amministrativ@mente

Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da
Gennaro Terracciano, Piero Bontadini, Stefano Toschei,
Mauro Orefice e Domenico Mutino

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Coordinamento
Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 7-8/2013

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

eurilink

Comitato scientifico

Bonfiglio Salvatore, Carloni Enrico, Castiello Francesco, Cittadino Caterina, D'Alessio Gianfranco, Di Pace Ruggiero, Gagliarducci Francesca, Gardini Gianluca, Gattamelata Stefano, Greco Maurizio, Laurini Giancarlo, Liccardo Gaetano, Mari Angelo, Marini Francesco, Mastrandrea Gerardo, Matera Pierluigi, Merloni Francesco, Palamara Luca, Palma Giuseppe, Panzironi Germana, Patroni Griffi Filippo, Piazza Angelo, Pioggia Alessandra, Puliat Helene, Realfonzo Umberto, Schioppa Vincenzo, Sciascia Michel, Sestini Raffaello, Spagnoletti Leonardo, Staglianò Giuseppe, Storto Alfredo, Titomanlio Federico, Tomassetti Alessandro, Uricchio Antonio, Volpe Italo.

Comitato di redazione

Laura Albano, Sonia Albertosi, Federica Angeli, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Federico Dinelli, Francesca Romana Feleppa, Luigi Ferrara, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Giuliano Gruner, Laura Lamberti, Laura Letizia, Roberto Marotti, Masimo Pellingra, Benedetto Ponti, Carlo Rizzo, Francesco Rota, Stenio Salzano, Ferruccio Sbarbaro, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano, Manuela Veronelli, Angelo Vitale, Virginio Vitullo.

La funzione precontenziosa del "sistema AIR/VIR" e l'attività normativa del Governo

di Marco Natoli

Sommario

1. Premessa 2. Regolamentazione e regolazione: le differenze 3. La relazione air preliminare ed il metodo MOA: verso l'affermazione del principio dell'"one in two out rule" 4. La consultazione pubblica: una fase propositiva? 5. Profili procedimentali e procedurali: la difficile individuazione dei destinatari diretti ed indiretti 6. Gli scenari futuri: alcune proposte 7. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Quasi otto anni fa entrava in vigore la legge 28 novembre 2005, n.246 *(Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005)* sul percorso intrapreso fin dal 1997 delle leggi cd. *Bassanini* (dall'allora Ministro proponente) il cui articolo 14 *(Semplificazione della legislazione)* dettava specifiche disposizioni sugli istituti di origine anglosassone, dell'"*Analisi dell'impatto della regolamentazione"(AIR)* e della*"Verifica dell'impatto della regolamentazione" (VIR).*

Da quel giorno i Governi che si sono succeduti a vario titolo hanno cercato di continuare il difficile percorso intrapreso con il suddetto *"pacchetto Bassanini* (*legge 15 marzo 1997, n. 59 e ss.)"*ma l'attività di semplificazione ha trovato, nel corso degli anni, numerosi ostacoli.

Infatti gli Esecutivi hanno cercato nel tempo di diminuire il numero di leggi presenti nell'ordinamento, ottenendo tuttavia, come risposta, la controproducente nascita di una consistente e numerosa attività di normazione secondaria.

Questo scritto non intende richiamare tutte le disposizioni che si sono succedute nel tempo e non ha neppure la finalità di commentare analiticamente gli aspetti delle succitate *AIR* e VIR[1] ma lo stesso cerca di fornire una risposta concreta, ed al tempo stesso operativa, alle concrete problematiche che i succitati strumenti possono, ma, in considerazione del momento storico particolarmente difficile, devono inevitabilmente risolvere per produrre un risultato ottimale per i *cives* e le imprese.

Come detto lo studio verterà non tanto sugli elementi, ormai da tempo noti, dell'analisi economica quantitativa/qualitativa, quanto sulle questioni che sono sorte, come ricordato, da otto anni ad oggi.

Se ci si sofferma sui risultati raggiunti dal *sistema air/vir*,[2] non si può non scorgere come lo

[1] Sull'argomento si può consultare il sito del Governo al www.governo.it dove il Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi (DAGL), contestualmente al Dipartimento della Funzione pubblica (www.funzionepubblica.it), analizza, in modo esauriente e completo, gli istituti dell'Air e della Vir.

[2] Il ricorso sempre più frequente al *ciclo di regolazione della norma* induce a ritenere che i profili procedimentali e processuali che interessano in modo sempre più penetrante la

stesso, facendo ormai parte di un unico complesso normativo insieme alle altre relazioni che accompagnano ogni provvedimento (illustrativa, tecnica, tecnico-normativa), abbia prodotto soluzioni indubbiamente positive sotto l'aspetto prevalentemente economico, ma, al contrario, non sia ancora riuscito a dare una risposta alla risoluzione delle problematiche (economiche, sociali, ambientali, ecc.) che sorgono nel momento di entrata in vigore dell'atto normativo.

In particolare si osserva come le potenzialità indubbiamente esistenti nel suddetto sistema siano in grado di manifestarsi in una fase tipicamente preventiva.

Più precisamente nel momento della predisposizione delle specifiche relazioni, sia nell'ambito dell'analisi di impatto della regolamentazione sia nel contesto della valutazione di impatto regolamentare, dovrebbero essere indicate in modo particolarmente dettagliato tutte le variabili indispensabili ad evitare contenziosi che causerebbero elevati costi per la comunità.

Ad esempio un recente caso di contenzioso, probabilmente evitabile con un attento ricorso al *sistema air/vir*, si inquadra nelle motivazioni della sentenza della Corte costituzionale n.22 del *16 febbraio 2012.*

Come è noto la pronuncia affronta la problematica del rapporto tra decretazione d'urgenza ed i limiti alla competenza del legislatore statale, in sede di conversione dei decreti legge.

In particolare il giudice delle leggi, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 2-quater, del decreto-legge 29 dicembre 2010, n. 225 (*Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e di interventi urgenti in materia tributaria e di sostegno alle imprese e alle famiglie*), convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 26 febbraio 2011, n. 10, nella parte in cui introduce i commi 5-quater e 5-quinquies, primo periodo, nell'art. 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225 (*Istituzione del Servizio nazionale della protezione civile*) ricostruisce l'*iter* che ha portato alla formulazione delle norme oggetto di gravame.

Sul punto la Corte evidenzia come gli articoli impugnati, introdotti solo in sede di conversione, siano del tutto slegati da contingenze particolari, ed estranei all'oggetto ed alle finalità del citato decreto-legge c.d. "mille proroghe", "*in quanto si tratta di un frammento, relativo ai rapporti finanziari, della disciplina generale e sistematica, tuttora mancante, del riparto delle funzioni e degli oneri tra Stato e Regioni in materia di protezione civile".*

Ad avviso della Corte, è da escludersi la possibilità di inserire, nella legge di conversione di un decreto-legge, emendamenti del tutto estranei all'oggetto ed alle finalità del testo originario poiché ciò risponde non soltanto ad esigenze di buona tecnica normativa, ma lo stesso criterio è imposto dall'art. 77, secondo comma, della Costituzione, che istituisce un nesso di interrelazione funzionale tra decreto-legge, formato dal Governo ed emanato dal Presidente della Repubblica, e legge di conversione, caratterizzata da un procedimento di approvazione peculiare rispetto a quello ordinario.

La sentenza appena esaminata dimostra come un'attenta *analisi air/vir* ,compiuta nella fase di conversione del predetto decreto-legge ed in particolar modo con riferimento agli emendamenti introdotti in sede parlamentare, avrebbe quasi sicuramente evitato l'impugnazione facendo si che la stessa norma di conversione producesse effetti negativi.

2. Regolamentazione e regolazione: le differenze

La premessa sopra svolta induce a soffermare l'attenzione su due definizioni che nella pratica comune vengono quasi sempre usati indistintamente ma che, in realtà, indicano contesti particolarmente differenti, ossia il concetto di regolamentazione e quello di regolazione.

---

fase della regolamentazione portino necessariamente alla creazione di un vero e proprio "*sistema air/vir"*.

La **regolamentazione,** nel linguaggio amministrativo e burocratico, è l'azione di regolamentare, cioè di disciplinare, con un regolamento od un complesso di norme specifiche, lo svolgimento di determinate attività.
La **regolazione,** che si può manifestare sotto vari aspetti (economica, amministrativa a carattere economico, amministrativa, *vincolante* - ad esempio negli atti normativi adottati dal Governo e nei regolamenti ministeriali e non ministeriali - *e non vincolante* - ad esempio nelle circolari incluse in atti non normativi -normativa, su richiesta delle Commissioni parlamentari, ed, infine, sociale), assume concettualmente un differente significato: la stessa indica l'atto, l'operazione, il modo di regolare, soprattutto come intervento su fatti, fenomeni, processi naturali (anche fisici e fisiologici) o meccanici, per modificarne le condizioni o lo svolgimento. In particolare con il primo termine si parla di teoria, con il secondo si evidenzia la pratica.
Pertanto, 'regolamentare' e 'regolamentazione' (ossia, rispettivamente, l'attività e la risultante del porre regole) sono generalmente riferite alle regole o precetti giuridici, intesi quali proposizioni cogenti diretti a condizionare comportamenti umani.
La regolamentazione, pertanto, ossia l'insieme delle regole giuridiche vigenti in un certo ambito spazio-temporale, poste da organismi abilitati a farlo, coinciderebbe con la normazione, che è - come è noto - uno dei tre elementi strutturali comuni a tutti gli ordinamenti giuridici, gli altri due essendo una pluralità di soggetti e l'organizzazione che gli stessi si danno.
La regolamentazione, dunque, determinerebbe la penetrazione del diritto in sfere sociali ed individuali.
Se da una parte la diffusione di regolamentazioni, le più eterogenee, riguarda potenzialmente tutte le attività, individuali o collettive, che possano presentare un'inerenza ad interessi pubblici, dall'altra è ben vero che la *species* più rilevante di questo amplissimo *genus* è costituita dalle regolamentazioni di attività economico-sociali.
Come già rammentato non è agevole stabilire quale rapporto sussista tra la regolamentazione e la regulation, non solo per gli 'abusi linguistici' del termine in sede extrascientifica, ma anche per la stessa dilatazione e indefinizione dei concetti giuridici ed economici.
E' indubbio che la regulation - intesa in prima approssimazione come controllo duraturo sullo svolgimento di attività economicamente e/o socialmente rilevanti, affidato normativamente ad uno specifico organismo amministrativo tecnicamente competente - è solo uno degli strumenti del cosiddetto Stato regolatore del mercato, il quale è concettualmente distinto dallo Stato in cui il mercato è amministrato da pubblici poteri.
Con gli anni, alle forme di **economic regulation** si sono affiancati in numero elevato organismi preposti alle **social regulation,** che si pongono obiettivi di tipo qualitativo, come l'ottimizzazione di beni e servizi prodotti, la tutela della salute, delle risorse naturali, dell'ambiente.
Fatte queste premesse si deve, pertanto, precisare che il *sistema air/vir* può essere considerato un valido strumento per un corretto inquadramento dei rapporti tra regolamentazione/regolazione e realtà (economiche, sociali, ambientali) a loro volta regolate.
Quindi il sistema in argomento rappresenta *un mezzo di collegamento tra regole giuridiche e realtà.*
E' questo l'elemento di forza che contraddistingue l'istituto in esame ed è questa la motivazione per cui i regolamenti hanno sempre più bisogno di tutte quelle informazioni, soprattutto concrete, che lo stesso fornisce. E' questa, infine, la ragione per cui esiste tale sistema, correlato si alle relazioni illustrative, tecnica e tecnico-normativa, ma ben differenziato da quest'ultime, per l'importante ed esclusivo approccio qualitativo - quantitativo che lo stesso fornisce all'attività normativa del Governo.

3. La relazione air preliminare e il metodo MOA: verso l'affermazione del principio del "one in two out rule"

Come è noto il comma 1 dell'articolo 8 *(Compensazione degli oneri regolatori, informativi e amministrativi"*) della legge 11 novembre 2011, n. 180, recante (*"Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese")* nell'esprimere un principio generale di semplificazione amministrativa, ha disposto che "*negli atti normativi e nei provvedimenti amministrativi a carattere generale che regolano l'esercizio di poteri autorizzatori, concessori o certificatori, nonché l'accesso ai servizi pubblici o la concessione di benefici, non possono essere introdotti nuovi oneri regolatori, informativi o amministrativi a carico di cittadini, imprese e altri soggetti privati senza contestualmente ridurne o eliminarne altri, per un pari importo stimato, con riferimento al medesimo arco temporale".*

In sostanza tale norma, già sul piano del tipico procedimento amministrativo noto come *"Misurazione degli oneri amministrativi"*(MOA), vuole stabilire la regola aurea dell'invarianza degli oneri complessivi imposti ai destinatari della regolazione pubblica, introducendo nell'ordinamento lo strumento del *"budget regolatorio"*, che prevede l'applicazione del principio *"one in one out rule"*, in base al quale i sopravvenuti oneri devono essere necessariamente compensati da una contestuale diminuzione degli oneri esistenti.

Indubbiamente l'eterogeneo contenuto della *relazione air preliminare* rappresenta il nucleo centrale del più volte richiamato *sistema air/vir* che, insieme alla metodologia dello *Standard Cost Model*, esercita una funzione propedeutica alle successive proposte di semplificazione.

Ma la domanda che a questo punto sporge spontanea è questa: il sistema amministrativo può all'infinito supportare la regola dell' "*one in one out rule"*? Il principio di compensazione degli oneri dura all'infinito oppure lo stesso è soggetto a logoramento per la sua applicazione troppo protratta nel tempo?

La soluzione a queste risposte potrebbe essere data dalla necessità di dover integrare la suddetta MOA con la metodologia air/vir.

Infatti tale coordinamento appare la strada più idonea a garantire che la valutazione degli oneri amministrativi avvenga all'interno di un'analisi più complessiva dei costi e dei benefici dell'intervento, in modo da assicurare che gli adempimenti di nuova introduzione siano, oltre che effettivamente necessari, anche bilanciati e proporzionali rispetto alla tutela degli interessi pubblici coinvolti.

Ma inoltre, e questo sembrerebbe l'aspetto più importante, un utile ricorso al *sistema air/vir* ridurrebbe il tempo necessario per applicare il sopra richiamato principio di compensazione e fornirebbe al responsabile tutti gli strumenti necessari non solo, come detto, utili a rispettare il succitato *"budget regolatorio"* ma anche a far si che tale budget assuma i connotati di un vero e proprio ***utile d'impresa*** ,in quanto l'accelerazione del processo di compensazione porterebbe necessariamente all'introduzione del criterio per cui **l'introduzione di un onere verrebbe garantito dall'eliminazione di due o più oneri,** con l'applicazione proprio del suddetto utile d'impresa.

In particolare tale istituto rappresenta l'eccedenza dei ricavi dell'esercizio sui costi dell'esercizio; nella pratica si potrebbe profilare la condizione per cui, comparando i ricavi (e, nel caso di specie, i ricavi indicano per l'amministrazione l'eliminazione, ad esempio, di 100 oneri amministrativi) con i costi (mentre quest'ultimi indicano, per la stessa amministrazione, l'introduzione, ad esempio, di 40 oneri amministrativi) la medesima p.a. otterrebbe l'utile di 60, proprio con riferimento all'introduzione del nuovo *principio del* ***"one in two out rule"***.

4. La consultazione pubblica: una fase propositiva?

La consultazione non è autonomo esercizio di attività di valutazione, ma la stessa rappresenta

un'attività dotata di indipendente configurazione.
Tale istituto si aggancia necessariamente ai principi ispiratori (partecipazione e trasparenza) della legge 241/1990[3] sul procedimento amministrativo e viene permeato dalla stessa legge nelle varie configurazioni.
I vari *stakeholders* della società civile e pubblica partecipano direttamente con l'amministrazione al dibattito in modo particolarmente attivo .
Il principio che aleggia in tale caratteristica ed essenziale fase del "*(quasi) procedimento Air/Vir"* riguarda il rapporto interdipendente *legittimazione – consenso - legittimità* rispetto al quale, a ben vedere, il fulcro centrale viene rivestito proprio dal requisito del *consenso.*
Infatti, se si riflette bene sul punto, non si può non scorgere come la modalità di azione del pubblico potere da parte dell'amministrazione è diretta a tener conto *ex ante* dell'apporto e del *consenso* degli stessi *cives* alle decisioni amministrative.
La questione risulta abbastanza semplice nel caso in cui , nell'ambito della consultazione pubblica, tutte le parti interessate raggiungono un accordo sulla successiva fase che dovrebbe portare all'attività di valutazione e, di conseguenza, all'intervento del decisore pubblico.
Ma cosa accadrebbe, *a contrario*, se gli *stakeholders* formulassero un vero e proprio *dissenso*?
E' vero che la decisione finale spetta sempre all'amministrazione ma è anche vero che i vari soggetti che partecipano alla consultazione hanno la possibilità e, soprattutto, il dovere di evidenziare tutte quelle problematiche che hanno rilievo nella predisposizione sia della *relazione air*, con riferimento ai contenuti dell'intervento in corso di elaborazione, sia della *relazione vir*, in merito dell'efficacia dell'intervento attuato e dei suoi principali impatti.
In tale contesto una questione interpretativa riveste il **nuovo schema di regolamento in materia di AIR, VIR e consultazione** , richiamato sul sito del Governo, e precisamente, nel caso in cui *"le amministrazioni, in via generale o in relazione a ciascuna consultazione, possano anche elaborare preventivamente* **modelli tipizzati utilizzabili per la proposizione di osservazioni da parte dei soggetti consultati**".
Quello che emerge da tale dichiarazione indica come ogni specifica amministrazione possa predisporre **schemi di modelli** caratterizzati da una struttura che ha molte similitudini con la fattispecie dei **contratti per adesione.**
Come è noto quest'ultimi individuano una modalità di conclusione del contratto caratterizzata dalla predisposizione unilaterale da parte di uno dei contraenti del contenuto del contratto e si caratterizzano per la mancanza di possibilità, per l'altro contraente, di intervenire su tale contenuto.
In tali contratti la parte predisponente fa sovente uso delle **condizioni generali del contratto**, le quali, ai sensi dell'art. 1341 c.c., integrano il contenuto dello stesso contratto ove siano **conoscibili da parte dell'altro contraente** usando l'ordinaria diligenza, anche se le stesse, in concreto, non risultino conosciute.
La norma citata pone, dunque, un onere, per la parte predisponente, ossia quello di rendere conoscibili le condizioni generali del contratto ed un ulteriore onere, per l'altro contraente, di prenderne conoscenza.
La conoscenza effettiva delle suddette condizioni, così come **la sussistenza di trattative su di esse** manifesta una forte analogia con quanto si verifica nell'ambito della consultazione pubblica.

[3] Anche se l'applicabilità normativa all'Air della disciplina generale del procedimento viene esclusa da quanto previsto dall'art.13, 1° comma, della legge 241/1990 secondo il quale le disposizioni sulla partecipazione al procedimento amministrativo non si applicano *"nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione".*

Infatti in tale contesto rileva l'art. 1342 c.c. il quale detta la disciplina dei contratti conclusi mediante l'uso di **moduli e formulari**; all'occhio dell'attento responsabile air/vir non sfuggirà, di conseguenza, **la forte relazione esistente tra tali moduli e gli schemi di modelli succitati.**

La disamina appena compiuta induce a ritenere che vari *stakehorlders* possano trovare, proprio nella fase della consultazione, notevoli difficoltà propositive, dovendo rispettare lo stretto contesto della disciplina dei richiamati contratti per adesione, soprattutto nel momento in cui gli stessi vogliano, o meglio, siano nelle necessità di rappresentare il proprio dissenso in base a motivate circostanze economiche, ambientali, sociali ecc..

Un rimedio che dovrebbe essere attribuito agli interessati per superare tale ostacolo potrebbe essere il ricorso all'istituto del **dissenso propositivo**, che trova la sua precisa collocazione nella sede della conferenza dei servizi, con il quale gli stessi interessati, pur non approvando il comportamento tenuto dall'amministrazione in fase di consultazione, siano in grado di fornire vere e proprie *indicazioni costruttive.*

L'attività propositoria che farebbe superare i possibili ostacoli sorti in sede di consultazione si ricava anche dalla recente giurisprudenza.

Sul punto il T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 19 luglio 2012, n. 6617 ha precisato che: "*Ai sensi dell'art. 14 quater , l. 7 agosto 1990 n. 241, il dissenso espresso da un' Amministrazione, che partecipa ad una Conferenza di servizi, deve rispondere ai principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, predicati dall'art. 97 Cost., **non potendo limitarsi ad una mera sterile opposizione al progetto in esame, ma deve essere "costruttivo",** nel senso che deve essere congruamente motivato, non può riferirsi a questioni connesse che non costituiscono oggetto della Conferenza e deve recare le specifiche indicazioni delle modifiche progettuali necessarie ai fini dell'assenso, il che del resto è conforme non solo **all'esigenza dell'effettivo perseguimento degli obiettivi di semplificazione e di accelerazione dell'azione amministrativa, ma anche nell'ottica dell'altro principio di leale collaborazione cui pure devono essere improntati i rapporti tra le varie P.A.".***

Anche il Consiglio di Stato (sez. V, 24 gennaio 2013, n. 434) ha precisato che l'ente regolarmente convocato **(e, quindi, per analogia, gli *stakeholders* che partecipano alla consultazione)** possa manifestare le proprie opinioni non solo nella varie tipologie di consenso ma anche nella forma del **dissenso espresso,** ammissibile solo se proposto in conferenza di servizi, **motivato e circostanziato.**[4]

5. Profili procedimentali e procedurali: la difficile individuazione dei destinatari diretti ed indiretti

In tale paragrafo non si intendono analizzare i principi, procedimentali e processuali, relativi alla definizione di soggetto interessato e/o controinteressato all'adozione o meno di un provvedimento; gli stessi, infatti, si ricavano in modo alquanto esaustivo dalla normativa esistente (legge sul procedimento amministrativo, codice del processo amministrativo ecc.). In realtà ci si vuole soffermare, anche se velocemente, sui dubbi che possono interessare il soggetto addetto alla redazione delle *relazioni air/vir.*

In particolare la questione che potrebbe sorgere all'attenzione del redattore delle suddette relazioni potrebbe riguardare **l'identificazione di tutti coloro che possono subire, in modo diretto e indiretto, gli effetti di un regolamento .**

Nel caso concreto, anche alla luce del richiamo al criterio della cd.*"adeguatezza causale"*, di cui agli articoli 40 e 41 del codice penale, i cui principi sono stati recepiti a livello civile, ammini-

[4] Pertanto il dissenso, per essere validamente espresso ai sensi dell'art.14 – ter della legge 241/90 deve essere sorretto da congrua motivazione e contenere, inoltre, la ***"critica costruens"***, diretta ad indicare le modifiche progettuali necessarie per il superamento del dissenso medesimo.

strativo e contabile, non potrebbero suscitare equivoci di interpretazione gli effetti diretti che verrebbero determinati da una norma; ad esempio, da una disposizione che disciplini le modalità di chiusura di un grande esercizio commerciale, la cui attività sia causa di inquinamento ambientale in un territorio adiacente ad una riserva naturale.

L'effetto diretto positivo ,visibile *ictu oculi*, consiste indubbiamente nel rispetto, con la chiusura del predetto esercizio commerciale, dei requisiti ambientali previsti per legge, che interessano sia gli abitanti prossimi alla suddetta riserva sia le associazioni ambientaliste che, con qualificati ricorsi, si erano opposte alle autorizzazioni connesse all'apertura ed all'attività commerciale; contemporaneamente *l'effetto diretto negativo* palesemente dimostrabile si concretizza nella perdita di occupazione lavorativa sia del titolare dell'esercizio in commento, sia dei lavoratori impiegati nel medesimo esercizio.

Ma se si guarda attentamente il caso, e questo è un compito essenziale che deve essere necessariamente svolto nell'ambito del *sistema air/vir*, e precisamente nel contesto della *relazione air preliminare*, gli *effetti indiretti occultati* , facendo riferimento sempre al caso dell'esercizio commerciale, potrebbero interessare, in modo negativo, il fornitore del bar o di altri esercizi ubicati all'interno del grande esercizio che vede drasticamente ridotte le proprie attività, e, di conseguenza, a catena, gli impiegati, addetti all'amministrazione dello stesso fornitore, nonchè gli operai, entrambi oggetto di probabile licenziamento.

Non solo.

Nell'esempio riportato la suddetta catena risulta particolarmente estesa poiché la medesima include anche il titolare del servizio di distribuzione, che garantisce, con i propri mezzi, il trasporto del prodotto acquisito dal fornitore al predetto esercizio, nonché le ditte produttrici collocate a valle della catena che completano il cerchio le quali, constatando la drastica riduzione delle richieste, subiscono, a loro volta, gli effetti indiretti negativi.

In tal modo si realizza un sistema complesso e articolato di conseguenze dirette e indirette, tale da portare alla creazione di un vero e proprio ***sistema generativo a catena di effetti indiretti*** dalla difficile identificazione, che deve necessariamente costituire, come sopra detto, il *cuore dell'analisi air/vir.*

Quest'ultima assume, di conseguenza, un aspetto rilevante non solo nel caso in cui l'adozione di un regolamento possa impattare sulle delicate questioni ambientali, ma anche nel caso in cui la norma possa essere oggetto di impugnazione e/o avere anche riflessi di natura costituzionale ; quest'ultimi, pertanto, potrebbero generare contenziosi costituzionali, determinando proprio quel negativo impatto economico e sociale che rappresenta il principale pericolo da evitare.

Quindi il difficile compito del responsabile air e di tutta la connessa struttura organizzativa consiste nell' individuare il criterio indispensabile ad identificare il *rapporto di causalità tra norma e prevedibili effetti,* assumendo di conseguenza fondamentale rilievo, nel **nuovo schema di regolamento in materia di AIR, VIR e consultazione** , richiamato sul sito del Governo , quanto affermato nella sezione "**Contenuti della "Relazione AIR preliminare" lettera e) punto 4)**" dove devono essere richiamati i *"principali effetti attesi positivi e negativi, di tipo economico, ambientale e sociale, delle opzioni attuabili, ove possibile effettuando una quantificazione degli stessi"*. Tali aspetti si ripercuoteranno necessariamente sulla successiva fase di valutazione, come indicato nella sezione "**Contenuti della "Relazione VIR" lettera i)**" dove si afferma che la stessa relazione deve riferirsi, tra l'altro, alla *"valutazione dei principali effetti prodotti sui destinatari pubblici e privati degli atti sottoposti a verifica".*

Il ragionamento sopra esposto induce il redattore delle relazioni a valutare, in modo puntuale e specifico, se l'atto, che necessita della pre-

disposizione delle medesime relazioni, sia di natura regolamentare.
Infatti il citato redattore dovrà valutare in primo luogo se il medesimo regolamento sia idoneo a produrre effetti nei confronti dei destinatari o se, al contrario, non sia dotato di tale requisito.
Nella realtà i contenuti della *relazione air preliminare* e quelli determinati dalla *relazione air definitiva* trovano una diretta correlazione con il regime di impugnazione che contraddistingue, in modo differente, i cc.dd. *regolamenti volizione-preliminare* (connessi alla *relazione air preliminare*) ed i *regolamenti volizione-azione* (collegati, invece, alla *relazione air definitiva*).
Come è noto i *primi* non hanno alcuna idoneità ad incidere direttamente nella sfera soggettiva dei destinatari; ciò potrà accadere solo con l'emanazione del provvedimento di attuazione del regolamento, il solo in grado di rendere attuale la possibile compromissione delle singole situazioni soggettive, inducendo pertanto l'interessato ad intraprendere la via del ricorso giurisdizionale.
Inoltre l'impugnazione degli stessi è soggetta al termine decadenziale di dieci anni, il cui *dies a quo* decorre dal momento di adozione del relativo provvedimento; peraltro l'oggetto del giudizio potrà variare secondo la natura del vizio lamentato dallo stesso ricorrente. Nella pratica se con il ricorso si denuncia un vizio proprio del provvedimento attuativo l'oggetto dell'impugnazione coinciderà con tale atto applicativo; se, al contrario, con l'atto di gravame ci si lamenta di un vizio che il provvedimento attuativo ha desunto dal regolamento volizione- preliminare l'interessato dovrà impugnarlo contestualmente all'atto applicativo **(principio della c.d. "doppia impugnativa")**.
I *regolamenti volizione-azione*, invece, sono caratterizzati dal fatto che negli stessi il requisito della generalità è stemperato e, di conseguenza, i medesimi incidono direttamente nella sfera giuridica dei destinatari. Pertanto tali regolamenti sono soggetti al termine ordinario di decadenza decorrente dal giorno della pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale; inoltre l'interessato ha l'onere di impugnare immediatamente l'atto senza che lo stesso debba attendere il conseguente provvedimento attuativo; l'interessato, peraltro, incorre in decadenza se, ricorrendo contro il provvedimento attuativo senza aver impugnato nei termini il regolamento, deduce vizi dell'atto applicativo derivati dal regolamento volizione-azione (Garofoli, Di Benedetto).
Il meccanismo sopra descritto, con i differenti principi relativamente al binomio *regolamenti volizione-preliminare/ relazione air preliminare* ed al rapporto *regolamenti volizione-azione/ relazione air definitiva*, trova un preciso riscontro nell'attuale contesto istituzionale, caratterizzato dall'azione del Governo diretta ad adottare, *principaliter*, atti normativi e disegni di legge di iniziativa governativa. Sul punto si evidenzia come sempre più spesso le norme primarie dettano principi e criteri direttivi, lasciando ai decreti ministeriali, anche di fonte non regolamentare, o addirittura a semplici determinazioni dirigenziali, il compito di stabilire i concreti oneri e la loro contestuale entità.
Lo schema delineato induce a riflettere su come sia importante la circostanza per cui la *relazione air* sia presente nell'atto primario ed in quello secondario, attuativo del primo, o se, al contrario, la stessa sia inclusa solamente nell'atto primario.
Infatti gli effetti, soprattutto onerosi, che potrebbero verificarsi con la predisposizione della medesima *relazione air*, e che sarebbero in grado di incidere negativamente sui soggetti direttamente e/o indirettamente interessati, richiamerebbero realisticamente lo schema succitato del regolamento volizione-azione, in base al quale, come rammentato, l'interessato si troverebbe nella situazione particolarmente onerosa di impugnare immediatamente il regolamento, senza che lo stesso debba attendere il conseguente provvedimento attuativo.

In tal modo il ricorrente dovrebbe prendere una decisione particolarmente incerta, poichè l'atto di impugnazione proposto dal medesimo sarebbe inevitabilmente soggetto a brevi termini decadenziali; peraltro il soggetto si troverebbe nella condizione di non riuscire a valutare con precisione la rilevanza degli effetti negativi dell'atto evidenziati nella succitata relazione air.

Problemi di impugnazione processuale possono essere configurati anche in talune norme che sono caratterizzate da un oggetto particolarmente vario. Ciò risulta particolarmente evidente nelle **leggi di natura finanziaria**, caratterizzate da disposizioni di vario genere che necessitano di un'approfondita relazione air altamente specialistica, a causa della presenza, nello stesso tempo, di numerosi commi.

Quest'ultimi, infatti, determinano sempre più diffusamente effetti non sempre positivi ma, al contrario, spesso altamente onerosi a carico dei *cives*. Quindi, anche in questo settore, la suddetta relazione non dovrebbe essere realizzata sull'atto normativo nel suo insieme, ma, come detto, particolarmente dettagliata con riferimento alle varie disposizioni presenti.

Quanto sopra argomentato trova riscontro nella realtà, poiché la stretta correlazione esistente tra predisposizione di *relazioni air e/o vir* e concreti effetti negativi su cittadini ed imprese rende più che evidente la natura giuridica della procedura in esame.

In realtà il *sistema air/vir* non deve essere considerato modulo procedimentale, ma lo stesso rappresenta un vero e proprio **modo di decidere della P.a.**. Le relazioni in argomento, quindi, non sono semplici schede di valutazione che vengono aggiunte ad uno schema di atto normativo precedentemente predisposto, con tutte le conseguenze, come dimostrato, procedimentali ed anche processuali, che tale attività amministrativa può causare.

Al contrario **la funzione dell'analisi e della valutazione consiste nel definire l'*an* e il *quomodo* dell'esercizio di un potere regolatorio**, fornendo al medesimo regolatore tutte le indispensabili cognizioni, come si è visto prevalentemente tecnico - giuridiche, in modo da ottenere gli strumenti necessari per individuare lo specifico intervento normativo.

In definitiva l'ambito di collocazione del *metodo air /vir* non può certo rientrare nel settore delle cc.dd. *"scienze esatte"*, ma deve necessariamente essere considerato come *"apprezzamento tecnico"*.

Da quanto esposto si deduce che, nell'immediato futuro, il giudice amministrativo dovrebbe trovarsi nella situazione di cambiare il proprio orientamento tenuto fino ai giorni nostri.

In particolare **lo stesso giudice non contesterebbe più un provvedimento di regolazione per mancata adozione dell'air o della vir**, e quindi per violazione di legge, ma lo stesso analizzerebbe in modo rigoroso il contenuto delle medesime relazioni, potendo, quest'ultime, arrecare danni effettivi ai soggetti interessati, **con la realizzazione, pertanto, di un sindacato più penetrante ed incisivo.**

6. Gli scenari futuri: alcune proposte

6.1. Il tutor di impresa e l'analisi di impatto economico

Negli ultimi tempi, anche alla luce della grave crisi economica, i vari interventi del Governo che si sono succeduti nel tempo hanno cercato di ovviare al conflittuale rapporto intercorrente tra *cives* e amministrazioni.

L'istituzione degli **sportelli unici per le attività produttive e per l'edilizia,** se da un lato hanno risolto questioni prevalentemente tecniche, dall'altro non sono ancora riusciti a creare un raccordo di vero dialogo con le stesse imprese.

Anche il recente **decreto – legge n°35** dell' **08.04.2013**, approvato in una delle ultime riunioni dall'Esecutivo presieduto dal senatore Mario Monti, che dovrebbe consentire il pagamento di arretrati alle imprese per 40 miliardi

in dodici mesi, a partire dalla metà del 2013, non ha incontrato, anche in considerazione delle complicate procedure previste dai decreti attuativi, il sostegno delle principali categorie del settore imprenditoriale.
Infatti, "*il testo licenziato dalla Camera* - secondo Rete Imprese Italia - *rimane confermato nell'impianto originario, reso forse ancora più arzigogolato, e mostra, ancora una volta, più attenzione alle esigenze della* ***burocrazia contabile*** *piuttosto che a quelle delle migliaia di* ***imprese creditrici*** *del terziario di mercato e dell'artigianato che sono ormai sull'orlo del collasso*".
Pertanto la richiesta fondamentale della suddetta Rete Imprese Italia resta quella di **snellire le procedure** e, soprattutto, di rafforzare il **meccanismo delle compensazioni** dei credito con i debiti fiscali.
Gli interventi normativi succitati non sono stati in grado, quindi, di creare un vero dialogo tra società ed amministrazioni nell'ambito del quale il più volte richiamato *sistema air/vir* non è riuscito a valutare, con precisione, l'impatto prevalentemente economico che è ricaduto sui soggetti ineteressati.
In tale contesto potrebbe rivestire un ruolo fondamentale l'introduzione, alla luce, *in primis*, dei principi di derivazione comunitaria, della figura del "***tutor d'impresa*****",** istituto che dovrebbe individuare un punto di contatto tra imprese e amministrazione nel corso dei procedimenti amministrativi al fine di trasformare **il ruolo della p.a. da mero controllore a "facilitatore"** con compiti di assistenza delle imprese.
Su tale fronte un ruolo fondamentale assumerebbe proprio il *sistema air/vir* connesso al relativo provvedimento normativo. Anche con l'atto che recepisce tale figura verrebbero in rilievo i principali argomenti economici, sociali, ambientali da sottoporre ad attenta analisi, da parte di personale altamente specializzato.
Tale istituto dovrebbe quindi essere considerato come un vero e proprio **catalizzatore nei processi decisionali,** dotando in tal modo di estrema importanza *il momento della VIR.*
I compiti del tutor interesserebbero i procedimenti più complessi che, per legge, si concludono con provvedimento espresso, ossia quelli di maggiore impatto per le imprese e che presentano maggiori criticità dal punto di vista della lunghezza e farraginosità dei relativi *iter*.
Nel merito, il *tutor* potrebbe assicurare **un set di servizi alle imprese**.
Una volta avviato il procedimento, lo stesso verrebbe considerato come una sorta di **"mediatore amministrativo",** con il compito, da un lato, di supportare le amministrazioni, far funzionare i meccanismi procedimentali, curare il rispetto dei tempi e le comunicazioni, anche in conferenza di servizi e, dall'altro, di assistere e tenere costantemente informate le imprese nel corso di tutta la procedura"[5].

6.2. La nuova direttiva appalti e l'impatto delle "*clausole sociali*"

Il 20 dicembre 2011 la Commissione Europea ha adottato la proposta di riforma della Direttiva 2004/18 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (COM(2011)896).
La proposta si iscrive nel quadro di un insieme di iniziative legislative tese ad un'organica ridefinizione delle norme europee in materia di appalti, secondo quanto annunciato nel "*Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici*" del 27 gennaio 2011.
In tale contesto l'atto che dovrà recepire il progetto di riforma europeo dovrà essere accompagnato dal *sistema air/vir* .Essa rappresenta, fra l'altro, l'occasione per far chiarezza sullo spazio che il diritto dell'UE riconosce ai vincoli di natura sociale e di lavoro cui gli Stati possono

[5] Sul punto cfr. Segnalazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai sensi degli artt. 21 e 22 della legge 10 ottobre 1990, n.287 in merito a "*Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2013*", pag. 19.

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

condizionare l'aggiudicazione e l'esecuzione degli appalti pubblici sul loro territorio.
In particolare il tema delle **clausole sociali** è stato oggetto di interesse da parte della Corte di Giustizia che, con sentenza *Rüffert* del 3 aprile 2008, ha censurato la legge del Land della Bassa Sassonia che imponeva anche agli aggiudicatari di pubblici appalti con sede all'estero l'obbligo di applicare il contratto collettivo territoriale, privo di efficacia generale.
La questione, di impatto sociale alquanto elevato, dovrà essere al centro dell'attenzione proprio nell'ambito del *sistema air/ vir*;infatti la Corte di Giustizia si è espressa chiaramente nel senso della non applicabilità di una clausola sociale che impone ad un'impresa, con sede in un altro Stato membro, il rispetto di un contratto collettivo privo di efficacia *erga omnes*.
Nel concreto, quindi, la fase valutativa dovrà concentrarsi sulla questione se per il diritto dell'Unione lo stesso succitato limite condizioni la discrezionalità statale nel regolare i pubblici appalti, indipendentemente dalla sede di stabilimento dell'impresa aggiudicataria.
Del resto la vigente disciplina contenuta nella Direttiva n. 2004/18 non aiuta a risolvere la problematica; infatti la medesima direttiva non contiene espresse disposizioni relative ai contratti collettivi da applicare ai lavoratori dipendenti dell'impresa aggiudicataria, ma soltanto norme di carattere generale sugli obiettivi sociali perseguibili con le procedure di appalto.
Pertanto l'obbligo di rispettare contratti collettivi privi di efficacia generale è compatibile con i principi relativi al mercato unico?
La risposta negativa della Corte di Lussemburgo si basa sul fatto che si è detto derivare dall'assunto per il quale non si giustifica una compressione dell'esercizio delle libertà di mercato se non per ragioni imperative d'interesse generale, inesistenti nel caso in questione, proprio perché il rispetto dei contratti collettivi imposto dalla clausola sociale non è richiesto a tutte le imprese del settore interessato.
In conclusione l'arduo compito che rileverebbe in sede attuativa consisterebbe proprio nel valutare che le nuove disposizioni rispettino i principi europei applicati rigorosamente dalla Corte di Giustizia e promossi dalla Commissione Europea, secondo le quali il perseguimento delle finalità sociali - pur in teoria ammesse come legittime - debba implicare la minor alterazione possibile delle dinamiche di mercato.

6.3. La nuova direttiva appalti: l'impatto economico e sociale della concezione di "*operatore economico*"

Come sopra detto la nuova direttiva appalti ha introdotto a livello europeo, e ben presto tali principi saranno recepiti a livello nazionale, nuovi aspetti che incideranno, *principaliter*, a livello occupazionale e sociale.
In tale ottica la normativa europea ha sempre agito per una regolazione pro-concorrenziale, nell'ambito della quale si è passati da una regolazione molto analitica, in particolare *asimmetrica*, con la quale si è verificato il fenomeno dell'*incumbent*, il quale prevede che per alcuni operatori siano applicate norme differenti da quelle applicabili ad altri soggetti, ad una attività di regolazione, tesa a favorire l'abbattimento delle barriere normative, con la permanenza, in tal modo, di ostacoli puramente di fatto.
Sul punto la Corte di Giustizia è intervenuta drasticamente[6],procedendo ad un vero e proprio allargamento della nozione di **operatore economico**, dando la possibilità di partecipare alle gare pubbliche a **università, enti no profit, imprese sociali, fondazioni ed altre organizzazioni.**
Infatti la nozione di *operatore economico*, riportata nelle direttive sugli appalti (nozione che comprende ogni "*persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone*

[6] Corte di Giustizia CE, Sez. IV, C-305/08, del 23 dicembre 2009, *CoNISMA;* Corte di Giustizia CE, Sez. IV, C-357/06, del 18 dicembre 2007, *Frigerio L.*

e/o enti che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori/opere, prodotti o servizi") va interpretata nel senso di consentire la partecipazione alle gare anche a soggetti che:
(a) non perseguono un preminente scopo di lucro, (b) non dispongono della struttura organizzativa di un'impresa, (c) non assicurano una presenza regolare sul mercato.
I giudici della Corte confermano, dunque, il principio della massima apertura delle gare pubbliche (*favor partecipationis*), il quale prevale su qualsiasi disposizione nazionale che precluda la partecipazione a soggetti privi di specifiche forme.
La nozione europea di *operatore economico*, come precisata dalla Corte, si rivela pertanto ampia e comprensiva di qualsiasi soggetto che, indipendentemente dalla natura fisica o giuridica, offre sul mercato lavori, prodotti o servizi. In altri termini, la nozione adottata in sede europea non è identificabile sulla base di presupposti di tipo soggettivo/formale (ad es. personalità giuridica, assenza dello scopo di lucro etc.), quanto sulla presenza di **elementi di tipo oggettivo / sostanziale** quali, appunto, l'offerta di beni e servizi sul mercato.
Se, pertanto , tale nozione ampia di operatore economico ha permesso a nuovi organismi **ad elevato impatto economico e sociale** di poter partecipare alle gare, tuttavia le nuove problematiche che dovranno essere affrontate dal responsabile del *sistema air/vir* non potranno non considerare tutte le implicazioni e le valutazioni effettuate da quest'ultimo sul rispetto dell'**emergenza sociale ,**rinvenibile da un potenziale difettoso meccanismo della procedura degli appalti.
Con ciò si vuole affermare che i numerosi decreti attuativi scaturenti, a cascata, dal recepimento nell'ordinamento nazionale dell'atto primario dovranno necessariamente essere accompagnati da specifiche relazioni air/vir, il cui compito principale consisterà nell'effettuare un puntuale studio delle implicazioni economiche e sociali che potranno nascere con l'adozione dei predetti decreti.
Alla luce di tali problematiche sarebbe opportuno inserire nel sopra richiamato **nuovo schema di regolamento in materia di air, vir e consultazione** e, precisamente, con riferimento ai **"Piani per la valutazione della regolazione",** un'apposita sezione dedicata esclusivamente alle principali pronunce giurisprudenziali sulle nuove tematiche che interessano, ed interesseranno necessariamente in futuro, gli organismi in questione, nell'ottica di una **funzione precontenziosa del *sistema air/vir*** .
Tale approccio preventivo viene giustificato proprio dai recentissimi interventi giurisprudenziali che hanno interessato in particolare le **Onlus;**infatti nei confronti di quest'ultime risulta particolarmente complessa l'opera di comparazione tra **l'esigenza economica di partecipare al mercato** e la distinta ma non meno importante **esigenza sociale di occupazione lavorativa.**
Manifestazione di tale delicato equilibrio può riscontrarsi nella recentissima **sentenza 20 maggio 2013 n. 781 del T.a.r. Puglia – Bari - Sezione I –** con la quale i magistrativi amministrativi affermano l'importante principio secondo il quale la formulazione di un offerta con un margine lordo di utile pari a zero e la mancata presentazione di elementi di prova a supporto degli scostamenti dai dati tabellari del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali rendono **l'offerta inaffidabile ed inattendibile, anche nel caso in cui la proposta provenga da una ONLUS priva, in quanto tale, di scopo di lucro.**
In conclusione, nello specifico settore degli appalti, sarebbe utile costituire una vera e propria "**infrastruttura air appalti"** ,dotata di competenze multi disciplinari qualificate presenti in tutto il procedimento e che sia in grado di affrontare tutte le esigenze (sociali, economiche, ambientali, della salute, occupazionali ecc.) che sorgano nel corso del (quasi) procedimento.

7. Considerazioni conclusive

Il *sistema air/vir* si è nel tempo sempre più qualificato. La funzione iniziale, meramente tecnica, si è profondamente trasformata, evolvendo, come detto, da un approccio di impronta prevalentemente economica ad un contesto permeato da finalità soprattutto sociali.

Tale sistema ha cercato, e sta cercando tuttora, di individuare tutte le succitate problematiche che il decisore pubblico ogni giorno, in ogni momento, deve affrontare.

Un sistema snello, efficace, che coinvolga tutti gli interessati nel perseguimento del pubblico interesse, ma anche nel rispetto delle esigenze del singolo cittadino, dovrebbe indurre il legislatore a ripensare proprio quella attività escludente sopra richiamata, di cui all'art.13 della citata legge 241/1990, che non trova più una vera e concreta giustificazione.

L'attività consensuale tra p.a. e cittadini deve necessariamente andare avanti e superare ancora gli ostacoli quotidiani.

La *mission* del decisore pubblico deve creare una vera e propria *cultura del consenso,* la quale potrà essere solo realizzata con la presenza di figure professionali altamente specializzate preposte al suindicato *sistema* , che possano aiutare lo stesso decisore pubblico a raggiungere precisi risultati.

Questi ultimi dovranno fornire una risposta di affidabilità non solo per la pubblica amministrazione, ma anche, ed *in primis,* per tutto il mondo esterno che aspetta ormai, da molto tempo, una soluzione concreta e certa dei problemi quotidiani.

Spetta proprio al *sistema* in esame adattarsi velocemente alle nuove esigenze aiutato, in tal senso, non solo dagli approcci economici qualitativi/quantitativi, che prestigiosa dottrina ha richiamato in molte occasioni, ma sollecitato dalla nuova, ma non meno importante, **funzione precontenziosa** ,altamente qualificata, tale da favorire tutti gli operatori nel raggiungimento del miglior risultato.

Tutto questo nell'ottica di evitare conseguenze negative soprattutto per la società ma anche per la stessa amministrazione, non più soccombente nei vari contesti processuali, i cui effetti negativi, *in primis* economici ed ormai troppo numerosi, sarebbero difficilmente sanabili.