

Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa in un modello matematico di analisi assiologica del diritto.

Massimiliano Ferrara (*Ordinario di Statistica Economia e Direttore del DecisionsLAB*)

Angelo Roberto Gaglioti (*Magistrato Ordinario e Membro del DecisionsLAB*)

ABSTRACT - Nel presente scritto si applicano i principi e i criteri di un modello matematico di analisi assiologica del diritto, di recente proposto dagli scriventi, alla questione della distribuzione dei poteri tra i vari *decision-makers* del sistema (costituente, legislatore, Governo, P.A., giurisdizione, autonomia privata individuale e collettiva). Si opererà una ricognizione dei titolari delle leve discrezionali ai vari livelli decisionali e si costruirà la base di una rete complessa di interrelazioni sistemiche tra di essi, idonea a configurare i limiti ed i contro-limiti all'esercizio di ciascuna quota di potere. Infine, si svolgeranno alcune brevi considerazioni circa i connotati e la fisionomia della giurisdizione, nell'ambito del presente modello, e circa le condizioni che possono giustificare attualmente la separazione tra la giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa.

Parole-chiave: Diritto, Matematica, Valore, Potere, Limiti, Giurisdizione.

Sommario

Introduzione	2
Il potere giuridico nell'ambito del presente modello.....	9
La tensione tra potere e dovere	12
Limiti e contro-limiti al potere.....	13
Origine del potere giuridico.....	13
Un esempio: la norma che sancisce il diritto alla vita umana.	16
Le leve discrezionali.....	19
Attribuzione delle leve discrezionali ai vari <i>decision-makers</i>	19
Limiti e contro-limiti dell'esercizio del potere.....	19
La giurisdizione	20
Connotati della giurisdizionalità	21
Tipologia di conflitti assiologici, rimedi giurisdizionali, intensità del sindacato e situazioni giuridiche soggettive	21
Separazione tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa	21
Giurisdizione costituzionale.....	25
Considerazioni conclusive: la tensione tra il potere e il rimedio.....	26

Introduzione

Gli scriventi, con numerose pubblicazioni anche all'estero¹, hanno proposto da alcuni anni un modello matematico di analisi in chiave assiologica per l'intero sistema giuridico, in una prospettiva di teoria generale

¹ E cioè, allo stato attuale, ci si permette di indicare la seguente bibliografia completa sul modello, partendo dai contributi pubblicati più di recente sul modello in esame: A. GAGLIOTI, *ξῖδος, λόγος e Νομός in un modello matematico di analisi assiologica. La Rilevanza giuridica e l'Efficacia giuridica nel Sistema* (pp. 54), accettato per la pubblicazione nel primo numero di Working Paper Series del Decisions-Lab – Methods and Decision Models for Social Sciences Laboratory, del Dipartimento di Giurisprudenza ed Economia (Di.Gi.Ec.) dell'Università di Reggio Calabria (2018); A. GAGLIOTI, *Azioni positive in favore dei disabili: impatto (e limiti) dei rimedi nell'ottica di un modello matematico di analisi assiologica*, Rivista Critica di Diritto Privato, ediz. Jovene, 2017 fasc. 3, pp. 463-485; M. FERRARA- A. GAGLIOTI, *Il fatto di reato in un modello matematico di analisi giuridica. Il caso della rapina propria* (pp. 21), accettato per la pubblicazione da MedaLics – Centro di Ricerca per le Relazioni mediterranee, presso l'Università per Stranieri Dante Alighieri di Reggio Calabria, in data 11.05.2017, scaricabile al link: <http://www.medalics.org/wp-content/uploads/2017/05/TR-5-Il-fatto-di-reato-in-un-modello-matematico-di-analisi-giuridica.pdf> ; M. FERRARA-A.GAGLIOTI, *The derivation of the legal principle on human persona from the legal rules on personal freedom and on freedom of movement: a mathematical approach*, submitted in data 23.06.2014 per la peer review in Applied Mathematical Sciences - ISSN 1312-7552 (pp. 14; Id. Paper AMS46474) e accettato per la pubblicazione in data 11.07.2014 (Vol. 8, 2014, no. 91, 4497 – 4510), <http://www.m-hikari.com/ams/ams-2014/ams-89-92-2014/ferraraAMS89-92-2014.pdf> ; M. FERRARA-A. GAGLIOTI, *Some quantitative remarks on the right to human life* (pp. 10), MATHlics Research Paper Series applied - MATHematics journal for economICS, rivista pubblicata da MedaLics – Centro di Ricerca per le Relazioni mediterranee, presso l'Università per Stranieri Dante Alighieri di Reggio Calabria, in data 20.06.2014, Reggio Calabria, Già scaricabile alla pagina web: <http://www.mathlics.org/production/index.php/en/series> ; M. FERRARA – A. GAGLIOTI, *Axiological Impact Analysis of Legal Regulations and Policies. A Seminal Case-Study from Land Law for a Mathematical Theory* (pp. 14), submitted paper per WSEAS Transactions on Mathematics (ID 56_480.pdf in data 08.09.2012; Print ISSN: 1109-2769; E-ISSN: 2224-2880). Accettato con richiesta di revisione in data 17.01.2013, in pubblicazione nel Vol. 12, Issue 5, 2013, scaricabile alla pagina web <http://wseas.org/wseas/cms.action?id=5351> ; M. FERRARA-A. GAGLIOTI, *A Mathematical Theory for the Conflicts among Legal Values*, submitted paper per la WSEAS 19th American Conference on Applied Mathematics (American-Math'13), Cambridge MA (U.S.A.) 30.01.2013-1°.02.2013 (ID: 69501-109 03.09.2012;). Accettato in data 02.11.2012. Proceedings ISSN 2227-4588, pp. 34-39; M. FERRARA – A. GAGLIOTI, *Robinsons Recht and Status Personarum Policies*, submitted paper per la WSEAS 19th American Conference on Applied Mathematics (American-Math'13), Cambridge MA (U.S.A.) 30.01.2013-1°.02.2013 (ID: 69501-106 17.08.2012;). Accettato in data 02.11.2012. Proceedings ISSN 2227-4588, pp. 28-33; M. FERRARA – A. GAGLIOTI, *Functional Innovation and the Clusters within the Legal Structures. Some Quantitative Remarks in an Axiological Model*, submitted paper per la WSEAS 3rd International Conference on Communication and Management in Technological Innovation and Academic Globalization (COMATIA '12), in programma a Paris (France), 2-4.12.2012 (ID: 69203-079 23.08.2012; Proceedings ISBN 978.1.61804.138.8); M. FERRARA-A. GAGLIOTI, *Law&Mathematics. Il diritto nel prisma di un modello matematico* (123 pp.) Rubbettino Roma - ISBN: 978-88-498-3572-4, 2012; M. FERRARA – A. GAGLIOTI, *Axiological feedback and the Creation Cycle of legal Values*, Paper accettato (in data 27.07.2012) per la pubblicazione nei Proceedings della WSEAS International Conference on Economics, Political and Law Science (EPLS'12), in programma c/o la Tomas Bata University in Zlin, Czech Republic, 20-22 Settembre 2012, submitted in data 28.06.2012 – ID Paper 68802-125; M. FERRARA – A. GAGLIOTI, *Law as a System of Proportions and Symmetries* (Proceedings della 13° International Conference on Mathematics and Computers in Business and Economics (MCBE '12), organizzata dalla World Scientific Engineering Academy and Society (www.wseas.org), 13-15 giugno 2012 presso l'Accademia Enescu, Iasi, Romania – ID paper 67906-010 - ISBN 978-1-61804-098-5 in Mathematical Models and Methods in Applied Sciences, pp. 136-140; M. FERRARA – A. GAGLIOTI, *Legal Rules and Principles as informational Vectors in legal Time and Space* (articolo accettato per la pubblicazione il 28.03.2012 – ID paper JCC-E20120305-1) Journal of Communication and Computer, David Publishing, previsto per la issue di Agosto 2012 ; M. FERRARA – A. GAGLIOTI, *Legal Values and legal Entropy: a suggested mathematical Model*, (articolo accettato il 20.03.2012 ID: 16_110) International Journal of Mathematical Models and Methods in Applied Sciences Issue 3, Volume 6, 2012, pp. 490-498; M. FERRARA – A. GAGLIOTI, *A Mathematical Model for the Quantitative Analysis of Law. Putting Legal Values into Numbers* (coautore: Prof. Massimiliano Ferrara), Proceedings of the American

del diritto, non limitata al diritto privato patrimoniale, come potrebbe apparentemente sembrare, ma a quell'unitario fenomeno umano, sociale e normativo² costituito dal diritto, in ogni sua possibile manifestazione. In tal senso, si è prefigurata la nascita di un'autonoma disciplina: l'analisi matematica del diritto (*Law&Mathematics*). Oltre a delineare i fattori fondamentali del modello, gli scriventi hanno già implementato concretamente lo stesso sia nel campo del diritto privato (diritto delle persone e diritti reali), che ai diritti umani ed ai rapporti tra diritti fondamentali (con la genesi dei principi giuridici), nonché al diritto penale sostanziale (strutturando la fattispecie della rapina propria ex art. 628 co. 1 c.p.), così cercando di dimostrare la concreta e immediata applicabilità del modello, pur in attesa di verifiche, critiche o convalide da parte della comunità scientifica di riferimento, per il suo ulteriore sviluppo.

Rinviando alle pregresse pubblicazioni di chi adesso scrive, dianzi citate in nota, per maggiori dettagli circa la statica e la dinamica del modello proposto, nel presente scritto si osserverà il seguente *iter* espositivo:

- dapprima si presenterà una sintetica esposizione degli ingranaggi di base del meccanismo assiologico-giuridico proposto,
- quindi, si affronterà il tema centrale dell'allocazione delle leve di potere ai vari attori decisionali del sistema giuridico,
- successivamente delineandone alcune interrelazioni, in modo di abbozzare un complesso sistema di *governance* del sistema giuridico³.
- L'esame delle relazioni tra i vari *decision-makers* del sistema giuridico porterà a descrivere i limiti ed i contro-limiti del potere di decisione a ciascuno di essi intestato.
- Infine, si svolgeranno alcune considerazioni circa la giustificazione, nell'ambito del presente modello assiologico-matematico, di una giurisdizione amministrativa e di una giurisdizione costituzionale distinte dalla giurisdizione ordinaria⁴.

Si anticipa che tali considerazioni finali dipendono, secondo gli autori, in larga misura dal tipo di conflitti assiologici che vengono in considerazione e dall'intensità del sindacato ammissibile sulle decisioni discrezionali prese dai soggetti in conflitto.

Schematicamente, la seguente Tabella numero 1 elenca partitamente:

- i *decision-makers* riconosciuti nell'ambito del modello,
- i rimedi giurisdizionali considerati,
- le tipologie di sindacato ammissibile,

Conference on Applied Mathematics (American-Math '12), WSEAS, Harvard, Cambridge, USA, 25-27.01.2012, pp. 201-206 (ISBN: 978-1-61804-064-0); A. GAGLIOTI, *Un modello matematico per l'analisi quantitativa del diritto* (pp. 73), Città del Sole, Collana Matematica e Diritto, Reggio Calabria, 2011 – ISBN 978-88-7351-432-9; A. GAGLIOTI, *La Lesione della Privacy mediante E-commerce. Per un Modello Assiologico in Chiave Economica dell'Ingiustizia del Danno* (pp. 256), Aracne, Roma, 2004 – ISBN 88-7999-784-X; A. GAGLIOTI, *Spunti in Tema di Analisi Economica della Responsabilità Precontrattuale* (pp. 123), Aracne, Roma, 2004 – ISBN 88-7999-785-8.

² A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Milano, 1985, in specie per le considerazioni in ordine ai caratteri incontrovertibili del diritto (umanità, socialità e normatività), nell'ambito di una concezione del diritto in chiave valoriale (assiologismo generico) ed in specie come sistema di valori reali, oggettivi ed immateriali (assiologismo specifico). Più di recente, V. SCALISI, *Fonti, teoria, metodo: alla ricerca della regola giuridica nell'epoca della postmodernità*, 2012, riassume tale concezione del diritto facendo riferimento a tre fattori fondamentali: il fatto, il valore d'azione e la forma.

³ Si tratta della formalizzazione del pluralismo istituzionale vigente nell'ordinamento. Sul pluralismo cfr., e *plurimis*, F. MANGANARO, *Il pluralismo autonomistico, Istituzioni di diritto amministrativo*, 2017.

⁴ Cfr. F. CARINGELLA – R. GAROFOLI, *Riparto di giurisdizione e prova dei danni dopo la sentenza 500/99*, in www.giust.it; Id., *Trattato di giustizia amministrativa*, I, 2007.

- la natura della situazione giuridica soggettiva coinvolta dall'esercizio del potere.

Si anticipa sin d'ora che, di fronte all'esercizio del potere, la situazione soggettiva si potrà definire di diritto soggettivo o di interesse legittimo, solo *ex post*, e cioè quando, all'esito delle misurazioni e ponderazioni assiologiche, il giudizio del decisore avrà un esito vincolato (diritto soggettivo) o un esito non vincolato (interesse legittimo).

Tabella numero 1

Decision-makers		Rimedi giurisdizionali		Sindacato dell'esercizio del potere		Situazioni giuridiche soggettive
Costituente		Giudice costituzionale		Estrinseco (limiti esterni alla discrezionalità)		Diritto soggettivo: giudizi ad esito vincolato
Legislatore		Giudice ordinario		Intrinseco (limiti interni alla discrezionalità)		Interesse legittimo: giudizi ad esito non vincolato
Governo		Giudice amministrativo		Contro-limiti		
Pubblica Amministrazione						
Giudice (costituzionale, ordinario, amministrativo)						
Autonomia privata collettiva						
Autonomia privata individuale						

Di fondamentale rilievo, nella prospettiva dell'indagine di cui al presente scritto, appare la seguente Tabella numero 2. Nella sua prima colonna sono elencate tutte le leve di potere sinora identificate nell'ambito di applicazione del modello proposto. Quindi, con uno sforzo di adattamento alla luce dei precetti costituzionali vigenti nell'ordinamento Italiano, si sono indicati, accanto a tali leve, i titolari cui ciascuna leva è riservata (seconda colonna)⁵; infine, nella terza colonna si indica il tipo di rimedio ammesso contro l'uso di ogni leva da parte di ciascun decisore costituzionalmente riconosciuto.

⁵ Sotto tale profilo, la tradizionale distinzione tra attività della P.A. *jure imperii* e *jure gestionis* (vds., per es. VIRGA, *Diritto amministrativo*, t. I, 2009), si traduce, nell'ottica del presente modello, nell'utilizzo, da parte della P.A. di una leva di potere riservata ad un potere pubblico, ovvero di una leva che può essere utilizzata anche dall'autonomia privata, secondo gli schemi di cui alle tabelle esposte nel testo del presente §.

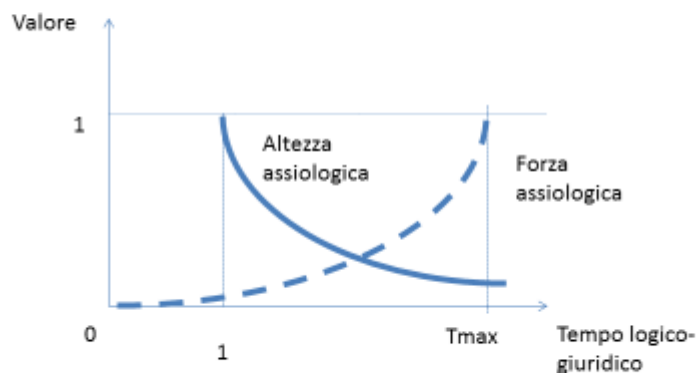
Tabella numero 2

Leva discrezionale	Decision-maker	Rimedio	Leva discrezionale	Decision-maker	Rimedio
Status personarum	Costituente (parametro diretto o interposto)	Corte Costituzionale (principi supremi)	Risoluzione di un Conflitto assiologico principale	Autonomia privata, PA	Giudice ordinario o amministrativo
Discriminazione dell'oggetto	Costituzione (parametro diretto o interposto)	Corte Costituzionale (principi supremi)	Risoluzione di un Conflitto assiologico incidentale	Autonomia privata	Giudice ordinario (diritto soggettivo)
Meccanismo di feedback assiologico (individuale o sociale)	Legislatore	Giudice costituzionale	Risoluzione di un Conflitto assiologico misto	Autonomia privata	Giudice ordinario (diritto soggettivo)
Curvatura delle funzioni assiologiche elementari (altezza e forza)	Legislatore	Giudice costituzionale	Policies di Microsistema giuridico: coalizioni	Autonomia collettiva, P.A.	Giudice ordinario, Giudice amministrativo
Policy di iniezione concettuale (regulation)	Legislatore, Governo, Usi	Giudice (costituzionale, ordinario, amministrativo)	Policies di Microsistema giuridico: principi	Legislatore, P.A., autonomia privata	Giudice Costituzionale, ordinario, amministrativo
Policy di inflazione temporale	Interprete (P.A., giudice, autonomia privata)	Giudice (ordinario, amministrativo)	Policies di macro-sistema giuridico	Costituente, legislatore,	Giudice costituzionale
Operazione di Sintesi Normativa	Legislatore, Governo, Usi	Giudice (costituzionale, ordinario, amministrativo)	Privilegio del punto di vista dell'osservatore	Interprete (P.A., giudice, autonomia privata)	Giudice (ordinario, amministrativo)

In questa sede, si rinvia per sinteticità di esposizione ai pregressi scritti degli autori ai fini dell'esplicazione puntuale della logica sottostante ciascuna leva, e della sua formalizzazione grafico/matematica nell'ambito del modello proposto. Al fine di poter esplicitare sinteticamente la tabella di cui sopra, con adattamento al sistema costituzionale Italiano vigente, ci si limita ad osservare quanto segue.

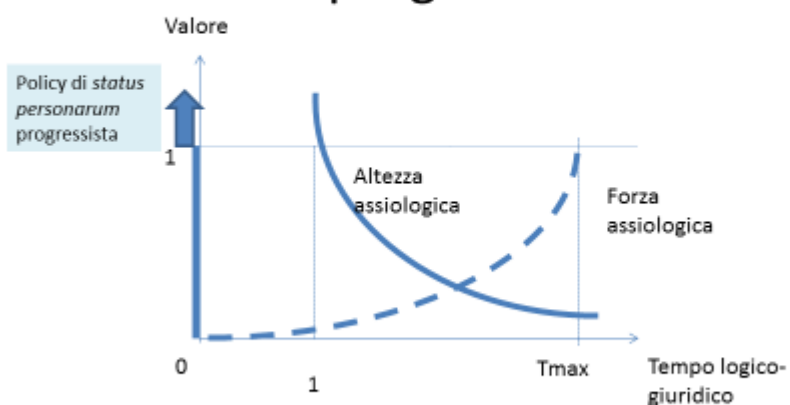
Anzitutto, si espongono graficamente le funzioni assiologiche elementari dell'altezza e della forza assunte dalla massa nel tempo logico-giuridico, riservando ai successivi §§ un'esplicazione sintetica di queste formalizzazioni

Funzioni assiologiche elementari



Quindi, si esprimono graficamente le *policies* di *status personarum*, e successivamente la rappresentazione grafica di una “*manovra*” del decisore sulle leve dei coefficienti parametrici delle curve assiologiche elementari.

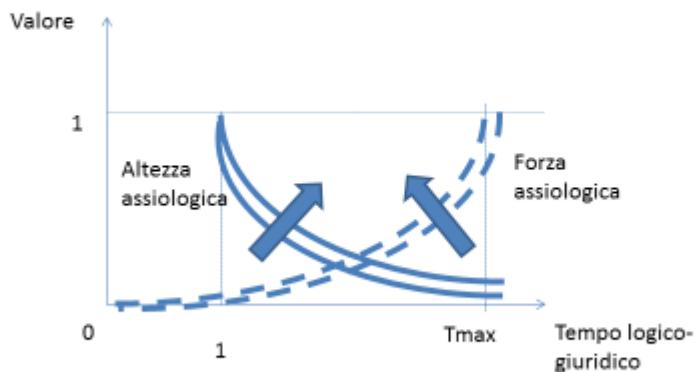
Policy di status personarum progressista



Policy di status personarum conservatrice

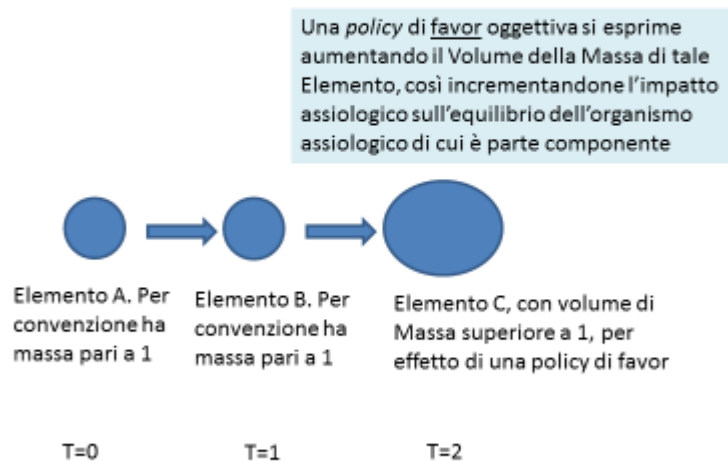


Coefficienti parametrici delle curve assiologiche elementari



Quindi, si esprime graficamente nella seguente Slide una policy di favor per un determinato oggetto o elemento; in tale policy il decisore agisce sulla cifra del Volume della Massa Concettuale associata a questo elemento o oggetto.

Discriminazione oggettiva: il Volume della Massa



La discriminazione dei soggetti tra di loro e degli oggetti tra di loro, deve trovare un fondamento, diretto o indiretto nella Costituzione⁶. Per es., il *favor laboratoris* (artt. 1-4-35-38 cost.) come discriminazione soggettiva (*policy* di *status personarum*), ovvero la proprietà contadina fondiaria (artt. 41-43 cost)⁷, come discriminazione oggettiva.

Il legislatore ordinario può regolare le modulazioni delle funzioni assiologiche elementari. Infatti, nell'ambito del presente modello, tali scelte connotano l'indirizzo politico-legislativo e si esprimono matematicamente nella scelta della base del logaritmo delle funzioni dell'altezza e della forza assiologiche, ovvero nei coefficienti che determinano la curvatura delle funzioni all'interno della famiglia di curve logaritmiche che le descrivono. Si esporrà brevemente nei successivi §§ la serie di assunti secondo i quali le funzioni assiologiche elementari assumono andamento logaritmico.

La *policy* di iniezione concettuale consiste nella determinazione del perimetro della rilevanza giuridica prescelta dal sistema; essa rientra nelle prerogative di ogni fonte di diritto obiettivo, mediante scelte di *regulation* o *deregulation*⁸. Ogni fonte di diritto obiettivo (legge, regolamento, usi), inoltre, può combinare due situazioni (una fattuale e una effettuale) tra di loro, mediante il nesso di causalità giuridica, operando il processo di sintesi normativa⁹. Invece, la ricostruzione della struttura logica della mappa concettuale di

⁶ Cfr. M. FERRARA-A. GAGLIOTI, *Robinsonsrecht and status personarum* cit.

⁷ La *policy* di *status personarum* si esprime graficamente in funzione della lunghezza del segmento sull'asse delle ordinate nei grafici che esprimono le funzioni assiologiche elementari e che corrispondono al rilievo giuridico assegnato al soggetto attivo ed al soggetto passivo della pretesa assiologica. Due segmenti di dimensione unitaria esprimono il principio di uguaglianza formale; una diversa lunghezza di tali segmenti esprime una *policy* di *status personarum*, da sindacare col parametro della ragionevolezza; un segmento più lungo per l'outsider indica una *policy* progressista; viceversa un segmento più lungo per l'incumbent denota una *policy* di conservazione. Invece, la discriminazione dell'oggetto si esprime col valore del volume di ciascuna unità di massa concettuale. L'uguaglianza relativamente a tutti gli oggetti ed elementi di fattispecie si esprime con un volume unitario per ciascun oggetto od elemento; valori diversi esprimono *policies* di discriminazione dell'oggetto e dell'azione.

⁸ Cfr. R. GAROFOLI-G.FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, 2017, Capitolo 1, pp. 5 ss.

⁹ Sulla struttura della norma giuridica, cfr. A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, Enc. Dir., 1961. L'operazione di sintesi normativa impatta l'equilibrio assiologico, nei termini già analizzati in M.FERRARA-A.GAGLIOTI, *Law&Mathematics*, cit.

ciascuna fattispecie normativa è nelle mani dell'interprete, di ogni livello (Giudice, P.A., autonomia privata individuale e collettiva).

Anche i criteri di risoluzione dei conflitti assiologici concretano leve di potere decisionale. Come già altrove illustrato¹⁰, i conflitti assiologici incidentali e misti sono da risolvere con i criteri astratti delle trasformazioni giuridiche e del principio di strumentalità del fatto all'effetto. Su di tali esiti risolutivi può intervenire l'autonomia privata, il cui esercizio è sindacabile innanzi al giudice ordinario. Si ritiene che, di fronte ai conflitti incidentali e misti, non sia giustificabile la devoluzione del conflitto alla giurisdizione amministrativa, come si esporrà nei §§ seguenti. La giurisdizione amministrativa, come alternativa alla giurisdizione ordinaria, si giustifica invece nell'ambito dei conflitti assiologici principali oggettivamente e/o soggettivamente complessi. Quanto ai principi giuridici, invece, oltre alla PA e all'autonomia¹¹ privata, incide anche il potere del legislatore.

Sulle *policies* di macro-sistema giuridico interviene il legislatore, ordinario o costituzionale, e il relativo contenzioso andrebbe opportunamente devoluto alla Corte Costituzionale.

Infine, nell'ambito delle operazioni di determinazione e misurazione delle quote assiologiche devoluto all'esercizio del potere dei decisori, come esplicitato in pregresse pubblicazioni cui si rinvia, viene in rilievo il punto di vista dell'osservatore. La scelta del privilegio da accordare a un certo punto di vista (del soggetto attivo della pretesa assiologica, con istanze di messa in discussione della realtà giuridica esistente; del soggetto passivo della pretesa assiologica, con istanze di conservazione della realtà giuridica esistente) dipende da ciascun interprete/operatore giuridico, di qualunque livello esso sia.

Nel rinviare opportunamente alle pregresse pubblicazioni degli scrivente, per una descrizione più dettagliata delle singole leve di potere endogene al presente modello, e dianzi sinteticamente elencate, converrà sin d'ora incentrarsi sulle leve di potere che sono riservate alla P.A., in quanto il loro esercizio sarà identificato come uno dei presupposti che possono attualmente giustificare la permanenza di una giurisdizione amministrativa distinta dalla giurisdizione ordinaria.

Il potere giuridico nell'ambito del presente modello

Il potere, come categoria giuridica unitaria, implica la possibilità di scegliere tra una pluralità di alternative lecite. Nel presente modello, l'attribuzione di una leva permette l'esercizio di una quota di potere riconosciuta dall'ordinamento. Ogni leva consente un certo margine di manovra, e il necessario rispetto di tali perimetri si esprime con il concetto del limite (esterno) all'esercizio del potere. Inoltre, i diversi decisori possono esercitare, ciascuno entro i propri limiti, i propri poteri in sintonia o in opposizione a quello degli altri decisori, e quindi l'esercizio del potere di un decisore può anche essere contro-limitato dall'esercizio del potere di un altro decisore.

Nel presente modello, appare essenziale ricostruire le fattispecie normative che disegnano le situazioni che vengono in conflitto, cioè che attribuiscono titoli giuridici a soggetti in conflitto tra di essi per l'aggiudicazione degli elementi e degli oggetti che vengono normati. A causa della complessità della mappa logica di ogni situazione normativa, accanto alla ricostruzione logica della struttura di ogni situazione, mediante la collocazione degli elementi secondo nessi di presupposizione/consequenzialità, emergono delle aporie logiche. Infatti, per giungere logicamente dal soggetto all'oggetto, lungo i percorsi logici di attribuzione

¹⁰ Cfr. M.FERRARA – A. GAGLIOTI, *A mathematical theory for the conflicts* cit.

¹¹ Sul concetto di autonomia, cfr. F. MANGANARO, *L'autonomia incompiuta*, ESI, 2016.

disegnati in una situazione normativa, si verificano dei “nodi” o “ritorsioni”; in sostanza, per arrivare da un certo punto di inizio (il soggetto attivo della pretesa) a un certo punto finale (l’oggetto, presidiato dal soggetto passivo della pretesa), ci sono più percorsi di diversa complessità logica; accanto a un percorso più lungo (la posizione principale), vi saranno più percorsi più brevi (le posizioni secondarie). Sorge la necessità logico/sistemica di colmare gli interstizi; solo così sarà possibile attribuire ad ogni elemento di massa concettuale un certo livello temporale-logico.

Infatti, nel presente modello, ogni unità di massa assume due spinte, che gli fanno assumere peso valoriale, in modo da descrivere le due dimensioni assiologiche dell’altezza e della forza:

- più la massa si avvicina al soggetto attivo della pretesa, che esprime l’interesse umano verso l’oggetto, con la sua pretesa, più tale interesse umano appare pregevole, e quindi maggiore sarà la sua altezza assiologica. Questa dimensione assiologica è espressa col termine di peso funzionale;
- più la massa si avvicina all’oggetto, presidiato dal soggetto passivo della pretesa, che si pone nella realtà effettuale dello *status quo ante*, più l’interesse umano è effettivo e quindi facilmente riconoscibile, ciò che descrive la dimensione della forza assiologica. Il peso relativo a tale spinta, viene denominato peso strutturale.

Chi scrive ha proposto i seguenti assunti, ai fini della formalizzazione matematica dell’andamento delle due funzioni della forza e dell’altezza assiologica:

- per quanto la massa possa avvicinarsi al soggetto attivo della pretesa (e cioè al massimo in $T=1$), il peso funzionale massimo che ciascuna unità di massa può assumere è pari (convenzionalmente) a 1. Perciò, l’elemento n posizionato in $T(n)=1$, avrà Peso Funzionale $Pf(n)=1$. Per $T(n)$ che tende a infinito, invece, $Pf(n)$ tenderà a 0.
- Per quanto la massa possa avvicinarsi al soggetto passivo della pretesa (e cioè al massimo in $T=T_{max}$), il peso strutturale massimo che ciascuna unità di massa può assumere è pari (convenzionalmente) a 1. Perciò, l’elemento n posizionato in $T(n)=T_{max}$, avrà Peso strutturale $Ps(n)=1$. Per $T(n)$ che tende a 1, invece, $Ps(n)$ tenderà a 0.

Matematicamente, le funzioni dall’andamento dianzi descritto, sono due funzioni logaritmiche, per la cui formulazione e analisi matematica si rinvia, in questa sede, ad altra pregressa pubblicazione specifica¹².

Ogni unità di massa (concettuale e interstiziale) assumerà due pesi valoriali, che ne descrivono l’altezza e la forza assiologiche. Sommando i pesi assunti - in una certa situazione - da tutti i suoi elementi, si ottiene che:

- La somma di tutti i pesi valoriali delle unità di massa concettuale esprime un potenziale assiologico determinato ed intangibile da parte di ciascun decisore. Si tratta, potremmo dire, di una sorta di patrimonio assiologico-giuridico di diritto naturale.
- La somma di tutti i pesi valoriali delle unità di massa interstiziale esprime un potenziale assiologico indeterminato e disponibile alla manovra del decisore. Si tratta, potremmo dire, di una sorta di patrimonio assiologico-giuridico di diritto positivo.

Tra i limiti al potere, di fondamentale importanza si rileva quello derivante dal necessario rispetto delle quote di potenziale assiologico associato alla massa concettuale. In sostanza, ad esempio, un decisore (sia esso la P.A.) potrebbe decidere di attivare sino al massimo del limite consentito la quota di potenziale assiologico

¹² Cfr. M. FERRARA-A.GAGLIOTI, *Law&Mathematics*, cit., passim.

associato alla Gap Mass di una situazione in conflitto, ed inoltre di non attivare alcuna frazione di potenziale assiologico associato alla Gap mass della situazione confliggente; il tutto allo scopo di influenzare l'esito del conflitto con la prevalenza della prima situazione sulla seconda. Si tratta di un atto di esercizio di potere in sé lecito, dal punto di vista dei limiti del potere. Tuttavia, nel caso in cui anche mediante l'esercizio di tale potere nel limite massimo consentito, il potenziale assiologico intangibile della seconda situazione (cioè del potenziale assiologico associato alla massa concettuale) sia comunque superiore al potenziale assiologico confliggente della prima situazione (espanso sino al suo limite massimo consentito dal decisore), l'esito del conflitto sarebbe comunque vincolato in favore della seconda situazione confliggente. In tale caso, si avrebbe esercizio di potere da parte della P.A., ma con esito comunque vincolato; pertanto, ex post, la situazione giuridica soggettiva è da qualificare come diritto soggettivo perfetto.

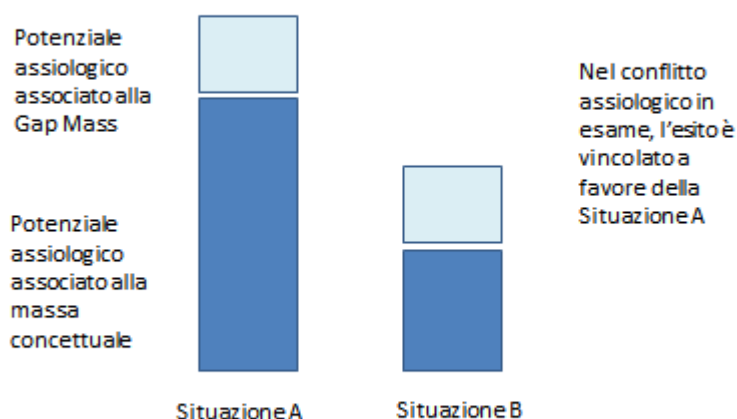
Ne risulta che, nell'ottica del presente modello, di fronte al potere, anche della P.A., può anche sussistere una situazione di diritto soggettivo perfetto. Nel caso in cui, invece, l'esito del conflitto sia non vincolato, di fronte al potere sussiste una situazione di interesse legittimo, che può trovare un rimedio solo laddove si ammetta un penetrante sindacato nel perimetro interno dell'esercizio del potere, e cioè dentro l'area delimitata dell'esercizio del potere.

Inoltre, dal punto di vista del presente modello, così come il potere è categoria unitaria (sia il potere pubblico che il potere privato), anche l'interesse legittimo è categoria unitaria (sia di diritto privato che di diritto pubblico). Dipenderà dalle scelte contingenti *de jure condito* delineare l'intensità del sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere; in tale intensità di sindacato riposa attualmente, a parere di chi scrive, la *ratio* che può tuttora giustificare la distinzione tra plessi di giurisdizione ordinaria ed amministrativa, che non si limiti ad una mera *policy* costituzionale di *status personarum* in favore del soggetto Pubblica Amministrazione.

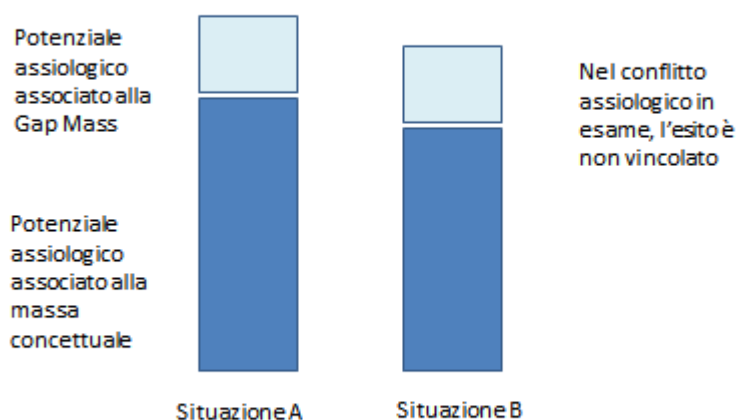
Pertanto, ad es., sfuma la rilevanza, nella prospettiva del presente modello, di insegnamenti tradizionali della dottrina amministrativista, secondo cui un potere vincolato potrebbe fronteggiare un diritto soggettivo (qualora il vincolo sia previsto dalla norma attributiva del potere alla P.A. nell'interesse del privato) o un interesse legittimo (nel caso in cui il vincolo sia previsto dalla norma attributiva del potere nell'interesse della stessa P.A.).

Il seguente grafico illustra la schematizzazione di un caso di bilanciamento assiologico ad esito vincolato ed un caso di bilanciamento assiologico ad esito non vincolato.

Conflitto ad esito vincolato



Conflitto ad esito non vincolato



La tensione tra potere e dovere

Nell'ambito del presente modello matematico di analisi giuridica, vi è un filo rosso costituito dalla tensione costante tra il potere ed il dovere. E' possibile, infatti, descrivere oggettivamente un perimetro entro cui l'esito del giudizio è vincolato (ed è perciò sempre sindacabile nel suo esito: questioni di diritto soggettivo) e un perimetro in cui l'esito del giudizio non è vincolato (e può essere sindacato solo intrinsecamente¹³, ove ciò venga ammesso *de jure condito*).

¹³ Sotto tale profilo, i principi della buona fede oggettiva, del divieto di abuso del diritto, i canoni di ragionevolezza e gli indici sintomatici di eccesso di potere, adoperati nelle varie giurisdizioni (civile, costituzionale ed amministrativa),

Il presente modello matematico, una volta identificate le fattispecie che vengono in rilievo, restituisce risultati assiologici tali da descrivere oggettivamente tali perimetri, una volta configurate nel caso concreto le variabili del modello.

Limiti e contro-limiti al potere

Il presente modello appare - anche a scrive - abbastanza complesso; tale complessità è tuttavia necessaria ed adeguata alla natura del problema da affrontare: gestire i limiti ed i contro-limiti¹⁴ all'esercizio del potere giuridico.

In questo modello sono presenti numerose leve discrezionali e vari soggetti titolari delle leve ad essi riservate, che possono discrezionalmente esercitare per perseguire le loro *policies* giuridiche, e le cui decisioni potranno essere sindacate entro certi limiti (sindacato sui limiti interni ed esterni dell'esercizio del potere), e potranno anche essere contrastate (o accompagnate) dalle *policies* degli altri *decision-makers* (contro-limiti).

Origine del potere giuridico

Da dove nasce il potere giuridico?

Nell'ambito del presente modello, il potere giuridico nasce a causa della diversità dei punti di vista dei soggetti giuridici coinvolti nel meccanismo assiologico elementare di nascita e creazione del valore giuridico; l'adozione di un certo punto di vista incide sull'equilibrio assiologico complessivo; proprio l'influenza del punto di vista prescelto sull'equilibrio assiologico, esprime il potere attribuito alla figura soggettiva il cui punto di vista appare privilegiato.

I due soggetti giuridici elementari coinvolti nel meccanismo di creazione del valore giuridico sono:

- colui che avanza una pretesa su un oggetto;
- colui che difende la propria attribuzione sullo stesso oggetto che gli era stata intestata nello *status quo ante*.

Il primo soggetto (*outsider*) contesta lo stato di diritto esistente e ne chiede il cambiamento, il secondo soggetto (*incumbent*) esprime l'istanza di conservazione dello stato di diritto preesistente. Sia la pretesa che la difesa sullo stesso oggetto esprimono interessi umani suscettibili di essere valutati e misurati nella loro intensità giuridica; di qui la creazione del valore giuridico, nelle due dimensioni dell'altezza e della forza assiologica, che descrivono la pregevolezza dell'interesse umano (altezza) e la sua facilità di riconoscimento (la forza).

sembrano accomunabili, se tradotti nelle categorie del presente modello, dalla loro natura di strumenti di valutazione dell'esercizio del potere all'interno del suo stesso perimetro di discrezionalità, senza, tuttavia, che ciò si riduca ad una riedizione dell'esercizio dello stesso potere (senza cioè incidere sul merito discrezionale), ma restando comunque un esercizio di controllo e verifica rispetto a parametri di legittimità.

¹⁴ Nel presente modello il termine "*contro-limite*" è usato in un significato diverso da quello proprio della letteratura giuridica in materia di studio del principio di primazia del diritto comunitario su quello nazionale degli Stati membri dell'Unione Europea. Sul primato del diritto comunitario, vds. F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, 2004, t. I.; R. GAROFOLI-G. FERRARI, *Manuale cit.*, loc. cit.; SCHILLACI, *Fonti del diritto dell'Unione Europea*, 2014, in www.treccani.it

Rinviando sul punto per maggiori dettagli alle pregresse pubblicazioni sul tema, si sono già rappresentate graficamente nel precedente § le funzioni assiologiche elementari. Si osserva sul punto quanto segue.

Quando l'ordinamento immette una norma nel sistema, si crea un percorso logico tale da legittimare un soggetto ad un'attribuzione giuridica che innova lo *status quo ante*, e quindi di ottenere un titolo su un oggetto a discapito di un altro soggetto, già avvantaggiato nello stato di diritto preesistente. Più norme si immettono nel sistema, più i titoli giuridici preesistenti diventano contendibili, e quindi liquido e volatile diventerà il mercato delle attribuzioni giuridiche. Un certo livello di liquidità risponde ad esigenze di equità (parità di *chances*), ma - oltre un certo livello - le attribuzioni preesistenti sono troppo volatili, e ciò potrebbe pregiudicare il livello totale di potenziali assiologici esistenti e riconosciuti nel sistema. Infatti, i soggetti potrebbero impegnarsi poco nella creazione di valore giuridico (come valore di azione), ritenendo che qualunque loro titolo giuridico (faticosamente conquistato sul campo dell'attività giuridica) sia possibile oggetto di contestazione, una volta acquisito, troppo facilmente. Inoltre, la complessità logica delle situazioni rilevanti per il sistema costituisce una garanzia per il soggetto avvantaggiato nello *status quo ante*, e misura lo sforzo e l'incentivo richiesto a chi intenda mettere in discussione lo *status quo ante*. Si è altrove analizzato questo meccanismo trattando delle *policies* di iniezione concettuale e di inflazione temporale¹⁵. Vieppiù, una volta che un soggetto abbia acquisito un certo elemento nella propria sfera giuridica, integrando un titolo giuridico, egli potrà utilizzare quell'elemento - combinandolo con altri - al fine di integrare qualunque altro titolo giuridico ammesso dal sistema di cui quell'elemento possa fare parte. Insomma, quell'elemento acquisito, una volta per tutte, potrebbe anche essere usato più volte nella realtà giuridica, e quindi acquisire un valore giuridico superiore al costo assiologico che fu necessario impiegare per acquisirlo. Questo *surplus* integra un'area di rendita assiologica, che costituisce l'incentivo all'attività giuridica di ciascun soggetto del sistema. Tutelare questo *surplus* costituisce - entro certi limiti - un bene giuridico e una ragione di efficienza del sistema; tuttavia, una sua eccessiva protezione potrebbe essere iniqua ai danni di coloro che volessero contestare un'attribuzione preesistente. Anche tale meccanismo descrive il *trade-off* assiologico tra istanze di equità e di efficienza, in termini di creazione, distribuzione ed aggiudicazione del valore giuridico¹⁶.

Gli scriventi hanno elaborato due funzioni elementari che descrivono l'andamento della forza e dell'altezza di ciascun elemento di una fattispecie, in termini di peso (funzionale: altezza assiologica; strutturale: forza assiologica) attribuito alla massa (ogni unità di massa corrisponde a un concetto o elemento della fattispecie).

Gli elementi sono collegati tra di loro da nessi logico/giuridici di presupposizione e consequenzialità. Pertanto, gli elementi di ogni fattispecie costituiscono una catena logica, scandita da intervalli e livelli logico-temporali, che portano dal soggetto outsider all'oggetto. Il nesso tra l'oggetto e l'incumbent è stato altrove illustrato, laddove si è descritta l'alternativa tra un meccanismo di *feedback* assiologico (individuale o sociale¹⁷).

Gli ingredienti fondamentali del modello sono, pertanto, la massa, l'informazione concettuale e il tempo logico-giuridico¹⁸.

Se fosse possibile assegnare in maniera univoca e non contestabile ad ogni unità di massa un certo livello logico-temporale, il diritto sarebbe una scienza esatta, in quanto a ogni componente valoriale non potrebbe

¹⁵ Cfr. A. GAGLIOTI, *ξῖδος, λόγος e Νομός* cit.

¹⁶ Vds. A. GAGLIOTI, *Un modello matematico* cit., passim.

¹⁷ Sui meccanismi di *feedback* assiologico, si deve in questa sede rinviare alle pregresse pubblicazioni degli scriventi, dianzi citate in nota.

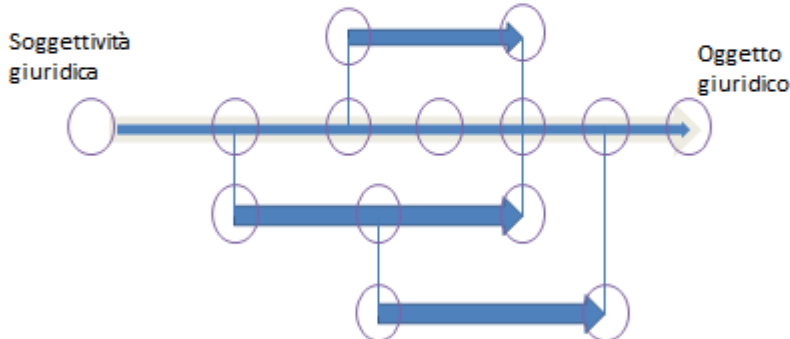
¹⁸ Vds. M. FERRARA-A.GAGLIOTI, *Law&Mathematics* cit., passim.

che corrispondere un solo valore numerico esatto. Ogni concetto, in tale ipotesi, sarebbe associato a un certo livello logico-temporale e, di conseguenza, le misurazioni dei potenziali assiologico-giuridici sarebbero certe ed incontestabili. L'incertezza, e con essa la discrezionalità del decisore e il potere giuridico, nascono poiché, nel percorso logico/assiologico tra il soggetto e l'oggetto, descritto dalle fattispecie normative, le traiettorie logiche sono plurime e si intersecano, rendendo parzialmente impossibile assegnare in maniera certa un livello logico-temporale determinato ad ogni unità di massa concettuale.

Si è altrove descritto in dettaglio questo meccanismo, confermato - peraltro - sin dalle prime applicazioni del presente modello, in precedenti pubblicazioni degli autori¹⁹. L'incertezza può essere risolta solo privilegiando un certo punto di vista soggettivo, e colmando le lacune nella ricostruzione della fattispecie mediante l'emersione di massa priva di informazione concettuale, cioè di massa interstiziale o *Gap-Mass*. Anche le unità di massa interstiziale assumono peso assiologico e contribuiscono alla determinazione dei valori giuridici associati alle fattispecie; tuttavia, il valore giuridico associato alla *Gap-Mass* può essere diversamente collocato secondo la scelta del decisore, principalmente in quanto a tale contenitore assiologico non è associato alcun preciso contenuto informativo/concettuale: si tratta di massa che assume peso (e quindi valore), pur senza recare alcun bagaglio informativo-concettuale.

Schema di una situazione normativa

Vi sono gli Elementi della Situazione, ordinati nel tempo logico-giuridico. Emergono percorsi più lunghi (posizione principale) e percorsi più brevi (posizioni secondarie). Lungo le posizioni secondarie emerge la Gap Mass



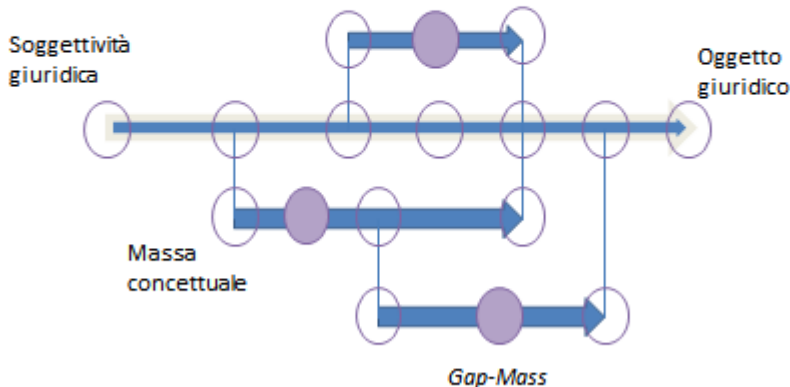
Tuttavia, mentre i pesi valoriali della massa concettuale sono certi, esatti ed indiscutibili, i pesi valoriali associati alla massa interstiziale definiscono il perimetro del potere discrezionale. Infatti, entro il perimetro assiologico dell'intero potenziale associato alla *Gap-mass*, la decisione è esercizio di una libertà di scelta e non può essere sindacata se non laddove si ammetta un sindacato di natura intrinseca, in funzione di certi obiettivi e funzioni di *policy*. Il diverso modo in cui, in caso di conflitto assiologico, si pongono i potenziali assiologici confliggenti, determinano casi di giudizio ad esito vincolato o giudizi a esito non vincolato, come sopra esposto.

¹⁹ Si veda già A. GAGLIOTI, *La lesione della privacy* cit.

Nella seguente Slide si esprime graficamente il processo di emersione della Gap-Mass negli interstizi logico-temporale di una Situazione normativa. Maggiori dettagli sui vari tipi di Gap-Mass, si trovano in pregresse pubblicazioni degli autori²⁰.

Massa interstiziale (*Gap-Mass*)

Le unità di Gap-Mass emergono per colmare i salti logico/temporali nelle Posizioni secondarie di una Situazione normativa. Esse costituiscono la matrice del Potere giuridico nel modello proposto.



Un esempio: la norma che sancisce il diritto alla vita umana.

Per es., si può così descrivere la mappa logica della norma che sancisce il diritto alla vita umana come conseguenza della nascita.

Nel fatto giuridico di tale norma (artt. 2-32 Cost, art. 575 – 584 – 589 c.p.) La nascita presuppone la procreazione; a sua volta la procreazione presuppone un maschio e una femmina, che abbiano il requisito di essere di specie umana, e il concetto di uomo presuppone la soggettività giuridica. Siccome ogni nesso di presupposizione implica un intervallo logico-temporale di un'unità, avremo:

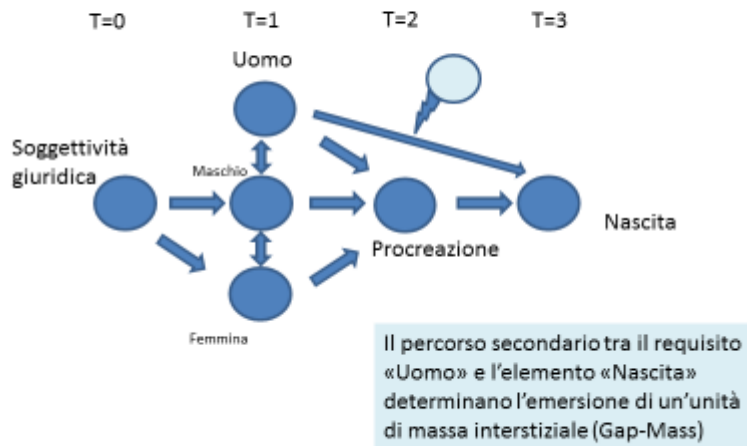
- Soggettività giuridica in $T=0$;
- Maschio, femmina in $T=1$;
- Umanità, come requisito di maschio e femmina in $T=1$;
- Procreazione in $T=2$;
- Nascita in $T=3$.

Tanto la procreazione che la nascita, nella logica del fatto giuridico in esame, presuppongono che si tratti di specie umana, per cui emerge una posizione principale (con intervalli temporali-logici $T=0,1,2,3$) e una posizione secondaria in cui dal concetto di umanità (in $T=1$) si salta direttamente a $T=3$. La sovrapposizione e l'intricarsi di posizioni principali (percorsi più lunghi) e di posizioni secondarie (percorsi più brevi), dà origine alla massa interstiziale (*Gap-Mass*). Nel caso in esame, emerge un'unità di *Gap-mass* posta in $T=2$ se si privilegia il punto di vista dell'outsider, ed in $T=1$ se si privilegia il punto di vista dell'incumbent.

²⁰ Cfr. da ultimo, A. GAGLIOTI, *ξῖδος, λόγος e Νομός cit.*

La seguente Slide illustra schematicamente il Fatto di tale Norma giuridica.

Il diritto alla vita umana: il Fatto



Nell'effetto giuridico di tale norma abbiamo la vita che presuppone l'umanità e questa, a sua volta, la soggettività dell'avente diritto alla sopravvivenza in vita, come conseguenza giuridica derivante dalla nascita di tale uomo. Quindi, avremo: Soggettività giuridica in T=0, umanità in T=1 e vita in T=2.

La seguente Slide illustra l'Effetto di tale norma giuridica.

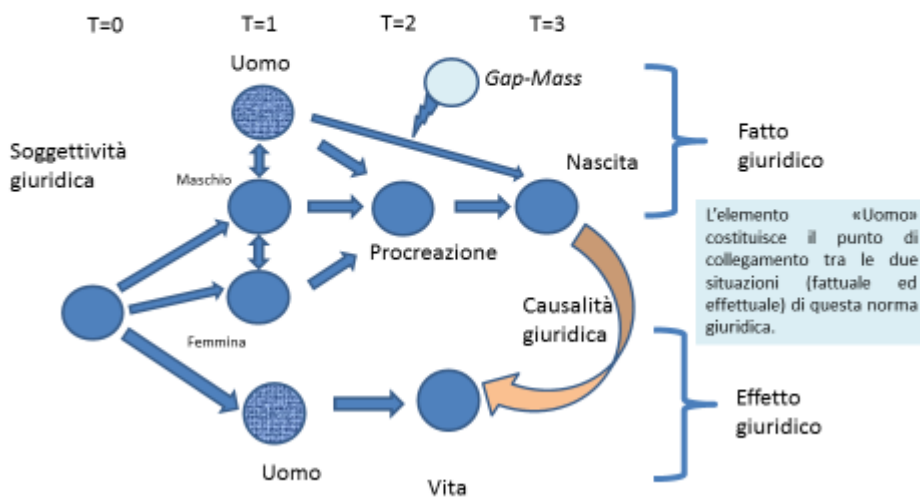
Il diritto alla vita umana: l'Effetto

La situazione effettuale della norma che sancisce il diritto alla vita umana, assegna all'uomo, nato secondo le previsioni del fatto giuridico di tale norma, la vita come oggetto di una situazione giuridica



L'assemblaggio di tale fatto e di tale effetto, dà luogo all'operazione di sintesi normativa. La seguente Slide illustra schematicamente la Norma giuridica in esame.

Sintesi normativa: la norma che sancisce il diritto alla vita umana



Ovviamente, qualora si ritenesse che il fatto rilevante della norma in esame non sia la nascita ma la mera procreazione, l'equilibrio assiologico e l'esito della ponderazione assiologica sarebbero diversi, ma il modello sarebbe comunque valido; anzi, la comparazione dei due esiti interpretativi consentirebbe una più oggettiva analisi giuridica delle due alternative ricostruttive e delle reali "manovre" assiologiche sottostanti da parte dei decisori coinvolti nell'effettuare una scelta per l'una piuttosto che per l'altra opzione interpretativa.

La leva fondamentale di potere, nel presente modello, è costituita dalla scelta di attivare - in tutto o in parte - il potenziale assiologico della *Gap Mass* di una situazione in conflitto; il limite di tale leva di potere è costituito dal necessario rispetto del potenziale assiologico intangibile associato alla massa concettuale della seconda situazione in conflitto. Le altre leve di potere, invece, influenzano solo indirettamente l'esito del conflitto assiologico operando sul calcolo e sulla misurazione dei pesi assiologici della *Gap Mass* e della massa concettuale, influenzando sulle variabili - endogene al modello - che condizionano il risultato dell'applicazione delle funzioni assiologiche elementari agli organismi assiologici in conflitto.

Le leve discrezionali

Accanto alla gestione del potenziale assiologico associato alla *Gap-mass*, poi, emergono ulteriori leve discrezionali, tali da consentire un certo margine di manovra al decisore cui tali leve vengono riservate, in base alle scelte costituzionali di ciascun ordinamento di diritto positivo.

Nella precedente tabella n. 2 si sono elencate le leve decisorie identificate sinora nell'ambito del presente modello.

Attribuzione delle leve discrezionali ai vari *decision-makers*

Nel presente scritto si effettua, rispetto alle precedenti pubblicazioni su questo modello, un approfondimento ulteriore, consistente nell'attribuzione delle varie leve decisionali del modello ai *decision-makers* di diverso livello, nel vigente quadro costituzionale italiano, ed inoltre si indicano in maniera sintetica i rimedi ammessi avverso l'uso di tali leve.

Si sono espresse tali considerazioni nella superiore Tabella n. 2 sull'attribuzione delle leve ai vari decisori e sui rispettivi rimedi.

Limiti e contro-limiti dell'esercizio del potere

L'uso di ogni leva decisionale trova un limite, la verifica del rispetto del quale postula la necessità di un rimedio giuridico.

Nella superiore Tabella n. 2 sono stati elencati i rimedi in relazione alle varie leve decisorie.

Inoltre, anche se esercitato entro i suoi limiti (interni ed esterni), la manovra discrezionale di ogni decisore può essere accompagnata o contrastata dalla manovra di un altro decisore, pur ciascuno entro i propri limiti al rispettivo margine di azione. Il concorso delle varie manovre decisionali, definisce i contro-limiti al potere di un decisore da parte dell'esercizio dei poteri degli altri decisori. Si tratta dell'illustrazione matematico-assiologica, nell'ambito del presente modello, del meccanismo dei *checks-and-balances*, che costituisce la base del costituzionalismo moderno.

Così, ad es. potrebbe darsi che il legislatore eserciti una manovra a favore di un soggetto con una *policy* di *status personarum* (per es. *favor consumatoris* o *favor laboratoris*), mentre un giudice o una P.A. esercitino il proprio margine di potere discrezionale anche in contrasto con tale indirizzo politico-legislativo. L'equilibrio complessivo dipenderà, nel singolo caso concreto, dall'ampiezza del rispettivo margine discrezionale di intervento: si tratta di esercizi di contro-limiti, che possono essere descritti mediante analisi di statica comparata derivanti dai risultati delle misurazioni assiologiche mediante l'applicazione del presente modello. Qualora il decisore esercitasse il proprio potere oltre i suoi limiti consentiti dal sistema, tale atto sarebbe sindacabile giuridicamente. Il presente modello permette di descrivere tali limiti in maniera complessa e flessibile, ma determinata, oggettiva e misurabile e quindi foriero di trasparenza ed accountability per ogni decisore; in ciò, si ritiene, consiste il vero e proprio valore aggiunto del presente modello.

La giurisdizione

La giurisdizione, come rimedio giuridico ultimo, predisposto in uno Stato di diritto, al fine di invocare il rispetto dei limiti dell'altrui esercizio di potere, è a sua volta un decisore, che esercita una propria frazione di potere e può perseguire proprie *policies* giudiziarie.

Nell'ambito del presente modello, la giurisdizione può esercitare due tipi di sindacato: estrinseco e intrinseco.

Il sindacato estrinseco verifica il mero rispetto dei limiti esterni (per es. la P.A. o l'autonomia privata non hanno esercitato discrezionalità oltre il limite dell'intero potenziale assiologico associato alla massa interstiziale e così facendo hanno inciso sul potenziale assiologico – intangibile – associato alla massa concettuale).

Il sindacato intrinseco presuppone che i limiti esterni siano stati rispettati, e si muove all'interno del perimetro delimitato di discrezionalità, per sindacarne il raggiungimento di certi obiettivi di *policies* (efficienza, efficacia, equità; per es. la massimizzazione del potenziale assiologico associato all'elemento "ambiente" come obiettivo di *policy* e interesse pubblico primario nelle decisioni adottate dal decisore Ministero dell'Ambiente).

Si indicherà che, talvolta, l'esito di un conflitto devoluto al rimedio giurisdizionale ha esito vincolato, talvolta ha esito non vincolato. Nel primo caso, la situazione giuridica sarà di diritto soggettivo; nel secondo caso, essa sarà di interesse legittimo. Si tratta, tuttavia, di un risultato *ex post* rispetto all'esercizio del potere, per cui frontistanti al potere potranno esserci tanto situazioni di diritto soggettivo perfetto, che di interesse legittimo.

Pertanto, la giurisdizione amministrativa si giustifica, nella prospettiva del presente modello, perchè essa esercita la propria cognizione con una verifica intrinseca dell'esercizio del potere della P.A. dentro il suo stesso perimetro, in funzione dei parametri (pur sempre di legittimità) di efficacia, economicità, trasparenza, imparzialità, etc. Invece, i rimedi giustiziali di riesame del merito da parte della stessa P.A. (si pensi al rimedio del ricorso gerarchico proprio) rinnovano l'esercizio del potere discrezionale esercitato dalla P.A., e, quindi, sono ontologicamente diversi dall'esercizio della giurisdizione di legittimità. Inoltre, un rimedio giustiziale di mera legittimità (si pensi al ricorso straordinario), ove si ritenga che esso consenta l'esercizio di un sindacato di legittimità intrinseco entro il perimetro dell'esercizio del potere della P.A., se giustificabile in relazione ai conflitti assiologici semplici (per semplicità ed economicità di procedimento, e quindi per valutazioni di opportunità legislativa), appare, nell'ottica del presente modello, un semplice surrogato del rimedio giurisdizionale amministrativo in relazione ai conflitti assiologici complessi.

Connotati della giurisdizionalità

Nell'ambito del presente modello, ogni tipo di giurisdizione può estendere il proprio sindacato a qualcuna delle leve configurabili nel sistema. Si tratta di un arsenale di strumenti propri di ogni giurisdizione. Accanto a tali connotati minimali e comuni all'idea stessa di giurisdizione, si affiancano poi dei margini di intervento, che dipendono dalle specifiche opzioni di sistema giudiziario predisposte nel singolo ordinamento giuridico.

Si è fatto un primo inventario sintetico di tali connotati nelle superiori Tabelle.

Tipologia di conflitti assiologici, rimedi giurisdizionali, intensità del sindacato e situazioni giuridiche soggettive

Si è già in altre pubblicazioni descritto l'insieme dei conflitti assiologici che possono originarsi e spiegarsi col presente modello²¹.

A seconda dell'oggetto del conflitto si avranno conflitti principali, incidentali e misti.

A seconda della tecnica di risoluzione del conflitto, si avranno criteri concreti (bilanciamenti valoriali: conflitti propri) o criteri astratti (principalmente: teoria delle trasformazioni giuridiche; principio di strumentalità del fatto all'effetto giuridico²²).

I due profili si intrecciano. Infatti, solo i conflitti principali andranno risolti con criterio concreto; invece, i conflitti incidentali e misti saranno risolti con criteri astratti. L'applicazione dei criteri astratti è univoca, secondo criteri di logica giuridica, e coinvolge, pertanto, questioni diritto soggettivo, o a esito vincolato, da devolvere all'autorità giudiziaria ordinaria.

All'interno dei conflitti in senso proprio, invece, si potrà ammettere un sindacato solo estrinseco ovvero anche intrinseco. La natura della situazione dedotta in un conflitto proprio dipende *ex post* dall'esito della risoluzione del caso concreto: ci potranno essere casi di esito vincolato (di diritto soggettivo) ovvero di esito non vincolato (di interesse legittimo).

Visto con le lenti del presente modello, l'interesse legittimo è una categoria unitaria, comunque vi possa essere coinvolta la P.A., ed è pertanto pienamente concepibile il sindacato giurisdizionale anche in situazione di interesse legittimo di diritto privato. Anche il potere ha in sé un fondamento unitario, dipendendo da una scelta costituente - *de jure condito* - la devoluzione di una fetta di contenzioso a un giudice amministrativo, qualora si tratti esercizio di potere da parte della P.A., e quindi in casi di situazioni di interesse legittimo di diritto pubblico.

Separazione tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa

La giurisdizione sul diritto soggettivo naturalmente si confà alla giurisdizione ordinaria. Tuttavia, nell'ambito del presente modello, si ha diritto soggettivo quando si tratti di giudizi ad esito vincolato, ciò che potrà essere verificato solo *ex post* all'esito delle misurazioni e ponderazioni dei potenziali assiologici a confronto. Non esiste un diritto soggettivo così perfetto, da non essere contendibile in un conflitto assiologico, e quindi

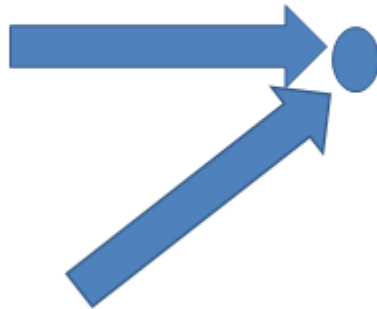
²¹ Cfr. M. FERRARA – A. GAGLIOTI, *A mathematical theory for the conflicts* cit., passim.

²² Su tali criteri vds. A. FALZEA, *Efficiacia giuridica*, cit.

passibile di soccombenza all'esito di un bilanciamento assiologico. La situazione di vantaggio sarà di diritto o di interesse a seconda del margine di scelta consegnato nel caso concreto al decisore; ciò che sarà possibile descrivere solo all'esito delle misurazioni dei potenziali assiologici confliggenti.

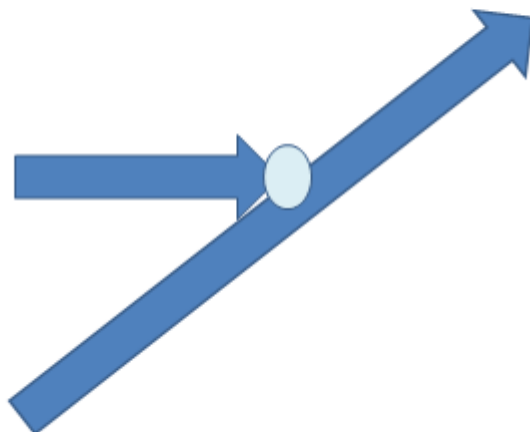
Conflitto assiologico principale

L'oggetto del conflitto corrisponde all'oggetto di ciascuno dei titoli in conflitto

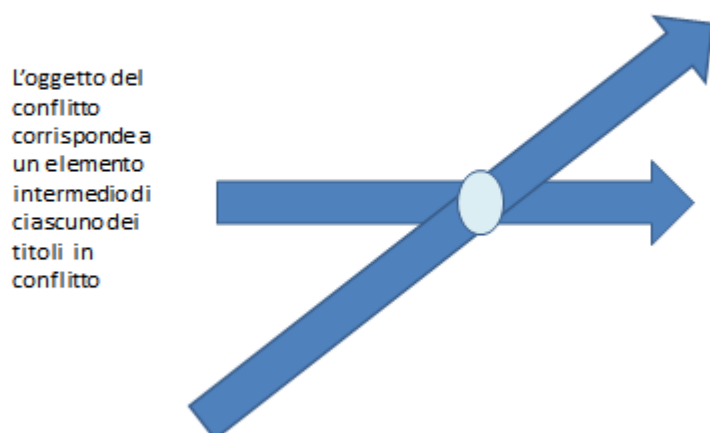


Conflitto assiologico misto

L'oggetto del conflitto corrisponde a un elemento intermedio di uno dei titoli in conflitto e all'oggetto dell'altro titolo in conflitto



Conflitto assiologico incidentale



I conflitti incidentali e misti si risolvono con criteri astratti (trasformazioni giuridiche e strumentalità del fatto all'effetto). Pertanto essi appaiono devoluti alla g.o., comunque sia coinvolta la P.A.

Nei casi di conflitto principale, qualora si tratti di conflitti tra soggetti privati si ha giurisdizione ordinaria: *ex post* si verificherà trattarsi di giudizio di diritto soggettivo o di interesse legittimo di diritto privato.

Invece, qualora vi sia esercizio di potere da parte della P.A., e la P.A. sia uno dei soggetti in conflitto principale, si devono distinguere le seguenti situazioni:

- Conflitto semplice: due soli soggetti in conflitto, ciascuno portatore di un solo titolo giuridico in conflitto:
 - o P.A. contro un privato;
 - o P.A. contro altra P.A.:
- Conflitto complesso:
 - o Soggettivamente: almeno tre soggetti in conflitto;
 - o Oggettivamente: almeno un soggetto deduce almeno due titoli giuridici in conflitto.

Nei casi di conflitto complesso, in cui vi è almeno una P.A. che esercita una leva discrezionale ad essa riservata, sarebbe in teoria ipotizzabile il criterio di riparto di giurisdizione fondato sui blocchi di materie. Infatti, nella devoluzione di una materia a un certo plesso giurisdizionale, sarebbe connotata una presunzione legislativa di complessità soggettiva/oggettiva del conflitto. Tuttavia, *de jure condito* (arg. ex artt. 24-103-113 Cost.), la C. Cost. con sentenza nr. 240/2004 ha escluso la legittimità costituzionale del criterio oggettivo di riparto di giurisdizione in base ai meri blocchi di materie.

La complessità soggettiva si verifica molto spesso nel diritto amministrativo, nell'ambito del quale certa dottrina distingue tra i rapporti amministrativi bilaterali o trilaterali, questi ultimi caratterizzati dalla necessaria presenza (accanto al P.A. titolare del potere e del soggetto interessato dall'azione amministrativa) anche da un terzo privato contro-interessato (si pensi, ad es., al titolare del diritto alla riservatezza contro-interessato rispetto all'istanza di accesso di un privato rispetto a un documento detenuto da una P.A.).

Nell'ottica del presente modello, non si ha modo di distinguere diritti soggettivi e interessi legittimi di diritto pubblico secondo il criterio del *petitum* sostanziale (pur adoperato tuttora dalla giurisprudenza). Tale distinzione sarà verificabile solo *ex post* all'esito del conflitto, allorché le misurazioni e ponderazioni assiologiche determineranno che il conflitto ha, nel caso concreto, un esito vincolato (diritto soggettivo) o un esito non vincolato (interesse legittimo).

Il criterio di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, in caso di esercizio da parte della P.A. di una leva di potere ad esso riservata, nell'ottica del presente modello, si può declinare come segue:

- La P.A. ha esercitato una leva non ammessa dal sistema (per es. la schiavitù come politica di *status personarum*): Si ha carenza di potere in astratto, e giurisdizione ordinaria.
- La P.A. ha esercitato una leva ammessa dal sistema, ma in carenza dei relativi presupposti (per es. una *policy* di *status personarum* o di discriminazione oggettiva, senza che la Costituzione o la legge desse un fondamento a tale scelta): si ha carenza di potere in concreto e giurisdizione ordinaria.
- La P.A. ha esercitato una leva ammessa dal sistema e di cui essa è specificamente e riservatamente titolare, in presenza dei relativi presupposti, e si deve verificare il corretto esercizio del potere della P.A.:
 - Se si prevede un controllo meramente estrinseco, si controlla il rispetto dei limiti esterni alla discrezionalità. Per es. si verifica che la PA non abbia manovrato una quota assiologica superiore all'intera quota associata alla massa interstiziale.
 - Se si prevede un controllo anche intrinseco, si controlla il rispetto dei limiti pure interni alla discrezionalità. Cioè, all'interno del perimetro della decisione discrezionale, si verifica il rispetto dei criteri di economicità, efficienza, equità, imparzialità etc., per es. declinati come massimizzazione dei potenziali assiologici, ovvero come massima distribuzione dei titoli giuridici. Si tratta di criteri di legittimità, sia di natura costituzionale, che legislativa, alla luce delle riforme della legge sul procedimento amministrativo del 1990 prima e del 2015 poi.

La giustificazione di una giurisdizione amministrativa, separata dalla giurisdizione ordinaria, consiste, nell'ottica del presente modello, nel tipo di sindacato devoluto al giudice. Il giudice amministrativo si giustifica solo se si conferisca ad esso un sindacato di intensità pure intrinseca, oltre che estrinseca. Altrimenti, si tratta di un tipo di sindacato (quello estrinseco) già proprio del giudizio innanzi al giudice ordinario.

Un simile modo di ritenere non consiste nella rivisitazione del criterio di riparto di giurisdizione fondato sul *petitum* formale (e cioè sulla base della natura del provvedimento richiesto al giudice), ma dell'intensità del sindacato giurisdizionale sui limiti di esercizio del potere discrezionale della P.A.

I parametri intrinseci di sindacato (efficienza, equità nel perseguimento dell'interesse pubblico primario la cui cura è devoluta alla P.A. in questione, etc.) sembrano ricadere all'interno della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo (che nel vigente ordinamento del processo amministrativo è giurisdizione piena), posto che da alcuni decenni tali criteri sono divenuti canoni di legittimità dell'azione del titolare del potere pubblico, e non coinvolgono necessariamente una giurisdizione amministrativa di merito. Sono proprio le tecniche di sindacato intrinseco (nel senso dianzi delineato) che si addicono tutt'oggi alla giurisdizione amministrativa di legittimità²³.

La devoluzione del contenzioso del pubblico impiego contrattualizzato

Si pone di seguito un esempio, al fine di interpretare - con i concetti e le categorie del presente modello - un caso di passaggio di una certa fetta di contenzioso dal giudice amministrativo al giudice ordinario, mediante una norma di legge di circa venti anni addietro (D. Lgs. nr. 80 e nr. 387 del 1998).

Nel passaggio di tali controversie dal giudice amministrativo in via esclusiva al giudice ordinario si verificano, nell'ottica del presente modello, le seguenti modifiche al meccanismo assiologico di risoluzione del conflitto:

- Col giudice amministrativo si avevano:
 - o una *policy* di *status personarum* in favore della P.A. datoriale (97 cost.), in quanto lo *status* del datore di lavoro giustificava una giurisdizione *ad hoc*; pertanto, si considerava tale qualità soggettiva, assicurandovi particolare rilievo, di diritto o (almeno) di fatto;
 - o una discriminazione oggettiva della retribuzione come somma di provenienza erariale (e quindi attratta nell'ambito della finanza pubblica):
 - o ma in compenso si aveva un sindacato intrinseco.
- Col giudice ordinario si hanno:
 - o *favor laboratoris* (1-4-35-38 Cost.);
 - o discriminazione oggettiva in favore della *retribuzione* (36 cost.);
 - o ma - in compenso - si ha un sindacato estrinseco, con implicito riconoscimento di un maggior margine di manovra per l'autonomia privata (datoriale e collettiva), come contro-limite ai due segnalati fattori di favore giudiziario (soggettivo e oggettivo) per il lavoratore.

Giurisdizione costituzionale

Nell'ambito del presente modello la giurisdizione costituzionale si giustifica specificamente in relazione ai principi giuridici (organismi assiologici di terzo livello, autonomi ma derivati dalle norme giuridiche²⁴) e al sindacato sulle *policies* a livello di macro-sistema (cioè quelle aree del sistema normativo in cui si trattano norme che non necessariamente hanno punti di contatto).

De jure condito si prende atto che la giustizia costituzionale prevede nel nostro ordinamento una Corte *ad hoc* qualora l'oggetto della questione sia una norma derivante da fonte legislativa. Si tratta di una caratteristica derivante da una scelta di diritto positivo che, nell'ottica del presente modello, non sposta le

²³ Sulla letteratura in tema di giurisdizione amministrativa *de jure condito*, cfr. GAROFOLI-FERRARI, *Codice del processo amministrativo*, II, 2012.

²⁴ Cfr. M. FERRARA-A.GAGLIOTI, *Legal rules and principles* cit., passim.

superiori considerazioni sulla natura da privilegiare come oggetto del sindacato di natura costituzionale: principi giuridici e macro-sistema giuridico.

Va, altresì, osservato che la devoluzione dei conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato e delle Regioni alla Corte Costituzionale, nell'ambito del presente modello, si esplica come specifico sindacato su alcuni tipi di contro-limiti derivanti da manovre assiologiche di diversi decisori, quelli di rango più elevato (Stato e Regioni).

Considerazioni conclusive: la tensione tra il potere e il rimedio.

Nell'ambito del presente modello, il potere nasce come categoria giuridica unitaria. Il suo esercizio incontra limiti e contro-limiti. Inoltre, appaiono contingenti le scelte del vigente ordinamento Italiano di affidare il sindacato sull'esercizio del potere della P.A. - tramite le leve discrezionali ad esso riservate - al giudice amministrativo, così come la devoluzione del sindacato sulle manovre assiologiche del legislatore ordinario e sui contro-limiti tra poteri dello Stato e delle Regioni, alla Corte Costituzionale.

Si ritiene, infatti, che una formalizzazione oggettiva dei margini di intervento di ciascun decisore, che potrebbe risultare dall'applicazione e dello sviluppo del presente modello, consentirebbe di descrivere i termini dei conflitti assiologici indipendentemente dalla natura dell'organo giurisdizionale (ordinario, amministrativo, costituzionale) deputato alla risoluzione degli specifici conflitti.

Così, ad esempio, si prefigura l'implementazione del presente modello al fine dell'elaborazione di un preciso *test* matematico di applicazione di un indice sintomatico di eccesso di potere (in sede giurisdizionale amministrativa), ovvero di abuso del diritto (in sede giurisdizionale ordinaria) ovvero ancora di ragionevolezza (in sede di giustizia costituzionale).

Prendendo atto dell'esistenza *de jure condito* di diversi plessi giurisdizionali²⁵, una loro giustificazione attuale, nell'ambito del presente modello, si giustifica differenziando la tecnica e l'intensità del sindacato, e precisamente:

- Giudice ordinario: limiti esterni all'esercizio del potere;
- Giudice amministrativo: limiti interni all'esercizio del potere;
- Giudice costituzionale: contro-limiti (conflitti di attribuzione); principi giuridici e *policies* di macro-sistema (questioni di legittimità costituzionale).

²⁵ Quanto, poi, alla giurisdizione contabile e alla giurisdizione militare, esse si esplicano, nell'ambito del presente modello, come esercizio, da parte legislatore costituzionale e ordinario, di una scelta ordinamentale tesa a valorizzare l'oggetto (i valori di provenienza erariale, come oggetto di demarcazione della materia della contabilità pubblica) ovvero lo status di alcuno dei soggetti coinvolti (l'agente contabile, nel caso della giurisdizione contabile; il militare per la giurisdizione militare). Sin dove sia stata implementata una policy di favor per gli oggetti e i soggetti in questione, potrebbe essere analizzato più in profondità in altra sede scientifica, mediante la determinazione degli equilibri assiologici sottesi a tale scelte. In particolare riferimento alle materie oggetto di giurisdizione contabile, si potrebbe effettuare, con l'applicazione del presente modello, una descrizione degli equilibri assiologici e delle leve esercitate dai vari decisori (legislatore costituzionale e ordinario) a seconda della materia della contabilità pubblica (devoluta direttamente dalla Costituzione alla cognizione della Corte dei Conti), distinguendola dalle altre materie devolute dalla legislazione ordinaria alla cognizione della Corte dei Conti (secondo una clausola esplicitamente posta nella Costituzione: art 103 co. 2 Cost). Anche la giurisdizione tributaria sembra esplicitarsi come esercizio di una policy di favor per il soggetto Ente impositore / riscossore, e per l'oggetto dell'imposizione tributaria; la questione, poi, del fondamento costituzionale di tale giurisdizione, in relazione alla sua previsione costituzionale solo con norma transitoria, potrebbe essere ulteriormente approfondita mediante il presente modello.

Infine, si osserva che l'esame dei contro-limiti tra le *policies* perseguite nell'esercizio della giurisdizione dai diversi plessi ordinari e amministrativi, costituisce uno specifico oggetto di competenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in sede di questioni di giurisdizione. Nell'ottica del presente modello, infatti, le questioni di giurisdizione costituiscono uno strumento che consentono alle Sezioni Unite di gestire una propria *policy* sui contro-limiti esercitati tra i vari plessi giurisdizionali, come denota anche dall'esame della dottrina del processo amministrativo²⁶ relativamente alla giurisprudenza regolatrice dei conflitti di giurisdizione, che ha allargato, nel corso del tempo, l'oggetto delle relative questioni. Proprio l'espansione del perimetro di tale leva decisionale da parte delle Sezioni Unite, con la sua giurisprudenza via via stratificatisi, potrebbe essere analizzata e descritta, nei suoi impatti sugli equilibri assiologici sistemici, mediante l'applicazione del presente modello.

²⁶ Cfr. F. CARINGELLA – M. GIUSTINIANI, *Manuale del processo amministrativo*, 2017.