

RELAZIONE: DECISIONE, COMPLESSITA' E SCIENZA

La crisi che si consuma nella scienza moderna per effetto delle nuove teorie elaborate in seno alla fisica teorica e quantistica ha rinnovato l'interesse per la questione del metodo e dato vita a un dibattito che è filtrato dall'ambito delle scienze esatte in quello degli altri saperi, anche in quello del diritto.

Il mio contributo ripercorre i momenti salienti del dibattito epistemologico ed ermeneutico sul metodo. A tal proposito si è voluto tener conto tanto delle principali teorizzazioni (il positivismo logico di Popper in ambito epistemologico - Cfr. K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, 1970; *Congetture e confutazioni*, 1972; *I due problemi fondamentali della teoria della conoscenza*, Il Saggiatore, Milano, 1987- e l'interpretazione fenomenologico-ontologica gadameriana in ambito ermeneutico - *Verità e metodo*, 1986 -) quanto delle contrapposizioni nate in seno a entrambi gli orientamenti (particolarmente, nella filosofia della scienza, il concetto kuhniano di rivoluzione scientifica - *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Einaudi, Torino, 1978 -, la distinzione di Imre Lakatos tra programmi di ricerca progressivi e regressivi - *La metodologia dei programmi di ricerca scientifici*, - l'anarchismo metodologico di Feyerabend - *Contro il metodo. Abbozzo di una teoria anarchica della conoscenza* -, nell'ambito ermeneutico, l'interpretazione metodica di Emilio Betti - *Interpretazione delle leggi e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, 1971; *L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*, 1987; *Teoria generale della interpretazione*, 1990) al fine di offrire un quadro, per quanto parziale, della realtà del dibattito cui avrebbe attinto parte della dottrina giuridica per avviare a un confronto sul metodo nel diritto amministrativo.

Il filo conduttore va ricercato nella prospettiva che, partendo dall'analisi di alcuni contributi, più e meno recenti, della dottrina amministrativistica sulla questione del "metodo", in generale si propone di osservare i limiti delle costruzioni sistemiche nella storia del dibattito sul metodo, e in particolare, di rilevare le criticità nell'impianto metodologico dell'analisi economica del diritto, che emergono dal confronto di tale metodo con la complessità del procedimento e della decisione amministrativa.

Vale la pena di richiamare per sommi capi i contributi più recenti della dottrina amministrativistica sul dibattito del metodo, esaminati nella prima e nella seconda parte della mia relazione. Non mi soffermerò sulla terza parte inerente la disputa tra Gadamer e Betti sull'ermeneutica, né tantomeno sulla quarta riguardante la recezione del contributo gadameriano nel diritto amministrativo da parte di Giorgio Berti e Feliciano Benvenuti. Passerò dunque direttamente alla quinta e ultima parte dedicata al metodo dell'analisi economica nel diritto amministrativo.

Rinviano al testo scritto per la nota disputa tra Cassese (*Alla ricerca del sacro Graal (A proposito della rivista di diritto pubblico)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 789 ss.; e A. ORSI BATTAGLINI, *Il puro folle e il perfetto citrullo (discorrendo con Sabino Cassese)*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 629 ss. Tra i contributi più recenti sul metodo che ho esaminato vi sono due scritti di Antonio Romano Tassone: il primo (*Pluralità di metodi e unità della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 1998); il secondo: (ID., *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, in *Dir. amm.*, 2002). L'A. accoglie la prospettiva popperiana del razionalismo critico, dove il giurista si occupa in un primo momento di raccogliere i dati dell'esperienza sensibile riconoscendo i molteplici aspetti che il fenomeno giuridico osservato assume nella realtà. A questa raccolta del dato fenomenico segue una fase ricostruttiva che rappresenta il momento unificante nell'intero percorso conoscitivo, dove si procede all'individuazione dei principi a partire dai fenomeni giuridici presi in esame. I principi dovranno ottenere l'approvazione della comunità scientifica di riferimento, in virtù di valori ampiamente condivisi e approvati, prima di essere riconosciuti come validi.

Luigi Benvenuti, (L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, 2002), rifacendosi all'ermeneutica gadameriana intende il momento della precomprensione come preliminare accostamento alla realtà oggetto dell'indagine interpretativa, entro cui si stabiliscono metodi e strutture di procedimento logico molteplici, condizionati dall'universo del soggetto-interprete. Qui non vengono meno i concetti di principio e sistema, così come non si rinuncia a ricercare un punto di vista ontologico e non esclusivamente metafisico, colto nel rapporto che unisce il soggetto alla collettività. A questa costruzione viene mossa una critica da parte di Travi (A. TRAVI, *Il metodo del diritto amministrativo e gli altri 'saperi'*). il quale ravvisa come nell'orientamento cui si rifà Luigi Benvenuti «in presenza di una certa regola il tema della sua interpretazione e il tema della discrezionalità nella

sua applicazione si confonderebbero o presenterebbero tutt'al più una divergenza 'solo quantitativa'» Secondo Travi se l'interpretazione è intesa come valutazione di una norma e assegnazione ad essa di un significato fra i molti ammissibili, e se l'interpretazione è necessariamente influenzata da fattori soggettivi o ideologici, e se anche l'applicazione della norma è essenzialmente espressione della sua comprensione (Secondo l'impostazione di H.-G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., 11), «allora non vi è neppure una linea di demarcazione precisa rispetto all'apprezzamento discrezionale» (A. TRAVI, *Il metodo*, cit., 875). La tesi di Travi, che richiama e condivide l'impostazione di F.M. Nicosia nell'opera *Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa 'non discrezionale'*, è che il diritto amministrativo italiano segua un'altra logica secondo la quale fra attività vincolata e attività discrezionale non si può parlare di una mera divergenza quantitativa, bensì deve parlarsi di una vera e propria divergenza «'qualitativa'» (A. TRAVI, *Il metodo*, cit., 875, il quale inoltre afferma che «se questa divergenza non viene colta da una certa teoria, ciò significa non che il nostro diritto amministrativo è sbagliato, ma che quella teoria è inadeguata per un'analisi giuridica»), con la conseguenza, pure questa in linea con la visione e la conclusione nicosiana, che anche per l'attività vincolata dell'amministrazione deve ammettersi l'eccesso di potere. Secondo Travi, in sostanza, nella visione 'pratica' del diritto il contatto con le norme non deve mai essere perso di vista, né può determinarsi in un confronto 'a posteriori'.

Un altro interessante contributo è offerto da Rosario Ferrara (R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari, 2002, VII ss.). Nelle sue osservazioni sul metodo egli associa razionalismo costruttivista e sincretismo conoscitivo. Il primo orientamento inquadra, entro sistemi concettuali coerenti e facilmente individuabili, la realtà empirica instabile e mutevole, il secondo si propone, ricorrendo alle conoscenze degli altri saperi, di cogliere le costanti sistemiche nelle trasformazioni della realtà da cui ricavare principi e regole normativi, pur riconoscendo l'impossibilità, per la scienza del diritto, di pervenire a un risultato certo e definitivo, ritenendo invece possibile e auspicabile l'acquisizione di risposte tenui e leggere.

Sulla questione del metodo è intervenuto anche il professor Fracchia con un recente contributo dal titolo *Scienza del diritto amministrativo, metodo giuridico ed epistemologia il ruolo dei paradigmi nell'epoca della crisi della modernità* del 2011, in cui si propone di riflettere sulla questione del metodo giuridico partendo dai risultati conseguiti dalla filosofia della scienza, utili a risolvere problemi che attengono alla sfera del diritto. In tale ottica si guarda all'interazione tra saperi, resa possibile da un denominatore comune che, individuate analogie e corrispondenze nei diversi settori, aprirebbe a un travaso tra gli stessi consentendo di giungere ad una visione del mondo condivisa.

Nel recente contributo "Sistematica giuridica e controllo razionale del potere del 2015, il professor Perfetti offre una lettura della questione del metodo nel diritto pubblico in cui la volontà di costruire sistemi concettuali atti a spiegare e contenere il fenomeno giuridico nella sua completezza non può di certo ignorare la crisi che ha investito la cultura sistematica. Tale "volontà" si trasformerebbe dunque in "possibilità" di procedere alla creazione di simili sistemi, entro la quale è tuttavia necessario attuare un cambio di orientamento nella ricerca che si era prospettata in principio, e che prevede tanto il riconoscimento dei limiti e delle criticità dei sistemi conoscitivi di cui si dispone, quanto la scelta di ricercare sì un ordine, ma inteso come barriera all'esercizio arbitrario del potere dell'autorità, come strumento di protezione dei diritti di cui sono portatori le persone.

ANALISI ECONOMICA

Vengo, come promesso in apertura, all'argomento del metodo dell'analisi economica del diritto riportando una frase del prof. Cassese che condensa molto bene il fulcro del mio discorso (la frase è tratta da un noto saggio dal titolo *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, pubblicato nella *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 609, ma che trae spunto dall'omonima relazione che l'A. ha presentato proprio ad un convegno organizzato dall'Aipda del 2006 dal significativo titolo *Analisi economica e diritto amministrativo*), dunque «quando l'analisi economica entra nello studio del diritto, provoca una vera "crisi epistemologica" in seno al pensiero giuridico tradizionale, divenendo un'opzione metodologica alternativa [se non addirittura antitetica] al metodo giuridico tradizionale, alla guida di un rinnovato orientamento funzionalistico nello studio del diritto amministrativo».

Ora, non mi soffermerò sui meriti che questo metodo ha indubbiamente offerto nel corso della sua lunga tradizione, soprattutto in altri ordinamenti – notoriamente quelli nord americani – e specialmente in altri rami del diritto – essenzialmente quello del diritto civile – ma tenterò di rilevare, come auspicato all’inizio della mia relazione, i limiti e le criticità che questo metodo incontra nell’applicazione al diritto amministrativo.

Per far ciò ho ritenuto opportuno tenere conto di un fattore che caratterizza questo ambito e che spesso, soprattutto in tempi recenti, sembra essere trascurato soprattutto dalla legislazione.

Mi riferisco al fattore della complessità o meglio alla “teoria della complessità” che, in ambiente epistemologico, ha trovato compiuta elaborazione nella seconda metà del Novecento con autori quali A. BOGDANOV, *Fede e scienza: la polemica su materialismo e empiriocriticismo di Lenin* (1909), 1982; W. WEAVER, *Science and Complexity*, in *American Scientist*, 1948; E. LORENZ, *The essence of chaos*, UCL Press, London, 1993, I ss.; I. PRIGOGINE, *Dall’essere al divenire: tempo e complessità nelle scienze fisiche*, 1986.; L. BERTALANFFY, *Teoria generale dei sistemi: fondamenti, sviluppo, applicazioni*, 1971.

Tale movimento epistemologico partiva col rilevare significative discontinuità e contraddizioni nella realtà oggetto dell’indagine scientifica. Discontinuità e contraddizioni che la scienza classica ha ritenuto elementi inconciliabili con un sistema della conoscenza fondato essenzialmente sul «paradigma della semplificazione», un paradigma in virtù del quale è necessario ridurre e limitare gli aspetti più complessi di un dato fenomeno. Tale impianto metodologico ha dunque impedito di osservare e percepire l’universo quale spazio articolato e poliedrico, riducendo la sua ricchezza e varietà, finendo per restituire una visione inevitabilmente limitata dell’oggetto della conoscenza.

La più riuscita e significativa teorizzazione della complessità si deve però all’epistemologo francese Edgar Morin.

Vi è un passo all’interno dell’opera di Morin – *Introduzione al pensiero complesso* del 1992 – che condensa molto bene i termini della questione. Consapevole dei progressi della scienza Morin afferma: «[n]oi abbiamo acquisito delle conoscenze straordinarie sul mondo fisico, biologico, psicologico, sociologico [e giuridico]. La scienza estende sempre più il predominio dei metodi di verifica empirica e logica. I lumi della Ragione sembrano respingere miti e tenebre nei bassifondi dello spirito. Eppure, ovunque, errore, ignoranza, cecità progrediscono di pari passo con le nostre conoscenze»

È emblematico come Morin definisca tale fenomeno «intelligenza cieca». Per il filosofo francese esiste infatti una «nuova cecità legata all’uso degradato della ragione», al progresso cieco e incontrollato della conoscenza che sta conducendo ad un uso surrettizio e arbitrario delle acquisizioni e delle applicazioni della scienza nei vari settori della società (armi termonucleari, manipolazioni genetiche di ogni genere, squilibrio ecologico ecc.). Per Morin tale intelligenza va trattata come una sorta di «patologia del sapere», la quale, sotto il dominio dei principi di «disgiunzione, riduzione e astrazione», dà luogo al cosiddetto «paradigma di semplificazione» cui deve opporsi una teoria della complessità.

Da qui il bisogno di fare emergere gli aspetti di molteplicità, varietà, dinamicità che sono connaturati ai fenomeni complessi.

Partendo dal pensiero di Morin l’idea è quella di ripensare alla complessità del diritto amministrativo e in particolare alla complessità del procedimento, quale luogo e momento di manifestazione dei diritti delle persone nei confronti dell’ordinamento giuridico.

Più esattamente l’idea – in distonia con la dottrina maggioritaria dell’analisi economica – è quella di considerare la complessità del procedimento amministrativo come “risorsa” e non necessariamente come “costo”. E per questa via pare opportuno rivalutare l’uso che, tanto nella legislazione, quanto in certa parte della dottrina – ma, di recente, anche nella giurisprudenza (si pensi al *droit souple* del *Conseille d’État* francese) amministrativa – si fa del metodo dell’analisi economica per ridurre gli aspetti complessi del procedimento a categorie semplificate con l’obiettivo di rendere più efficiente l’azione amministrativa.

Ciò si manifesta particolarmente sotto quella voce che nel diritto amministrativo conosciamo come “semplificazione del procedimento” e alla quale ricolleghiamo tradizionalmente quelli istituti

(evidentemente quelli del capo IV della l. 241/90) che, nell'ottica giuseconomica, possiamo dire si sostanziano essenzialmente in processi di riduzione della fase decisionale delle amministrazioni. Basti osservare come il principale procedimento di semplificazione del nostro ordinamento, quello per segnalazione (la s.c.i.a.) – ma la stessa cosa vale nel caso del silenzio-assenso, della conferenza dei servizi e degli accordi – si risolva pressoché in una sistematica riduzione della fase decisionale dell'amministrazione, e ciò al fine di rendere meno complesso, e dunque più efficiente, l'iter che si deve compiere per addivenire al risultato economico (nel caso di specie l'esercizio di un'attività).

Semplificazione, dunque, come riduzione della complessità con il fine di rendere efficiente la decisione e con essa l'intero procedimento amministrativo. Da qui lo sforzo metodico della dottrina dell'analisi economica di ricercare gli strumenti che, riducendo appunto la complessità, possano rendere più efficiente l'azione amministrativa.

Per tale via, l'analisi economica propone un criterio di efficienza di tipo allocativo, in cui cioè l'azione dell'amministrazione è preordinata a massimizzare il benessere della collettività in termini di utilità o di ricchezza (c.d. efficienza allocativa), senza guardare, almeno in quella parte della dottrina giuseconomica che si rifà a Posner e alla Scuola di Chicago, ai problemi di equità e di giustizia perequativa della decisione e del procedimento.

A tal proposito va notato come per questa via si sia aperta, anche in Italia, la possibilità di applicare il metodo matematico alla comprensione della funzionalità economica del procedimento amministrativo (In tal senso si v. A. PETRETTO, *L'analisi economica del procedimento amministrativo*, in *Giustamm*, 10, 2015, 1-14)

CRITICITA' DELL'ANALISI ECONOMICA

La ricerca dell'efficienza per il tramite del fenomeno della riduzione della complessità a ben vedere deve tener conto dell'esistenza, nel procedimento amministrativo, di più fattori fra loro antitetici. In particolare, all'obbligo di decidere che è posto alla base dei principi di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa per come tipicamente esposti nei postulati dell'EAL, si contrappongono gli obblighi di rendere evidenti le ragioni dell'azione, di consentire agli interessati di fornire il proprio apporto collaborativo e, più in generale, di configurare la decisione amministrativa come momento di contemperamento dei diversi interessi in gioco a seguito di un'istruttoria completa e articolata, in grado di permettere una scelta ponderata e fondata su un ricco quadro di riferimento.

Salvaguardare o meglio incentivare solo i profili di efficienza economica ha un rischio. Il rischio è che tale sbilanciamento possa comportare la frustrazione delle esigenze in vista delle quali è preordinato il fenomeno della partecipazione dei privati al procedimento, i quali potrebbero essere esclusi dalla possibilità di intervenire, nonché di rimanere privi di un'adeguata tutela giurisdizionale.

Potrebbe obiettarsi che comunque l'interesse dei cittadini è fatto salvo, una volta garantita la efficiente conclusione del procedimento, tuttavia non può sfuggire che la semplificazione favorirebbe solo i privati direttamente interessati all'effetto finale (il c.d. risultato amministrativo), mentre pregiudicherebbe, talvolta gravemente, gli interessi dei soggetti che rimangono esterni a tale effetto (i cc.dd. terzi controinteressati). D'altra parte non tutti gli interessi ammettono una disciplina procedimentale che comporta una semplificazione tale da sacrificare la corretta ponderazione di alcuni valori. Sul piano del diritto amministrativo è sufficiente ricordare la presenza di interessi ambientali, paesaggistico-territoriali e della salute che impongono una particolare regolamentazione del meccanismo contemplato dagli artt. 16 e 17, l. n. 241/1990, in relazione ai pareri e alle valutazioni tecniche.

La decisione, pur condensando in un unico atto l'intera vicenda procedimentale, è il risultato di un'attività articolata e complessa che non può prescindere dalla interazione di tutte le componenti del procedimento, sia che queste rappresentino interessi principali, rilevanti sia che esse esprimano interessi secondari, marginali. Così è per quelle situazioni in cui l'amministrazione è chiamata a decidere contemperando le esigenze dell'attore economico e la salvaguardia dei bisogni del cittadino.

La decisione, pertanto, non può essere semplificata nella sua effettiva portata, né la complessità dell'agire amministrativo può accordarsi con i requisiti di snellezza, celerità e sommarietà che la società richiede alle decisioni dell'amministrazione, le quali sono per loro natura dettagliate, ponderate, complesse.

Nella prospettiva di semplificare le fasi e i procedimenti della decisione, si deve tener conto della complessità, la quale non va intesa solo come fattore che provoca ritardo, incertezza, inefficienza, ma effettivamente – come sostiene Morin – «tessuto di fatti, di azioni e di interazioni» che realizzano l'essenza stessa del procedimento.

L'idea è quella di pensare alla complessità come ad una risorsa e ad una possibilità.

Possibilità di poter decidere su una realtà che appare necessariamente eterogenea, molteplice, di difficile semplificazione, in una parola: complessa, ciò vale anche per l'interprete che altrimenti diverrebbe «un tecnico delle procedure regolative al servizio di una interpretazione economicistica estesa al senso della vita umana in quanto tale». (B. MONTANARI, *La filosofia del diritto oggi: continuità e revisioni* in *Rivista di filosofia del diritto*, I, 1, 2012, p. 195).