

Sezione II

INNOVAZIONE

1. Premesse gnoseologiche

- 1.1 Diritto e logica formale
- 1.2 Diritto e leggi scientifiche
- 1.3 L'interpretazione delle norme giuridiche
- 1.4 La scelta della legge scientifica
- 1.5 Le leggi scientifiche impiegate nel diritto amministrativo

2. Le tecniche di produzione degli effetti giuridici

- 2.1 Aspetti generali
- 2.2 Lo schema norma-potere-effetto
- 2.3 Lo schema norma-fatto-effetto
- 2.4 L'implicazione normativa

3. Il rapporto giuridico con la pubblica amministrazione

- 3.1 Attività autoritativa, attività paritetica, attività amministrativa di diritto comune
- 3.2 Il rapporto di livello I: art. 1, comma 1 legge 241/90
- 3.3 Il rapporto di livello II: art. 1, comma 1-bis legge 241/90
- 3.4 L'attività amministrativa dei privati: art. 1, comma 1-ter legge 241/90
- 3.5 Il rapporto intermedio: art. 11 legge 241/90

4. Conclusioni

1. Premesse gnoseologiche

L'ordinamento giuridico è, dal punto di vista formale, un sistema positivo convenzionale, cioè un complesso di disposizioni poste dagli organi titolari del relativo potere in base a tecniche fissate da regole costituzionali, preordinato alla disciplina dei comportamenti umani e delle relazioni sociali.

L'interpretazione è il procedimento con cui il giurista, in particolare il giudice, attribuisce il significato ad un documento rappresentativo di una fonte del diritto, completando il processo di produzione della norma: la norma giuridica non è l'oggetto dell'interpretazione, ma il suo risultato. È tale caratteristica che consente di spiegare come da un medesimo testo si possano ricavare norme tra loro diverse.

Alla produzione della norma giuridica secondo la sequenza disposizione-interpretazione partecipano soggetti distinti, in ossequio al principio di separazione dei poteri. Al potere legislativo spetta infatti la produzione degli enunciati linguistici che vanno a formare le disposizioni normative, al potere giudiziario spetta di trarre dalla disposizione normativa il precetto. Pur se estraneo al circuito di produzione delle norme (tranne quando indossi le vesti del potere legislativo o regolamentare), il potere esecutivo è chiamato ad interpretare la legge nello svolgimento dei compiti amministrativi.

Ciascuno di questi poteri opera per la comunità nazionale: le leggi sono fatte dal Parlamento (art. 70 Cost.), le cui Camere sono elette a suffragio universale e diretto dai cittadini; la giustizia – dunque l'applicazione della legge – è amministrata dai giudici in nome del popolo (art. 101, comma 1 Cost.); i pubblici impiegati – dunque l'amministrazione – sono al servizio esclusivo della Nazione (art. 98 Cost.). Ciascun potere, infatti, è espressione di una sovranità che appartiene al popolo (art. 1, comma 2 Cost.).

L'ordinamento giuridico, in ogni ramo, è dunque il prodotto di un'attività umana complessa, che sembra appartenere al dominio delle scienze sociali, come tale caratterizzato da componenti opinabili, vuoi nel momento della produzione della legge, che è il frutto di una scelta politica, solo genericamente indirizzata dalla Costituzione e dagli obblighi internazionali, vuoi in quello della interpretazione, che è caratterizzato da scelte tecniche.

Il diritto amministrativo presenta siffatta caratteristica anche più degli altri ordinamenti, essendo il più vicino ai bisogni della collettività e rimesso alla mediazione di un soggetto – la pubblica amministrazione – dotato di poteri discrezionali nell'attuazione del precetto normativo, così aggiungendo alle valutazioni socio-politiche del legislatore le proprie.

Il *Sistema* muove da un'impostazione diversa, riconoscendo il ruolo delle scienze esatte nel diritto sotto due profili: 1) la sottoposizione delle disposizioni normative ai principi della logica formale; 2) la sottoposizione dei fatti che ne sono oggetto alle leggi scientifiche.

Dalla combinazione di questi due elementi discende che buona parte dell'attività dell'interprete o dello studioso è regolata da concetti appartenenti alle scienze matematiche, fisiche e naturali, perciò connotata da ridotti margini di discrezionalità, mentre marcatamente discrezionale è l'attività del legislatore. Ciò vale anche per il diritto amministrativo, dove pure è forte il ruolo delle scienze sociali e delle scelte di valore.

Ne discende che, preliminare a qualsiasi trattazione degli istituti giuridici, ad iniziare dalla teoria del rapporto amministrativo, è fissare i postulati metodologici dell'analisi.

1.1 Diritto e logica formale

A partire dagli anni cinquanta del secolo scorso ha avuto grande sviluppo la teoria dell'argomentazione, di interesse per i giuristi, non meno che per gli scienziati, al fine di stabilire se il ragionamento proprio o dell'interlocutore è corretto e per cercare di confutarlo.

Le conclusioni degli studi in materia, per quel che si riferisce al campo del diritto, si riassumono nella tesi che la logica svolgerebbe un ruolo secondario nella costruzione di un ragionamento giuridico, dove confluiscono e prevalgono diverse attività non deduttive: scegliere le leggi e i principi a cui fare riferimento, risolvere ambiguità di formulazione, valutare l'evidenza, determinare il peso degli interessi, prestare attenzione agli aspetti sociali e politici.

Applicare la logica consiste di due momenti. Significa innanzi tutto formalizzare, cioè scrivere i testi in un linguaggio dalla sintassi rigorosa e ristretta; in un secondo momento si può sottoporre ad analisi il testo formale così ottenuto.

Alla formalizzazione in ambito giuridico vengono mosse diverse obiezioni. La prima è che la formalizzazione di un insieme di norme darebbe una definizione completa dei concetti coinvolti. Una seconda, collegata, è che non lascerebbe spazio all'interpretazione.

A tali obiezioni si può rispondere che non sono fondate. Una definizione è o non è completa a seconda di come è scritta. Si può scrivere in modo formalmente ineccepibile anche una definizione incompleta.

Secondo i critici tuttavia la formalizzazione risolverebbe l'interpretazione una volta per tutte, togliendo la responsabilità che caso per caso spetta al soggetto del ragionamento giuridico. Ma il peccato fondamentale della formalizzazione sarebbe secondo alcuni che essa aprirebbe la strada, anzi convoglierebbe surrettiziamente, ma inevitabilmente, l'adesione a una concezione automatica del pensiero giuridico. Tale concezione si riassume nella credenza che si possano rendere chiare e inequivocabili le leggi e le regole invocate in modo che qualsiasi questione pratica possa essere risolta con un processo di deduzione: il *calculemus* di Leibniz. Una volta eseguita, la formalizzazione garantirebbe forse la presentazione della legge come un sistema coerente e completo, ma costringerebbe ad adottare il modello deduttivo, impedendo ad esempio la presa in considerazione degli aspetti socio-politici.

L'accusa ha il merito di ricordare che nel ragionamento giuridico intervengono forme di inferenza non deduttiva, come quella analogica e quella induttiva. Queste tuttavia non si sottraggono ad una analisi logica.

Peraltro l'ordinamento giuridico – inteso come sistema di norme – è formato prevalentemente proprio da deduzioni, mentre analogia e induzione sono, insieme all'abduzione, schemi impiegati

dall'interprete, per dare attuazione alla norma nel caso concreto. Occorre, allora, definire, queste tipologie di inferenza¹.

inferenza

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
Caso	Regola	Risultato

La premessa minore è il caso che si verifica nella realtà, la premessa maggiore è la regola di copertura ossia la legge che consente di disciplinare il caso, la conclusione è un'affermazione intorno al caso.

Quattro sono le specie di inferenze: deduzione, induzione, abduzione, analogia. 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 (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 previsti).

deduzione

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
Caso	regola	risultato
Noto	Nota	Ignoto

induzione

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
Caso	regola	risultato
Noto	Ignota	Noto

abduzione

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
Caso	regola	risultato
Ignoto	Nota	Noto

¹ 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.

analogia

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
Caso	regola	risultato
Nota	Nota per il caso analogo	Ignoto

Occorre precisare che della deduzione esistono due forme: rigorosa² e approssimata³. Il sillogismo classico si identifica solo con la prima, l'unica caratterizzata dalla necessità della conclusione, ma la logica moderna ha riconosciuto anche la seconda come ipotesi di deduzione, poiché il meccanismo è analogo, anche se la conclusione è solo probabilistica.

L'ordinamento giuridico è costituito prevalentemente da inferenze deduttive, perché è sua essenziale funzione costruire regole di condotta, per cui occorre identificare con certezza quando a un determinato fatto segua un effetto⁴. Per tali ragioni la fattispecie giuridica è costruita come una deduzione rigorosa: formalmente la norma funziona come una legge a carattere universale istituendo un nesso indefettibile tra il caso e il risultato, ossia identificando gli effetti giuridici che si ricollegano automaticamente a determinati fatti.

fattispecie giuridica

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
Caso	regola	risultato
Fatto	Norma	Effetto

In ciò si identifica la funzione razionale dell'ordinamento giuridico, il quale pone una rete di precetti attraverso la creazione di un meccanismo di necessaria consequenzialità tra la loro attuazione ed una modificazione del mondo giuridico.

Non deve stupire che un procedimento di formalizzazione elaborato per conoscere la realtà, ossia per l'essere, possa operare per prescrivere dei comportamenti, ossia il dover essere: in entrambi i casi la deduzione ha funzione predittiva, serve cioè a conoscere cosa accadrà a certe condizioni.

Ciò premesso, occorre capire se l'impiego dell'inferenza deduttiva in materia giuridica soffra delle limitazioni legate al suo oggetto.

² 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.

³ Quando la premessa maggiore è costituita da una legge a carattere relativo (i fumatori sono soggetti ad ammalarsi di cancro, Tizio fuma, è possibile che Tizio si ammali di cancro).

⁴ Le disposizioni di legge hanno una struttura condizionalistica, basta sulla formula *se x allora y*, dove al verificarsi del fatto x (premissa minore) la norma (premissa maggiore) fa derivare come necessaria conseguenza l'effetto giuridico y (conclusione). Formalmente la norma funziona come una legge a carattere universale,

Pensare alla logica nella costruzione del ragionamento giuridico astratto, che si sostanzia nella produzione di teorie (siano esse la produzione di una sentenza o la scrittura di un codice), è una prospettiva diversa da quella dall'analisi critica del ragionamento di un avversario, ed è oggetto di studio della metalogica.

I concetti fondamentali che la metalogica esprime, di interesse per il giurista, sono due.

Il primo è la non contraddittorietà di una teoria, o di un insieme di enunciati. La non contraddittorietà o coerenza (*consistency*) è l'impossibilità di dedurre una contraddizione, in particolare la proprietà di non contenere una contraddizione, ossia due enunciati che siano l'uno la negazione dell'altro.

Il secondo è quello della non contraddittorietà di un enunciato rispetto a un insieme di enunciati (supposto non contraddittorio). Se un enunciato A è non contraddittorio con T , o compatibile con T , vuol dire che la negazione di A non è conseguenza logica di T . Ciò non significa che A sia una conseguenza di T , a meno che T non abbia la cosiddetta proprietà della *completezza*: una teoria T è completa se per ogni enunciato A espresso nel suo linguaggio o A è deducibile da T o A è refutabile, cioè la sua negazione è deducibile da T . Se una teoria T è completa, e se un enunciato A è compatibile con T , la negazione di A non è deducibile da T , a meno che T sia contraddittorio, quindi A è deducibile da T .

Assumere la completezza – trasformare un enunciato solo compatibile in un enunciato vero (relativamente alle assunzioni) – significa compiere quella che una volta si chiamava la fallacia *ad ignorantiam*, ossia assumere per vero ciò di cui non si può dimostrare la falsità.

La completezza non va d'accordo con la coerenza, l'una esclude l'altra, almeno in matematica: è il rinomato teorema di Godel. Benché esso non si applichi alle teorie giuridiche, l'incompatibilità tra coerenza e completezza è sempre stata riconosciuta nei comportamenti umani⁵. Si ritiene pacificamente, quindi, che i sistemi giuridici non rispettano coerenza e completezza.

Nel dominio giuridico la contraddittorietà è superata per lo più attraverso regole di collisione o di precedenza: *lex specialis*, *lex superior*, *lex posterior*, sono criteri per fare le scelte tra indicazioni. In altre occasioni (si pensi al rapporto tra norme incriminatrici e norme scriminanti) il conflitto tra enunciati contraddittori non si risolve, ma dà luogo a una situazione di neutralità (l'effetto giuridico non si realizza).

I problemi che nascono dall'incompletezza sono più delicati e critici per la logica applicata. Nessun concetto del linguaggio comune ha i confini perfettamente definiti; in questo la matematica, unica, si differenzia in modo essenziale, perché ivi invece si assume implicitamente (ed esplicitamente nelle teorie che, come quella degli insiemi, trattano della definibilità) che una nozione è ben posta

⁵ *Any human thing supposed to be complete must for that very reason infallibly be faulty* (H. Melville).

solo quando per ogni elemento è possibile stabilire, in linea di principio, se esso rientra oppure no sotto la nozione.

Invece ogni concetto naturale è sempre soggetto ad eccezioni. Vi è largo accordo ormai sul fatto che le definizioni non possono essere mai espresse da un insieme adeguato di condizioni necessarie e sufficienti, ma sono delimitate da un insieme di prototipi. Ogni sforzo di precisazione, pur lodevole, risulta sempre incompleto oppure insoddisfacente.

I confini incerti dei concetti generano le eccezioni. Le eccezioni più che contraddire rendono inapplicabile una norma.

In genere, rinunciando a completare una definizione, si usa una formula di *default*, ossia la previsione di una o più eccezioni. Le regole di *default* introducono la possibilità, se non la inevitabilità, di un ragionamento rivedibile. Inoltre, a volte le eccezioni sono a loro volta incomplete, perché poco definite (si pensi all'art. 1324 c.c., che dichiara applicabili agli atti unilaterali *inter vivos* a contenuto patrimoniale le norme sui contratti in generale "in quanto compatibili") o perché prevedono ulteriori eccezioni (l'eccesso colposo nella scriminante).

È tuttavia dimostrabile che anche l'incompletezza non ostacola la formalizzazione, poiché esistono diverse tecniche per inserire l'eccezione nell'enunciato descrittivo della regola, in modo da renderla esaustiva⁶.

1.2 Diritto e leggi scientifiche

Quanto precede vale a spiegare come il linguaggio giuridico possa essere formalizzato, il che conferma la validità dell'impiego di inferenze deduttive per la posizione di precetti normativi, considerati non solo isolatamente, ma all'interno di un sistema, quale può essere una singola legge o un corpo di leggi, come un codice.

Problema successivo è se il sistema mantiene queste caratteristiche nel momento in cui deve essere applicato, che è quello più direttamente rilevante al fine di qualificare l'attività dell'interprete.

La necessità di un'attività ermeneutica è data dalla stessa struttura dell'inferenza, in cui il risultato è l'esito di un procedimento di sussunzione del caso nella regola.

Nel dominio giuridico si avverte che, essendo la regola frutto di una scelta del legislatore, e non della scoperta dei meccanismi di funzionamento della realtà che ne costituisce oggetto, l'attività

⁶ La più nota è quella del completamento, che tratta le eccezioni come condizioni di applicabilità di una norma. Un metodo alternativo è quello con cui si formalizza il principio che si assume che non ci siano altre eccezioni a meno che non si dimostri il contrario. Entrambi i metodi appartengono al ragionamento non monotono, un ragionamento rispetto al quale non è più vero, come per tutte le usuali logiche, anche non classiche, che l'arricchimento delle premesse non inficia conclusioni già raggiunte: le conclusioni possono essere cassate, quando l'arricchimento o la modifica della base di dati rende scorrette deduzioni prima accettabili.

dell'interprete non è delimitabile dal puro dato formale, convogliato nel testo linguistico, poiché questo non è di per sé idoneo ad esprimere la volontà del legislatore, sia pure intesa in senso obiettivo, ossia come significato desumibile dalla disposizione di legge.

Ciò sarebbe scolpito nell'art. 12, comma 1 Preleggi, secondo cui *“Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore”*.

Il problema è antico e viene ricondotto all'alternativa se l'interpretazione sia attività di mero accertamento o di decisione, nel senso che tra i più significati possibili di un testo ne esista uno solo corretto (ed un metodo inconfutabile per accertarlo), ovvero la preferenza per un significato piuttosto che per altri sia il frutto di una scelta, per quanto indirizzata da criteri oggettivi e predeterminati.

Sulla questione si sono sviluppate tre teorie.

La prima teoria, cd. cognitiva, nasce nella prima metà del XVIII secolo in concomitanza all'elaborazione della teoria della separazione dei poteri, e configura l'interpretazione come un'operazione dichiarativa, di stampo formalistico, riallacciandosi a quegli indirizzi che vedevano nel giudice la bocca della legge⁷, con una conseguente trasformazione dell'attività giudiziaria in un sillogismo, dove scompare ogni profilo di discrezionalità. Il sillogismo si presenta nella sua veste classica, come conclusione necessaria di premesse vere. Dal che, peraltro, si evince immediatamente che la pretesa certezza del diritto, nella sua applicazione al caso concreto, riposa proprio sull'accertamento delle premesse, la cui verità ovviamente non è un dato di partenza, ma a sua volta il punto d'arrivo di un ragionamento. Qui, in particolare, interessa la premessa maggiore, attinente alla norma, e dunque richiama l'interpretazione, quale procedimento che consente il passaggio dal testo normativo alla norma⁸.

Sul versante opposto si situano le teorie cd. scettiche, che negano l'esistenza di significati precostituiti nella disposizione. L'interpretazione non si limita ad una mera attività di accertamento, ma trova la sua essenza nella facoltà di scelta tra più possibili significati. L'ermeneutica non è quindi atto di conoscenza, ma piuttosto di volontà. Nella variante estrema di tali teorie si afferma che i testi normativi non avrebbero altro significato che quello scelto dall'interprete, mentre, secondo un orientamento moderato, ogni testo normativo è suscettibile di esprimere una pluralità di significati, con la conseguenza che l'interpretazione consisterebbe nella scelta fra uno di essi⁹.

⁷ Sul punto si richiama la celebre citazione *«Les juges ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi»*, MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, 1748.

⁸ Passaggio preliminare è la stessa individuazione della norma da applicare al caso concreto.

⁹ Sul punto si rimanda a GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, 2004, pag. 27-28.

Oggi prevale una teoria intermedia, che ravvisa nell'interpretazione entrambi gli aspetti, facendone un procedimento complesso, più che una singola operazione. Il linguaggio, accanto ad un nucleo di significato certo, che designa una classe definita di oggetti, presenta una zona di penombra, che ne delimita il confine verso l'area di incontrastata esclusione o non-appartenenza¹⁰. In tale zona grigia si colloca una possibile pluralità di significati, suscettibile di produrre esiti contrastanti circa l'appartenenza o meno di un oggetto alla norma. Ne consegue che l'attività di interpretazione ha natura di accertamento sia in positivo, per quanto riguarda gli oggetti rientranti nel nucleo forte di significato del testo, sia in negativo, con riferimento agli oggetti estranei a detta area. Invece, con riguardo a quegli oggetti per i quali è incerta l'appartenenza all'area semantica di un determinato termine, data la presenza di più significati, sia in senso positivo che in senso negativo, la scelta tra di essi è frutto di una decisione.

Collocare il diritto nel dominio scientifico significa ripensare il problema dell'interpretazione.

Il valore convenzionale della norma, espresso dalla forza imperativa della disposizione e riversato nel testo, deve collimare con il suo valore reale, espresso dal significato del testo. Ciò per un'elementare esigenza di certezza, che, pur manifestandosi maggiormente in alcuni rami dell'ordinamento giuridico, come quello penale, è comune a tutti, poiché comune è la funzione razionale dell'ordinamento giuridico.

L'interpretazione deve colmare lo spazio che esiste tra norma e realtà, definendo univocamente la realtà individuata e disciplinata dalla norma, nei limiti che sono invalicabili dal legislatore e che non attengono alle leggi del linguaggio, ma a quelle della realtà.

L'antica contrapposizione tra la legge fisica e la legge giuridica, da cui origina storicamente tutto il problema dell'interpretazione, non può essere accettata come ostacolo insuperabile, dovendo la dicotomia tra la necessità inderogabile dell'accadere fenomenico, governato da leggi di natura, e la coattività mutevole e transitoria dei rapporti umani, governati dall'atto politico, trovare una composizione a seconda della materia regolata dalla norma.

Laddove possibile il legislatore dovrebbe impiegare solo termini che evocano immediatamente la realtà fisica, e che non richiedono altra operazione ermeneutica che quella di ricercare nell'apposito codice linguistico il loro significato. Tali termini sono quelli che hanno valenza simbolica

¹⁰ Sul punto si richiamano le considerazioni ormai storiche di H. L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, London, 1961. Nella traduzione italiana di Mario Cattaneo, edita da Einaudi, del 1965, si legge a pag. 148: «In tutti i campi dell'esperienza, non soltanto in quello delle norme, vi è un limite, insito nella natura del linguaggio, alla guida che il linguaggio in termini generali può offrire. Vi saranno invero casi chiari che ricorrono costantemente in contesti simili ai quali le espressioni generali sono chiaramente applicabili (Se mai esistono dei veicoli l'automobile è uno di questi), ma vi saranno anche dei casi in cui non è chiaro se esse si applicano o no (il termine "veicolo" usato in questo contesto include le biciclette, gli aerei e i pattini a rotelle?). Queste sono situazioni di fatto messe continuamente sulla scena ad opera della natura o dell'invenzione umana, che possiedono soltanto alcune caratteristiche dei casi normali, mentre sono prive di altre. I canoni interpretativi non possono eliminare queste incertezze, benché possano diminuirle: infatti questi canoni sono essi stessi norme generali per l'uso del linguaggio, e fanno uso di termini generali che richiedono a loro volta di essere interpretati».

tendenzialmente assoluta, essendo stati elaborati dal linguaggio per connotare realtà definite con certezza. In siffatte ipotesi il linguaggio svolge la funzione che gli è propria: rappresentare direttamente un'idea¹¹. Ciò accade quando il linguaggio designa settori della realtà governati da leggi scientifiche, in cui ad un concetto corrisponde una parola e viceversa. In tali casi è sufficiente per l'interprete guardare al registro del linguaggio e prelevare l'idea corrispondente a quel termine. Qualora, per ragioni di economia, in detto registro a quella parola fossero stati assegnati anche ulteriori significati, sarebbe comunque possibile, attraverso altri indici testuali (in particolare il contesto in cui la parola è inserita), ricavare con certezza il suo significato nella disposizione. Non di scelta si tratterebbe, ma di ricognizione, poiché il tasso di discrezionalità di un'attività intellettuale dipende dai parametri che osserva, non dal contenuto volitivo dell'operazione, che non può mai mancare.

Nelle situazioni in cui ciò non è possibile o non è opportuno il legislatore impiega termini che hanno una valenza simbolica relativa, perché rinviano a realtà diverse. Quando si parla di termini non univoci o polisemi, si intende appunto qualificare la situazione in cui non è vi corrispondenza necessaria tra il linguaggio e la realtà, ma solo corrispondenze possibili, nel senso che il concetto può indicare più realtà, sia pure con diverso grado di forza.

Ciò è tipico del consorzio umano e dei fatti umani, dove la realtà non sempre può essere definita in termini scientifici, per difetto di leggi universali, vuoi perché non si è ancora formata una conoscenza scientifica, vuoi perché l'oggetto non si presta ad essere conosciuto dalle scienze esatte. In tali settori intervengono mediazioni culturali, che il linguaggio esprime, sì che lo stesso perde la sua valenza di simbolo della realtà, cioè di immediata comunicazione di una porzione del mondo conoscibile senza margini di dubbio.

Allora, piuttosto che di valenza simbolica relativa, è corretto parlare di valenza sintomatica: la parola è un sintomo, un segno della realtà, e come tutte le realtà che si manifestano attraverso segni la sua identificazione ha carattere probabilistico. Quando il significato è solo probabile, l'interprete deve sceglierlo. La scelta in questo caso non ha natura di ricognizione, ma implica esercizio di discrezionalità.

Quindi, l'ordinamento giuridico conosce situazioni in cui l'interpretazione è un'attività di conoscenza, altre in cui l'interpretazione ha natura di giudizio.

La distinzione tra tali situazioni dipende dalla legge di "copertura" impiegata: è la legge che "copre" la norma, cioè la legge della conoscenza preesistente all'ordinamento giuridico ed a cui il legislatore ricorre per identificare e definire la realtà che ne forma oggetto.

¹¹ Il concetto era scolpito dagli antichi: «*rem tena verba sequantur*», e «*nomina sunt consequentia rerum*».

La norma disciplina la realtà, dunque la rappresenta in base alle leggi della conoscenza che la spiegano. Dal tipo di realtà che costituisce oggetto della norma, dipende il tipo di legge utilizzata.

Poiché il diritto è un sistema di regolazione sociale, accanto alla dimensione empirica del fatto, occorre considerare la dimensione umana e sociale. Se questa è immediatamente espressa dall'accadimento fenomenico *nulla quaestio*: il ricorso alle leggi scientifiche sarà sufficiente. Se, invece, la dimensione sociale si distacca dal dato sensibile, implicando una lettura valutativa dell'accadimento fenomenico, il ricorso alle leggi scientifiche non è sufficiente, e il legislatore utilizza leggi della conoscenza che hanno per oggetto l'uomo, più che la natura.

In tale seconda ipotesi, se si tratta di leggi codificate da discipline tecniche (diritto, economia, etc.), la norma impiega termini definiti dai relativi ordinamenti; se si tratta di leggi non codificate, ma appartenenti ad ordinamenti immateriali e di "valore" (religione, morale, costume sociale, etc.), la norma impiega termini che a detti ordinamenti fanno riferimento per descrivere il fatto.

Nell'ordinamento giuridico esistono, dunque:

- norme del 1° tipo, i cui concetti sono definibili sulla base delle scienze cd. "pesanti" o "esatte"¹²;
- norme del 2° tipo, i cui concetti sono definibili sulla base delle scienze cd. "leggere"¹³;
- norme del 3° tipo, i cui concetti sono definibili sulla base di codici culturali¹⁴.

Da quanto precede si ricava che la fattispecie giuridica, nel momento della sua applicazione, non sempre si comporta come una deduzione rigorosa, poiché ciò accade solo nelle norme del 1° tipo, fondate su una legge di carattere universale, di cui è possibile accertare con precisione il significato e quando un caso concreto vi rientri.

Dunque, mentre nella dimensione astratta, viene in rilievo la legge in senso formale, ossia come regola giuridica di connessione necessaria tra un caso e un risultato, che ha carattere assoluto¹⁵, nella dimensione concreta viene in rilievo la legge in senso sostanziale, ossia come regola esplicativa dei meccanismi di funzionamento del mondo, che ben può avere carattere relativo, istituendo una connessione solo probabilistica.

¹² Sono le scienze che studiano la natura, tramite modelli matematici, come matematica, informatica, fisica, chimica. Queste, a loro volta, costituiscono la base di altre scienze, che pure presentano un elevato grado di formalizzazione, come la statistica, la biologia, l'astronomia, le scienze della terra. Le scienze applicate sono tutte le discipline scientifiche che trasformano i risultati della ricerca pura in tecnologia, utilizzabile dall'uomo. A titolo esemplificativo vi rientrano la medicina, l'ingegneria, l'architettura, la scienza delle costruzioni.

¹³ Sono le scienze sociali e umane, che studiano l'uomo nella sue diverse manifestazioni. A titolo esemplificativo vi rientrano il diritto, l'economia, le scienze politiche, l'antropologia, la sociologia, la psicologia, le scienze dell'educazione e della comunicazione.

¹⁴ Anche i sistemi culturali sono studiati da discipline accademiche, ma non con il metodo empirico proprio delle scienze, naturali o umane, bensì in modo critico o speculativo. Alla prima classe appartengono la storia, la letteratura, le arti; alla seconda la filosofia, la religione, la semiotica.

¹⁵ Per la dimostrazione v. *sub* § 2.4.

Per semplicità si procede all'analisi delle tre ipotesi separatamente, ma nella realtà degli ordinamenti giuridici raramente esse si presentano in forma "pura", essendo le fattispecie legali formate da elementi dell'uno e dell'altro tipo insieme.

1.3 L'interpretazione delle norme giuridiche

Le norme del primo tipo hanno portata descrittiva e sono immediatamente esplicative, in virtù di un contenuto certo, siccome costruito mediante ricorso a concetti su cui la comunità ha raggiunto ampia condivisione.

L'interpretazione di tali disposizioni è essenzialmente un'attività di accertamento, poiché esse conservano le caratteristiche dell'inferenza deduttiva, essendo fondate su leggi di carattere universale o, al più, dotate di un elevato grado di conferma induttiva e non falsificate.

Quando la norma sia interamente costruita su leggi scientifiche, l'unico problema che si può porre è se il giudice sia totalmente vincolato alla nozione scientifica o meno: è il rapporto tra giustizia e sapere scientifico.

Al riguardo esistono due impostazioni.

Per la prima il rapporto è di subordinazione, con la conseguenza che il giudice si deve limitare ad accertare i risultati forniti dalla scienza, trasferendoli nell'interpretazione della norma. Per la seconda il rapporto è di parità, sicché il giudice, benché prenda le mosse dalle acquisizioni fornite dalla scienza, può adattare nell'interpretazione della norma, attraverso un'operazione critica.

La soluzione trova fondamento nell'art. 101 Cost. e nel dovere di sottoposizione del giudice alla legge, che è la legge giuridica, ma anche tutte le leggi da essa direttamente richiamate. Il giudice non può farsi né legislatore, né scienziato: egli è sempre un fruitore e non un produttore di leggi scientifiche. Tuttavia, una volta cristallizzata la scissione dei ruoli tra giudice e scienziato, riconoscere che il giudice talvolta possa operare una scelta nell'interpretazione di norme descrittive non significa negare i vincoli nascenti dalla scienza.

Occorre distinguere tra sapere scientifico di carattere universale, e sapere scientifico di carattere relativo. Nella prima ipotesi il giudice deve impiegare la legge scientifica qual è. Nella seconda ipotesi si pone il problema dell'adattamento della legge alla *ratio* della norma ed alle peculiarità del caso concreto e, in caso di pluralità di teorie, quello della scelta.

Le norme del secondo tipo hanno portata valutativa e non sono immediatamente esplicative, essendo costruite tramite concetti tecnico-specialistici.

L'interpretazione di tali disposizioni è un'attività mista, di accertamento e di scelta. Entrambi i momenti sono presenti nell'esegesi dell'elemento tecnico, che presenta una componente di conoscenza ed una di giudizio.

L'interpretazione di fattispecie tecniche spesso costituisce un'attività ermeneutica di secondo grado, atteso che le relative norme impiegano prevalentemente concetti desunti da altri ordinamenti giuridici. In tali casi l'interprete deve operare l'integrazione rivolgendosi all'ordinamento cui l'elemento appartiene. Da un lato il rinvio non può essere ignorato, perché serve a dare certezza alla fattispecie, utilizzando un concetto già identificato dall'ordinamento, sia pure in un altro settore. Dall'altro, l'integrazione non può essere meramente passiva, perché trascurerebbe la diversa finalità delle norme.

Pertanto, l'interprete è chiamato a una duplice operazione: in primo luogo identificare il concetto nell'ordinamento giuridico esterno; in secondo luogo decidere come adattarne il significato ai fini dell'interpretazione. La prima è un'operazione di accertamento, che peraltro utilizza i risultati di un'altra attività ermeneutica; la seconda è un'operazione di scelta, risolvibile tuttavia secondo postulati teorici sufficientemente definiti, ossia guardando alla *ratio* della disposizione da interpretare ed alle esigenze del sistema di cui fa parte.

Le norme del terzo tipo hanno portata elastica, essendo costruite tramite concetti culturali. L'interpretazione di tali disposizioni implica una scelta, che, per non restare disancorata da indici oggettivi, avviene per lo più sulla base di *standards* sociali e principi generali del diritto.

Sono le norme che destano maggiori problemi, dove l'attività di giudizio risente molto della soggettività dell'operatore, e che pure stanno acquistando sempre maggiore importanza, tanto da ipotizzare un ruolo sostanzialmente normativo della giurisprudenza di legittimità: «Il nostro ordinamento, pur appartenendo ai sistemi di *civil law*, si configura come semi-aperto, perché fondato non solo su disposizioni di legge riguardanti settoriali e dettagliate discipline ma anche su cd. clausole generati, e cioè su indicazioni di “valori” ordinamentali, espressi con formule generiche (buona fede, solidarietà, funzione sociale della proprietà, utile sociale dell'impresa, centralità della persona) che scientemente il legislatore trasmette all'interprete per consentirgli, nell'ambito di una più ampia discrezionalità, di “attualizzare” il diritto, anche mediante l'individuazione (là dove consentito, come nel caso dei diritti personali, non tassativi) di nuove aree di protezione di interessi. In tal modo, con evidente applicazione del modello ermeneutico tipico della *interessenjurisprudenz* (cd. giurisprudenza degli interessi, in contrapposizione alla *begriffsjurisprudenz* o giurisprudenza dei concetti quale espressione di un esasperato positivismo giuridico) si evita sia il rischio, insito nel cd. sistema chiuso (del tutto codificato e basato sul solo dato testuale delle disposizioni legislative senza alcun spazio di autonomia per l'interprete), del mancato, immediato adeguamento

all'evolversi dei tempi, sia il rischio che comporta il cd. sistema aperto, che rimette la creazione delle norme al giudice sulla base anche di parametri socio-giuridici (ordine etico, coscienza sociale etc.) la cui valutazione può diventare arbitraria ed incontrollata»¹⁶.

È evidente che, procedendo nell'ordine progressivo indicato, la discrezionalità dell'interprete, compresa quella della pubblica amministrazione nel momento in cui è chiamata a dare attuazione al precetto normativo nell'adempimento dei suoi compiti, cresce, sino a diventare poco controllabile.

1.4 La scelta della legge scientifica

Pietra miliare in argomento è la sentenza della Corte Suprema Federale USA, *In Re Daubert*, 1993, pronunciata in una causa civile di risarcimento del danno per le malformazioni di cui erano affetti dalla nascita due minori, la cui madre aveva assunto durante la gravidanza un farmaco (il Bendectin) sospettato di effetti teratogeni. La sentenza di rigetto della domanda è stata confermata dalla Corte federale in applicazione dei seguenti principi:

- «per essere qualificata come conoscenza scientifica un'inferenza o asserzione deve essere tratta dal metodo scientifico»;
- «una domanda chiave cui rispondere quando si intende stabilire se una teoria o una tecnica sia una conoscenza scientificamente affidabile, è se essa possa essere (e sia stata) testata». La moderna metodologia scientifica «si basa sulla formulazione di ipotesi e sul controllo delle stesse, per vedere se possano essere falsificate; ed effettivamente questa metodologia è ciò che distingue la scienza dalle altre discipline della ricerca umana (si veda anche C. Hempel, *Philosophy of Natural Science*, 1966: “le affermazioni che costituiscono una spiegazione scientifica devono essere suscettibili di una verifica empirica”; K. Popper, *Conjectures and Refutations: the Growth of Scientific Knowledge*, 1989: “il criterio dello status scientifico di una teoria è la sua falsificabilità o confutabilità, o controllabilità”»);
- «l'accettazione generale può avere un peso nell'indagine. Una valutazione di affidabilità consente, anche se non richiede, l'esplicita identificazione di una comunità scientifica rilevante e una espressa definizione di un particolare grado di accettazione all'interno di una comunità scientifica rilevante ed una espressa definizione di un particolare grado di accettazione all'interno di quella comunità»;
- «nel caso di una particolare tecnica scientifica, le Corti debbono considerare il tasso noto o potenziale di errore [...] e resistenza, e provvedere all'applicazione costante di standards di controllo dell'efficacia della tecnica»;

¹⁶ Cass. sez. III, n. 10741 del 2009.

- «le conclusioni scientifiche sono soggette a continua revisione [...]. Riconosciamo al giudice il ruolo di custode».

La premessa da cui muove la Corte Suprema è proprio quella che rende complesso il problema del rapporto tra diritto e scienza, cioè l'assenza di certezze nel sapere scientifico, per cui un'ipotesi scientifica accreditata in un certo periodo storico e posta alla base di decisioni giurisdizionali, anche definitive, può in seguito essere smentita.

Per ridurre al minimo possibile il rischio di una sentenza ingiusta si deve ricorrere al procedimento di conferma e falsificazione. Sono, dunque, contemporaneamente adottati i metodi di controllo dell'ipotesi scientifica propugnati da Hempel¹⁷ e Popper¹⁸ (espressamente citati), essendo richiesta sia la conferma empirica, sia quella logica.

A questo procedimento la Corte federale degli Stati Uniti d'America aggiunge il criterio tradizionale del consenso generale, cioè il riferimento a conoscenze scientifiche che, per quanto provvisorie, nondimeno hanno assunto un valore paradigmatico, essendo universalmente riconosciute dalla comunità scientifica¹⁹.

Nella epistemologia contemporanea, oltre al metodo scientifico ed al criterio dell'evidenza empirica, sono stati elaborati una serie di indici della scientificità di una teoria:

- parsimonia, cioè l'utilizzo del minor numero di ipotesi per spiegare un fenomeno (riprende la teoria del rasoio di Occam);

¹⁷ Il neopositivismo (Hempel) adotta il metodo induttivo, accettando le ipotesi scientifiche che presentino un alto grado di conferma sperimentale: la validità dell'ipotesi esplicativa dipende dal numero dei casi – appartenenti alla classe di fenomeni che è deputata a regolare – in cui trova efficiente impiego. L'induzione viene utilizzata come strumento di verifica dell'ipotesi, piuttosto che come tecnica di scoperta scientifica. Il procedimento scientifico elaborato dalla concezione neo-positivistica si articola in sei fasi:

1. osservazione;
2. esperimento;
3. correlazione fra le misure;
4. definizione di un modello fisico;
5. elaborazione di un modello matematico;
6. formalizzazione della teoria.

¹⁸ Il falsificazionismo (Popper) critica il metodo induttivo, negandone qualsiasi competenza sul piano logico, atteso che la somma dei particolari non può mai fondare un'asserzione universale. Ogni ipotesi è provvisoria, perché può essere smentita e la sua conferma avviene non per verifica, ma per fallimenti di confutazione. In assenza di falsificazioni una teoria scientifica gode di una provvisoria validità e può essere utilizzata. Per converso un'ipotesi che non sia suscettibile di essere falsificata non è, per definizione, scientifica.

Per il metodo ipotetico-deduttivo il procedimento scientifico si articola in quattro fasi:

1. formulazione di un'ipotesi;
2. deduzione delle conseguenze, prevedendo gli eventi che in base ad essa devono verificarsi;
3. osservazione, tramite esperimenti, se si produce l'evento previsto;
4. se l'evento si produce la teoria non è confermata, semplicemente non è stata smentita e possiamo accettarla provvisoriamente.

¹⁹ È la concezione di KUHN, che, in dissonanza da POPPER, ritiene che la ricerca scientifica raggiunga un grado relativo di stabilità, fissato nel concetto di "scienza normale", cioè «una ricerca stabilmente fondata su uno o più risultati raggiunti dalla scienza del passato, ai quali una particolare comunità scientifica, per un certo periodo di tempo, riconosce la capacità di costituire il fondamento della sua prassi ulteriore».

- consistenza, cioè la mancanza di contraddizioni logiche e la capacità di spiegare anche i fenomeni precedentemente osservati e spiegati in altro modo;
- pertinenza, cioè la capacità di spiegare il fenomeno osservato;
- riproducibilità, cioè la capacità di fare previsioni che possano essere testate da ogni osservatore, anche in un futuro indefinito;
- modificabilità e dinamicità, cioè la possibilità di essere modificata in seguito a nuove osservazioni;
- l'assunzione che le precedenti teorie siano approssimazioni, e la possibilità che lo stesso sia detto da una futura teoria;
- l'incertezza di tale teoria, che dunque non assume un valore di verità assoluta, come sono quelle veicolate dalle dottrine della fede.

Alcuni di questi criteri talvolta compaiono nella giurisprudenza americana, più spesso sono assorbiti nella regola *Daubert*.

Ne consegue che una teoria scientifica, perché sia dotata di attendibilità tale da poter essere impiegata per le decisioni giudiziarie, deve essere empiricamente verificabile, suscettibile di falsificazione, essere stata oggetto di pubblicazioni sottoposte a revisione paritaria e godere del consenso della comunità, esserne noto il tasso di errore e la correttezza delle procedure di controllo cui è sottoposta.

Ciò conduce ad escludere non solo, come è ovvio, la cd. scienza spazzatura, ma anche tutti gli studi scientifici che, pur avendo trovato conferma sperimentale, non hanno resistito ai tentativi di falsificazione, essendo stati contraddetti da altri studi scientifici.

Un criterio così rigoroso sembra restringere eccessivamente il novero delle leggi scientifiche utilizzabili. Molte leggi sono prive di una verifica sperimentale nella totalità dei casi, sicché non reggono al criterio della conferma. Altre sono contraddette, sicché non reggono al criterio della falsificazione.

Quanto alle leggi prive di conferma universale, occorre distinguere tra le teorie che si prefiggono tale grado di conferma, le quali devono ritenersi fallite, e le teorie che hanno un'intrinseca natura relativa, essendo destinate ad operare in settori dove la conoscenza dei fenomeni naturali non è ancora in grado di formulare ipotesi dotate di capacità esplicativa piena, le quali possono essere accreditate a patto che sia dichiarato il tasso di errore e lo stesso appaia contenuto in margini accettabili.

Quanto alle leggi contraddette da altre teorie, la falsificazione non le esclude dal sapere scientifico utilizzabile in sede giuridica allorquando riguardi ambiti estranei alla materia oggetto della legge. Ad esempio gran parte della fisica classica, originata dalle teorie di Galilei e Newton, è stata messa

in crisi da due teorie del ventesimo secolo, cioè la teoria della relatività di Einstein e la meccanica quantistica, le quali però si occupano della realtà su dimensioni o grandezze che non sono quelle oggetto del diritto (che non riguarda né il mondo subatomico, né quello che funziona alla velocità della luce), in cui le leggi classiche conservano validità.

Nell'ambito delle leggi a carattere relativo, può verificarsi il caso in cui al giudice si prospetti un'alternativa, stante l'esistenza di almeno due teorie sufficientemente accreditate. La giurisprudenza ha affermato che quando il sapere scientifico non è consolidato o non è comunemente accettato perché vi sono tesi in irrisolto conflitto, spetta comunque al giudice prescegliere quella da preferire. La Corte di Cassazione, rispetto a tale apprezzamento, non deve stabilire se la tesi accolta sia esatta, ma solo se la spiegazione fornita sia spiegata in modo razionale e logico²⁰.

Se pensiamo che la pronuncia *Daubert* è stata resa in un giudizio civile, dovremmo concludere che i requisiti ivi fissati siano quelli minimi, al di sotto dei quali non si può scendere, fermo restando che il più rigoroso criterio *b.a.r.d.* – previsto in sede penale, ma che il legislatore può adottare anche in altri rami dell'ordinamento per particolari materie – può comportare ulteriori restrizioni.

Così parte della dottrina ritiene inutilizzabili le leggi che si occupano di classi astratte di fenomeni – che esprimano esclusivamente una correlazione quantitativa tra eventi di genere e l'attitudine di un evento ad aumentare o diminuire la probabilità di verificazione dell'altro – ed esprimono una causalità generale, incapace di concretizzazione, come l'epidemiologia, la tossicologia, la biologia animale.

La giurisprudenza, per contro, ammette anche in sede penale le leggi a frequenza statistica medio-bassa²¹, che sono invece ripudiate da chi assume che il *b.a.r.d.* postuli l'adesione al paradigma della *cd. certezza scientifica*, costruita su base nomologica ed empirico-induttiva, che implica l'applicazione all'ipotesi accusatoria di leggi scientifiche certe e l'assenza di ipotesi alternative credibili, ripudiando quello della *certezza logica*, costruito su base stocastica, probabilistica e logico-deduttiva, il quale si accontenta di un giudizio di credibilità razionale dell'ipotesi accusatoria e della preferibilità rispetto a costruzioni alternative, pur non sfornite di plausibilità.

In realtà occorre distinguere tra il giudizio di fatto, cui si riferisce l'anzidetta giurisprudenza, e il giudizio di diritto.

²⁰ Cass. pen. sez. IV, n. 43786 del 2010, in un caso relativo alla rilevanza dell'esposizione prolungata all'amianto nell'insorgenza del mesotelioma pleurico.

²¹ «È indubbio che coefficienti medio-bassi di probabilità *cd. frequentista* per tipi di evento, rivelati dalla legge statistica (e ancor più da generalizzazioni empiriche del senso comune o da rilevazioni epidemiologiche), impongano verifiche attente e puntuali sia della fondatezza scientifica che della specifica applicabilità nella fattispecie concreta. Ma nulla esclude che anch'essi, se corroborati dal positivo riscontro probatorio, condotto secondo le cadenze tipiche della più aggiornata criteriologia medico-legale, circa la sicura non incidenza nel caso di specie di altri fattori interagenti in via alternativa, possano essere utilizzati per il riconoscimento giudiziale del necessario nesso di condizionamento» (Cass. sez. un., *Franzese*, cit.).

Ai fini dell'accertamento del fatto il *b.a.r.d.* è compatibile con l'impiego di leggi statistiche, grazie agli strumenti della *corroboration* e, soprattutto, della *cumulative redundancy*, che possono consentire di escludere dubbi ragionevoli qualora non siano disponibili leggi universali. Partendo dal postulato che la dimostrazione di una tesi si ottiene attraverso la falsificazione dell'antitesi, eliminare il ragionevole dubbio non implica dimostrare che la tesi sia l'unica astrattamente possibile, ma che le altre siano prive di fondamento razionale.

A diverse conclusioni deve pervenirsi quanto alle leggi scientifiche da impiegarsi nel giudizio di diritto, al fine di ricostruire il significato della fattispecie astratta. Ciò perché in questo caso la legge di copertura è impiegata in una proposizione deduttiva.

Tuttavia, occorre considerare che, a fronte della scelta del legislatore che codifichi fattispecie definite nella realtà da leggi scientifiche deboli, o addirittura prive di definizione scientifica, l'interprete non ha altra possibilità che applicare quelle, oppure sollevare questione di legittimità costituzionale²².

Ciò non vale, chiaramente, quando sono regolati fatti che, non avendo immediata corrispondenza in *rerum natura*, sono descritti sulla base di leggi attinte dalle scienze sociali. Rispetto a tali fatti, più frequenti nell'ordinamento civile e amministrativo, le leggi scientifiche sono prive di competenze, dal che ne consegue che in tali ambiti non si può pretendere l'impiego.

Ciò non di meno le conoscenze che vengono utilizzate non possono sottrarsi ai principi fissati in *Daubert*. In tal senso si è espressa la Corte Suprema nel 1999²³, secondo cui «in questo caso ci si chiede di determinare come la massima di *Daubert* possa applicarsi alla testimonianza di tecnici o di altri esperti che non siano scienziati. Noi statuiamo che la massima di carattere generale di *Daubert* – che stabilisce l'obbligo per il giudice di farsi custode del metodo – si applica non solo alla testimonianza basata su conoscenze scientifiche, ma anche a quella basata su conoscenze tecniche o su altre conoscenze specialistiche»²⁴.

1.5 Le leggi scientifiche impiegate nel diritto amministrativo

Se è vero che qualsiasi ordinamento ha per oggetto fatti, essendo il diritto uno strumento di regolazione della realtà, con la conseguenza che non può mai prescindere dalle leggi elaborate dalle scienze naturali, tuttavia esse hanno rilevanza dominante solo nell'ordinamento penale, che ha per oggetto i fatti in quanto tali, senza la mediazione di categorie convenzionali, perché il reato è

²² Come nel caso dell'art. 612-bis c.p.

²³ Sentenza *Kumho*, la quale però riguardava discipline classificabili tra le scienze applicate, e non tra le scienze sociali.

²⁴ Ciò è in linea con la citata *Federal Rule of Evidence 702*, dalla cui interpretazione muove *Daubert*, secondo la quale «Se qualche conoscenza scientifica, tecnica o di altro tipo specialistico dovesse essere utile a chi accerta i fatti un teste qualificato come esperto può rendere la sua testimonianza sotto forma di opinione».

un'entità di fatto, costruita sulla base di una corrispondenza immediata tra realtà fisica e legge giuridica.

Viceversa, l'ordinamento amministrativo è volto a regolare situazioni complesse e bilanciare molteplici ed eterogenei interessi, in base a valutazioni di ordine socio-politico ed economico, con la conseguenza che la disciplina giuridica del reale avviene tramite la mediazione del provvedimento o, nell'ambito dell'attività di diritto privato, del contratto. Categorie che sono creazioni del diritto, elaborate sulla base di concetti essenzialmente normativi, che assumono ad oggetto fatti, ma li riconfigurano in termini giuridici²⁵.

Ciò comporta che il legislatore, nel disciplinare l'attività amministrativa, non è soggetto a un vincolo dalle scienze naturali, anzi adotta prevalentemente norme del secondo tipo, che impiegano leggi elaborate dalle scienze umane.

Una rassegna delle leggi di copertura impiegate nel diritto amministrativo non può che muovere dalle materie di intervento pubblico, poiché è la natura delle situazioni e degli interessi che sono oggetto dell'attività amministrativa a condizionare la scelta del legislatore. Prendendo come riferimento l'elenco operato dall'art. 117 della Costituzione, si può fissare un quadro orientativo:

- politica estera e questioni internazionali: scienze politiche, diritto internazionale;
- immigrazione: antropologia, sociologia, scienze politiche;
- rapporti tra la Repubblica e le confessioni religiose: religione, sociologia, scienze politiche;
- difesa e Forze armate, sicurezza dello Stato: scienze politiche, arte della guerra;
- armi, munizioni ed esplosivi: scienze applicate;
- ordine pubblico e sicurezza: sociologia, criminologia, scienze politiche;
- moneta, tutela del risparmio e dei mercati finanziari: economia e finanza;
- tutela della concorrenza: economia e finanza;
- sistema tributario e contabile, bilanci pubblici: economia e ragioneria, scienze politiche;
- commercio e professioni: economia;
- elezioni: scienze politiche;
- ordinamento e organizzazione amministrativa: scienza dell'amministrazione;
- cittadinanza, stato civile e anagrafi: antropologia, sociologia, demografia;

²⁵ L'art. 1321 c.c. stabilisce che *“il contratto è l'accordo tra due o più parti per costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale”*, definendo con un linguaggio tecnico il fenomeno dell'incontro di volontà tra due soggetti. Analogamente è a dirsi per l'illecito civile, che, pur avendo come presupposto un fatto materiale, viene descritto dal legislatore attraverso una formula astratta («fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, dai cui derivano danni risarcibili»), in cui campeggia una clausola indeterminata – il “danno ingiusto” – per designare un accadimento naturale, qual è l'evento di danno. L'atto amministrativo è ancor più caratterizzato da concetti tecnico-giuridici che si distaccano dal mondo fenomenico, essendo il prodotto non della volontà o del comportamento di un singolo individuo, ma dell'azione procedimentalizzata di una ente immateriale.

- pesi, misure e determinazione del tempo; coordinamento informativo: scienze naturali, statistica, informatica;
- tutela e valorizzazione dei beni culturali e ambientali: scienze applicate, storia, antropologia, letteratura ed arti, estetica;
- previdenza sociale: economia, sociologia;
- istruzione pubblica: scienze dell'educazione;
- tutela e sicurezza del lavoro: scienze applicate;
- ricerca scientifica e tecnologica: scienze naturali e scienze applicate;
- tutela della salute e alimentazione: scienze naturali e scienze applicate;
- governo del territorio: urbanistica e scienze applicate;
- protezione civile: scienze naturali e scienze applicate;
- comunicazioni: scienze della comunicazione, informatica ed economia;
- infrastrutture ed energia: economia, scienze applicate;
- sport: scienze applicate, sociologia.

Il quadro delineato mostra come le leggi di funzionamento del mondo impiegate nel diritto amministrativo siano piuttosto variegate: ciò appare una diretta conseguenza dell'ampiezza dei compiti attribuiti alla pubblica amministrazione nello Stato costituzionale pluralista, caratterizzato da interessi e bisogni eterogenei e sempre più numerosi²⁶.

Una caratteristica dell'attività amministrativa è la discrezionalità, ossia il potere di effettuare liberamente – una volta soddisfatti i vincoli normativi – la ponderazione tra i diversi interessi coinvolti nei vari settori di intervento pubblico.

Ciò significa che l'applicazione della legge di copertura recepita dalle norme che disciplinano l'attività amministrativa non è sufficiente al fine di provvedere, ma l'ente pubblico compie un passaggio ulteriore, avente ad oggetto la scelta in ordine alla soluzione più idonea nel caso concreto tra quelle rese possibili dalla legge di copertura. Tale passaggio, ovviamente, non può non essere governato dall'apparato di conoscenze disponibili, ma esse – leggi del sapere o sistemi di valore – restano al di fuori dell'ordinamento giuridico.

Uno dei problemi fondamentali del diritto amministrativo è se il principio di buon andamento – nel suo moderno significato economico – non implichi l'ingresso di tali conoscenze tra le regole giuridiche che l'amministrazione è tenuta a seguire. Se così fosse, l'intero ordinamento della pubblica amministrazione, e non solo il diritto dell'economia, resterebbe governato (anche) da leggi di natura economica.

²⁶ Cfr. M. S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, p. 3 ss., ove anche la critica all'idea dell'Orlando di "ingerenza del potere".

2. Le tecniche di produzione degli effetti giuridici

La produzione di un effetto giuridico presuppone la qualificazione di una situazione reale da parte di una norma giuridica. Posto che le disposizioni normative sono strutturate come inferenze, le tecniche di produzione degli effetti giuridici possono essere descritte in base ai modelli logici definiti in precedenza.

La trattazione si articola in tre punti:

- aspetti generali;
- lo schema norma-potere-effetto;
- lo schema norma-fatto effetto.

2.1 Aspetti generali

La disposizione normativa si presenta sempre in una forma o schema fondamentale che rivela la descrizione di un fatto o stato di cose collegato ad un altro fatto o stato di cose mediante un nesso d'implicazione («se ... allora») o connessione normativa («per modo che»), per cui ad un termine condizionante (protasi) è connesso un termine condizionato (apodosi). Ma la formula ipotetica non significa che la norma, *ut sic*, sia condizionata. Qualsiasi norma anche incondizionata (norma attributiva di poteri, norma organizzativa, norma permissiva, ecc.) può essere espressa in forma condizionata. La norma nel suo complesso è anzi sempre incondizionata, mentre condizionato è il contenuto della norma espresso dall'apodosi nei confronti della protasi (che può essersi anche effettivamente già verificata e che comunque non può non verificarsi). La norma giuridica prescrive incondizionatamente l'implicazione o connessione, ipotetica. Il suo schema completo può essere pertanto raffigurato nel modo seguente: «È prescritto che se A allora B», dove il termine «è prescritto che» è l'operatore logico di comando. Ma, così intesa e rappresentata, la struttura della norma giuridica esprime al tempo stesso la sua funzione esclusiva, che è appunto quella di prescrivere incondizionatamente. In sintesi può dirsi che la struttura formalmente condizionale è una struttura sostanzialmente imperativa, formulata in termini ipotetici per assumere il carattere generale, astratto, ripetitivo proprio delle norme giuridiche.

Questa struttura riproduce lo schema causale, ma è preferibile sostituire i concetti di causa ed effetto con quelli di antecedente e conseguente, atteso il peculiare ruolo svolto dalla legge di copertura della relazione (la norma), che è non solo esplicativa ma anche costitutiva: B è conseguenza di A in base alla legge N.

Ciò consente di descriverla con i modelli matematici illustrati in precedenza.

norma giuridica

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
antecedente	norma	conseguente

Nella proposizione normativa, dunque, l'antecedente è la premessa minore, il precetto è la premessa maggiore, il conseguente è la conclusione. Le premesse sono note, la conclusione è l'elemento ignoto che l'attivazione del meccanismo normativo consente di fissare, rappresentando la statuizione della norma.

L'inquadramento dell'argomentazione normativa dipende dal tipo di connessione tra antecedente e conseguente.

Se l'antecedente è il caso e il conseguente il risultato, la norma istituisce un'inferenza deduttiva²⁷.

deduzione

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
caso	regola	risultato
antecedente	norma	conseguente

Se l'antecedente è il risultato e il conseguente il caso, la norma istituisce un'inferenza abduttiva²⁸:

abduzione

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
risultato	regola	caso
antecedente	norma	conseguente

Invece, non è logicamente possibile che una norma istituisca un'inferenza induttiva, poiché, se così fosse, la norma non opererebbe come regola di fatti, ma estrarrebbe dal rapporto di frequenza statistica tra fatti una regola. Se il legislatore vuole porre una regola fondata su un'induzione, lo fa codificando tale regola attraverso la connessione tra fatti, ossia impiegando un'inferenza abduttiva.

Come anticipato, le disposizioni normative sono costituite quasi esclusivamente da inferenze deduttive, collegando immediatamente il caso al risultato: è lo schema norma-fatto-effetto.

²⁷ Quando l'effetto normativo corrisponde a quello che è l'effetto nella realtà regolata dalla norma, l'inferenza è deduttiva, perché la norma opera come una legge predittiva, che al verificarsi di certe cause, commina determinati effetti.

²⁸ Quando l'effetto normativo corrisponde a quella che nella realtà regolata dalla norma è la causa, l'inferenza è abduttiva, perché la norma opera come una legge storica, che al verificarsi di certi effetti, riconosce determinate cause.

norma-fatto-effetto

PREMESSA MINORE caso	PREMESSA MAGGIORE regola	CONCLUSIONE risultato
Fatto	Norma	Effetto

Nel diritto amministrativo, tuttavia, la deduzione è condizionata, perché il collegamento è mediato, per lasciare spazio nella produzione dell'effetto giuridico al potere della pubblica amministrazione: la norma non commina l'effetto giuridico, ma demanda al concreto esercizio del potere di statuire su di esso. Qualora le condizioni del prodursi dell'effetto siano stabilite direttamente dalla legge (il che si verifica nelle ipotesi di attività vincolata), il potere si svuota dei contenuti propri della discrezionalità, ma è pur sempre dal suo esercizio che l'effetto deriva²⁹.

norma-potere-effetto

PREMESSA MINORE caso	PREMESSA MAGGIORE regola	CONCLUSIONE risultato
Potere	Norma	Effetto

Poiché nel diritto amministrativo è lo schema fondamentale, si inizia da questo.

2.1. Lo schema norma-potere-effetto

La norma di legge demanda all'autorità della p.a. (funzione amministrativa) o alla volontà dei privati (autonomia negoziale) la determinazione della disciplina degli interessi in gioco. Caratteristica di questo schema è che il potere è assegnato dall'ordinamento giuridico attraverso norme strumentali e dal suo esercizio derivano gli effetti giuridici.

Quando opera lo schema in esame le patologie dell'atto di esercizio del potere (provvedimento o negozio) possono essere ricondotte a due tipi: quando è contestata l'esistenza del potere opera la categoria della nullità, quando è contestato il modo di esercizio del potere opera la categoria dell'annullabilità. In entrambi i casi il giudice non potrà sostituirsi alle parti che esercitano il potere, ma solo accertarne l'esistenza ed il legittimo esercizio, adottando le conseguenti statuizioni dichiarative o costitutive.

²⁹ Questa illustrazione è piuttosto semplificata, perché l'applicazione dei modelli di inferenza all'attività amministrativa è più complessa, ma basta a rendere l'idea, salvo approfondire il tema al momento opportuno.

Nel diritto amministrativo si è consolidata da tempo la distinzione tra carenza e cattivo uso del potere, elaborata in dottrina e giurisprudenza: se manca il potere, l'atto amministrativo è nullo e non può produrre alcun tipo di effetto; se è controversa la legittimità dell'esercizio del potere, l'atto è soggetto al regime di impugnazione proprio dei provvedimenti amministrativi.

Tale concezione è stata codificata dal nuovo art. 21-*septies* legge 241/90 che, accanto alla figura del difetto di attribuzioni (comprensiva della carenza di potere in astratto), prevede la cd. nullità strutturale di matrice civilistica (difetto degli elementi essenziali), che in diritto pubblico appare pur sempre ispirata all'inidoneità assoluta dell'atto a costituire esplicazione del potere, pur astrattamente esistente.

Simmetricamente nel diritto dei privati la mancanza del potere negoziale è espressa dall'art. 1428, comma 1 del codice civile, che prevede come causa di nullità del contratto la mancanza degli elementi essenziali, individuati dal precedente art. 1325.

Nell'ipotesi di mancanza dell'accordo, dell'oggetto, o della forma il potere negoziale è assente, perché manca la fattispecie che ne identifica la struttura legale. Nel primo caso perché non sono state rispettate le forme inderogabili per la sua costituzione, nel secondo perché non è configurabile un potere privo di un referente oggettivo, nel terzo perché difetta un elemento esteriore che – in particolari ipotesi – lo qualifica come tale.

Nell'ipotesi di mancanza di causa è l'assenza dell'elemento che giustifica intrinsecamente il riconoscimento della volontà privata a privare l'atto del suo necessario nesso con il potere negoziale.

Occorre chiarire qual è la differente portata dello schema nel diritto pubblico ed in quello privato.

Nel diritto amministrativo lo schema norma-potere-effetto è quello principale (cd. attività di 1° livello).

La legge attribuisce, per il perseguimento di scopi di interesse generale, un potere-dovere alla pubblica amministrazione, individuando l'interesse pubblico e l'interesse privato sottesi alla finalità cui è diretto. L'esercizio del potere avviene nel procedimento amministrativo e determina il provvedimento, da cui originano gli effetti giuridici.

L'amministrazione è, dunque, tenuta a coordinare l'interesse pubblico con quello privato, valutando discrezionalmente il peso che il soddisfacimento dell'interesse individuale ha nella realizzazione dell'interesse generale. L'interesse legittimo, che trova fonte nella stessa norma attributiva del potere o in norme che lo limitano, modella il potere, orientandolo verso il soddisfacimento dell'interesse individuale, venendosi pertanto a delineare come posizione attiva in regime eteronomo.

il rapporto giuridico amministrativo

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
Potere (è la posizione di autorità attribuita per realizzare fini di interesse generale)	Norma (è la legge che attribuisce il potere, contemplando l'interesse pubblico e l'interesse privato)	Effetto (è l'atto amministrativo deputato a realizzare l'interesse generale)

Nel diritto privato lo schema norma-potere-effetto ha un significato assai diverso.

L'art. 1321 c.c. contempla il potere negoziale, che ha portata generale solo se consensuale: *“Il contratto è l'accordo di due o più parti per regolare, costituire o che estinguere tra loro un rapporto giuridico di natura patrimoniale”*. La norma autorizza i privati a creare un rapporto giuridico, conferendo loro un potere dispositivo. Il rapporto giuridico non nasce automaticamente al verificarsi di un fatto o di un atto giuridico, ma è il risultato della volontà delle parti. Negozi unilaterali, pur consentiti, non possono produrre effetti se non in casi determinati, sempre che si tratti di effetti favorevoli e salva la facoltà di rifiutarli.

La ragione fondamentale della differenza tra potere pubblico, fondato sull'autorità, e potere privato, fondato sull'accordo, è che nel diritto privato i soggetti agiscono per regolare interessi individuali e non interessi generali e, quindi, non ha alcun senso prevedere il potere di incidere negativamente nella sfera giuridica altrui, caratteristico invece dei rapporti di diritto pubblico, dove la relazione non è paritaria, essendo un soggetto (la pubblica amministrazione) in posizione di supremazia.

In diritto privato la possibilità di creare volontariamente effetti giuridici che incidano sull'altra parte è subordinata alla partecipazione di questa alla formazione della fattispecie generatrice, in base al cd. principio di indifferenza del terzo, che in materia contrattuale è il corollario del principio di relatività contenuto nell'art. 1372 c.c. (*“il contratto ha forza di legge tra le parti”*).

Non derogano a tale principio le decisioni dei gruppi organizzati.

Ai sensi dell'art. 2377 c.c. *“Le deliberazioni dell'assemblea, prese in conformità della legge e dell'atto sostitutivo, vincolano tutti i soci, ancorché non intervenuti o dissenzienti”*. Specularmente, ai sensi dell'art. 1137 c.c. *“Le deliberazioni prese dall'assemblea a norma degli articoli precedenti sono obbligatorie per tutti i condomini”*. In tali ipotesi, infatti, l'atto unilaterale produce i propri effetti nei confronti di chi non ha direttamente partecipato alla sua formazione, poiché costui aderisce all'organizzazione privata la cui volontà si esprime con tali modalità.

Il potere negoziale, sia esso contrattuale o unilaterale, è, dunque, totalmente diverso da quello pubblico. Inoltre, come vedremo nel prossimo paragrafo, la creazione del rapporto giuridico non è

conseguenza diretta del suo esercizio, ma della qualificazione operata dalla legge dell'atto negoziale.

Più simile al potere pubblico sono, invece, le limitate ipotesi di autorità privata, ma esse restano distinte dall'autorità pubblica e dal relativo schema giuridico.

La prima figura è data dai diritti potestativi, sostanziali (es. patto di riscatto, diffida ad adempiere, clausola risolutiva espressa, recesso per giusta causa, eccezioni di prescrizione, decadenza, compensazione, annullabilità) o processuali (es. esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, costituzione di servitù coattive, annullamento, rescissione e risoluzione del contratto, diffida ad adempiere). In tutti questi casi esiste una relazione tra il titolare del potere e chi lo subisce, inoltre è la norma a determinare direttamente la disciplina degli interessi in gioco, identificando gli effetti giuridici che si ricollegano a determinati fatti (siano essi costitutivi, impeditivi, modificativi, estintivi), mentre solo il prodursi di detti effetti è subordinato all'esercizio del potere. Lo schema in questi casi è norma-fatto-potere sull'*an*-effetto.

La seconda figura è quella dei cd. uffici privati, previsti nei casi in cui un soggetto è investito della cura di interessi altrui, perché il titolare non è in grado di provvedervi autonomamente. Appartengono a tale figura gli istituti di protezione dell'incapace (tutela, curatela, potestà genitoriale e, da ultimo, l'amministrazione di sostegno). Al soggetto titolare del potere vengono riconosciute facoltà di incidere sulla sfera giuridica del destinatario ed il potere è conformato dall'esterno, eccezionalmente operando il principio di legalità nel diritto privato, in quanto si tratta di un potere assegnato non nell'interesse di chi lo esercita ma per interessi diversi, la cui protezione richiede controlli rispetto al suo esercizio.

In questo caso il potere privato si configura come quello pubblico, cioè come potere-dovere o, come si usa dire, potestà.

La differenza tra potestà pubblica e privata – riflesso della diversa natura degli interessi tutelati – è che in quella pubblica non c'è sostituzione del titolare all'interessato, venendo in rilievo un meccanismo di imputazione dell'interesse e della legittimazione che non è di tipo rappresentativo ma esponenziale.

Nella rappresentanza (legale non meno che volontaria) il rappresentante costituisce un rapporto giuridico che è imputato al rappresentato. L'elemento del potere rappresentativo si inserisce nello schema di costruzione del rapporto giuridico, autorizzando la produzione di effetti direttamente in capo a un soggetto diverso da chi ha partecipato alla negoziazione. Il meccanismo rappresentativo consente l'imputazione diretta, nel mandato senza rappresentanza il mandatario agisce nell'interesse del mandante ma, poiché il potere rappresentativo non è stato conferito, il rapporto giuridico resta imputato al mandatario.

L'amministrazione, invece, agisce non in rappresentanza e neppure su mandato della collettività ma in veste istituzionale, quale ente esponenziale di una collettività indifferenziata, sicché essa stessa è titolare formale dell'interesse pubblico. Il dato esponenziale riemerge quando si tratta di risarcire il danno causato all'ente pubblico da illeciti che colpiscono beni immateriali, il cui criterio di quantificazione è, secondo la giurisprudenza, il pregiudizio patito dalla comunità di riferimento dell'interesse.

2.2 Lo schema norma-fatto-effetto

La norma di legge o negoziale determina direttamente la disciplina degli interessi in gioco, identificando gli effetti giuridici che si ricollegano a determinati fatti (siano essi costitutivi, impeditivi, modificativi, estintivi). Caratteristica di questo schema è che l'effetto si produce automaticamente al verificarsi del fatto contemplato dalla norma.

In sede giurisdizionale è sufficiente accertare il contenuto della norma e la realizzazione del fatto in essa previsto. Al sillogismo bifasico del giudice corrisponde la struttura dell'azione della parte (art 163 c.p.c.):

“La domanda si propone mediante citazione a comparire a udienza fissa. L'atto di citazione deve contenere:

[...]

3) la determinazione della cosa oggetto della domanda;

4) l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni;

5) l'indicazione specifica dei mezzi di prova dei quali l'attore intende valersi e in particolare dei documenti che offre in comunicazione”.

Il n. 3 (*petitum*) individua l'effetto giuridico di cui si domanda l'accertamento e le statuizioni conseguenti (ordinatorie o costitutive). Nel sillogismo giudiziario è la conclusione.

Il n. 4 (*causa petendi*) individua i fatti e la norma che sono posti a fondamento dell'effetto giuridico domandato. Nel sillogismo giudiziario sono, rispettivamente, premessa minore e maggiore.

Il n. 5 (*deduzioni istruttorie*) individua gli elementi (e gli strumenti) di prova utilizzati perché sia accertata la verità della premessa minore.

Poiché l'effetto giuridico è automatica conseguenza del verificarsi del fatto, il giudice dovrà accertarlo d'ufficio. Esemplicando:

a) dedotto dall'attore il diritto di proprietà su un bene, il giudice accerterà d'ufficio l'esistenza di fatti costitutivi diversi da quelli allegati a fondamento del diritto, purché acquisiti al processo;

b) dedotta dall'attore l'obbligazione di pagare il prezzo di una compravendita, il giudice accerterà d'ufficio la rilevanza di fatti impeditivi o estintivi del diritto di credito (nullità del contratto, impossibilità sopravvenuta, adempimento). In tali ipotesi l'attore ha l'onere specifico di allegazione del fatto costitutivo del diritto di credito azionato (il contratto), non come presupposto della sua rilevanza giuridica, che sussiste dal momento in cui è venuto ad esistenza, ma in quanto necessario per l'identificazione del diritto, che, diversamente dal diritto di proprietà, è eterodeterminato.

Nel diritto privato lo schema norma-fatto-effetto è quello principale, poiché opera per tutti i rapporti che nascono da fatti giuridici non negoziali, che sono direttamente qualificati dalla legge. La struttura dello schema è visibile molto bene nell'art. 2043 c.c.

l'illecito civile

PREMESSA MINORE Fatto	PREMESSA MAGGIORE Norma	CONCLUSIONE Effetto
comportamento illecito	art. 2043 c.c.	obbligo di risarcimento

Il comportamento illecito, ossia il “*fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto*”, è il fatto giuridico, l'entità logico-normativa che descrive la situazione reale da cui promanano gli effetti giuridici. I suoi elementi costitutivi, oggettivi (condotta, evento di danno, rapporto causale) e soggettivi (dolo o colpa), sono assunti dall'art. 2043 c.c. come requisiti di fattispecie. L'effetto giuridico (l'obbligo di risarcire il danno in capo all'autore dell'illecito) è conseguenza automatica del fatto.

Lo schema norma-fatto-effetto opera altresì per i rapporti che derivano da fatti giuridici negoziali.

Il negozio nasce secondo lo schema norma-potere-effetto, ma, una volta nato, esso rileva come fatto costitutivo del rapporto giuridico in base alla qualificazione di una norma. Per i negozi tipici la norma è determinata, per quelli atipici la norma è determinabile.

Ad esempio, in caso di inadempimento dell'obbligazione di pagare il prezzo di una vendita, il venditore che agisce per l'adempimento deduce in giudizio il diritto di credito al pagamento del prezzo, che rappresenta l'effetto del contratto precedentemente stipulato.

Dunque il giudice dovrà in primo luogo verificare se il contratto è stato regolarmente costituito, cioè se il potere di autonomia privata c'era ed è stato correttamente utilizzato. In secondo luogo accertare quali sono gli effetti contrattuali. Una volta che il contratto è stato stipulato, questi ultimi si producono senza che occorra l'esercizio di alcun potere, per la semplice esistenza a monte di un valido contratto, qualificato dagli artt. 1470 c.c. e ss.

Nel processo ciò significa che l'attore, dedotto il contratto di vendita (e la sua mancata esecuzione) a fondamento della pretesa al pagamento del prezzo, non deve esercitare alcun potere al riguardo, essendo l'effetto giuridico relativo già realizzato.

Quando, dunque, si parla dei fatti negoziali questi operano in una doppia fase: nella prima sono il prodotto dell'esercizio del potere di autonomia privata; nella seconda sono il fatto da cui sorge il rapporto giuridico tra le parti.

il contratto

PREMESSA MINORE Potere	PREMESSA MAGGIORE Norma	CONCLUSIONE Effetto
Autonomia negoziale	Art. 1321 – 1325	Contratto

PREMESSA MINORE Potere	PREMESSA MAGGIORE Norma	CONCLUSIONE Effetto
Contratto	Art. 1322 (o le norme che regolano il tipo)	Rapporto contrattuale

Nel diritto amministrativo lo schema norma-fatto-effetto è secondario (cd. attività di 2° livello).

Esso opera con riguardo all'attività di diritto privato, posta in essere nell'esercizio della capacità giuridica comune, in cui l'Amministrazione agisce su un piano paritetico con i cittadini.

I contratti della pubblica amministrazione sono peraltro sottoposti ad una disciplina peculiare allorquando venga in rilievo un diretto collegamento con le finalità istituzionali.

2.4 L'implicazione normativa

È lampante come il sillogismo normativo si fondi – per entrambi gli schemi – sul meccanismo di implicazione, ossia sul rapporto che lega la fattispecie all'effetto giuridico. L'implicazione normativa è riconducibile all'implicazione logica, che è un operatore o connettivo logico attraverso il quale, a partire da due proposizioni A e B, si forma una nuova proposizione chiamata *A implica B* e scritta $A \Rightarrow B$, la quale è vera soltanto qualora sia verificata la seguente condizione: se è vero A, allora è vero anche B.

In particolare *A implica B* è vera nei casi in cui A è falsa qualunque sia il valore di verità di B, poiché in tali casi, essendo A falsa, l'implicazione deve riuscire vuoi che B sia vera, vuoi che B sia falsa. Cioè solo se non vi è nessun rapporto di consequenzialità tra A e B, quando A è falsa,

l'implicazione è corretta. Questa definizione si può riassumere mediante la seguente tabella di verità³⁰.

		$\mathcal{A} \Rightarrow$
		V
		V
		F
		V

L'implicazione logica può essere vista anche come una relazione; due coppie di proposizioni sono in relazione se il risultato dell'operatore logico implicazione è vero. Questo aspetto è molto evidente nel linguaggio normativo, dove l'implicazione è espressa nella forma "se A, allora B", così ad esempio nell'art. 2043 del codice civile: "*se è commesso un fatto illecito, sussiste l'obbligo di risarcire il danno*".

L'unica possibilità che tale affermazione sia falsa è quella di verificare che esista un fatto illecito da cui non sorga l'obbligo di risarcimento.

Supponendo che sia vera $\mathcal{A} \Rightarrow \mathcal{B}$, questa può anche essere espressa nei seguenti modi:

\mathcal{A} è condizione sufficiente per \mathcal{B} ;

\mathcal{B} è condizione necessaria per \mathcal{A} .

Applicando tali modi all'esempio fatto, si può affermare che condizione sufficiente perché nasca l'obbligo di risarcire il danno è che si sia verificato un fatto illecito, così come condizione necessaria perché vi sia fatto illecito è che sorga l'obbligo di risarcire il danno.

Infatti, se questo non sorge, ad esempio perché il fatto è commesso per legittima difesa, il fatto dannoso è privo del connotato di illiceità.

Uno sguardo più approfondito alla tabella di verità suggerisce tuttavia un modo per esprimere l'implicazione come risultato di espressioni logiche basate sui connettivi logici di «congiunzione» \wedge , «disgiunzione» \vee , e «negazione» \neg :

³⁰ Le tabelle della verità (o tabelle logiche) sono tabelle matematiche usate nella logica per determinare se, attribuiti i valori di verità alle proposizioni che la compongono, una determinata proposizione è vera o falsa. Utilizzate come principale rappresentazione di una funzione booleana, le espressioni possono essere costruiti formati da più espressioni, in cui all'inizio compare una *premessa*, ed alla fine una *conclusione*. La tabella di verità elenca sulle caselle delle righe corrispondenti alle colonne delle variabili della funzione tutte le possibili combinazioni di valori che possono assumere le variabili booleane ed il risultato della funzione nelle caselle delle righe corrispondenti all'ultima colonna a destra, per tale combinazione di valori. Le intestazioni di colonna delle tabelle della verità mostrano le funzioni e/o le variabili proposizionali, e le espressioni di verità risultanti dalle combinazioni di quelle funzioni e variabili proposizionali. Nelle righe sono riportati tutti i possibili valori calcolati di V = vero o F = falso assegnati all'uno e all'altro elemento. In altre parole: ogni riga è una diversa interpretazione di detti elementi.

$\mathcal{A} \Rightarrow \mathcal{B}$ è equivalente a: $\neg \mathcal{A} \vee \mathcal{B}$ (1) ovvero, applicando i Teoremi di De Morgan, $\neg (\mathcal{A} \wedge \neg \mathcal{B})$ (2).

Da tali notazioni emerge immediatamente che $\mathcal{A} \Rightarrow \mathcal{A}$ è una proposizione sempre vera indipendentemente dal valore di \mathcal{A} . La notazione \Rightarrow quindi è di per sé superflua, ma giustificata tuttavia dall'uso frequente che ne deriva dall'attività di deduzione, in questo contesto le proposizioni coinvolte vengono chiamate ipotesi: \mathcal{A} , tesi: \mathcal{B} , teorema: $\mathcal{A} \Rightarrow \mathcal{B}$.

Provare la veridicità di quest'ultima significa verificare la veridicità della tesi (dimostrare il teorema); la formalizzazione dei teoremi in questo modo ha il nome in logica di *modus ponens*.

Si può riscrivere la (1) così:

$\neg (\mathcal{A}) \vee \neg (\neg \mathcal{B})$ (3) ovvero $\neg (\neg \mathcal{B}) \vee \neg (\mathcal{A})$ e quindi per la (1) a $\neg \mathcal{B} \Rightarrow \neg \mathcal{A}$ (4).

Questa forma viene chiamata contronominale della $\mathcal{A} \Rightarrow \mathcal{B}$, è a questa equivalente e può essere usata nella dimostrazione dei teoremi invece di quest'ultima. Tornando all'esempio fatto, si può scrivere la forma contronominale come: “*se non sussiste un obbligo di risarcimento del danno, allora non vi è fatto illecito*”. Infatti, un obbligo di risarcire il danno può nascere anche da fatti diversi, ma in assenza di tale obbligo è certo che un fatto illecito, dal punto di vista giuridico, non possa esservi.

Un'altra strada per la dimostrazione di $\mathcal{A} \Rightarrow \mathcal{B}$ consiste nel tentare di dedurre da $\neg (\mathcal{A} \Rightarrow \mathcal{B})$ una contraddizione, cioè una proposizione \mathcal{C} sempre falsa del tipo $\mathcal{P} \wedge \neg \mathcal{P}$, in tale caso si parla di dimostrazione per assurdo. Se infatti otteniamo la dimostrazione di $\neg (\mathcal{A} \Rightarrow \mathcal{B}) \Rightarrow \mathcal{C}$ con \mathcal{C} sempre falsa e per la (4) si ha anche $\neg \mathcal{C} \Rightarrow (\mathcal{A} \Rightarrow \mathcal{B})$ dove $\neg \mathcal{C}$ è sempre vera perché negazione di una contraddizione, ed impone quindi la veridicità di $\mathcal{A} \Rightarrow \mathcal{B}$.

Riguardando la tabella di verità dell'implicazione si rileva che se \mathcal{C} è sempre falsa allora $\mathcal{A} \Rightarrow \mathcal{B}$ è sempre vera e andrà, quindi, posta particolare attenzione alle ipotesi: se sono false la dimostrazione riuscirà ma le deduzioni che ne trarremo sulla tesi saranno vuote di significato (la stessa può essere vera o falsa). Fin dall'antichità infatti è noto come da premesse false si possa dedurre ciò che si vuole.

L'operazione di implicazione gode inoltre della seguente proprietà:

$$[(\mathcal{A} \Rightarrow \mathcal{B}) \wedge (\mathcal{B} \Rightarrow \mathcal{C})] \Rightarrow (\mathcal{A} \Rightarrow \mathcal{C}) \text{ (5)}$$

Per dimostrarla si può usare la regola deduttiva, assumere vera la $[(\mathcal{A} \Rightarrow \mathcal{B}) \wedge (\mathcal{B} \Rightarrow \mathcal{C})]$, dimostrare la veridicità della (5) e quindi dedurre $\mathcal{A} \Rightarrow \mathcal{C}$. Occorre inoltre accertare che:

$$[(\mathcal{A} \wedge \mathcal{B}) \vee \neg \mathcal{B}] = (\mathcal{A} \vee \neg \mathcal{B});$$

$$[(\mathcal{A} \vee \mathcal{B}) \wedge \neg \mathcal{B}] = (\mathcal{A} \wedge \neg \mathcal{B}) \text{ (6)};$$

per la dimostrazione delle quali si possono valutare le rispettive tabelle di verità, o considerare la proprietà distributiva della congiunzione e disgiunzione logica e la dualità delle algebre booleane rispetto a tali connettivi.

Tornando alla (5) togliendo dall'espressione il segno di implicazione si ottiene:

$[(\neg A \vee B) \wedge (\neg B \vee C)] \Rightarrow (\neg A \vee C)$ e quindi:

$\neg [(\neg A \vee B) \wedge (\neg B \vee C)] \vee (\neg A \vee C)$ ovvero:

$\neg(\neg A \vee B) \vee \neg(\neg B \vee C) \vee (\neg A \vee C)$ ed ancora:

$(A \wedge \neg B) \vee (B \wedge \neg C) \vee \neg A \vee C$.

Riordinando i termini e tenendo presente la (6) si arriva quindi a scrivere:

$\neg B \vee \neg A \vee B \vee C$, dove la presenza di $\neg B \vee B$ indica che è sempre vera, cioè è una tautologia e la tesi è dimostrata.

Se accade che valgano contemporaneamente $A \Rightarrow B$ e $B \Rightarrow A$, la proposizione è retta da un nuovo operatore, che si chiama coimplicazione: $A \Leftrightarrow B$, esprimibile dicendo che:

A è condizione necessaria e sufficiente per B ;

A e B sono logicamente equivalenti.

L'ordinamento giuridico si avvale di coimplicazioni nelle meno frequenti ipotesi in cui l'effetto giuridico è conseguenza esclusivamente di un fatto, come, ad esempio, il rapporto coniugale e i relativi doveri, che possono essere conseguenza solo del matrimonio³¹.

La co-implicazione è, dunque, una relazione di equivalenza, che, come tale, gode delle proprietà riflessiva, commutativa, transitiva.

Per cogliere la distinzione tra implicazione e coimplicazione, che è fondamentale per la ricostruzione degli istituti giuridici, è utile mettersi in un'ottica di tipo insiemistico.

L'implicazione $A \Rightarrow B$ può essere letta anche come $A \subseteq B$. Infatti, la proposizione logica scritta significa che se vale la proprietà A , allora deve necessariamente valere anche la proprietà B ; ciò equivale al fatto che l'insieme degli elementi che soddisfano la proprietà A deve essere contenuto nell'insieme degli elementi che soddisfano la proprietà B .

Si è visto che $A \Rightarrow B$ equivale a dire $\neg B \Rightarrow \neg A$; questa ultima implicazione vale a dire che, se un elemento non soddisfa la proprietà B , cioè non sta nell'insieme degli elementi soddisfacenti tale proprietà, allora non deve soddisfare neanche la proprietà A : questo ha un immediato riscontro in quanto detto prima: se un elemento non sta in B , poiché $A \subseteq B$, esso non potrà stare neppure in A .

³¹ Tale rilievo vale, ad esempio, ad escludere che la convivenza *more uxorio* o patti civili generino effetti personali o patrimoniali analoghi a quelli esistenti tra coniugi, a meno che non siano introdotte altre disposizioni che regolino la materia.

Passando invece alla nozione di coimplicazione): $\mathcal{A} \Leftrightarrow \mathcal{B}$, cioè $(\mathcal{A} \Rightarrow \mathcal{B}) \wedge (\mathcal{B} \Rightarrow \mathcal{A})$, quindi $(\mathcal{A} \subseteq \mathcal{B}) \wedge (\mathcal{B} \subseteq \mathcal{A})$. L'ovvia conseguenza è $\mathcal{A} = \mathcal{B}$. Infatti, la prima implicazione significa che un elemento che soddisfa la proprietà \mathcal{A} deve soddisfare anche la \mathcal{B} , mentre la seconda dice che un elemento che soddisfa la proprietà \mathcal{B} , deve necessariamente soddisfare anche la \mathcal{A} . Ne segue che gli elementi che soddisfano la prima proprietà sono tutti e soli quelli che soddisfano anche la seconda.

Da questa lettura insiemistica dell'implicazione logica, possiamo anche ricavare le nozioni di condizioni necessarie e condizioni sufficienti: se $\mathcal{A} \Rightarrow \mathcal{B}$, cioè se $\mathcal{A} \subseteq \mathcal{B}$, allora:

- non è necessario che un elemento stia in \mathcal{A} affinché stia in \mathcal{B} : esistono infatti elementi di \mathcal{B} che non stanno in \mathcal{A} è sufficiente che un elemento stia in \mathcal{A} , per poter concludere che sta anche in \mathcal{B} : ogni elemento di \mathcal{A} infatti è anche un elemento di \mathcal{B} è necessario che un elemento stia in \mathcal{B} , affinché possa stare in \mathcal{A} : se infatti tale elemento fosse fuori da \mathcal{B} , non potrebbe in nessun caso essere dentro \mathcal{A}
- non è sufficiente che un elemento stia in \mathcal{B} per poter concludere che sta anche in \mathcal{A} : come detto prima, esistono certamente elementi appartenenti a \mathcal{B} ma non ad \mathcal{A} .

3. Il rapporto giuridico con la pubblica amministrazione

Le modificazioni del sistema amministrativo intervenute negli ultimi anni hanno accentuato la pluralità morfologica dell'attività amministrativa.

In sede di teoria generale è necessario e sufficiente identificare le forme di attività amministrativa conosciute dall'ordinamento, descrivendo qual è la tecnica di produzione degli effetti giuridici che di volta in volta è impiegata.

A tale proposito si può distinguere tra:

- rapporto di livello I;
- rapporto di livello II;
- rapporto intermedio.

La classificazione è conforme al diritto positivo vigente (artt. 1 e 11 legge 241/90), ma per la sua comprensione è preliminare l'inquadramento dell'attività amministrativa nelle categorie tradizionali.

3.1 Attività autoritativa, attività paritetica, attività amministrativa di diritto comune

La bipartizione tra attività di diritto pubblico e attività di diritto privato sin dalle origini del diritto amministrativo ha rappresentato la classificazione fondamentale, ma essa costituisce il punto di arrivo delle qualificazioni normative, non già una metodologia o una dogmatica utile per l'interpretazione degli istituti.

D'altra parte, prima dell'istituzione della giurisdizione amministrativa l'esigenza di individuare categorie concettuali per inquadrare le diverse tipologie di azione amministrativa era minima, poiché l'unica posizione giustiziabile dinanzi a tale azione erano i diritti soggettivi.

Il primo criterio elaborato aveva riguardo alla tipologia del mezzo giuridico utilizzato, distinguendosi all'uopo tra atto di gestione e atto di imperio.

Alla stregua di tale distinzione l'attività contrattuale della P.A. è stata considerata specularmente inversa a quella posta in essere tramite provvedimenti, dipendendo l'agire "*iure imperii*" o "*iure gestionis*" dalla posizione di supremazia o meno in cui operasse l'Amministrazione. Con la prima attività si riteneva fossero perseguibili finalità pubblicistiche, mentre alla seconda si riconducevano le finalità privatistiche.

Questa distinzione, al di là delle critiche di ordine dogmatico (puntate soprattutto sulla trascuratezza del dato teleologico), è stata messa in crisi dall'affiorare dei moduli convenzionali nell'esercizio di potestà pubbliche e, infine, dall'art. 11 della legge 241/90, che ammette lo svolgimento di attività di diritto pubblico attraverso accordi a cui sono applicabili il diritto delle obbligazioni e dei contratti.

Negli anni '30 del secolo scorso è nata la nozione di atto paritetico, elaborata in materia di impiego pubblico per designare atti in forma pubblica, ma adottati nell'ambito di un rapporto di parità e a cui non si applicano le regole caratteristiche dell'atto amministrativo. Questa nozione è stata successivamente estesa a tutta l'attività non autoritativa della pubblica amministrazione.

La dicotomia tra attività autoritativa e attività paritetica è stata, ed è tuttora, la più seguita chiave di lettura dell'attività amministrativa, al cui interno può trovare sistemazione anche il riparto di giurisdizione, poiché a fronte dell'attività paritetica il privato non può che essere titolare di diritti soggettivi, a fronte di attività autoritativa normalmente è titolare di interessi legittimi.

Il criterio di distinzione non è più la forma giuridica dell'atto, ma l'esistenza o meno del potere autoritativo. Riconosciuto che entrambe le attività perseguono l'interesse pubblico, l'esercizio del potere è doveroso solo se l'oggetto dell'azione amministrativa è indisponibile (i compiti di spettanza necessaria e le funzioni d'ordine).

In tal modo si riusciva ad inquadrare la cd. «attività amministrativa di diritto comune», attività funzionale al soddisfacimento dell'interesse pubblico posta in essere nelle forme del diritto comune, per la quale l'amministrazione deve dar conto delle ragioni d'interesse pubblico che la inducono a

preferire lo strumento negoziale a quello provvedimentoale (cd. attività amministrativa di diritto privato equivalente).

Tale formula abbraccia i casi in cui l'azione amministrativa – operando in settori dove il rapporto giuridico di interesse pubblico è astrattamente compatibile con il meccanismo dello scambio – sostituisce o affianca al modulo autoritativo quello consensuale.

Terreno elettivo di questa categoria è la figura dei contratti ad oggetto pubblico, elaborata già a fine '800, caratterizzato dal collegamento tra contratto e provvedimento.

In base alla natura del collegamento sono state individuate tre tipologie di contratti ad oggetto pubblico: contratti ausiliari a provvedimenti, contratti accessivi e contratti sostitutivi di provvedimenti. Le ipotesi più note sono quelle della convenzione regolativa del rapporto di concessione (contratto accessivo), dell'accordo sull'indennità di esproprio (contratto ausiliario), della convenzione di lottizzazione o della cessione volontaria dell'area (contratto sostitutivo).

Parte della dottrina opera una distinzione tra contratti destinati a regolare rapporti di diritto pubblico (contratti di diritto pubblico), e contratti destinati a regolare rapporti patrimoniali nascenti da un provvedimento amministrativo (contratti ad oggetto pubblico propriamente detti). Nei primi la connotazione pubblicistica sarebbe più marcata, essendo la fattispecie contrattuale la fonte della disciplina di beni, servizi, funzioni pubbliche. Tuttavia sono stati i secondi, in particolare la cd. concessione-contratto, a costituire l'archetipo per l'elaborazione della figura, fondata sulla struttura bifasica della concessione.

La prima fase consta di un provvedimento attraverso cui la P.A. affida al privato la gestione di un bene o di un servizio pubblico, attribuendogli il potere di organizzarlo e consentirne l'accesso alla collettività. Di regola, a tal fine, il concessionario è investito di poteri pubblicistici.

La seconda fase, che integra un elemento di perfezionamento della fattispecie volta a produrre l'effetto finale, è rappresentata dalla conclusione di un accordo di carattere privatistico con il quale viene regolato lo svolgimento del rapporto tra P.A. e privato in ordine alla gestione del bene o del servizio: nel contenuto dell'accordo vengono dedotte, ad esempio, le modalità di erogazione del servizio, i compensi patrimoniali a favore del privato concessionario, le eventuali clausole di scioglimento del contratto.

In base a questo modello il contratto di diritto pubblico tende a configurarsi come una fattispecie complessa, formata da un atto unilaterale che istituisce il rapporto tra privato e P.A. e da un contratto che interviene a regolamentarlo. La particolare natura dell'oggetto contrattuale (costituito dall'interesse pubblico) e del contenuto dell'accordo (costituito dalla gestione del detto interesse), lascia intatta, in capo alla P.A., una posizione di supremazia tale da giustificare, ad alcune condizioni, il recesso unilaterale dal rapporto giuridico instaurato, che avviene tramite l'esercizio

dei poteri di ritiro. Tale possibilità denota l'immanente ed ineliminabile traccia dell'autorità, che contribuisce a qualificare il contratto in termini pubblicistici piuttosto che privatistici.

Corollario di questa ricostruzione è l'attribuzione delle relative controversie alla giurisdizione amministrativa esclusiva, originariamente prevista dall'art. 5 legge TAR, poi, dopo alterne vicende, confluita nell'art. 133, comma 1, lett. b) - c) del Codice del processo amministrativo, salva la competenza del giudice ordinario in materia di indennità, canoni e corrispettivi.

La dottrina prevalente, ponendo in risalto la complessità della struttura dell'accordo, parla di un *tertium genus* di contratti, a metà strada tra il provvedimento amministrativo e il contratto di diritto comune. Da ciò l'esigenza di configurare una forma intermedia tra attività autoritativa e attività paritetica, che è stata ravvisata appunto nella cd. attività amministrativa di diritto comune.

Rientra nell'attività amministrativa di diritto comune la gestione dei rapporti di lavoro e l'organizzazione degli uffici nel pubblico impiego privatizzato.

Da ultimo si è collocata in tale ambito l'attività delle società a partecipazione pubblica, sulla cui natura anfibia si è registrato di recente un avvicinamento tra le posizioni del Consiglio di Stato, fautore di una valorizzazione della sostanza pubblicistica, e della Corte di Cassazione, a lungo ferma sulla preminenza del dato formale.

Nei settori sopra indicati, dunque, l'attività amministrativa di diritto comune adempie ai compiti amministrativi sia pure attraverso moduli privatistici, e si differenzia dall'attività paritetica ordinaria perché è costituita da segmenti in cui il raccordo con i fini istituzionali risulta assai stretto. La giurisprudenza del Consiglio di Stato l'ha assimilata (e in parte assorbita) al cd. diritto privato di pubblico interesse³².

L'elaborazione dell'attività amministrativa di diritto comune ha trovato una simmetrica soluzione sul versante della giurisdizione, trattandosi di ipotesi per le quali è spesso prevista la giurisdizione amministrativa esclusiva.

Proprio in riferimento all'ampiezza di tale giurisdizione – in materia di servizi pubblici e urbanistica – ed ai suoi rapporti con la natura sostanziale dell'attività ad essa sottoposta va, però, sin d'ora ricordato come la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 204 del 2004, abbia disconosciuto l'ammissibilità di un'autonoma categoria di diritto privato di pubblico interesse, idonea a fondare la giurisdizione amministrativa.

La Corte ha censurato l'attribuzione indiscriminata della materia dei servizi pubblici (art. 33 d.lgs. 80/98) al giudice amministrativo, ritenendo insufficiente il criterio del collegamento con l'interesse pubblico ed espungendo dal novero delle controversie conoscibili quelle relative alla fase di

³² Cons. Stato Ad. Pl., n. 4/1999 e 1/2000.

erogazione del servizio ed a rapporti di ordine patrimoniale tra amministrazione gestore. Analoga operazione ha condotto con riguardo all'attribuzione indiscriminata della materia "gestione del territorio" (art. 34 d.lgs. 80/98), escludendo le controversie relative a comportamenti. In generale sono state sottratte alla giurisdizione amministrativa esclusiva tutti i rapporti sganciati dall'esercizio di pubblici poteri, non essendo ravvisabile quella connessione tra interesse legittimo e diritto soggettivo che giustifica la devoluzione della cognizione su questi ultimi al giudice amministrativo *ex art. 103 Costituzione*.

La Corte muove dalla prospettiva storica che enfatizza la dialettica potestà/interesse legittimo (concependo la prima come l'altra faccia del secondo), identificando la funzione amministrativa solo nei rapporti retti dal diritto pubblico ed ascrivendo l'attività svolta al perseguimento dell'interesse pubblico con strumenti non autoritativi nell'ambito proprio esclusivo del diritto privato.

La dottrina ha ribattuto che tale visione è stata messa in crisi dalla progressiva osmosi tra i due ordinamenti e la previsione (legislativa e giurisprudenziale) di figure caratterizzate da tratti formalmente privatistici e sostanzialmente pubblicistici, mostrando come il diritto amministrativo sia andato perdendo i caratteri originari della separatezza, della supremazia e della specialità, a favore di una natura non più solo duale quanto ormai mista delle regole e degli istituti. In questo quadro in trasformazione il *quid proprium* dell'azione amministrativa non è più da ricercare nella natura autoritativa o unilaterale, quanto piuttosto nella necessaria ponderazione di interessi, pubblici e privati, che caratterizza ogni attività amministrativa: e sono allora i principi generali che governano e regolano questa attività di ponderazione a venire in primo piano.

La soluzione dei problemi di inquadramento di questo tipo di attività non può che avvenire all'interno di una più rigorosa classificazione delle forme giuridiche amministrative.

3.2 Il rapporto di livello I: art. 1, comma 1 legge 241/90

È il prodotto dell'attività autoritativa dell'Amministrazione, disciplinata dal diritto pubblico, che è stata denominata dai classici «funzione amministrativa», perché l'amministrazione si avvale di un potere attribuito per il doveroso perseguimento dei fini indicati dalla legge. La struttura logica del rapporto (norma-potere-effetto) è retta dal principio di legalità.

Il modello in esame caratterizza tutti i provvedimenti amministrativi, indipendentemente dalla natura vincolata o discrezionale, dalla portata ampliativa o restrittiva della sfera giuridica del destinatario, dal tasso di autoritatività che li connota.

L'elemento comune, infatti, è che l'effetto giuridico si produce in virtù di un atto unilaterale, "costruito" nell'esercizio di un potere, inteso come posizione di forza nella modificazione del mondo giuridico.

All'unilateralità si affianca l'autoritatività, che sussiste anche quando l'atto è favorevole al destinatario, poiché, diversamente da quanto accade nel diritto privato, a questo non è data facoltà di rifiutare gli effetti. Inoltre, il provvedimento favorevole per l'interessato è di regola sfavorevole per uno o più terzi.

È in virtù dell'autoritatività che si riconoscono al provvedimento amministrativo una serie di prerogative, che ne segnano la differenza rispetto all'atto paritetico, attenenti al regime di validità, di efficacia e di esecutività, nonché al potere di autotutela.

Inoltre, posto che i provvedimenti amministrativi si configurano in base al tipo di potere funzionale attribuito dalla legge, essi sono governati dal principio di tipicità, che esprime l'appartenenza dell'atto a un modello legale di funzione o, meglio, la riferibilità dell'atto a un potere positivamente previsto.

Complementare al principio di tipicità è il principio di tassatività, che implica il numero chiuso dei provvedimenti adottabili dalla pubblica amministrazione. Il problema si è posto per quelle potestà di portata generale ma prive di un sicuro fondamento, come – prima della legge 15/05 – erano il potere di esecuzione, il potere di sospensione e, seconda una tesi minoritaria, il potere di ritiro.

I provvedimenti amministrativi sono comunemente classificati in base alla funzione di appartenenza, assegnandosi rilevanza in particolare al tipo di incidenza sulla sfera giuridica dei destinatari:

- provvedimenti restrittivi: ablatori, sanzionatori, esecutivi, ispettivi;
- provvedimenti ampliativi: autorizzazioni, concessioni;
- provvedimenti dichiarativi: accertamenti, certificazioni, atti di conoscenza.

A questi si aggiungono i provvedimenti di secondo grado, espressione delle potestà di controllo (su atti e organi amministrativi) e di riesame.

Va ricordato come lo schema pubblicistico non è esaurito dall'attività provvedimentale, rientrandovi anche l'attività materiale preparatoria o esecutiva di un provvedimento, nonché i comportamenti che siano espressione di un potere di cura dell'interesse pubblico, come quelli in materia edilizia, urbanistica ed espropriativa. Insieme ad essi occorre, altresì, tener conto del silenzio, significativo (con valore legale di accoglimento o di rigetto) e non significativo (cd. silenzio inadempimento o rifiuto, previsto dall'art. 2 legge 241/90), essendo parimenti forme di manifestazione della funzione amministrativa, avvinte dal principio di legalità. Secondo alcuni nei comportamenti amministrativi ricadrebbero pure la denuncia e la segnalazione di inizio di attività,

che però sono atti del privato (cd. auto-amministrazione), mentre il comportamento potrebbe essere ravvisato nel mancato esercizio dei poteri inibitori e repressivi di cui dispone la pubblica amministrazione nei confronti di questi atti quando non siano conformi ai presupposti di legge.

All'interno del rapporto di livello I si collocano anche le ipotesi in cui l'amministrazione adotti strumenti di natura pubblicistica nello svolgimento di attività che astrattamente si pone su un piano paritetico.

Sono tutti quei casi di esercizio dell'azione amministrativa non autoritativa in cui l'esperienza giuridica dello Stato unitario ha costruito moduli di azione di diritto pubblico³³: ad esempio il procedimento amministrativo di concessione in luogo di un contratto di affitto, di locazione o di uso, il procedimento amministrativo di evidenza pubblica nei contratti di appalto in luogo della trattativa privata, i procedimenti amministrativi di gestione del rapporto di lavoro del personale pubblico in luogo dei semplici poteri datoriali, oggi limitatamente alle categorie non privatizzate.

In casi del genere l'utilizzo dello strumento privatistico sarebbe possibile, poiché l'effetto che si intende produrre è tecnicamente raggiungibile anche con detto strumento (a differenza di quanto avviene negli atti intrinsecamente autoritativi).

L'operazione di trasformazione in atti di diritto pubblico di questi atti aventi ontologica natura privatistica è dovuta all'affermarsi di un modello di amministrazione fondato sui principi dell'imparzialità e della ragionevolezza, perciò sempre controllabile dall'esterno e nel quale assumono rilevanza le situazioni soggettive dei terzi interessati. Si tratta comunque di settori in cui l'interesse pubblico è direttamente investito dall'attività amministrativa, e non assume connotati egoistici.

L'art. 1, comma 1-*bis* legge 241/90 segna un'inversione di rotta, nel senso del ritorno di questi settori al diritto privato, ma lascia la possibilità che le singole leggi sottopongono tali atti alla disciplina pubblicistica: *“La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente”*.

L'esempio più evidente è il procedimento di affidamento degli appalti pubblici, che l'art. 2, comma 3 del Codice dei contratti espressamente definisce come “attività amministrativa” e assoggetta alla legge 241/90.

³³ Così CERULLI IRELLI, in www.giustamm.it, le cui considerazioni al riguardo si riproducono per sommi capi nel testo e meritano adesione, salvo precisare che si può parlare di attività non autoritativa solo in via ipotetica, poiché se la legge impone l'uso di potestà pubbliche, l'attività assume carattere autoritativo.

3.2 Il rapporto di livello II: art. 1, comma 1-bis legge 241/90

È il prodotto dell'attività paritetica dell'amministrazione, disciplinata dal diritto privato. La struttura logica del rapporto (norma-fatto-effetto) è retta dal principio di autonomia privata.

L'amministrazione si avvale della capacità giuridica comune, sia per il perseguimento dei fini istituzionali (attività ad evidenza pubblica), sia per la gestione del proprio patrimonio (attività privata).

L'attività negoziale della pubblica amministrazione è interamente disciplinata dal diritto privato, salvo che la legge non disponga diversamente, il che accade solo nell'ambito dell'attività di evidenza pubblica.

Per quanto attiene all'attività materiale occorre tener presente che sono sottoposti al diritto privato solo i cd. meri comportamenti, che l'amministrazione tiene in settori dove è priva di poteri autoritativi o agisce al di fuori di essi.

In tema di attività negoziale la dottrina tradizionale, come detto, è solita distinguere tra l'attività volta al perseguimento di fini istituzionali (es. appalti pubblici) e attività di interesse meramente patrimoniale (locazioni, compravendite, ecc.). Nonostante opinioni dissenzienti tale distinzione resiste ancor oggi, perché coglie uno spazio residuale per l'attività egoistica, che l'amministrazione pone in essere svincolata da precise regole di evidenza pubblica, quando si tratta di gestire semplicemente il proprio patrimonio al di fuori di specifiche finalizzazioni istituzionali (contratti di azienda, diretti all'acquisto di beni e servizi per le strutture e il personale o alla gestione della ricchezza mobiliare, e contratti di investimento, destinati all'incremento della ricchezza liquida).

L'art. 1, comma 1-bis legge 241/90 dispone che *“La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente”*.

Già i primi commentatori osservavano come, se gli *“atti di natura non autoritativa”* fossero quelli appartenenti alla normale attività negoziale dell'Amministrazione, la norma avrebbe un significato modesto, meramente ricognitivo di un principio immanente nell'ordinamento, in virtù del quale se l'amministrazione si avvale di modelli negoziali opera al di fuori del diritto pubblico.

Parte della dottrina³⁴ ravvisa una svolta dal punto di vista sistematico: la norma vuol significare una inversione di tendenza rispetto all'impostazione tradizionale, secondo la quale il diritto pubblico è la regola dell'azione amministrativa, da applicarsi in caso di dubbio interpretativo, mentre il diritto privato l'eccezione, da tenere limitato ai casi espressamente previsti dalla legge.

³⁴ CERULLI IRELLI, *op. cit.*

La norma in esame, invece, stabilisce che l'agire secondo il diritto pubblico deve essere oggetto di espressa previsione normativa, altrimenti le pubbliche amministrazioni agiscono secondo il diritto privato.

Tale principio non opera laddove l'amministrazione eserciti poteri autoritativi, poiché attraverso gli strumenti giuridici privatistici non è tecnicamente possibile la produzione di effetti imperativi, che è necessariamente regolata dal diritto pubblico. Se l'amministrazione compra un terreno per realizzare un'opera pubblica, con l'assenso perciò del proprietario, essa applica il diritto privato. Ma se il consenso manca o non è opportuno negoziare, l'amministrazione procede all'espropriazione e deve applica una disciplina giuridica di diritto pubblico.

Proprio per questo, però, la portata della disposizione non va enfatizzata quanto alla distribuzione – nel perseguimento dell'interesse pubblico – tra forme amministrative e forme di diritto comune. L'interpretazione letterale depone nel senso che, negli spazi governati dal principio di legalità, in cui l'amministrazione disponga di poteri autoritativi, la funzione amministrativa sia indisponibile qualora si tratti di materie che non si presentino naturalmente predisposte alla negoziazione del rapporto giuridico.

A riprova di ciò basti considerare la formulazione originaria della norma, contenuta nel disegno di legge licenziato dal Senato (atto Camera dei Deputati 3890/03), ai sensi della quale *“Salvo che la legge disponga diversamente, le amministrazioni pubbliche agiscono secondo il diritto privato”*.

Nei lavori preparatori (cfr. relazione della I Commissione permanente della Camera dei Deputati al disegno di legge ivi approvato, che sarà poi recepito dal Parlamento) la disposizione viene considerata come il riconoscimento normativo della possibilità che le amministrazioni pubbliche operino attraverso gli strumenti del diritto privato anche nel perseguimento dei propri fini istituzionali, come forma alternativa della funzione amministrativa.

La formulazione originaria avrebbe probabilmente espresso meglio la tendenza al superamento del dogma che storicamente attribuiva all'Amministrazione il dovere di agire mediante poteri di imperio e atti unilaterali.

Il testo approvato non autorizza tanto la conclusione che il diritto privato sia impiegato per l'esercizio della funzione amministrativa in luogo di quello pubblico, quanto quella che la cd. attività amministrativa di diritto comune sia regolata dal diritto privato, come del resto è confermato negli stessi lavori preparatori, onde differenziare il precetto di cui all'art. 1, comma 1-*bis* dall'istituto di cui all'art. 11.

L'essenza della disposizione, allora, risiede in ciò: detta attività viene codificata in una norma generale e collocata nel diritto privato, impedendo quell'opera di pubblicizzazione strisciante che la giurisprudenza aveva avviato specie con riguardo ai fenomeni di privatizzazione, mercé

l'apposizione di una riserva di legge, in virtù della quale l'applicazione della disciplina pubblicistica è possibile solo in presenza di apposita previsione di legge. Né si dica che tale riserva è superflua essendo il diritto amministrativo retto dal principio di legalità. Infatti l'applicazione di aree del diritto pubblico all'attività dei soggetti privatizzati da parte della giurisprudenza non avveniva certo in assenza di base legale, ma piuttosto valorizzando i profili sostanziali di tali soggetti al fine di imputare loro una disciplina prevista dalla legge.

In via di prima conclusione può, dunque, ritenersi che l'art. 1, comma 1-*bis* riguardi i casi in cui il provvedimento amministrativo manchi o oggetto della disciplina sia un rapporto accessorio di natura patrimoniale.

Tra i primi vanno considerati l'attività dei soggetti privatizzati (salvo che norme di legge non prescrivano l'adozione di procedimenti amministrativi), l'attività di gestione dei rapporti di pubblico impiego e dei servizi pubblici, i rapporti obbligatori indirettamente connessi al perseguimento dei fini istituzionali (è il caso dei vari rapporti di carattere negoziale che una pubblica amministrazione pone in essere intorno ad un'opera o ad un bene pubblico, senza che essi abbiano diretta attinenza alla destinazione dell'opera o del bene; e perciò non previsti dalla normativa pubblicistica concernente l'opera o il bene stesso).

Tra i secondi vanno annoverati i contratti ad oggetto pubblico, di cui può predicarsi una recessione, purché si resti nei settori ad oggetto disponibile e sempre che il procedimento amministrativo non sia stato avviato, essendo altrimenti possibile solo il meccanismo di cui all'art. 11 legge 241/90.

Parte della dottrina vi fa rientrare anche le fattispecie in cui l'atto autoritativo può essere sostituito in virtù del consenso del soggetto privato nella cui sfera l'effetto è destinato a prodursi, come la vendita in luogo dell'espropriazione, l'affitto in luogo della requisizione, la costituzione negoziale di servitù in luogo della costituzione coattiva.

La fungibilità tra provvedimento e negozio non pare, tuttavia, suscettibile di autonomo significato ai sensi dell'art. 1, comma 1-*bis*, atteso che, nei casi in cui l'amministrazione sia nella facoltà di scegliere come agire (perché il risultato può essere ottenuto nell'uno o nell'altro modo), è dalla scelta operata che deriva la disciplina applicabile.

Questa tesi avrebbe un significato solo qualora si intendesse che nelle ipotesi di fungibilità tra provvedimento e negozio l'amministrazione sarebbe tenuta a scegliere quest'ultimo, ma non pare che il testo della disposizione consenta tale interpretazione.

Problema più spinoso è se la norma sia applicabile allo scopo di soppiantare provvedimenti amministrativi nei settori dove l'amministrazione vanta poteri pubblici e il rapporto non è naturalmente negoziabile, ma i tratti autoritativi della funzione sono scoloriti, essendo funzioni ampliative o totalmente vincolate. È una questione che però richiede preliminarmente l'esatta

definizione di provvedimento autoritativo, ragion per cui sarà trattata nel capitolo sull'atto amministrativo.

L'art. 1, comma 1-*bis* ha rafforzato l'orientamento che ravvisa un *tertium genus* di attività amministrativa, al confine tra pubblico e privato, in quanto governato, da un lato, dai principi generali dell'attività amministrativa, dall'altro dal diritto privato, che ricadrebbe nel moderno concetto di funzione amministrativa.

3.3 L'attività amministrativa dei privati: art. 1, comma 1-ter legge 241/90

L'art. 1, comma 1-ter legge 241/90 dispone che *“I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge”*.

In tal modo nel sistema amministrativo entra organicamente l'attività amministrativa svolta dai soggetti privati, la cui esatta identificazione è il primo problema da risolvere.

L'ordinamento già conosceva l'istituto dell'esercizio privato di pubbliche funzioni, che, però, oltre ad avere tratti di eccezionalità difficilmente compatibili con la portata generale della disposizione in esame, non necessita di una previsione specifica per giustificare la sottoposizione ai principi dell'azione amministrativa, annoverando le ipotesi in cui un soggetto privato è titolare di potestà amministrative, disciplinate nelle forme del diritto pubblico.

L'attribuzione ai privati di poteri autoritativi è una tradizione antica, che non ha mai intaccato il quadro fondamentale dell'attività amministrativa, proprio per la sua episodicità.

La disposizione in esame pare, piuttosto, scorporare dall'attività amministrativa di diritto comune quella dei soggetti privatizzati che svolgono attività di diritto privato per il perseguimento di fini pubblici. Sarebbe stato così codificato il filone giurisprudenziale che vuole l'attività amministrativa di diritto comune svolta attratta ai principi del sistema amministrativo.

Il tema riguarda essenzialmente le società sottoposte a privatizzazione formale, in cui cioè la maggioranza del capitale resta pubblica, incaricate dello svolgimento di servizi pubblici, cui possono accostarsi i soggetti costituiti già in forma societaria, ma pur sempre a capitale pubblico.

Con riguardo a tali soggetti la giurisprudenza della Corte di Cassazione, pur qualificandoli in termini privatistici³⁵, ha riconosciuto la giurisdizione della Corte dei Conti sulla responsabilità contabile degli amministratori.

³⁵ Cass. sez. un., 6 maggio 1995, n. 4989; 6 giugno 1997, n. 5085; 26 agosto 1998, n. 8454; 15 maggio 2005, n. 7799.

La prima pronuncia di tale filone³⁶ riguarda gli enti pubblici economici, ma svolge considerazioni di carattere generale sul fenomeno delle privatizzazioni, affermando che l'amministrazione svolge attività amministrativa non solo quando esercita pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando, nei limiti consentiti dall'ordinamento, persegue le proprie finalità istituzionali mediante un'attività disciplinata in tutto od in parte dal diritto privato. Ancorché in forme privatistiche, gli enti pubblici economici – soggetti pubblici per definizione e che perseguono fini del pari pubblici attraverso risorse di eguale natura – svolgono dunque anch'essi attività amministrativa, rispetto alla quale tali forme costituiscono nient'altro che lo strumento a tali fini utilizzabile ed utilizzato.

Successivamente, invece, si è affermato che le società incaricate dello svolgimento di servizi pubblici hanno una relazione funzionale con l'ente pubblico che le controlla, incentrata sull'inserimento del soggetto privato controllato nell'organizzazione funzionale del medesimo, che ne implica l'assoggettamento alla giurisdizione della Corte dei Conti in materia di responsabilità patrimoniale per danno erariale, non rilevando, in contrario, né la natura privatistica della società, né la natura privatistica dello strumento contrattuale con il quale si sia costituito, ed attuato il rapporto in questione³⁷.

Tale indirizzo è stato confermato dal legislatore, con l'art. 16-bis del decreto legge n. 248/2007, convertito dalla legge n. 31/2008, secondo cui, quando la partecipazione azionaria dello Stato, delle amministrazioni pubbliche o degli enti pubblici raggiunga una quota inferiore al 50 per cento, l'eventuale responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è devoluta alla competenza giurisdizionale dell'Autorità giudiziaria ordinaria, che la esercita in via esclusiva, con l'implicito riconoscimento che, per le società a partecipazione pubblica maggioritaria, la competenza è del giudice contabile³⁸.

La giurisprudenza amministrativa, invece, tende verso qualificazioni di ordine sostanziale, benché al riguardo debba farsi una distinzione tra società privatizzate che agiscono in regime di concorrenza, ascrivibili alla categoria dell'impresa pubblica, e quelle che costituiscono organismo di diritto pubblico ai sensi comunitari.

Le prime, pur integralmente assoggettate allo statuto privatistico, devono indirizzare la loro attività al soddisfacimento dell'interesse pubblico, come ora è espressamente sancito dall'art. 3, comma 27, della legge 24 dicembre 2007 n. 244, la quale ha stabilito che le pubbliche amministrazioni “*non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non*

³⁶ Cass. sez. un., n. 19667 del 2003.

³⁷ Cass. sez. un., n. 9095 del 2005. Da allora si sono susseguite numerose pronunce delle Sezioni Unite che hanno consolidato l'orientamento.

³⁸ Cass. sez. un., n. 26806 del 2009 ha introdotto una distinzione, ammettendo l'azione dinanzi al giudice ordinario per i danni patrimoniali direttamente causati alla società e, di riflesso, ai soci, senza però escludere quella contabile per la *malagestio* degli amministratori.

strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società”³⁹. Ciò giustifica le deroghe al regime privatistico (l’applicazione del Codice dei contratti nei settori speciali, l’applicazione del diritto di accesso, ecc.) e la sottoposizione ai principi generali dell’attività amministrativa.

Le seconde, sono considerati soggetti sostanzialmente pubblici, che, quando esercitano servizi economici, adottano modelli imprenditoriali, ma fuori della logica lucrativa e con l’applicazione di molteplici istituti del diritto amministrativo⁴⁰.

Il modello delle società pubbliche, specialmente nella versione «*in house*», ossia a totale controllo pubblico, sul capitale e sulla gestione, è stato tenuto presente dal legislatore anche per lo svolgimento di compiti strettamente amministrativi. Nella giurisprudenza del Consiglio di Stato questa figura ha trovato ampia applicazione nelle ipotesi di società che svolgono attività strumentali all’ente pubblico di riferimento⁴¹.

Nel diritto positivo il fenomeno delle società pubbliche ha trovato riconoscimento in molteplici disposizioni, che le assoggettano a vincoli di carattere finanziario, a restrizioni di azione, ai procedimenti di evidenza pubblica per la provvista di beni, servizi e personale. Ma, soprattutto, nell’art. 29, comma 1 della legge n. 241 del 1990, secondo cui “*Le disposizioni della presente legge si applicano, altresì, alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all’esercizio delle funzioni amministrative*”.

Dal raffronto tra questa norma e l’ art. 1, comma 1-*ter* si evince nitidamente che il legislatore ha graduato l’applicazione delle regole della legge n. 241 del 1990 ai privati che svolgono attività amministrativa, distinguendo tra soggetti titolari di “*funzioni amministrative*”, interamente sottoposti alla disciplina pubblicistica nell’esercizio di tali funzioni, e soggetti preposti all’esercizio di “*attività amministrativa*”, sottoposti ai soli criteri e principi generali.

Null’altro questa distinzione può significare che, con riferimento ai privati, il concetto di «attività amministrativa» è più ampio di quello di «funzione amministrativa», ravvisandosi cioè un rapporto di specialità, per cui la funzione amministrativa è l’attività amministrativa che si svolge tramite poteri autoritativi.

Ciò implica che l’art. 1, comma 1-*ter* abbia ragion d’essere proprio per sottoporre quelle situazioni – sempre più diffuse – di compartecipazione dei privati ai compiti amministrativi in forma (non

³⁹ Cons. Stato Ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10.

⁴⁰ Cons. Stato, sez. VI, n. 1478 del 1998; Cons. Stato, sez. VI, n. 1206 del 2001; Cons. Stato, sez. VI, n. 4711 del 2002.

⁴¹ Cons. Stato, sez. VI, n. 306 del 2006; che qualifica la Società cartolarizzazione immobili pubblici come strumento per l’esercizio dei compiti dell’Amministrazione di appartenenza (il Ministero dell’Economia e delle Finanze). Nonché Cons. Stato, sez. normativa, n. 652306 del 2009; che qualifica Equitalia Spa, come *longa manus* dell’Agenzia delle entrate per l’esercizio dell’attività di riscossione nazionale dei tributi.

amministrativa, ma) imprenditoriale ai principi di legalità, buon andamento, imparzialità e trasparenza, oltre ai principi comunitari che presidiano lo svolgimento di tali compiti da parte dei soggetti pubblici.

Così interpretata, la disposizione effettivamente avrebbe ad oggetto l'attività amministrativa di diritto comune, sottratta alla regola di cui all'art. 1, comma 1-*bis*, poiché posta in essere da privati, per i quali, dunque, è superfluo stabilire l'applicazione del diritto privato, occorrendo, piuttosto, vincolarli al rispetto dei principi fondamentali del diritto pubblico.

C'è da dire, tuttavia, che la norma testualmente sembra diretta, più che ai soggetti privatizzati che svolgono servizi pubblici, ai soggetti privati che svolgono attività amministrativa non autoritativa, come è oggi consentito dal principio di sussidiarietà orizzontale. La trattazione dell'argomento, quindi, viene rinviata.

3.4 Il rapporto giuridico intermedio

Dal ceppo dell'attività amministrativa di diritto comune sono dunque originati i commi 1-*bis* ed 1-*ter* della legge 241/90, inquadrati dal legislatore nell'ambito dell'attività amministrativa non autoritativa, comunque governata dallo schema norma-fatto-effetto e, pertanto, non suscettibile di classificazione in un *tertium genus*.

Di *tertium genus* può invece disquisirsi con riguardo alla cd. attività mista, rappresentata dai contratti ad oggetto pubblico, di cui la giurisprudenza costituzionale ha legittimato l'attribuzione alla giurisdizione esclusiva, essa manifestando piena compenetrazione tra diritto soggettivo e interesse legittimo. Infatti, a seguito della manipolazione dell'art. 34 d.lgs. 80/90 operata dalla sentenza n. 204 del 2004 sono restates alla giurisdizione amministrativa esclusiva le controversie relative a concessioni di pubblico servizio (escluse quelle in tema di canoni, indennità ed altri corrispettivi), ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge, in cui rientrano (come è espressamente chiarito nella motivazione della sentenza) gli accordi di cui all'art. 11 della legge 241/90.

L'attività mista è stata appunto codificata nell'art. 11 legge 241/90, dando vita a un rapporto che si configura intermedio tra il rapporto di livello I e quello di livello II.

L'art. 11 stabilisce che:

“1. In accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'articolo 10, l'amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso

nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo.

1-bis. Al fine di favorire la conclusione degli accordi di cui al comma 1, il responsabile del procedimento può predisporre un calendario di incontri cui invita, separatamente o contestualmente, il destinatario del provvedimento ed eventuali controinteressati.

2. Gli accordi di cui al presente articolo debbono essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti. Ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili. Gli accordi di cui al presente articolo devono essere motivati ai sensi dell'articolo 3.

3. Gli accordi sostitutivi di provvedimenti sono soggetti ai medesimi controlli previsti per questi ultimi.

4. Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato.

4-bis. A garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, in tutti i casi in cui una pubblica amministrazione conclude accordi nelle ipotesi previste al comma 1, la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento.

5. Le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi di cui al presente articolo sono riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁴².

L'istituto si colloca nel settore dell'attività autoritativa. L'art. 11, infatti, è posto al termine delle norme sulla partecipazione al procedimento e definisce gli accordi come strumenti per determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero sostituirlo, *“in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse”*, previa determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento *“a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa”*.

Nel corso del procedimento l'amministrazione, invece di adottare un provvedimento o di determinarne il contenuto unilateralmente, può addivenire ad un accordo con l'interessato. Si può constatare come l'amministrazione eserciti il potere funzionale aprendo il procedimento ma, ad un certo punto, utilizza l'accordo, che può essere integrativo o sostitutivo. In quest'ultima ipotesi il procedimento amministrativo termina con un atto bilaterale, il che costituisce una deroga non solo al principio di autoritatività (già attenuato dal contraddittorio partecipativo) quanto pure a quello di unilateralità, cardine indiscusso della funzione amministrativa, ma non dissolve il potere, come

⁴² Il comma è stato abrogato, ma la relativa disposizione è stata riproposta nel CPA.

dimostrato anzitutto dalla previsione finale del comma 2, per la quale gli accordi “*devono essere motivati ai sensi dell’articolo 3*”.

Prima della novella operata con la legge n. 15/05 gli accordi sostitutivi erano ammessi solo nei casi previsti dalla legge. Questo limite è stato eliminato. Altri limiti esistono o possono essere individuati in via interpretativa, ma ciò non toglie che l’accordo sostitutivo è potenzialmente adottabile in qualsiasi fattispecie di potestà amministrativa.

Il fondamento dell’istituto è scolpito in un passaggio della motivazione della sentenza n. 204/04 della Corte Costituzionale: «La materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà, riconosciuta dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si vale di tale facoltà (la quale, tuttavia, presuppone l’esistenza del potere autoritativo: art. 11 della legge n. 241 del 1990)».

La norma introduce il principio della negoziabilità della funzione amministrativa, dando all’amministrazione la facoltà di esercitare il potere nelle forme consensuali.

L’esercizio della facoltà, tramite la stipulazione di un accordo, specie se sostitutivo, dà luogo ad un rapporto giuridico che si può definire intermedio, derivando dalla combinazione – se accordo integrativo – o successione – se accordo sostitutivo – tra il potere e il consenso. Una sorta di perfetta sintesi dell’eterna contrapposizione tra autorità e libertà.

Questo, dunque, non è né rapporto di primo livello né di secondo livello, ma è composto: lo schema di partenza è norma-potere-effetto, che si converte in norma-fatto-effetto, salvo riemergere in sede di conclusione del procedimento amministrativo nell’ipotesi di accordo integrativo.

Occorre precisare i termini della relazione tra le due fasi, specie nel momento di passaggio dall’una all’altra.

La funzione amministrativa nasce con i tratti che le sono propri: una norma di legge attribuisce il potere per la cura di un interesse pubblico. L’amministrazione avvia il procedimento e compie l’istruttoria. A questo punto decide, con determinazione dell’organo che sarebbe competente per l’adozione del provvedimento, di concordare il contenuto del provvedimento ovvero di sostituirlo con l’accordo.

Se l’accordo è sostitutivo l’effetto si produce formalmente a causa dell’accordo, dunque di un fatto a ciò autorizzato da un’altra norma di legge rispetto a quella attributiva del potere funzionale (l’art. 11 legge 241/90 e, per il tramite del suo richiamo, l’art. 1321 codice civile). Ma sostanzialmente resta imputabile anche al potere, poiché l’accordo è finalizzato al perseguimento dell’interesse pubblico previsto dalla norma attributiva del potere.

Se l'accordo è integrativo l'effetto si produce formalmente a causa del provvedimento, dunque dell'atto di esercizio del potere funzionale. Ma sostanzialmente resta imputabile anche all'accordo – poiché il contenuto del provvedimento è negoziato con la controparte – e, dunque, a un fatto autorizzato dall'art. 11 legge 241/90 e, per il tramite del suo richiamo, all'art. 1321 codice civile.

È da mettere in risalto come la sequenza iniziale fondata sul potere produca un effetto intermedio (l'accordo) da cui scaturisce (da solo o in virtù del provvedimento concordato) l'effetto finale. Da un lato l'effetto intermedio, che rileva a sua volta come fatto costitutivo, è il prodotto oltre che del potere funzionale di quello strumentale contemplato dall'art. 11, dall'altro – e per precipitato logico – l'effetto finale è il prodotto oltre che dell'accordo del potere funzionale.

Lo schema grafico sottostante descrive ciascun elemento costitutivo del rapporto giuridico che nasce per effetto o con l'ausilio dell'accordo.

Rapporto amministrativo intermedio

PREMESSA MINORE Potere	PREMESSA MAGGIORE Norma	CONCLUSIONE Effetto
Potere funzionale Determinazione di accordarsi	Legge attributiva Art. 11 legge 241/90	Accordo

PREMESSA MINORE Fatto	PREMESSA MAGGIORE Norma	CONCLUSIONE Effetto
Accordo	Art. 11 (e le norme che regolano il tipo di accordo)	Rapporto giuridico tra P.A. e privato

Risulta ora chiara la distinzione tra i modelli di attività previsti dagli artt. 1, comma 1-*bis* e 11.

Il primo riguarda l'attività non autoritativa e si svolge secondo lo schema norma-fatto-effetto. Il secondo riguarda l'attività autoritativa, che viene contrattualizzata, ma senza perdere i connotati della funzione amministrativa e neppure, del tutto, quelli dell'autorità, atteso che, da un lato, l'accordo integrativo lascia fermo il potere di concludere il procedimento attraverso il provvedimento e, dall'altro, che ove l'accordo sostitutivo si mostri inadeguato alla realizzazione dell'interesse pubblico, il potere riemerge.

Quindi lo schema norma-potere-effetto si salda a quello norma-fatto-effetto.

Il collegamento tra provvedimento (la determinazione prevista dal comma 4-*bis*) ed accordo è di tipo funzionale, poiché l'interesse pubblico condiziona l'accordo, diversamente da quanto avviene nei contratti dell'evidenza pubblica, dove si arresta alla scelta del contraente più idoneo.

Corollario di tale distinzione è che gli accordi procedimentali – siano essi integrativi o sostitutivi – non possono essere equiparati agli accordi stipulati ai sensi dell'art. 1, comma 1-*bis*, i quali presuppongono che un procedimento amministrativo non sia mai stato aperto.

Si discute se gli accordi procedimentali possano avere ad oggetto l'attività vincolata. La soluzione positiva è da accogliersi per gli accordi sostitutivi (di cui esempi possono trarsi dall'ordinamento tributario, con riferimento alle varie tipologie di concordato – o accertamento con adesione – previste dalla legislazione vigente). Appare invece preferibile quella negativa per gli accordi integrativi, non avendo concreti margini di utilità tale figura ove l'attività amministrativa sia interamente conformata dalla legge (evento peraltro piuttosto raro).

La natura mista di questa attività si ripercuote sulla disciplina, influenzata dall'incrocio tra pubblico e privato che lo caratterizza; le questioni di maggior rilievo sono:

- 1) in che misura si applica la disciplina civilistica nelle fasi di formazione, conclusione ed esecuzione dell'accordo;
- 2) se e come operano i poteri di riesame in autotutela dell'amministrazione;
- 3) quale posizione soggettiva e quali rimedi sussistono a favore del privato di fronte all'inadempimento dell'accordo.
- 4) tutela del terzo.

Tali questioni non trovano diretta risposta nello stesso art. 11, ma dipendono in larga misura dalla qualificazione dell'istituto e dall'interpretazione della clausola di compatibilità cui è subordinata l'applicazione del diritto di obbligazioni e contratti.

Dall'art. 11 legge 241/90, invece, è possibile desumere i limiti alla potestà di stipulare accordi, in ragione dell'oggetto pubblico.

Il primo è il perseguimento dell'interesse pubblico.

L'interesse pubblico non connota la causa dell'accordo, in quanto estraneo a una delle parti del medesimo, ossia il privato. Esso si pone come limite esterno, che orienta la facoltà di determinare il contenuto dell'accordo da parte della pubblica amministrazione e l'interpretazione dello stesso. Può dirsi che l'accordo deve essere equivalente al provvedimento nella realizzazione del pubblico interesse.

Secondo limite è il vincolo che gli accordi debbano essere stipulati senza pregiudizio dei terzi. Ciò implica che la posizione dei terzi non può essere aggravata dalla scelta del modello negoziale, né dal punto di vista sostanziale, né da quello processuale.

4. Conclusioni

Il legislatore da un lato ha assecondato le modificazioni reali dell'apparato pubblico, dall'altro se ne è fatto promotore, attingendo all'intero armamentario delle forme giuridiche, anzi creandone di nuove.

In uno sforzo di razionalizzazione dell'esistente – che non pretenda di leggere le norme in base ad aprioristiche costruzioni dogmatiche, ma queste rielabori sulla base del diritto positivo – il quadro dell'attività amministrativa può essere tripartito.

1) **Attività amministrativa funzionale.** È il rapporto di livello I, disciplinato dal diritto pubblico e modellato sullo schema norma-potere-effetto. Comprende l'attività autoritativa e quella non autoritativa se la legge dispone in tal senso (clausola di salvezza contenuta nell'art. 1, comma 1-*bis*) delle pubbliche amministrazioni, nonché l'attività autoritativa dei privati. L'attività autoritativa spetta alla giurisdizione amministrativa di legittimità, o, se vi insistono diritti soggettivi, alla giurisdizione amministrativa esclusiva. L'attività non autoritativa sottoposta a regime di diritto pubblico di regola è attribuita alla giurisdizione amministrativa esclusiva.

2) **Attività paritetica.** È il rapporto di livello II, disciplinato dal diritto privato e modellato sullo schema norma-fatto-effetto. Comprende l'attività privata e l'attività amministrativa non autoritativa delle pubbliche amministrazioni (art. 1, comma-1*bis*) e dei privati (art. 1, comma 1-*ter*). Spetta alla giurisdizione ordinaria.

3) **Attività amministrativa intermedia.** È il rapporto di combinazione tra livello I e II, disciplinato dall'art. 11 legge 241/90 e, in base alle fasi del rapporto ed alla rilevanza nella concreta fattispecie dell'interesse pubblico, dal diritto pubblico o da quello privato. Spetta alla giurisdizione amministrativa esclusiva.

L'area grigia è quella che si pone a cavallo tra l'attività funzionale e quella paritetica, in cui si collocherebbe il diritto privato di pubblico interesse.

Nella classificazione operata tale attività è collocata comunque all'interno dell'attività paritetica, e dal punto di vista logico non può avere altro spazio.

Tuttavia il problema merita di essere esaminato anche in chiave dogmatica, cioè con riferimento alla nozione di funzione amministrativa, cui si rinvia.