusione della giustizia amministrativa, rilevando che, malgrado taluni progressi, l'inefficienza del sistema giudiziario italiano ha contribuito a ridurre gli investimenti, a rallentare la crescita e a creare un ambiente difficile per le imprese. Il Rapporto annuale dell'Ocse "What makes civil justice effective?" sottolinea le varie disfunzioni del sistema italiano di garanzie giurisdizionali e il loro impatto negativo sui risultati economici del Paese.

In particolare il Rapporto dell'Ocse si concentra sui seguenti aspetti: la durata dei processi e la conseguente influenza sull'incremento dei costi legali (omettendo però di considerare i costi di entrata dei processi, cioè i c.d. "costi di giustizia"); le risorse pubbliche di bilancio destinate alla giustizia; l'efficienza della gestione giudiziaria da parte dei Presidenti delle Corti e la diffusione delle *best practices* amministrative; le tariffe professionali. L'Ocse manifesta un chiaro indirizzo a favore del miglioramento della gestione amministrativa degli uffici giudiziari, che rappresenta una condizione essenziale, al pari delle riforme processuali, per una buona giustizia (85).

Nel Rapporto della Commissione europea sui risultati della giustizia nell'UE - che esamina anche la giustizia amministrativa oggetto di scarsa attenzione nei rapporti internazionali - si indaga sulla qualità dei sistemi di giustizia attraverso una serie originale di indicatori: informazioni sull'accesso alla giurisdizione; comunicazioni elettroniche; relazioni tra corti e media; gratuito patrocinio.

---

(85) M.P. CHITI, *L'efficienza in un sistema di tutele multilivello nazionale, europeo e internazionale*, in *Giustizia Amministrativa ed Economia. Efficienza del sistema e soddisfazione dei cittadini. Profili di diritto interno e comparato*, a cura dell'Ufficio Studi della Giustizia Amministrativa, Gruppo Sole 24 Ore, 2017, p. 53.

Il suesposto quadro denota l'esigenza di adottare un diverso approccio culturale, nel senso che da un atteggiamento ancorato a logiche strettamente giuridiche bisogna passare ad un approccio di tipo economico-manageriale. Occorre realizzare una "programmazione" delle risorse umane e finanziarie destinate alla giustizia, in funzione del raggiungimento di determinati obiettivi, nella consapevolezza che il buon funzionamento del sistema giurisdizionale rappresenta una componente fondamentale del buon funzionamento del mercato (86).

Con specifico riguardo all'Avvocatura dello Stato, è necessario attuare un'effettiva politica del contenzioso con conseguente eliminazione dei fattori di distorsione, consistenti nella gestione degli affari legali fondata sulla memoria storica degli avvocati e nella non adeguata circolazione di informazioni fra gli avvocati e fra l'Avvocatura dello Stato e l'Amministrazione.

Come rilevato nella circolare n. 37/2017 dell'Avvocatura generale dello Stato, gli obiettivi di contenimento della spesa e di digitalizzazione degli atti sono enunciati nel Piano della *Performance* della struttura amministrativa dell'Istituto per gli anni 2017-2019.

Si è realizzata la modernizzazione della piattaforma tecnologica dell'Avvocatura dello Stato, con il duplice obiettivo, da un lato, di migliorare e accelerare la gestione dei servizi interni e, dall'altro, di "aprire l'Istituto all'esterno", attraverso la consultabilità delle sue banche dati da parte delle pubbliche amministrazioni (87).

L'*iter* di dematerializzazione della carta e l'ausilio dell'informatica costituiscono passaggi essenziali della strategia volta a consentire la gestione dell'ingente volume del contenzioso mediante la riduzione dei tempi e dei costi dei processi di lavoro (88). Peraltro il raggiungimento dell'obiettivo della completa digitalizzazione delle procedure può essere agevolato dalla costituzione della c.d. "Intermagistratura Telematica", un importante tavolo congiunto di tutte le magistrature (civile, amministrativa, tributaria e contabile) e dell'Avvocatura dello Stato deputato all'analisi e alla risoluzione di problemi comuni in materia informatica.

---

(86) E. FERRARI, *Garanzia e regolazione dei mercati di fronte al sindacato dei giudici*, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 341 ss.; G. NAPOLITANO, *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, n. 6, p. 678.

(87) Discorso di insediamento dell'Avvocato Generale Ignazio Francesco Caramazza, Roma, 14 ottobre 2010, disponibile su <http://www.avvocaturastato.it/node/847>.

(88) Intervento dell'Avvocato Generale dello Stato Avv. Michele Giuseppe Dipace in occasione della cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2014, Roma, 24 gennaio 2014, disponibile su <http://www.avvocaturastato.it/node/847>.

## **Analisi statistica del contenzioso: alcune regole per una qualità del dato prodotto**

*Andrea Mazzitelli\**

### *1. La qualità della produzione statistica dei dati giuridici.*

La tendenza a misurare la dimensione economica di fenomeni giuridico-sociali non sempre genera stime e valutazioni statisticamente affidabili. Non sempre, infatti, si osserva un adeguato rigore metodologico. Il problema della validità scientifica di talune stime è legato non solo ad una mancanza di dati o al difficile reperimento degli stessi uniti alla tempestività con cui vengono pubblicati dalle fonti ufficiali, ma anche al fatto che spesso tali documenti riflettono l'orientamento e il *sentiment* degli autori e di conseguenza i risultati prodotti risultano parziali e incompleti (1).

Oltre alle difficoltà di reperimento dei dati ufficiali esistono problemi di aggregazione e interpretazione dei risultati. La misurazione economica di tali fenomeni richiede, inizialmente, il superamento di ostacoli di natura concettuale e definitoria e, successivamente, la scelta, non banale, tra il limitarsi a fornire una misura di natura analitica, rappresentata da un sistema di indicatori semplici, oppure costruire una misura sintetica che, mediante un'opportuna funzione di aggregazione sia capace di raccogliere i molteplici aspetti del fenomeno oggetto di studio.

D'altra parte, si deve sottolineare che ciascun dato da solo non è in grado di fornire tutta l'informazione necessaria né tale informazione è possibile desumerla da un'unica fonte per quanto ufficiale e attendibile. Per una migliore comprensione dei fenomeni socio-economici è utile armonizzare coerentemente le diverse fonti ufficiali: le singole informazioni contenute in ciascuna fonte devono rispettare un quadro di coerenza metodologica e non possono risultare contraddittorie per costruzione (Zuliani, 2006).

#### *1.1 Le fonti.*

Le fonti di dati possono essere raggruppate in due grandi categorie:

1. le statistiche economiche e sociali ufficiali;
2. i dati sistematici e non prodotti da altri soggetti.

I dati prodotti dalle istituzioni della Statistica Ufficiale rispondono a requisiti di qualità concordati a livello internazionale, sono adatti a descrivere fenomeni a livello macro, sono caratterizzati da un grado elevato di accessibilità e cercano di rispondere all'esigenza di tempestività e accuratezza (necessitano di revisione).

---

(\*) Ricercatore di Statistica Economica presso "Università Mercatorum".

(1) Cfr. MARBACH G. (2001) *Introduzione*, in KOOP G. (2000) *Logica statistica e territorio: un'analisi ragionata dei dati socio-economici*, trad. it. a cura di ZELLI R., UTET, Torino.



Al contrario, i dati prodotti da altri soggetti non ufficiali non sono in generale sottoposti a procedure di validazione, sono prodotti occasionalmente ed hanno un tasso di evoluzione elevato. Il riconoscimento della qualità nonché la reputazione del soggetto produttore di dati è affidata esclusivamente agli utilizzatori. In altri termini, la **credibilità** dell'informazione si riferisce alla fiducia che gli utilizzatori ripongono nel soggetto che l'ha prodotta (Giovannini, 2006, pag. 190).

Seguendo tale approccio si può comprendere quanto una definizione di qualità della produzione statistica sia articolata e complessa e costituisca una sfida ben più complessa di quella derivata dalla semplice produzione di dati accurati. Tale sfida investe l'intera filiera produttiva del prodotto statistico, a partire dalla sua progettazione, passando per la sua realizzazione e diffusione (Giovannini, 2006, pag. 191).

Diversamente, a causa dell'enorme mole di dati che oggi è possibile avere a disposizione grazie anche alla presenza di numerosi strumenti elettronici di diffusione, l'informazione finale che giunge agli utenti finali (agenti economici) è distorta, ovvero caratterizzata da asimmetria informativa. È necessario, quindi, saper “trasformare” bene un dato statistico, sia esso di natura economica, giuridica o sociale, in “conoscenza”.

### *1.2 Requisiti essenziali.*

Oltre alla **pertinenza**, **attendibilità** e **tempestività**, i requisiti richiesti per la qualità dei dati riguardano l'**accessibilità**, vale a dire la facilità con cui l'informazione può essere individuata ed utilizzata dall'utente finale e l'**interpretabilità** che riflette la facilità con cui l'utente può comprendere le caratteristiche fondamentali del dato rilevato e quindi valutarne l'utilità in relazione ai propri fini conoscitivi.

La **completezza**, infine, consiste nella capacità dei vari processi di integrarsi per fornire un quadro informativo soddisfacente del dominio di interesse. Spesso legato al concetto di dati mancanti e, in termini dinamici, al cambiamento e aggiornamento dei dati, il criterio della completezza afferma che, per domini con dati disponibili, le offerte statistiche devono riflettere i bisogni e le priorità espresse dagli utenti. Pertanto, si deve avere una copertura sufficiente sia in termini di fenomeni rilevati, che di disponibilità di dati nel tempo e nello spazio.

Ne consegue che l'informazione anche se proveniente da fonti attendibili e ufficiali deve essere sempre armonizzata e standardizzata al fine da comporre una “filiera” logica e razionale della conoscenza da mettere a disposizione dell'utente finale (2).

---

(2) Per maggiori dettagli sull'argomento si rimanda a FORTINI M. (2000) *Linee guida metodologiche per le rilevazioni statistiche*, Istat, Roma.

## *2. Informazione giuridica e contenzioso.*

In tale contesto, appare urgente la necessità di costruire un archivio informatico delle sentenze ancor prima di effettuare analisi di impatto che rischiano di risultare distorte se non vengono rispettati i requisiti di accuratezza, puntualità, tempestività del dato prodotto su cui tali analisi si basano.

Nel comprendere a fondo il fenomeno del contenzioso e i suoi riflessi in campo economico e sociale come freno allo sviluppo del Paese è evidente che si avverte la mancanza di un'analisi sistematica del problema che non permette di valutare la qualità e la significatività dei risultati prodotti. In breve, l'analisi del contenzioso e il giudizio si basa più sulla memoria del giudice e sulla sua sensibilità piuttosto che su criteri più oggettivi, quali la storicità del dato e la sua dimensionalità ricavabili solo se esistesse un archivio informatico che non solo armonizza e standardizza l'informazione ufficiale ma che viene altresì utilizzato da soggetti pubblici autorizzati nell'ambito dell'azione amministrativa.

La complessità dell'operazione risiede quindi nel produrre informazione robusta, capace di armonizzare e integrare diverse fonti ufficiali. La differenza tra informazione ufficiale e ufficiosa è di fondamentale importanza: molti dati giuridici ad esempio non sono liberamente accessibili sul web, in quanto raccolti in banche dati accessibili solo a pagamento. In tal caso non consultando accuratamente le fonti, si rischia di effettuare una ricerca sul web non impostando correttamente i parametri di ricerca, con una conseguente inevitabile incertezza sull'affidabilità dei risultati ottenuti, in quanto non sempre sono noti caratteristiche e confini dei documenti consultati on line.

Tuttavia, uno dei problemi irrisolti dei sistemi elettronici di documentazione giuridica è la quasi totale assenza di interoperabilità tra le diverse banche dati che non comunicano tra loro, a causa dei diversi sistemi di concettualizzazione e classificazione dell'informazione, spesso disallineata a livello temporale tra i medesimi database. Di conseguenza i risultati ottenuti con i medesimi criteri di ricerca cambiano radicalmente in base alla diversa configurazione informatica dei metadati prodotti. È allora necessario armonizzare e standardizzare i diversi archivi digitali, incrociando e confrontando le informazioni, in modo tale che la consapevolezza critica di un giudice, che non deve mai mancare nel momento interpretativo e applicativo del diritto, sia supportata da una completezza dei dati e da un criterio di valutazione più oggettivo.

## *3. L'analisi delle sentenze e l'incertezza delle regole.*

Il tema del contenzioso sui contratti pubblici, anche a causa della grave recessione economico-finanziaria che ha investito l'Italia a partire dal 2008, è di estrema attualità sia perché da un lato vi è una certa difficoltà dell'ammini-

strazione di assumersi la responsabilità della scelta, sia perché vi è una certa difficoltà del sistema delle imprese ad accettare il principio di concorrenza, dal momento che talvolta esse sembrano utilizzare il processo per sfuggire ad una competizione sul piano economico e produttivo, e mirano ad escludere il concorrente dalla gara (Pajno, 2018).

Il documento sulla posizione del Consiglio di Stato dello scorso 28 giugno 2017 nel rapporto tra Consip e le centrali regionali di committenza nel sistema aggregato degli acquisti di beni e servizi (sentenza n. 3162/2017 pronunciata dalla sezione III) evidenzia alcune problematiche irrisolte.

Nell'ottica della razionalizzazione della spesa pubblica che interessa soprattutto il servizio sanitario nazionale, la principale criticità che emerge dalla lettura della sentenza è la possibilità per le Regioni di costituire proprie centrali di committenza in parallelo a Consip. D'altra parte, in tema di *spending review* non sempre è chiaro il problema sul rapporto e, soprattutto, sulla gerarchia tra Consip e le varie centrali regionali di committenza in particolare nell'ambito del settore sanitario.

Nello specifico, il Consiglio di Stato ritiene che nell'attuale sistema delle acquisizioni aggregate per beni e servizi (in particolare rivolti al servizio sanitario nazionale) non esiste un rapporto gerarchico che ponga Consip al di sopra delle centrali di committenza regionali che, laddove costituite, hanno un rango parificato a quello della centrale nazionale. Di conseguenza, le centrali regionali possono indire procedure di gara autonome rispetto a Consip, senza alcun obbligo di motivare il proprio operato.

In sintesi, non vi è l'obbligo da parte delle Regioni di creare centrali di committenza in favore degli enti del servizio sanitario e di costituire unitamente a Consip un sistema a rete per armonizzare la razionalizzazione della spesa, né vi è l'obbligo da parte della Regione di motivare le ragioni per l'indizione di una autonoma procedura di acquisizione regionale, anche qualora esistessero analoghi iter da parte della Consip.

Non si avverte da parte del Consiglio di Stato, la necessità di coordinamento tra iniziative assunte dai predetti soggetti aggregatori sia allo scopo di evitare onerose duplicazioni sia allo scopo di non frustrare l'affidamento dei soggetti che abbiano preso parte a procedure già avviate.

Il problema per il Consiglio di Stato è di ordine ontologico e non di modello organizzativo ed economico, vale a dire la questione organizzativa, di accordi e di intese di massima tra i vari attori sembra interessare poco.

La posizione del TAR, che aveva dato ragione all'operatore economico ricorrente, e quella del Consiglio di Stato sono diametralmente opposte rispetto alla funzione e al ruolo che deve svolgere la Consip: quali sono i suoi diritti e doveri, quali le sue mansioni, quali i suoi limiti. Si è di fronte a due logiche: la logica economica e la logica del diritto.

Generalizzando e non limitando l'analisi solo agli enti del servizio sani-

tario nazionale, diverse amministrazioni non si rivolgono alla Consip né esistono sanzioni per chi aggira le norme, né controlli mirati.

Seguendo la logica del Consiglio di Stato si è ben lontani dalla realizzazione di economie di scala con l'istituzione di una Centrale Unica per gli acquisti di beni e servizi da parte della Pubblica Amministrazione. I contenziosi, inoltre, si traducono in maggiori costi per lo Stato per ritardi e diseconomie di sistema, minore conformità alla disciplina vigente per effetto delle (conseguenti) proroghe tecniche, e servizi meno efficienti per i cittadini.

Questo genera incertezza nelle regole creando non poche difficoltà e tensioni tra le imprese: si va da intese anticoncorrenziali a situazioni di sopravvivenza per il sistema delle piccole e medie imprese che vedono avvantaggiate nel ricorso allo "strumento" Consip da parte delle amministrazioni soprattutto le grandi imprese e le multinazionali.

Tuttavia, dalla lettura della sentenza sopra richiamata e in generale anche per altre sentenze analoghe, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non è mai analizzato e approfondito, né è chiaro se la Consip stessa possieda una struttura *ad hoc* che analizza i dati di spesa stabilendo dei *benchmark* e lo *spread* tra i vari beni e servizi da mettere al servizio della Pa. Diversamente, se tale struttura esistesse, potrebbe non essere considerata in fase di giudizio se offrisse alle diverse amministrazioni prodotti a prezzi non competitivi, anche se di qualità, o se i criteri per la determinazione di tali prezzi e per la selezione e valorizzazione delle aziende fossero poco chiari. In tal senso l'opacità della Consip non aiuta il processo della razionalizzazione delle risorse nell'ottica della tanto invocata *spending review*.

### **Bibliografia**

- FORTINI M. (2000) *Linee guida metodologiche per le rilevazioni statistiche*, Istat, Roma.
- GIOVANNINI E. (2006) in *Le statistiche economiche*, Il Mulino, Bologna.
- MARBACH G. (2001) *Introduzione*, in KOOP G. (2000) *Logica statistica e territorio: un'analisi ragionata dei dati socio-economici*, trad. it. a cura di ZELLI R., UTET, Torino.
- ZULIANI A. (2006) in *Le statistiche economiche* (Prefazione), di GIOVANNINI E., Il Mulino, Bologna.
- PITONI A. (2018) *Consip, un ricorso ogni tre appalti. Contratti bloccati per 2,3 miliardi*, intervista al Presidente del Consiglio di Stato, Pajno. *La Notizia*, 31 gennaio.

## AIR e VIR: strumenti di implementazione della qualità della normazione

Stefano Sbordoni\*

### 1. Introduzione.

La qualità della produzione di norme e regole rappresenta oggi una questione tra le più nodali all'attenzione delle agende politiche nazionali e della stessa UE.

È noto, infatti, che una *“cattiva qualità”* della normazione, nelle sue diverse accezioni, quando non comporti una vera e propria ipertrofia di sistema, implichi una *“complicazione”* in luogo della *“semplificazione”*, ritenuta fattore fondamentale ai fini dello sviluppo sociale e della competitività economica e produttiva.

È in questo senso che la nozione di *“qualità”* della normazione non viene più riferita solo a quella *“formale”* dei testi normativi, che debbono essere chiari, intellegibili, accessibili, bensì anche a quella *“sostanziale”*: ad una *“qualità”* cioè che garantisca un livello qualitativo elevato del rapporto Autorità-cittadini e Autorità-imprese, per il tramite di regole *“buone”* in quanto il loro contenuto sia conseguente ad una adeguata progettazione in vista del raggiungimento di obiettivi condivisi, in grado perciò di assicurare l'effettività dei diritti e delle libertà fondamentali. È a questo scenario che vanno allora rapportate, oggi, le tematiche della qualità della normazione e della regolazione generalmente intesa, le tematiche di quella che l'UE ha definito *better regulation*; è in siffatto scenario che vanno ricercati gli strumenti più idonei, a seconda della peculiarità dei singoli sistemi, a favorire scelte razionali attraverso processi decisionali pubblici (ed anche privati) informati, trasparenti e pertanto *accountable*.

È su questo tema che si è avuto modo di confrontarsi nel corso del convegno, tenutosi a Roma in data 24 maggio 2018 presso la sede dell'Avvocatura generale dello Stato, intitolato: *“Per un osservatorio del contenzioso come strumento di qualità normativa. Contenimento della spesa pubblica e sviluppo economico”*.

Si è dibattuto circa l'importanza di tale strumento, per la prevenzione delle liti giudiziarie, che insorgono quotidianamente tra cittadini e pubblica amministrazione.

Ci si è soffermati sull'importanza di una visione globale del contenzioso, come espediente per la soluzione dei problemi che sono alla radice dell'ordinamento giuridico:

- normative poco chiare e comprensibili, che si prestano a molteplici interpretazioni;

---

(\*) Sbordoni & Partners Studio Legale.

- mancanza di considerazione da parte del potere politico di strumenti di partecipazione alla vita politica da parte dei cittadini;
- eccessiva durata dei processi, ecc.

## 2. *La qualità della normazione e le istituzioni internazionali.*

I problemi della qualità della normazione hanno interessato anche il livello internazionale e dell'Unione Europea, intervenuti in materia soprattutto attraverso l'adozione di strumenti di soft law (1).

Si può riconoscere che la spinta decisiva, che ha suscitato in Italia una rinnovata attenzione per i suddetti problemi, è giunta proprio dall'esterno dei confini nazionali.

L'OCSE, in particolare, a partire dalla metà degli anni Novanta, ha sostenuto numerose campagne di promozione della semplificazione normativa in connessione con l'obiettivo di garantire una maggiore stabilità economica (2), sul presupposto dell'esistenza di un nesso imprescindibile sussistente tra il miglioramento della qualità della normazione e il benessere economico della collettività nazionale.

Le linee-guida predisposte dall'OCSE hanno offerto, e offrono ancora oggi, numerose indicazioni operative per un'implementazione della qualità della normazione favorendo l'introduzione in Europa di alcuni istituti già esistenti nelle esperienze anglosassoni. In una raccomandazione OCSE del 1995, in particolare, vengono indicati alcuni criteri di buona regolamentazione ispirati ai principi di efficacia, efficienza e trasparenza delle decisioni pubbliche, soffermandosi sulla fattibilità degli interventi normativi, sulla partecipazione nei processi decisionali delle parti interessate, sulla chiarezza e accessibilità dei testi normativi e sull'apprezzamento dei costi/benefici attesi da ciascuna regolamentazione. Nel 1997 è stato presentato il Report "*On regulatory reform*", nel quale, tra l'altro, si formulano alcune raccomandazioni per una buona regolamentazione (3).

Non sono mancate, da parte dell'OCSE, le verifiche circa il seguito delle sue raccomandazioni nei singoli ordinamenti. Significativo, a tale proposito, che l'OCSE abbia riconosciuto il rilevante progresso realizzatosi negli ultimi

---

(1) T. GALLAS, *Interventi dell'Ocse e della UE sulle procedure da seguire per rendere più efficiente l'attività normativa dei governi degli Stati membri e dell'Unione europea*, in E. CATELANI - E. ROSSI (a cura di), *L'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e l'analisi tecnico normativa (ATN) nell'attività normativa del Governo*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 277 ss.

(2) C(95)21 Recommendation of the Council on improving the quality of government regulation, in *Iter legis*, n. 4/1995, pp. 69 ss.

(3) Ove si legge che la buona regolamentazione è quella, tra l'altro, che è "*necessaria in funzione di obiettivi chiari ed efficace nel perseguirli*", e che presuppone una "*solida base giuridica*", produce "*benefici che giustificano i costi*", "*riduce le distorsioni del mercato*", è "*chiara e semplice e pratica per gli utenti*". Nel Report vengono inoltre sollecitati gli Stati a dotarsi dello strumento di analisi di impatto della regolamentazione.

anni in Italia grazie, tra l'altro, all'istituzione di strumenti riguardanti l'analisi dell'impatto della regolamentazione quali l'AIR.

Venendo al fronte dell'Unione Europea, numerose sono state le iniziative del Consiglio e della Commissione soprattutto in materia predisposizione di regole di tecnica legislativa (4).

Nel 1992 il Consiglio europeo ha affermato solennemente la necessità di una legislazione comunitaria più *“semplice, chiara e rispondente alla buona prassi legislativa”*, mentre nel 1997, si invitavano le istituzioni europee *“ad adottare orientamenti per un miglioramento della qualità redazionale della legislazione comunitaria”*.

Nel 2000 gli Stati membri sono stati invitati a *“definire, entro il 2001, una strategia volta, attraverso una nuova azione coordinata, a semplificare l'ambiente regolamentare, compreso il funzionamento dell'amministrazione pubblica, sia a livello nazionale che comunitario”*; nella stessa occasione si è segnalata altresì l'esigenza di dare avvio a concrete politiche per la legislazione con particolare riguardo alla necessità di prendere delle contromisure rispetto alla progressiva perdita di posizione, nell'ambito della decisione legislativa, dei Parlamenti rispetto ai Governi.

Da tale iniziativa è scaturito un Rapporto per la definizione di un approccio comune in materia di qualità della regolamentazione, presentato nel 2001 (5), che dedica ampio spazio ai sistemi di valutazione preventiva e successiva dei provvedimenti normativi.

Sono poi del 2002, le comunicazioni della Commissione europea in tema di *“valutazione di impatto normativo”* (COM2002, n. 276) e di *“semplificazione e miglioramento della legislazione”* (COM2002 n. 278).

A partire dal 2005 la Commissione ha predisposto periodicamente delle linee guida per l'analisi di impatto (6) e, nel 2006, ha istituito un organismo (Impact Assessment Board), composto di alti funzionari, con il compito di valutare la qualità delle analisi di impatto.

Ancora, nel 2007 è stato pubblicato il Rapporto sulla valutazione del sistema delle analisi di impatto, una sorta di resoconto sul metodo seguito negli anni precedenti, mentre nel 2010 la Commissione ha prodotto un nuovo documento, sotto forma di comunicazione, dal titolo *“Legiferare con intelligenza nell'Unione europea”*.

Da ricordare inoltre che, alla fine del 2014, sotto la Presidenza italiana, il Consiglio dell'Unione europea, nella formazione dedicata al rafforzamento della competitività e della crescita (il cosiddetto Consiglio Competitività), ha adottato un documento di conclusioni con il quale i governi dell'Unione hanno

---

(4) A. VEDASCHI, *Istituzioni europee e tecnica legislativa*, Giuffrè, Milano, 2001.

(5) Final Report, presentato al Consiglio europeo di Laeken del dicembre 2001.

(6) Impact Assessment Guidelines, parzialmente modificato nel 2009.

espresso una serie di orientamenti comuni sulle politiche per la qualità della regolazione (7).

Infine, nell'aprile del 2016 è stato adottato dai Presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione il nuovo Accordo inter-istituzionale "*Legiferare meglio*" (8).

Il documento ha inteso favorire la cooperazione tra le tre istituzioni durante il processo di produzione e attuazione del diritto dell'Unione, osservando i principi della legittimità democratica, della sussidiarietà, della proporzionalità e della certezza del diritto. Le tre istituzioni firmatarie concordano nel promuovere la qualità della normativa dell'Unione e la trasparenza del processo legislativo, convenendo sulla necessità di una legislazione "*comprensibile e chiara*".

### 3. I requisiti di una policy credibile di better regulation.

Secondo tutte le raccomandazioni internazionali, una buona *policy* di *better regulation*, per costituire una strategia credibile, deve avere alcune caratteristiche che prescindono dalla natura giuridica dei singoli Paesi che la attuano:

- deve rivestire carattere bipartisan, poiché mira alla qualità delle regole, qualunque sia il loro contenuto politico;
- deve, pertanto, essere svolta con continuità, anche nei cambi di maggioranza politica, poiché non consiste in una "*one shot policy*", ma in uno sforzo continuo e paziente contro le continue "*ricomplicazioni*" introdotte dalle burocrazie di settore o dai gruppi di pressione;
- deve fondarsi sulla multidisciplinarietà: i giuristi, gli economisti, gli statistici, devono lavorare assieme, essendo tutte le loro professionalità necessarie e nessuna, da sola, sufficiente;
- deve consistere in una "*strategia organica*" e collocare in un unico contesto i diversi strumenti di *better regulation* che sono almeno quattro:
  - a) la semplificazione degli oneri burocratici;
  - b) la codificazione e l'abbattimento dello stock normativo;
  - c) l'AIR, l'analisi *ex ante* dell'impatto della regolazione, seguita da una verifica *ex post* (la cd. VIR);
  - d) la consultazione dei destinatari delle regole (imprese, lavoratori, consumatori, etc.).

### 4. La qualità della normazione in Italia: AIR e VIR.

Nell'ordinamento italiano le principali iniziative istituzionali in tema di

---

(7) Cfr. F. CACCIATORE - S. SALVI (a cura di), *L'analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione*. Annuario 2014, in [www.osservatorioair.it](http://www.osservatorioair.it), 2016.

(8) Cfr. Unione europea: il nuovo Accordo interistituzionale "*Legiferare meglio*", a cura del Servizio studi per la qualità degli atti normativi del Senato della Repubblica, consultabile in [www.astridonline.it](http://www.astridonline.it), 2016.



qualità della normazione si sono prodotte, all'indomani della spinta registratasi in ambito internazionale e dell'Unione Europea, essendo ormai risultato evidente lo stretto legame tra qualità della regolazione e crescita economica del Paese.

È così che sono nati anche in Italia gli istituti dell'AIR e della VIR (9).

La disciplina di rango primario in materia di analisi dell'impatto della regolamentazione (AIR) e di verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR) è contenuta principalmente nell'articolo 14 della legge 28 novembre 2005, n. 2461 (la legge di semplificazione 2005) (10), che ha introdotto una normativa a regime dopo la fase di sperimentazione dell'AIR effettuata sulla base dell'articolo 5, comma 1, della legge 8 marzo 1999, n. 50 (11).

L'**AIR** consiste nella valutazione preventiva degli effetti di ipotesi di intervento normativo ricadenti sulle attività dei cittadini e delle imprese e sull'organizzazione e sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni, mediante comparazione di opzioni alternative. Nella individuazione e comparazione delle opzioni le amministrazioni competenti tengono conto della necessità di assicurare il corretto funzionamento concorrenziale del mercato e la tutela delle libertà individuali.

Essa costituisce un supporto alle decisioni dell'organo politico di vertice dell'amministrazione in ordine all'opportunità dell'intervento normativo.

È sottoposta all'AIR l'elaborazione degli schemi di atti normativi del Governo, salvo i casi di esclusione previsti dai decreti attuativi e i casi di esenzione autorizzati, su motivata richiesta dell'amministrazione interessata, dal Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio dei ministri (DAGL), che in materia di AIR e VIR assicura il coordinamento delle amministrazioni.

L'amministrazione competente a presentare l'iniziativa normativa provvede all'AIR e ne comunica i risultati al DAGL.

Ai sensi dell'articolo 5, comma 2, della già ricordata legge n. 50 del 1999, le Commissioni parlamentari competenti possono richiedere una relazione contenente l'AIR per schemi di atti normativi e progetti di legge al loro esame, ai fini dello svolgimento dell'istruttoria legislativa.

(9) Esperienze n. 32 *"La nuova disciplina dell'analisi e della verifica dell'impatto della regolamentazione"* - Ufficio Valutazione Impatto - Senato della Repubblica, aprile 2018.

(10) Si veda anche l'articolo 3 del decreto-legge 9 febbraio 2012, n. 5, recante "Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo", convertito, con modificazioni, dalla legge 4 aprile 2012, n. 35.

(11) *"Delegificazione e testi unici di norme concernenti procedimenti amministrativi - Legge di semplificazione 1998"*. L'articolo 5, comma 1, poi abrogato dall'articolo 14, comma 11, della legge n. 246 del 2005, prevedeva che: *"Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri sono definiti, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge e a titolo sperimentale, tempi e modalità di effettuazione dell'analisi dell'impatto della regolamentazione (AIR) sull'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e sull'attività dei cittadini e delle imprese in relazione agli schemi di atti normativi adottati dal Governo e di regolamenti ministeriali o interministeriali"*.

Anche le autorità amministrative indipendenti, cui la normativa attribuisce funzioni di controllo, di vigilanza o regolatorie, devono dotarsi, nei modi previsti dai rispettivi ordinamenti, di forme o metodi di analisi dell'impatto della regolamentazione per l'emanazione di atti di competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione, e, comunque, di regolazione, e trasmettere le relative relazioni al Parlamento.

La **VIR** consiste invece nella valutazione, anche periodica, del raggiungimento delle finalità e nella stima dei costi e degli effetti prodotti da atti normativi sulle attività dei cittadini e delle imprese e sull'organizzazione e sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni.

I metodi di analisi e i modelli di AIR, nonché i metodi relativi alla VIR, sono adottati con direttive del Presidente del Consiglio dei ministri e sono sottoposti a revisione, con cadenza non superiore al triennio.

Le amministrazioni, nell'ambito della propria autonomia organizzativa e senza oneri aggiuntivi, devono individuare l'ufficio responsabile del coordinamento delle attività connesse all'effettuazione dell'AIR e della VIR di rispettiva competenza. Nel caso non sia possibile impiegare risorse interne o di altri soggetti pubblici, le amministrazioni possono avvalersi di esperti o di società di ricerca specializzate, nel rispetto della normativa vigente e, comunque, nei limiti delle disponibilità finanziarie.

Entro il 31 marzo di ogni anno, le amministrazioni comunicano al DAGL i dati e gli elementi informativi necessari per la presentazione al Parlamento, entro il 30 aprile, della relazione annuale del Presidente del Consiglio dei ministri sullo stato di applicazione dell'AIR.

Con decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, adottati ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sono definiti:

a) i criteri generali e le procedure dell'AIR, da concludere con apposita relazione, nonché le relative fasi di consultazione. La relazione deve dare conto, tra l'altro, del rispetto dei livelli minimi di regolazione comunitaria, nonché della valutazione dell'impatto sulle piccole e medie imprese e degli oneri informativi e dei relativi costi amministrativi, introdotti o eliminati a carico di cittadini e imprese;

b) le tipologie sostanziali, i casi e le modalità di esclusione dell'AIR;

c) i criteri generali e le procedure, nonché l'individuazione dei casi di effettuazione della VIR;

d) i criteri e i contenuti generali della relazione al Parlamento.

Sulla base di tale previsione, erano stati inizialmente adottati due diversi provvedimenti: il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 11 settembre 2008, n. 170, recante *"Regolamento recante disciplina attuativa dell'analisi dell'impatto della regolamentazione (AIR), ai sensi dell'articolo 14, comma 5, della legge 28 novembre 2005, n. 246"*, e il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 19 novembre 2009, n. 212, recante *"Regolamento recante*

*disciplina attuativa della verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR), ai sensi dell'articolo 14, comma 5, della legge 28 novembre 2005, n. 246".*

I suddetti D.P.C.M. sono stati abrogati dal decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 15 settembre 2017, n. 169, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 280 del 30 novembre 2017, che ha introdotto una nuova disciplina dell'AIR, della VIR e - per la prima volta - delle correlate fasi di consultazione.

Gli elementi che hanno caratterizzato la riforma sono:

- il nuovo regolamento ha abrogato i due previgenti e riunito in un unico provvedimento la disciplina dell'AIR e della VIR, nonché delle correlate fasi di consultazione, che vengono disciplinate per la prima volta;

- il nuovo regolamento si applica alle amministrazioni statali, con esplicita esclusione delle Autorità amministrative indipendenti;

- in sede di Conferenza unificata saranno definite forme di cooperazione su tecniche, modelli e procedure di analisi e verifica dell'impatto della regolamentazione, nonché in materia di scambio di esperienze, di messa a disposizione di strumenti e di basi informative, di procedure di valutazione congiunta, riferite anche alla regolazione europea;

- il nuovo regolamento si fonda sul principio che AIR, VIR e consultazione sono strumenti che, tra loro integrati, concorrono alla qualità del processo normativo, dall'individuazione dei fabbisogni e delle priorità, all'ideazione degli interventi, alla loro attuazione, sino alla loro revisione, secondo un approccio circolare alla regolamentazione. Per tale motivo, l'AIR deve tenere conto degli esiti delle VIR eventualmente realizzate, anche con riferimento a norme connesse per materia e, viceversa, le amministrazioni devono assicurare il monitoraggio dell'attuazione degli atti normativi attraverso la costante raccolta ed elaborazione delle informazioni e dei dati necessari all'effettuazione della VIR, con particolare riguardo a quelli relativi agli indicatori individuati nelle corrispondenti AIR;

- entro il 30 giugno e il 31 dicembre di ogni anno, ciascuna amministrazione deve comunicare al Sottosegretario di Stato con funzioni di Segretario del Consiglio dei ministri, per il tramite del DAGL, il Programma normativo semestrale che contiene l'elenco delle iniziative normative previste nel semestre successivo, fatti salvi i casi di necessità ed urgenza, indicando per ciascuna di esse: a) una sintetica descrizione dell'oggetto e degli obiettivi; b) la sussistenza di eventuali cause di esclusione dall'AIR, esplicitandone le motivazioni; c) le procedure di consultazione programmate; d) le amministrazioni coinvolte nel procedimento; e) i pareri da acquisire, inclusi quelli delle autorità indipendenti; f) gli eventuali termini legislativamente previsti per l'adozione dell'atto;

- al fine di concentrare l'impegno delle amministrazioni sulle analisi di maggiore impatto, l'AIR è riservata ad iniziative normative di impatto significativo su cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni.

Sono stati dunque ampliati i casi di esclusione. Oltre che per i disegni di legge costituzionale (e all'espressa previsione dell'esclusione per le norme di attuazione degli statuti delle Regioni a statuto speciale), per i quali già non si procedeva ad effettuare l'AIR, sono state escluse nuove categorie di atti, ossia: tutti i disegni di legge di autorizzazione alla ratifica di trattati internazionali; le norme di mero recepimento di disposizioni recate da accordi internazionali ratificati; le leggi di approvazione di bilanci e rendiconti generali; i testi unici meramente compilativi; i provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 17, commi 4-bis e 4-ter, della legge n. 400 del 1988, relativi, rispettivamente, all'organizzazione e disciplina degli uffici dei Ministeri e al riordino delle disposizioni regolamentari. Con riferimento, invece, alla materia della sicurezza interna ed esterna dello Stato, mentre il regolamento n. 170 del 2008 escludeva tutti gli atti normativi ad essa relativi, il nuovo regolamento esclude le sole disposizioni direttamente incidenti su interessi fondamentali relativi a tale materia.

Per quanto concerne l'esenzione, il nuovo regolamento è ispirato ad un'ottica opposta rispetto a quella precedentemente adottata. Mentre infatti il regolamento n. 170 del 2008 prevedeva che il DAGL potesse autorizzare l'esenzione dall'AIR *"nelle ipotesi di peculiare complessità e ampiezza dell'intervento normativo e dei suoi possibili effetti"*, il nuovo regolamento stabilisce, al contrario, che l'esenzione possa essere richiesta in relazione al ridotto impatto dell'intervento, in presenza delle seguenti condizioni, congiuntamente considerate (ma individualmente motivate): a) costi di adeguamento attesi di scarsa entità in relazione ai singoli destinatari, tenuto anche conto della loro estensione temporale; b) numero esiguo dei destinatari dell'intervento; c) risorse pubbliche impiegate di importo ridotto; d) limitata incidenza sugli assetti concorrenziali del mercato. L'esenzione può essere richiesta anche con riferimento a specifici aspetti della disciplina;

- è stata introdotta una disciplina specifica e semplificata per i decreti legge, che si concentra sulla valutazione dell'intervento e sui principali impatti attesi, senza richiedere l'elaborazione e la valutazione di tutte le possibili opzioni alternative;

- è stata introdotta la programmazione dell'attività di verifica dell'impatto della regolamentazione, prevedendo che ogni amministrazione predisponga, sentito il DAGL, un Piano biennale per la valutazione e la revisione della regolamentazione relativo agli atti normativi di competenza in vigore su cui intende svolgere la VIR, nel quale devono rientrare le leggi di conversione dei decreti legge; gli atti normativi nei quali sono previste clausole valutative; gli atti normativi nei quali è prevista l'adozione di disposizioni correttive o integrative.

L'individuazione degli atti da includere nel Piano biennale è effettuata sulla base dei seguenti criteri: a) rilevanza rispetto agli obiettivi perseguiti dalle politiche a cui gli atti si riferiscono; b) significatività degli effetti, anche con riferimento alle previsioni delle relazioni AIR, ove disponibili; c) problemi e profili

critici rilevati nell'attuazione; d) modifiche nel contesto socio-economico di riferimento, incluse quelle derivanti dal progresso tecnologico e scientifico;

- il nuovo regolamento non prevede più che la VIR debba essere necessariamente effettuata su tutti i provvedimenti in relazione ai quali sia stata effettuata l'AIR, né che la VIR debba essere svolta a cadenze biennali;

- la VIR potrà essere svolta anche con riguardo ad un insieme di atti normativi, tra loro funzionalmente connessi, rendendo così possibile l'estensione dell'oggetto della verifica da un singolo provvedimento ad una intera policy o ad un suo ambito;

- al fine di acquisire in tempo utile elementi informativi volti ad evidenziare gli effetti attesi dalle proposte normative all'esame delle istituzioni europee e di supportare il Governo nel corso delle procedure di consultazione avviate da tali istituzioni, nonché nell'ambito dell'attività legislativa a livello europeo, le amministrazioni svolgono analisi di impatto sui progetti di atti dell'Unione europea significativi per il loro impatto nazionale. Del risultato di tali analisi di impatto si dà conto nelle relazioni trasmesse dal Governo alle Camere in occasione dell'esame dei progetti di atti legislativi dell'Unione europea.

Analogamente, il nuovo regolamento prevede che le amministrazioni partecipino, anche coinvolgendo altri livelli istituzionali, alle attività di valutazione della normativa promosse dalle istituzioni dell'Unione europea, con specifico riguardo a quelle relative a norme che disciplinano materia di particolare rilievo per le politiche nazionali. Esse dovranno valutare gli effetti della normativa europea a livello nazionale, anche partecipando ai gruppi di lavoro e alle consultazioni che le istituzioni dell'Unione europea pongono in essere per valutare la normativa europea;

- l'amministrazione proponente deve consultare i destinatari dell'intervento nel corso dell'AIR, salvo i casi straordinari di necessità e urgenza, nonché della VIR, con l'obiettivo di acquisire elementi sui seguenti profili:

a) nell'AIR: aspetti critici della situazione attuale; opzioni di intervento; valutazione degli effetti attesi;

b) nella VIR: valutazione dell'efficacia dell'intervento, della sua attuazione e dei suoi principali impatti.

La consultazione può essere rivolta a chiunque abbia interesse a parteciparvi (consultazione aperta) o a soggetti predefiniti dall'amministrazione sulla base degli interessi coinvolti (consultazione ristretta). L'amministrazione può ricorrere alle due modalità di consultazione in via alternativa o congiunta, tenendo conto dell'ambito e dei destinatari dell'intervento normativo, nonché dei fabbisogni informativi correlati al processo valutativo.

Le consultazioni si svolgono secondo principi di trasparenza, chiarezza e completezza dell'informazione, nel rispetto delle esigenze di speditezza connesse al processo di produzione normativa e di congruenza dei temi introdotti rispetto alle questioni oggetto dell'iniziativa regolatoria.

I contributi forniti dai soggetti consultati sono finalizzati ad arricchire le informazioni a disposizione dell'amministrazione procedente, senza obbligo di riscontro, e non costituiscono vincolo per l'istruttoria normativa;

- al fine di garantire maggiore trasparenza in ogni fase del procedimento, il nuovo regolamento prevede la pubblicazione nei siti internet istituzionali delle amministrazioni procedenti e del Governo: dei Programmi normativi semestrali elaborati da ciascuna amministrazione e delle loro eventuali modifiche; delle richieste di esenzione dall'AIR; delle relazioni AIR verificate dal DAGL; dei Piani biennali per la valutazione e la revisione della regolamentazione e dei loro eventuali aggiornamenti; delle relazioni VIR validate dal DAGL; delle iniziative di consultazione;

- per quanto riguarda il coinvolgimento del Parlamento, si prevede, tra l'altro, che, nei casi in cui non sia prevista nel Piano biennale per la valutazione e la revisione della regolamentazione, la VIR debba essere comunque effettuata ove ciò sia richiesto dalle Commissioni parlamentari (o dal Consiglio dei ministri).

Al nuovo regolamento è stata data attuazione con la direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri 16 febbraio 2018, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 83 del 10 aprile 2018, la quale:

- ha introdotto nuovi modelli di relazione AIR e VIR;

- ha approvato la nuova *"Guida all'analisi e alla verifica dell'impatto della regolamentazione"*, che fornisce indicazioni tecniche e operative alle amministrazioni statali per l'applicazione degli strumenti per la qualità della regolamentazione. In allegato alla Guida sono riportati: un *vademecum* contenente le modalità con cui svolgere la valutazione degli impatti specifici (effetti sulle piccole e medie imprese; oneri informativi prodotti su cittadini e imprese; impatto concorrenziale; rispetto dei livelli minimi di regolazione europea); la checklist per lo svolgimento dell'AIR; la checklist per lo svolgimento della VIR; il modello di Piano biennale per la valutazione e la revisione della regolamentazione;

- ha abrogato la direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri 16 gennaio 2013, recante *"Disciplina sul rispetto dei livelli minimi di regolazione previsti dalle direttive europee, nonché aggiornamento del modello di relazione AIR, ai sensi dell'art. 14, comma 6, della legge 28 novembre 2005, n. 246"*.

I due nuovi modelli di relazione presentano due sezioni comuni.

La prima riguarda le **consultazioni**, che costituiscono un'attività indispensabile e trasversale all'interno dei processi di analisi e di valutazione dell'impatto e, quindi, non possono essere collocate in una specifica fase. Definita una strategia di consultazione, l'amministrazione decide, alla luce delle caratteristiche dell'intervento, quali e quante consultazioni svolgere.

La sezione relativa alle consultazioni deve contenere: la descrizione delle

consultazioni svolte e delle relative modalità di realizzazione; l'elenco dei soggetti che hanno partecipato a ciascuna delle consultazioni; i periodi in cui si sono svolte le consultazioni.

La seconda sezione comune concerne il percorso di valutazione e, tra l'altro, deve illustrare il gruppo di lavoro, indicando gli uffici e le professionalità coinvolte.

A tal proposito, l'Ufficio responsabile del coordinamento delle attività connesse all'effettuazione dell'AIR e della VIR, istituito presso ogni amministrazione statale, deve assicurare il coordinamento e la pianificazione delle attività di valutazione, nonché la coerenza delle metodologie applicate con le indicazioni contenute nella Guida e nel nuovo regolamento.

### 5. *Statistiche.*

I numeri, circa lo stato di attuazione degli istituti di cui si è sin qui parlato, sono contenuti nella *“Relazione al Parlamento sullo stato di applicazione dell'analisi dell'impatto della regolamentazione”* (anno 2017), laddove si legge che il rapporto fra il numero delle valutazioni di impatto *ex post* (VIR) e le analisi preventive (AIR) effettuate da amministrazioni centrali è relativamente basso (per l'anno 2016, **25** relazioni VIR contro **101** relazioni AIR; mentre per l'anno 2017, **29** relazioni VIR contro **113** relazioni AIR ).

Per comprendere meglio questo dato è importante considerare che, in linea teorica, mentre l'AIR viene realizzata in caso di nuovi atti normativi, per cui il massimo numero di analisi effettuate in un anno coincide con il numero degli atti approvati, la VIR può essere realizzata rispetto al complesso delle disposizioni in vigore, per cui l'orizzonte per la realizzazione dei processi di valutazione successiva è molto più ampio.

### 6. *Conclusioni.*

In queste pagine si è cercato di osservare il quadro degli strumenti di valutazione degli atti normativi nei suoi punti di forza e di debolezza, evidenziando alcuni miglioramenti in atto insieme agli elementi di maggiore criticità per via dei quali i processi decisionali continuano a essere appesantiti più che irrobustiti dagli strumenti in argomento.

È lo stesso Ufficio Valutazione Impatto (UVI) del Senato ad individuare le linee di azione, che potrebbero portare ad un rafforzamento circa la valutazione degli atti normativi, soprattutto al fine di renderla utilizzabile per una più ampia stima delle politiche pubbliche (12).

A parere del Senato, pertanto, sarà necessario:

Dal punto di vista procedurale:

---

(12) Per approfondimenti: Ufficio Valutazione Impatto, *“L'incompiuta. Dalla teoria alla prassi: la valutazione degli atti normativi in Italia”* - aprile 2018 - Senato della Repubblica.

- adottare un approccio ciclico e seguire i singoli atti fino all'attuazione e alla identificazione degli effetti, focalizzando le risorse sulla valutazione successiva più che su quella preventiva;

- ridurre la frammentazione delle fonti e rendere più efficiente la *governance* dei processi di valutazione in seno alle istituzioni;

- adottare un approccio selettivo alla valutazione per garantire l'efficienza allocativa;

Dal punto di vista organizzativo:

- dotare le istituzioni di competenze multidisciplinari, anche attraverso percorsi di formazione del personale;

- accrescere la collaborazione fra le istituzioni e gli enti di ricerca per realizzare con l'aiuto esterno quanto non può essere gestito internamente;

- unificare le funzioni di coordinamento del ciclo della valutazione in una specifica struttura amministrativa, eliminando le attuali frammentazioni nella *governance* istituzionale, almeno per le amministrazioni statali;

Dal punto di vista dei contenuti:

- costruire un patrimonio condiviso di conoscenze e linguaggi, a partire dalla gestione istituzionale dei database, che consenta di integrare le analisi e le valutazioni sugli atti normativi per specifiche politiche pubbliche;

- strutturare i processi di selezione delle tecniche da utilizzare, bilanciando il ricorso alla consultazione e alla ricerca scientifica, quando la rilevanza degli interventi è molto alta;

- estendere la valutazione ai benefici percepiti dai cittadini, senza la quale l'intero esercizio valutativo può risultare inutile se non dannoso.

Molto è stato fatto ma ancora tanto bisognerà fare per attuare la normativa sin qui richiamata. Ciò che si auspica è che tali strumenti non rimangano inutilizzati e che la loro concreta attuazione sia in grado di colmare il Gap esistente tra l'Italia e gli altri paesi Europei in termini di efficienza della *performance* della Pubblica Amministrazione, nonché della qualità della normazione.

Ciò inciderebbe, come si è accennato in precedenza, sullo sviluppo sociale, competitività economica e produttiva del Paese, con notevoli risvolti positivi in termini di risparmio di denaro pubblico.