

5. Ricostruzione logica delle categorie

Passata in rassegna, con le dovute note critiche, l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, è possibile ricostruire le categorie dell'azione amministrativa sulla base dei modelli della logica formale¹.

I modelli della logica formale sono quattro, o, più precisamente, quattro sono le specie di inferenze, cioè le strutture del ragionamento conoscitivo²: deduzione, induzione, abduzione, analogia³. Della deduzione esistono due forme: rigorosa⁴ e approssimata⁵.

L'ordinamento giuridico – inteso come insieme di norme positive – è costituito prevalentemente da inferenze deduttive⁶, essendo sua essenziale funzione costruire regole di condotta, per cui occorre identificare con certezza quando a un determinato fatto segua un effetto⁷. La deduzione, infatti, ha natura predittiva, serve cioè ad individuare le conseguenze di un fatto sulla base di leggi di copertura, che nel “dominio” diritto sono le norme giuridiche. Dal tipo di legge di copertura – cioè di norma giuridica – che viene in rilievo dipende se la deduzione è rigorosa (norma del I tipo) o approssimata (norma del II o del III tipo).

Nel dominio giuridico può esistere anche una forma di inferenza non precisamente elaborata dalla logica formale, ma riconducibile all'inferenza deduttiva. Si tratta della deduzione imperfetta, che si ha allorché – nota la causa – la legge di copertura non governi per intero la produzione dell'effetto, lasciando all'intermediazione di un fattore avulso dalla stessa (nella specie l'attività di un soggetto dell'ordinamento) la scelta in ordine a quale tra gli effetti che la legge consente deve realmente prodursi.

Posto che il diritto amministrativo si fonda sul principio di legalità e che la legge, nel definire la regola dell'azione amministrativa impiega la struttura (fatto)-norma-potere-effetto, è chiaro che l'attività della pubblica amministrazione deve essere ricostruita in base all'inferenza deduttiva.

¹ La logica formale è una disciplina matematica per la rappresentazione della conoscenza, che consente di analizzare le definizioni (proposizioni o enunciati, cioè affermazioni di cui si possa dire, oggettivamente, che sono vere o false). Tali definizioni possono avere ad oggetto fatti o leggi.

² L'inferenza è un procedimento razionale che da un insieme di fatti (dati che accuratamente rappresentano specifiche proprietà del dominio) e di leggi (regole formali che rappresentano la dinamica del dominio) fa conseguire nuovi fatti e nuove regole.

³ Volume 1, cap. I, §1. Deduzione ed abduzione servono per definire fatti (rispettivamente muovendo dalla causa all'effetto, ovvero dall'effetto alla causa), l'induzione e l'analogia per creare regole generali (rispettivamente per generalizzazioni di fenomeni costanti e per traslazione di regole già esistenti ad un caso in esse non previsto, ma simile a quelli da esse previsto).

⁴ Quando la premessa maggiore è costituita da una legge a carattere universale, come nel noto sillogismo aristotelico: (se è vero che) tutti gli uomini sono mortali e Socrate è uomo allora (è vero che) Socrate è mortale.

⁵ Quando la premessa maggiore è costituita da una legge a carattere relativo (i fumatori sono soggetti ad ammalarsi di cancro, X fuma, è possibile che X si ammali di cancro).

⁶ Assai più raro l'uso dell'inferenza abduzione, costituito dalle cd. presunzioni legali, e dell'analogia, che si impiega solo per colmare eventuali lacune.

⁷ Le norme precettive hanno una struttura condizionalistica, incardinata sulla formula *se x allora y*, dove al verificarsi dei presupposti di fatto x (premessa minore) la norma (premessa maggiore) fa derivare come necessaria conseguenza l'effetto giuridico y (conclusione). Tali norme sono ricorrenti nel diritto civile e fanno leva sul principio di causalità normativa.

Nell'utilizzare l'inferenza deduttiva si deve, però, tener conto che la ricostruzione risente della diversa valenza che si attribuisce al principio di buon andamento. Essendo la nuova concezione di detto principio ancora in fase embrionale, non solo e non tanto negli studi quanto nella sua effettiva considerazione da parte del legislatore (quanto meno con riferimento all'attività sostanziale), si muove dalla visione tradizionale, impostata sul ruolo assorbente del principio di legalità, per poi analizzare le modificazioni che lo sviluppo della visione moderna del buon andamento può comportare.

Preliminarmente occorre fissare i tratti generali dell'azione amministrativa nel sillogismo classico, definendo il concetto di potere funzionale e individuando lo schema logico cui ricondurre le sue diverse forme: vincolato e discrezionale.

5.1 La struttura matematica dell'azione amministrativa

Nello schema fatto-norma-potere-effetto, il potere dell'amministrazione ha un duplice contiguo valore, riconducibile alla prerogativa di tradurre la fattispecie astratta (legge) in fattispecie concreta (atto amministrativo):

- 1) interpretazione della norma;
- 2) applicazione della norma alla realtà⁸.

| PREMESSA MINORE | PREMESSA MAGGIORE | CONCLUSIONE |
|---|---|--|
| Fatto (situazione reale oggetto del potere) Potere (accerta il contenuto della fattispecie astratta e la applica al caso concreto) | Norma (fattispecie astratta del provvedimento, che prevede i fatti e il potere) | Effetto (fattispecie concreta del provvedimento) |

Il primo segmento del potere implica l'accertamento dei presupposti del provvedimento in astratto (cioè rispetto alla norma), il secondo segmento autorizza il loro accertamento nel caso concreto (cioè rispetto ai fatti storici) e l'assunzione della conseguente decisione, destinata a produrre i suoi effetti nel mondo giuridico. Tali elementi connotano sia il potere discrezionale che quello vincolato, il quale ultimo, dunque, appare provvisto della quota minima che informa il concetto di autorità pubblica: la posizione di forza nell'attuazione del precetto normativo, di cui l'unilateralità del provvedimento costituisce la spia più evidente⁹.

⁸ Un indice della duplice consistenza del potere è nell'art. 3, comma 1 della legge 241/90, secondo cui "la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria". Il provvedimento amministrativo deve, dunque, essere motivato sia con riferimento all'accertamento dei fatti compiuto dall'amministrazione, sia all'interpretazione delle norme da essa applicate.

⁹ Tale meccanismo, invero, opera anche laddove il potere sia vincolato nell'interesse del privato. Ipotesi nella quale, come detto, si ravvisano posizioni di diritto soggettivo e, conseguentemente, la giurisdizione ordinaria. Sembra, allora, insinuarsi un difetto nella costruzione – da noi sostenuta – del sistema amministrativo come imperniato su un duplice, simmetrico, livello, al primo dei quali (attività autoritativa) corrispondono interessi legittimi, al secondo (attività paritetica) corrispondono diritti soggettivi. Tuttavia l'anomalia è solo apparente: il legame tra la natura dell'azione amministrativa (con o senza potere) e la posizione del destinatario dei suoi effetti è il prodotto non di elaborazioni aprioristiche, ma dell'analisi dell'ordinamento positivo. Se questo prevede situazioni nelle quali il potere coesiste con il diritto soggettivo (il che è insito negli artt. 2 e 4 L.A.C. – che riconoscono la giurisdizione ordinaria su controversie nelle quali la fonte del danno è proprio il provvedimento – non meno che nell'art. 113 Cost. – che riconosce al giudice ordinario il potere di annullamento degli atti amministrativi –), si tratta semplicemente di prendere atto che la classificazione del sistema sulla base dello schema logico di produzione dell'effetto giuridico non è assoluta, ammettendo ipotesi derogatorie. D'altronde i modelli logici non sostituiscono l'ordinamento ma, al contrario, sono rivolti alla sua più adeguata rappresentazione e dimostrazione. Ciò che rileva, allora, è spiegare le ragioni per cui l'essere il potere amministrativo vincolato nell'interesse privato modifica la qualificazione della sua posizione

Nel potere discrezionale vi è un elemento in più, attinente al secondo segmento. La norma, infatti, non fissa il contenuto del provvedimento, la cui concreta individuazione non dipende solo – come nei poteri vincolati – dal riscontro nella situazione reale degli elementi astrattamente contemplati dalla norma, ma è legata all'apprezzamento dell'amministrazione in ordine alla migliore realizzazione dell'interesse generale.

Poiché, come detto, il nudo concetto di potere postula immancabilmente la discrezionalità nel suo esercizio, occorre distinguere tale profilo di discrezionalità (presente anche nei poteri vincolati), dalla discrezionalità amministrativa propriamente detta, attinente alla valutazione degli interessi.

Ciò posto, non vi è ragione di soffermarsi su questioni lessicali. Si tratta, invece, di individuare con precisione e descrivere il contenuto di tali concetti.

Innanzitutto all'amministrazione spetta il potere di attuare i precetti giuridici: le norme sono fondamento e disciplina del potere, preordinato a creare la regola del caso concreto; ne consegue che la prima manifestazione del potere è quella di interpretare ed applicare le norme giuridiche. Sarà alla tipologia della norma giuridica¹⁰ che bisogna guardare per capire la natura di tale potere e della correlata discrezionalità.

Esistono norme del 1° tipo, dove non c'è discrezionalità; norme del 2° tipo, dove colui che è chiamato ad applicare la norma deve operare uno sforzo di integrazione del precetto, rivolgendosi a regole extragiuridiche nella cui interpretazione esiste un margine di discrezionalità; norme del 3° tipo, ossia norme elastiche (che si avvalgono di concetti giuridici indeterminati) dove l'interprete deve operare un giudizio di valore, caratterizzato da ampio tasso di discrezionalità.

La “discrezionalità” che viene in rilievo in tali ambiti può essere definita come discrezionalità tecnica, attenendo all'accertamento del significato di un concetto secondo regole tecniche e, successivamente, alla qualificazione di determinati fatti concreti – la cui acquisizione può, a sua volta, richiedere l'uso di regole tecniche – in tale concetto.

Risolto il problema della ricostruzione della fattispecie legale e di quella concreta, nelle funzioni discrezionali l'amministrazione deve valutare tutti gli interessi acquisiti. In tale operazione è soggetta a regole socio-economiche “pure” (nel senso che non sono richiamate nelle norme giuridiche che disciplinano il potere), che la indirizzano verso il risultato più adeguato. Della violazione di queste regole l'amministrazione non risponde, salvo che non abbia compromesso il fine legale.

Il duplice concetto di discrezionalità è negato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione¹¹, che

soggettiva, pur senza modificare l'effetto giuridico prodotto (che resta provvedimento). Ciò sarà oggetto di trattazione nel capitolo sul riparto di giurisdizione.

¹⁰ Volume 1, cap. II, § 2.

¹¹ S.U. n. 7024 del 2006.

ricosce cittadinanza solo a quello corrispondente all'accezione propria (intesa nel più dinamico significato di azione giuridicamente libera): «L'attribuzione di una scelta elettiva fra più comportamenti nel perseguimento dei fini istituzionali, che rappresenta il cuore della insindacabile discrezionalità, costituisce una caratteristica connaturale allo statuto dell'amministrazione pubblica allorché essa agisce come autorità, e trova fondamento nel principio di legalità dell'amministrazione. Dalla discrezionalità amministrativa va tenuto distinto il potere di scelta nell'applicazione di concetti giuridici indeterminati o clausole generali, quali sono i principi di efficacia ed economicità dell'azione amministrativa (posto che gli stessi sono stati positivizzati dall'art. 1 L. 241/90). Si tratta, infatti, non di un vincolo ad un generale dovere (quale quello del perseguimento del pubblico interesse affidato al singolo organo amministrativo), la cui concreta applicazione dà luogo ad esercizio di discrezionalità amministrativa, ma di vere e proprie regole giuridiche. Tali principi, quindi, costituiscono una regola di legittimità dell'azione amministrativa, la cui osservanza può essere oggetto di sindacato giurisdizionale in ordine alla loro concreta applicazione. Trattandosi di clausole generali o di concetti giuridici indeterminati, secondo un principio generale dell'ordinamento, la verifica della loro osservanza da parte dell'amministrazione non può, peraltro, comportare un controllo che vada al di là della ragionevolezza. In altri termini il rispetto di tali principi conforma *ab initio* l'azione discrezionale, sicché la libertà di scelta tra più comportamenti consentiti dalla legge si esplica nel limite in cui detti comportamenti rispettino lo specifico vincolo di proporzionalità tra mezzi impiegati ed obiettivi, come pure tra costi e risultati»¹².

In realtà, come anticipato, la questione nominalistica può essere risolta solo dopo avere ricostruito le nozioni di potere e discrezionalità sulla base della norma che governa la funzione amministrativa. In tale prospettiva è la natura della norma a condizionare la ricostruzione logica della funzione amministrativa. La fattispecie legale dell'azione amministrativa pubblicistica si presenta in apparenza, come gran parte delle fattispecie normative, nelle vesti del sillogismo deduttivo, in cui vi è un rapporto automatico tra le premesse e la conclusione, in forza del quale il risultato dell'argomentazione è dato dall'immediata riconduzione del caso alla regola¹³.

¹² Nella controversia giudicata la Suprema Corte ha ritenuto che l'assessore regionale alla sanità il quale, in violazione dei doveri inerenti alla carica, ometta di assumere le necessarie iniziative per il tempestivo soddisfacimento dei crediti vantati dai farmacisti convenzionati nei confronti delle Unità sanitarie locali, in attesa di interventi del governo centrale, provocando in tal modo l'esborso di somme per interessi e spese legali, risponde per danno erariale dinanzi alla Corte dei Conti. Nei casi in cui si addebiti all'amministrazione non già di aver effettuato una scelta anziché un'altra, bensì di aver omesso di adottare una qualunque scelta che consentisse di far fronte con la maggiore rapidità (e quindi evitando l'onere di maggiori spese legali, danni e interessi) alle obbligazioni assunte, sussiste la giurisdizione della magistratura finanziaria nei confronti dei responsabili del suo eventuale mancato o intempestivo soddisfacimento, atteso il carattere di atto comunque dovuto del pagamento di un debito gravante sulla P.a. In simili ipotesi, non è infatti in contestazione l'uso del potere discrezionale, bensì il mancato esercizio di tale potere.

¹³ Secondo lo schema delle norme precettive che, come anticipato, ricalca l'inferenza deduttiva.

Attività amministrativa in generale

| | | |
|-------------------------------------|-----------------------------|-----------------------------------|
| PREMESSA MINORE caso | PREMESSA MAGGIORE regola | CONCLUSIONE risultato |
| Noto il fatto e il potere | Nota la norma | Ignoto il provvedimento |

Tuttavia, nel diritto amministrativo il procedimento di sussunzione del caso nella regola (cioè l'accertamento della regola nel caso concreto) ha natura costitutiva e non dichiarativa. Pertanto il risultato è il prodotto di una scelta autoritativa. Ne consegue che il sillogismo non potrà mai essere pienamente deduttivo, cioè necessario, perché la norma non collega automaticamente l'effetto al verificarsi di presupposti predeterminati, ma all'esercizio di un potere. Si tratta, dunque, di una deduzione in qualche modo "condizionata".

Il grado di condizionamento rispetto al modello della deduzione che governa l'azione amministrativa puro dipende dalla natura del potere.

Attività vincolata – deduzione rigorosa

(la premessa maggiore è costituita dalla sola norma giuridica)

| | | |
|--|---|---|
| PREMESSA MINORE | PREMESSA MAGGIORE | CONCLUSIONE |
| Fatti semplici Potere vincolato | Norma giuridica analitica del 1° tipo (definisce i presupposti del provvedimento) | Effetto (provvedimento vincolato) |

L'effetto è il risultato dell'applicazione del potere vincolato dalla norma giuridica al caso concreto. La fattispecie ha una struttura precettiva "forte", atteso che l'intermediazione del potere è predeterminata dalla legge in modo assoluto.

Attività vincolata con discrezionalità tecnica – deduzione approssimata

(la premessa maggiore è integrata da regole scientifiche a carattere relativo)

| PREMESSA MINORE | PREMESSA MAGGIORE | CONCLUSIONE |
|---|--|---|
| Fatti complessi Potere vincolato | Norma giuridica analitica del 2° o 3° tipo (definisce i presupposti del provvedimento, ma per accertare taluni di essi rinvia a norme tecniche non esatte) | Effetto (provvedimento vincolato) |

L'effetto è il risultato dell'applicazione del potere vincolato dalla norma giuridica al caso concreto, ma il potere è caratterizzato da margini di scelta nell'accertamento dei fatti. La fattispecie ha una struttura precettiva semi-forte, atteso che l'intermediazione del potere è predeterminata dalla legge in modo non assoluto.

Attività discrezionale – deduzione imperfetta

(la premessa maggiore è integrata da regole non scientifiche)

| PREMESSA MINORE | PREMESSA MAGGIORE | CONCLUSIONE |
|---|---|---|
| Fatto Potere discrezionale | Norma giuridica non analitica (non definisce tutti i presupposti del provvedimento) <i>Norma economico-sociale</i> | Effetto (provvedimento discrezionale) |

L'effetto è il risultato dell'applicazione del potere non vincolato dalla norma giuridica (potere discrezionale) al caso concreto. La fattispecie ha una struttura precettiva debole, perché la norma extragiuridica che concorre a disciplinare il potere non ha rilevanza giuridica (ma indirizza il merito della scelta amministrativa), non essendo la sua violazione sindacabile dal giudice amministrativo. I presupposti di fatto che sono definiti dalla norma giuridica possono, a loro volta, essere caratterizzati da discrezionalità tecnica, nel qual caso la deduzione, oltre ad essere imperfetta, sarà anche approssimata, perché l'esercizio della quota di potere vincolato risentirà della scelta tecnica dell'amministrazione.