

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II**

**DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**



DOTTORATO DI RICERCA IN  
**“DIRITTO DELL’ECONOMIA”**  
XXXIV CICLO

Settore scientifico-disciplinare  
IUS/10 - Diritto amministrativo

**L’AMMINISTRAZIONE PER ALGORITMI.  
TECNICA, GARANZIE PROCEDIMENTALI E FUNZIONE AMMINISTRATIVA**

**ADMINISTRATION BY ALGORITHMS.  
TECHNIQUE, PROCEDURAL GUARANTEES AND ADMINISTRATIVE FUNCTION**

Coordinatore:  
Prof. Massimo Iovane

Candidato:  
Dott. Alessandro Di Martino

Tutor:  
Prof. Fiorenzo Liguori

Anno Accademico 2020/2021



## INDICE

INTRODUZIONE	8
--------------	---

### CAPITOLO I

#### TECNICA E DIRITTO NELL'EVOLUZIONE DELLA DOTTRINA GIUSPUBBLICISTICA: I TERMINI DELLA RELAZIONE. STRUMENTALITÀ O SOCCOMBENZA?

1. Riferimenti al concetto di tecnica nella teoria generale del diritto e la necessità di un inquadramento. La logica della ricostruzione tra diritto e tecnica per uno studio sull'amministrazione per algoritmi	13
2. L'irrilevanza della tecnica nell'attività amministrativa. Le tesi di F. Cammeo ed E. Presutti. La discrezionalità tecnica e le differenze concettuali. Il superamento della distinzione tra fatti semplici e fatti complessi	21
3. La tripartizione delle attività tecniche delle pubbliche amministrazioni. La tesi di O. Ranelletti e l'emersione di una discrezionalità tecnico-amministrativa	28
4. L'impatto dello sviluppo tecnico-scientifico sull'attività amministrativa. L'abbandono della tecnica come giustificazione dell'insindacabilità del potere e l'accoglimento della sua concezione come limite alla discrezionalità. La tesi di V. Bachelet	33
5. Le norme tecniche come risposta alla necessità di conciliare il diritto al progresso scientifico. Premessa	38
5.1. L'impossibile immedesimazione delle norme tecniche nelle norme giuridiche. Le norme tecniche come norme interne nella ricostruzione di A. De Valles e l'emersione di un approccio soggettivo	40
5.2. Criteri ed usi tecnici nella delimitazione delle norme tecniche nel pensiero di V. Bachelet: obiettivizzazione dell'azione amministrativa e limitazione del potere discrezionale	42
5.3. L'identificazione delle norme tecniche con le premesse logiche della norma giuridica. Le norme tecniche nella ricostruzione di A.M. Sandulli:	

assimilazione con la norma giuridica e sentimento di ingiustificato timore di abdicazione	<b>44</b>
5.4. Tecnica e potere nell'itinerario interpretativo di F. Ledda. La norma tecnica quale archetipo della distinzione e le prime sollecitazioni alla concezione della tecnica come potere autonomo	<b>46</b>
5.5. L'accezione contenutistica delle norme tecniche e l'erosione del potere dello Stato in relazione ai processi di globalizzazione. Le riflessioni di A. Predieri	<b>50</b>
5.6. Le differenti accezioni del concetto di tecnica alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale. La prospettiva della 'neutralizzazione' non solo dell'oggetto (atti normativi ed amministrativi) ma anche dei soggetti (legislatore e pubblica amministrazione)	<b>53</b>
6. La tecnica come struttura di potere reale ed elemento giustificativo di una riserva di valutazione. Gli approdi di C. Marzuoli e le conferme sulla pervasività della tecnica	<b>60</b>
7. La rapida evoluzione delle nuove tecnologie al cospetto della "stabilità" del potere amministrativo: cenni introduttivi alla ricostruzione dei principali problemi della relazione ed un approccio alla 'quarta fase' della informatizzazione	<b>65</b>
8. La tecnica come strumento di predeterminazione del potere discrezionale. Vantaggi e rischi dell'approccio autolimitativo: dal 'potere misurabile' al 'potere incontrollabile'? Premesse teoriche per l'analisi dei principali problemi dell'amministrazione per algoritmi	<b>69</b>

## CAPITOLO II

### TEORIA E PRASSI DELL'ATTIVITA' AMMINISTRATIVA PER ALGORITMI

1. La contaminazione dei saperi nella logica ricostruttiva dell'amministrazione per algoritmi. Profili terminologici	<b>76</b>
2. Il rapporto controverso tra potere discrezionale e ricorso agli algoritmi. Ricostruzioni dottrinali e tendenze evolutive giurisprudenziali. Rilievi critici sulla fuga in avanti del Consiglio di Stato	<b>81</b>

3. Amministrazione per algoritmi tra imparzialità e buon andamento. Il ricorso agli strumenti informatici come rappresentazione della ‘amministrazione difensiva’. La tecnica come mezzo di disincentivazione all’esercizio del potere e il difficile conseguimento di una ‘buona amministrazione tecnica’ **96**
4. L’impatto degli algoritmi nei procedimenti amministrativi alla prova dei principi di ragionevolezza e proporzionalità. L’impossibilità di ritenere ragionevole una istruttoria interamente automatizzata. La difficoltà tecnica di graduazione del potere discrezionale rispetto alla decisione meno invasiva per i cittadini. Cenni **105**
5. I limiti della partecipazione democratica nei procedimenti automatizzati: la contestabile trasformazione da un coinvolgimento proattivo alla marginalizzazione del cittadino. Considerazioni critiche in ordine al principio di collaborazione in ragione dell’impossibilità di attuare il dogma della reciprocità **116**
6. La trasparenza amministrativa al tempo degli algoritmi. Critiche alla concezione del software come atto amministrativo. Il ‘controllo sociale’ come momento di garanzia della trasparenza e di governo della tecnica **127**
7. Dall’opacità dell’algoritmo all’inspiegabilità del provvedimento. La motivazione delle decisioni algoritmiche **133**
8. Il potenziale cortocircuito del meccanismo di responsabilità in caso di utilizzo di algoritmi informatici. L’oggettivizzazione dell’azione comporta l’immunità dell’amministrazione? **139**

### CAPITOLO III

#### TECNICA, AMMINISTRAZIONE PER ALGORITMI ED ESTERNALIZZAZIONE DELLA FUNZIONE AMMINISTRATIVA

1. Tecnica e diritto nella costruzione degli algoritmi. Il problema delle competenze organizzative tecniche. La necessità di un nuovo ‘corpo tecnico’ per fronteggiare il predominio dei privati **149**
2. Le carenze dei saperi ed il potere di controllo sugli algoritmi informatici. Critica alla concezione esclusivamente riparatoria della funzione di controllo. L’impossibilità di ritenere i controlli interni strumentali all’accrescimento

della trasparenza e della legittimazione delle decisioni algoritmiche. La crisi annunciata della ‘nuova amministrazione’	<b>156</b>
3. La costruzione della decisione amministrativa automatizzata tra pubblico e privato. Il banco di prova dell'art. 1, co. 1-ter, l. n. 241 del 1990. L'amministrazione di garanzia come limite all'esercizio privato della funzione amministrativa. Profili critici ed evolutivi nell'ambito dell'amministrazione per algoritmi	<b>165</b>
4. L'amministrazione per algoritmi tra l'esternalizzazione della realizzazione dello strumento informatico e l'esternalizzazione della funzione amministrativa. Il cambiamento amministrativo in mezzo al guado tra teoria dell'autolimita e rinuncia (di fatto) all'esercizio del potere. L'esternalizzazione della funzione come celebrazione del predominio della tecnica	<b>171</b>
5. Tecnica, amministrazione per algoritmi, certezza, risultato: alcuni indici dell'evoluzione amministrativa. Considerazioni conclusive.	<b>180</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	<b>187</b>



## INTRODUZIONE

L'amministrazione per algoritmi rappresenta uno degli osservatori privilegiati per analizzare i rapporti tra tecnica e diritto, nonché per valutare l'attuale stato di salute della pubblica amministrazione e, più in generale, dello Stato democratico. Non a caso, infatti, Sabino Cassese, ormai circa venti anni fa, aveva rinvenuto una delle possibili cause della "crisi dello Stato"<sup>1</sup> nel progressivo "erompere delle Autorità amministrative indipendenti"<sup>2</sup>, strutture organizzative di matrice evidentemente tecnica<sup>3</sup>.

Il dibattito sui rapporti tra tecnica e diritto ha visto, recentemente, ulteriori ed importanti momenti suscettibili di approfondimento con riguardo alla produzione normativa che ha caratterizzato l'emergenza pandemica da Covid-19, e che ha, anche su ammissione dell'allora Presidente del Consiglio, reso evidente come si fosse "ceduto il passo alla comunità scientifica, che in alcuni momenti della storia può anche guidare le decisioni pubbliche".

Delle numerose riflessioni svolte su questo tema non può certamente darsi conto in questa sede, ma basti ricordare come in quelle occasioni siano state da più voci sollevate le questioni relative alla trasparenza dei procedimenti che raccolgono valutazioni tecnico-scientifiche<sup>4</sup>, nonché analizzate le difficoltà di rinvenire spazi di legittimazione democratica delle decisioni assunte<sup>5</sup>.

Il problema della relazione tra tecnica e diritto, oltre ad essere quindi centrale nell'attuale dibattito giuridico, non sembra essere più procrastinabile nella prospettiva di

---

<sup>1</sup> S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002.

<sup>2</sup> La locuzione è di A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997.

<sup>3</sup> Possono essere recuperate le parole di S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, *La tecnificazione dell'amministrazione*, in S. Civitarese Matteucci, L. Torchia (a cura di), *La tecnificazione*, in L. Ferrara, D. Sorace (diretto da), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, 2016, p. 10, i quali, dopo aver sostenuto che per effetto della sostituzione della decisione umana con quella di un calcolatore si avrebbe una decisione 'tecnica' in luogo di una scelta 'politica', si chiedono se "Non sarebbe dunque questo il compimento definitivo di quella neutralizzazione della politica che sembrerebbe volersi realizzare mediante la creazione di autorità a legittimazione tecnica per esempio nel campo del governo della moneta e della regolazione dei mercati finanziari".

<sup>4</sup> Sul punto, per tutti, si vedano C. ACOCELLA, *Ancora su diritto e tecnica. Le valutazioni tecnicoscientifiche come premessa delle decisioni politico-amministrative assunte per fronteggiare l'emergenza pandemica da Covid-19*, in *Pers. amm.*, 2020, pp. 269 ss., nonché F. LAVIOLA, *La decisione politica science-based e il ruolo del Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza Covid-19 tra arbitrarie pretese di segretezza e riaffermazione del diritto alla trasparenza*, in *Federalismi.it*, 2021, pp. 127 ss.

<sup>5</sup> Il tema è stato ben approfondito da A. FARANO, V. MARZOCCO, *Expertise tecniche e decisori politici. Razionalità legislativa e uso dell'argomento scientifico nella produzione del diritto emergenziale*, in S. Staiano (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio*, Napoli, 2020, pp. 149 ss.

riportare le decisioni, ancorché assunte ricorrendo a cognizioni scientifiche, su binari che conducano a legittimare l'esercizio del potere pubblico.

Per tale motivo, così come si è fatto fatica ad apprezzare, dal punto di vista del metodo giuridico, le decisioni *science-driven* nel periodo emergenziale, è ancor più complicato sostenere la tenuta, dal punto di vista dei principi generali del diritto amministrativo, delle decisioni *machine-driven*, e cioè prese tramite il ricorso ad algoritmi informatici.

Il metodo con cui è stata svolta la ricerca muove, dunque, da una prospettiva radicalmente opposta a quella di chi – nell'analizzare specificamente i temi relativi all'automazione delle decisioni amministrative - abbia inteso “ragionare come se la digitalizzazione fosse data”<sup>6</sup>. Invero, il filo rosso che lega le varie parti dell'intero lavoro esprime l'avviso secondo cui il nuovo non può, d'un tratto, eliminare il vecchio. Per tale ragione, le costanti trasformazioni pongono il giurista, soprattutto quello di diritto pubblico, dinanzi alla sfida, il cui risultato ad oggi non è ancora dato conoscere, di far convivere gli strumenti informatici, segno della trasformazione, con l'osservanza delle garanzie dei privati che, all'esito di progressive conquiste, hanno circondato l'esercizio dei pubblici poteri, e che vanno perciò riguardate come baluardi da preservare nell'apertura al cambiamento<sup>7</sup>.

Il lavoro di tesi, quindi, si divide in tre capitoli.

Nel primo capitolo, dopo aver dato conto degli approdi relativi alla nozione di tecnica nell'ambito della teoria generale del diritto, sono state in primo luogo ripercorse le principali tappe della riflessione sulla c.d. discrezionalità tecnica a partire dalle tesi di Cammeo e Presutti, che costituiscono i primi momenti in cui (sebbene a fini diversi rispetto al lavoro di tesi) si è rintracciato e indagato il legame tra attività amministrativa e questioni tecniche.

Ulteriore aspetto che è sembrato interessante approfondire, nell'ottica di stabilire in che termini si vada assestando la relazione tra diritto e tecnica, ha riguardato la c.d. normazione tecnica ed il coordinamento tecnico. Anche in questo caso, ad una prima ricostruzione dottrinale è stata accompagnata una indagine delle principali pronunce della Corte costituzionale sul tema, dalle quali è emerso che il ricorso alla tecnica (e ai saperi

---

<sup>6</sup> R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2020, pp. 305 ss.

<sup>7</sup> M. RAMAJOLI, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, p. 366, inquadra come ineliminabile, nella struttura del diritto amministrativo, “la prospettiva dello Stato di diritto che impone la garanzia degli interessi dei singoli in quanto tali, anche di fonte all'interesse pubblico”.

tecnico-scientifici) attribuirebbe un grado di certezza e neutralità alle decisioni politico-amministrative, aspetto invero trattato criticamente all'interno del lavoro.

La conclusione del primo capitolo invece muove dagli studi sulla predeterminazione delle decisioni amministrative, ed il filo rosso che unisce questa ultima parte sia con quanto detto, sia con quanto si dirà, riguarda l'eventuale genesi di un paradosso implicato dal ricorso ai criteri tecnici da parte dei pubblici poteri. Nello specifico il paradosso si consumerebbe nel passaggio dal c.d. "potere misurabile" – espressione che si deve a Di Gaspare – a quello che, in termini provocatori, è stato definito come "potere incontrollabile", in ragione dello scarso *expertise* dei funzionari pubblici e della crisi degli apparati tecnici delle pubbliche amministrazioni.

Nel secondo capitolo, per cercare di aggiornare le ricostruzioni teoriche svolte nel capitolo precedente, è stato analizzato il tema della c.d. amministrazione per algoritmi e si è cercato di coglierne i limiti a legislazione invariata.

Dopo aver evidenziato l'opportunità e in certa misura la necessità della contaminazione dei saperi come metodo utile a fondare una logica di ricostruzione delle decisioni automatizzate e operato un richiamo in via classificatoria alle diverse tipologie di algoritmi applicabili ai procedimenti amministrativi, sono stati analizzati i pericoli che sottendono l'utilizzo di tali strumenti informatici nell'azione amministrativa. In modo particolare due sono stati gli aspetti su cui l'indagine, in punto di principi, è risultata particolarmente debole.

In primo luogo, sono state svolte considerazioni critiche in ordine all'apertura all'utilizzo degli algoritmi ai procedimenti discrezionali, nella convinzione che i benefici attesi dall'impiego dello strumento, per tutti la calcolabilità dei risultati e le esigenze di certezza, trovino un limite proprio nella necessità di bilanciare interessi insita nell'esercizio di questa variante del potere amministrativo, bilanciamento che molte tipologie di algoritmi non sono in grado di svolgere. In secondo luogo, l'indagine ha messo in risalto l'incompatibilità del modello decisionale algoritmico con alcuni principi fondamentali dell'azione amministrativa, quali il buon andamento, l'imparzialità, la proporzionalità e la ragionevolezza.

Le considerazioni svolte sull'opacità strutturale degli algoritmi e sulla necessità di una motivazione rafforzata, funzionale a legittimare l'esercizio del potere amministrativo nell'ambito di un processo decisionale automatizzato, hanno suggerito di orientare le riflessioni di questa parte conclusiva del lavoro sui profili di responsabilità, e di ipotizzare in questa prospettiva il ricorso alla categoria civilistica della responsabilità da prodotto

difettoso di guisa da valutare, come peraltro fa unanimemente la giurisprudenza civile, la recessione dell'elemento soggettivo e la valorizzazione, invece, del profilo relativo al danno ingiusto.

La terza ed ultima parte, che rappresenta il cuore del lavoro, è stata affrontata prendendo le mosse dalla consapevolezza che l'attuale impianto organizzativo della pubblica amministrazione è caratterizzato da una carenza di "saperi giusti" ad affrontare i percorsi di digitalizzazione ed automazione, elemento questo che ha indotto a segnalare la necessità, in una ottica di quadratura del sistema, di creare un nuovo 'corpo tecnico' con specifici compiti di vigilanza sul funzionamento degli algoritmi. La crisi dell'amministrazione per algoritmi, inoltre, è emersa sia dalla difficoltà che il lavoro mette in luce di praticare un momento di controllo interno da parte della pubblica amministrazione come dei cittadini, sia dallo spostamento di fatto dell'esercizio dell'attività amministrativa in capo ai soggetti privati ideatori dell'algoritmo, i quali finiscono per esercitare la propria attività non necessariamente in linea con l'articolo 1, comma 1-ter, della legge n. 241 del 1990, attesa la difficoltà che questi (oltre ai pubblici poteri tradizionalmente intesi) sovente tradiscono di garantire i principi generali dell'azione amministrativa.

Nelle conclusioni del lavoro si giunge a sostenere che l'esternalizzazione della realizzazione dell'algoritmo a favore di soggetti privati può coincidere, soprattutto laddove gli algoritmi vengano utilizzati nei procedimenti discrezionali, con l'esternalizzazione della funzione amministrativa, tenuto conto del basso livello di alfabetizzazione digitale che impedisce l'esercizio del potere di controllo da parte dell'amministrazione. Una tale considerazione, che pone problemi di tenuta delle garanzie che corredano l'esercizio del potere amministrativo, e che segnala l'inammissibilità delle ipotesi in cui la sostituzione del privato col pubblico non venga accompagnata dall'osservanza da parte del primo di simili cautele, consente di individuare momenti di celebrazione della tecnica rispetto al diritto ed alle scelte politiche amministrative quante volte venga esternalizzato l'esercizio della funzione amministrativa (se all'interno di essa si fa rientrare quella discrezionale) a soggetti privati i quali sono tenuti a realizzare gli algoritmi.



## CAPITOLO I

### TECNICA E DIRITTO NELL'EVOLUZIONE DELLA DOTTRINA GIUSPUBBLICISTICA: I TERMINI DELLA RELAZIONE. STRUMENTALITÀ O SOCCOMBENZA?

**SOMMARIO:** **1.** Riferimenti al concetto di tecnica nella teoria generale del diritto e la necessità di un inquadramento. La logica della ricostruzione tra diritto e tecnica per uno studio sull'amministrazione per algoritmi. **2.** L'irrelevanza della tecnica nell'attività amministrativa. Le tesi di F. Cammeo ed E. Presutti. La discrezionalità tecnica e le differenze concettuali. Il superamento della distinzione tra fatti semplici e fatti complessi; **3.** La tripartizione delle attività tecniche delle pubbliche amministrazioni. La tesi di O. Ranalletti e l'emersione di una discrezionalità tecnico-amministrativa. **4.** L'impatto dello sviluppo tecnico-scientifico sull'attività amministrativa. L'abbandono della tecnica come giustificazione dell'insindacabilità del potere e l'accoglimento della sua concezione come limite alla discrezionalità. La tesi di V. Bachelet. **5.** Le norme tecniche come risposta alla necessità di conciliare il diritto al progresso scientifico. Premessa **5.1.** L'impossibile immedesimazione delle norme tecniche nelle norme giuridiche. Le norme tecniche come norme interne nella ricostruzione di A. De Valles e l'emersione di un approccio soggettivo **5.2.** Criteri ed usi tecnici nella delimitazione delle norme tecniche nel pensiero di V. Bachelet: obiettivizzazione dell'azione amministrativa e limitazione del potere discrezionale. **5.3.** L'identificazione delle norme tecniche con le premesse logiche della norma giuridica. Le norme tecniche nella ricostruzione di A.M. Sandulli: assimilazione con la norma giuridica e sentimento di ingiustificato timore di abdicazione. **5.4.** Tecnica e potere nell'itinerario interpretativo di F. Ledda. La norma tecnica quale archetipo della distinzione e le prime sollecitazioni alla concezione della tecnica come potere autonomo. **5.5.** L'accezione contenutistica delle norme tecniche e l'erosione del potere dello Stato in relazione ai processi di globalizzazione. Le riflessioni di A. Predieri. **5.6.** Le differenti accezioni del concetto di tecnica alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale. La prospettiva della 'neutralizzazione' non solo dell'oggetto (atti normativi ed amministrativi) ma anche dei soggetti (legislatore e pubblica amministrazione). **6.** La tecnica come struttura di potere reale ed elemento giustificativo di una riserva di valutazione. Gli approdi di C. Marzuoli e le conferme sulla pervasività della tecnica. **7.** La rapida evoluzione delle nuove tecnologie al cospetto della "stabilità" del potere amministrativo: cenni introduttivi alla ricostruzione dei principali problemi della relazione ed un approccio alla 'quarta fase' della informatizzazione. **8.** La tecnica come strumento di predeterminazione del potere discrezionale. Vantaggi e rischi dell'approccio autolimitativo: dal 'potere misurabile' al 'potere incontrollabile'? Premesse teoriche per l'analisi dei principali problemi dell'amministrazione per algoritmi. Premesse teoriche per l'analisi dei principali problemi dell'amministrazione per algoritmi.

1. *Riferimenti al concetto di tecnica nella teoria generale del diritto e la necessità di un inquadramento. La logica della ricostruzione tra diritto e tecnica per uno studio sull'amministrazione per algoritmi.*

L'amministrazione per algoritmi è certamente un tema che, soprattutto negli ultimi anni, ha animato il dibattito giuridico, e la centralità del tema emerge dalla circostanza per cui in esso si registrano le più differenti posizioni della dottrina relative ad una ammissibilità totale ovvero limitata ad alcuni procedimenti amministrativi, nonché orientamenti giurisprudenziali che sono ben lontani dall'attribuire una sufficiente quota di stabilità nei confronti di amministrazioni e cittadini.

Tuttavia, prima di poter svolgere alcune riflessioni in ordine alla compatibilità dei nuovi strumenti informatici con l'ordinario statuto della pubblica amministrazione, non si può prescindere dall'effettuare alcune considerazioni introduttive sul significato che, nel corso della propria parabola evolutiva, il concetto di tecnica ha assunto nella dottrina giuspubblicistica, locuzione la cui delimitazione risulta essere estremamente complessa.

La difficoltà di inquadrare in un modello tendenzialmente unitario il complesso intreccio delle relazioni tra tecnica e diritto è rinvenibile anzitutto nella varietà di significati sottesi al primo termine e, inoltre, nelle numerose declinazioni del rapporto anche dovute alla specifica materia nella quale scienza e diritto entravano in contatto<sup>8</sup>. Anticipando quella che poi sarà una delle conclusioni che saranno svolte sul rapporto tra potere pubblico e strumenti informatici, solo una determinata concezione di tecnica - quella, cioè, per la quale essa venga valutata nel senso dell'efficienza dei mezzi e nella prospettiva di una fase istruttoria completa ed adeguata - è quella che a nostro avviso sembrerebbe giuridicamente compatibile con le valutazioni politiche e discrezionali che rappresentano l'essenza dell'attività amministrativa.

Il percorso di circoscrizione del significato di tecnica, come può evincersi da quanto appena detto, non ha assunto una direzione sempre lineare, e ciò a maggior ragione se si considera come l'estrema rapidità che ha investito i numerosi passi in avanti del processo tecnologico sembra aver sovvertito gli iniziali approdi definitivi cui si era giunti.

---

<sup>8</sup> M. TALLACHINI, *La costruzione giuridica dei rischi e la partecipazione del pubblico alla decisioni science-based*, in G. Comandè, G. Ponzanelli (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004, p. 339, secondo cui "le norme che regolano attività e prodotti della scienza, l'intervento giuridico che utilizza un background di conoscenze specialistiche, i concetti e le qualificazioni giuridiche la cui definizione dipende da nozioni scientifiche, sono ormai sparse in ogni branca dell'ordinamento".

In un primo momento, soprattutto gli studiosi della filosofia del diritto rilevavano come la tecnica - da qualificarsi come un sapere specializzato, limitato all'oggetto della propria conoscenza ad un singolo oggetto - fosse strumentale a verificare la congruità dei mezzi rispetto ad un determinato obiettivo<sup>9</sup>, mentre al diritto e, quindi, alla politica, veniva affidato il compito di assunzione delle scelte e delle responsabilità derivanti dalle risultanze dell'istruttoria tecnica.

In altre parole, la relazione tra diritto e tecnica si assestava su una primazia del primo rispetto alla seconda, sulla convinzione che la tecnica non potesse svolgere quell'attività di mediazione e bilanciamento tra i vari interessi in gioco che, invece, spetta alla politica<sup>10</sup>.

L'avvento della società industriale e delle nuove tecnologie<sup>11</sup> ha posto sensibilmente in crisi questo assetto che ormai si era venuto a delineare<sup>12</sup>, e la ragione di questo scostamento è rinvenibile, come detto, nella poliedricità della nozione di tecnica: quest'ultima, definita correttamente da Ellul come "l'ambiente entro il quale l'uomo si muove"<sup>13</sup>, è talmente prepotente da sollevare numerose questioni che incidono sensibilmente sul rapporto tecnica-diritto.

In primo luogo, ci si chiede se sia ancora attuale concepire la tecnica come mezzo per il raggiungimento di determinati fini ovvero se la tecnica stessa abbia subito una metamorfosi tale da trasformarsi essa stessa in uno specifico fine da perseguire<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> M. HEIDEGGER, *La questione della tecnica*, Firenze, 2017, p. 262. Secondo J. ELLUL, *Tecnica*, in *Enc. giur. Treccani*, la tecnica è sempre unicamente mezzo o insieme di mezzi, posti in correlazione gli uni con gli altri e caratterizzati innanzitutto dalla ricerca dell'efficacia.

<sup>10</sup> F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001, p. 19.

<sup>11</sup> Sul punto, cfr. M. CLARICH, *Istituzioni, nuove tecnologie e sviluppo economico*, Napoli, 2017, dopo aver sostenuto come sia stato lo sviluppo delle nuove tecnologie a comportare un punto di svolta sotto il profilo economico e sociale (p. 8), conferma come la tecnologia sia una parte integrante della società industriale, nella misura in cui "lo stesso meccanismo concorrenziale induce le imprese a investire nell'innovazione tecnologica allo scopo di acquisire vantaggi competitivi" (p. 12). Nello stesso senso, A. MANGIA, *Presentazione*, in E. FORSTHOFF, *Lo Stato della società industriale*, Milano, 2011, p. VI, analizza la nuova concezione del rapporto tra Stato e tecnica, che se fino agli anni Sessanta poteva essere considerato nell'ambito della c.d. "realizzazione sociale", con l'avvento della società industriale si trasforma nella c.d. "realizzazione tecnica".

<sup>12</sup> Come confermato anche da R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, 2004, p. 253, per il quale è proprio "l'irruzione sugli scenari delle società industriali complesse della tecnica e delle tecnologie a originare [...] le nuove emergenze che determinano e qualificano i più recenti percorsi del diritto amministrativo".

<sup>13</sup> J. ELLUL, *Tecnica*, cit.; allo stesso tempo, ritiene di aderire al binomio tecnica-ambiente U. GALIMBERTI, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, 2019, p. 34, ove sostiene che fini e mezzi sono tecnicamente articolati ed hanno bisogno della tecnica per esprimersi; secondo A. ZEI, *Tecnica e diritto tra pubblico e privato*, Milano, 2008, p. 6, la tecnica "si situa da sempre in quell' "altrove" che minaccia l'autonomia del diritto".

<sup>14</sup> Una raffinata tripartizione delle relazioni sussistenti tra Stato e tecnica viene proposta da E. FORSTHOFF, *Lo Stato*, cit., pp. 41-42. La prima comporta un processo di identificazione dello Stato con la tecnica; la seconda cerca di comporre il conflitto ritenendo lo Stato come espressione e custode di un ordine

In secondo luogo, sembrano meritevoli di approfondimenti (che poi verranno svolti anche con specifico riferimento alla normazione tecnica) le questioni in ordine alla nuova portata globalizzata delle tecniche che, conseguentemente, avrebbero condotto alla sostanziale incontrollabilità che da esse derivano in relazione alla velocità con cui queste si espandono<sup>15</sup>.

Infine, ulteriore profilo da analizzare riguarda la eventuale sopravvivenza del carattere neutrale che ha storicamente contraddistinto l'esercizio della tecnica<sup>16</sup>, tenendo conto del cambiamento ormai avvenuto che ha determinato il passaggio dal concetto di 'tecnica come mezzo' a quello di 'tecnica come fine'.

Quanto al primo punto, con il passare del tempo i mezzi tecnici hanno subito una costante espansione tale da non consentire più, almeno a detta dei filosofi del diritto, il dominio dell'uomo sulle tecniche e sulle contestuali scelte che dal ricorso ad esse ne derivavano. Estremamente interessante, a tal proposito, appare il dibattito tra Natalino Irti ed Emanuele Severino, dal quale emergono posizioni sostanzialmente opposte per quanto riguarda la relazione tra diritto e tecnica.

Al primo autore si deve l'emersione di un c.d. tecno-diritto<sup>17</sup>, da intendersi non come la tecnica del diritto quanto, piuttosto, quale termine per descrivere la situazione del diritto ai giorni nostri, in virtù di una relazione tra due 'potenze' (quella giuridica e quella tecnica)<sup>18</sup>. Il punto di partenza illustrato già pare abbastanza emblematico per definire la volontà di ricostruire il rapporto tra diritto e tecnica non in termini di subordinazione, ma su un versante di necessarietà reciproca nel perseguimento del fine<sup>19</sup>, sostenendo che

---

politico, indipendente dalla tecnica, che trattegi il confine entro cui può esprimersi la realizzazione tecnica; infine, nell'ultima prospettiva viene avvalorata l'idea dello Stato come complementare dello sviluppo della società industriale.

<sup>15</sup> C. VIDETTA, *L'amministrazione della tecnica*, Napoli, 2008, p. 3; Gli squilibri del processo di globalizzazione sono messi in rilievo da S. CASSESE, *Nel labirinto delle globalizzazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, pp. 921 ss.; ma già in passato, sempre S. CASSESE aveva svolto alcune riflessioni sull'avvio di tali tendenze: *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, pp. 331 ss., nonché *Lo spazio giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, pp. 323 ss.; secondo L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 1, le ideologie politiche si sono indebolite poiché caratteristica del diritto moderno è la territorialità, mentre la tecnica e l'economia si sviluppano in spazi senza frontiere.

<sup>16</sup> Sottolinea M. CLARICH, *Istituzioni*, cit., pp. 25-26, come uno dei principi della nuova regolazione delle Autorità indipendenti sia quello della c.d. neutralità tecnologica; infatti, attraverso la fissazione di regole "tecnologicamente neutrali", si eviterebbero sia ricadute negative sotto il profilo della concorrenza, sia una disincentivazione del progresso tecnologico.

<sup>17</sup> Questa espressione è di N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007, p. 13.

<sup>18</sup> A detta di E. RESTA, *Il diritto, la libertà, la tecnica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 87, quello che invece accomuna tecnica e diritto non è "la logica della «potenza», ma quello dell'ambivalenza: di quell'ambivalenza che vive della complicità dei contrari e che non può oscillare tra di essi".

<sup>19</sup> Una ricostruzione della relazione tra diritto e tecnica viene anticipata, soprattutto con riguardo alle nuove tecnologie, da A.G. OROFINO, *Forme elettroniche e procedimenti amministrativi*, Bari, 2008, p. 9, il

mentre la scelta degli scopi deve essere politica, la tecnica può soccorrere solo nella scelta dei mezzi, e cioè per stabilire la conformità di quest'ultimi (i mezzi) con i primi (i fini)<sup>20</sup>.

Queste posizioni conservative del ruolo determinante del diritto e della politica vengono prontamente sconfessate da Emanuele Severino e dai successivi studi filosofici che si sono occupati del tema, nel cui filone si assesta quella linea di pensiero che tende ad affermare che l'obiettivo della tecnica si rinviene nell'incremento indefinito della capacità di realizzare scopi e soddisfare bisogni<sup>21</sup>. In particolare, è stato sostenuto che la tecnica assume quale fine la crescita infinita delle capacità di realizzare scopi, tende all'onnipotenza, e la forma di ogni produzione tecnologica specializzata si rinviene nella volontà di produrre qualcosa che concorra all'aumento indefinito della potenza dell'apparato scientifico-tecnologico<sup>22</sup> nel solco di una "ineludibile domanda di certezza, sicurezza e stabilità proveniente dalla società"<sup>23</sup>.

Un tale approdo, come è evidente, più che generare una tensione tra la tecnica ed il diritto<sup>24</sup>, segna un vero e proprio *de profundis* della politica e del diritto, che vanno

---

quale sostiene che se per un verso il diritto è costretto ad inseguire gli sviluppi scientifici, fornendo una disciplina che sia utile alla tutela dei beni minacciati dal progresso o alla regolamentazione delle nuove situazioni che il progresso crea, per altro verso, però, è la tecnica a porsi in posizione servente rispetto al diritto, offrendo una serie di mezzi idonei al soddisfacimento di esigenze che da sempre connotano il mondo giuridico e che trovano, con l'evoluzione dei sistemi comunicativi, nuove forme di appagamento.

<sup>20</sup> N. IRTI, *Il diritto*, cit., p. 16; L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, cit., p. 2, concorda con le conclusioni cui giunge Irti sulla prevalenza del diritto che deve orientare la tecnica - affermando che "il diritto deve sì agevolare o non ostacolare il progresso della tecnica, ma come mezzo per il raggiungimento di scopi scelti dalla volontà politica" - ma non con le premesse che accompagnano il pensiero dell'Autore. Più recentemente, G. FINOCCHIARO, *Riflessioni su diritto e tecnica*, in *Dir. inform.*, 2012, p. 838, condivide l'approccio per così dire positivista della relazione tra diritto e tecnica, sostenendo che la tecnica deve essere etero-diretta, o quantomeno controllata dalla politica. Inoltre, E. FORSTHOFF, *Lo Stato*, cit., p. 45, sottolinea l'esigenza di comprendere come, se è vero che la tecnica si sviluppa "per forza propria", la politica debba imporre dei limiti imposti dalla "ordinata convivenza umana".

<sup>21</sup> N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001, p. 29, ma in precedenza E. SEVERINO, *Il destino della tecnica*, Milano, 1998, *passim*. U. GALIMBERTI, *Psiche e techne*, cit., p. 33, nel richiamare la tesi di Severino, sostiene che la forza trainante della tecnica deve rinvenirsi (anche) nella crescita quantitativa della stessa, che ha ormai reso imprescindibile lo svolgimento dell'azione in assenza della tecnica. In altre parole, se il mezzo tecnico è la condizione necessaria per la realizzazione di un fine che non può essere conseguito in assenza di tale mezzo, il conseguimento del mezzo diventa il vero fine da perseguire (p. 37).

<sup>22</sup> N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, cit., pp. 30-32.

<sup>23</sup> In questi termini, A. MOLITERNI, *Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell'ordinamento*, in A. Moliterni (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice*, Napoli, 2021, p. 5. Molto efficace è un passaggio di F. BENVENUTI, *Caso e incertezza del diritto*, in AA.VV., *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. II, Milano, 1988, pp. 27 ss., secondo il quale "l'incertezza del diritto [...] altro non è se non il divenire della società e quindi del suo ordinamento giuridico".

<sup>24</sup> Come sostiene, invece, M. LUCIANI, *Dal chòs all'ordine e ritorno*, in *Riv. fil. dir.*, 2019, p. 350. Su binari diversi si assesta, invece, la posizione di L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, cit., p. 5, che critica l'emersione di una concezione onnipotente della tecnica e predominante sul diritto, in quanto comporterebbe la trasformazione della finalità di quest'ultimo, che passerebbe dalla legalità procedimentale alla verità contenutistica. Secondo P. LAZZARA, *La normativa tecnica. Integrazione tra pubblico e privato nella prospettiva della pluralità degli ordinamenti*, in AA.VV., *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. I,

dissolvendo la principale funzione che gli è attribuita e, cioè, quella della definizione degli scopi: “non è più il fine a condizionare [...] l’acquisizione di mezzi tecnici, ma sarà la cresciuta disponibilità dei mezzi tecnici a dispiegare il ventaglio di qualsivoglia fine che per loro tramite può essere raggiunto”<sup>25</sup>. In continuità con tale pensiero, si fa strada una idea in virtù della quale la tecnica diviene per un verso il destino e, per altro verso, il pericolo dell’uomo: destino, in quanto essa è inevitabilmente legata all’uomo, nel senso che quest’ultimo ne subisce gli effetti; pericolo, in quanto, nella sua ottica oggettivizzante, si trasforma in un modo di disvelamento per obliare l’essere<sup>26</sup>.

Queste conclusioni, dalle quali emerge il dominio della tecnica sull’uomo e la decadenza del diritto e della politica, non solo meritano di essere accolte con non poche riserve<sup>27</sup> ma, conseguentemente, possono aprire una ulteriore riflessione teorica che dà conto della trasformazione in atto che riguarda il decisivo passaggio dalla tecnica alla tecnocrazia<sup>28</sup>.

Uno dei principali studi sul punto si deve certamente a Meynaud, che in un primo passaggio rappresenta la tecnica come quegli atteggiamenti o quelle decisioni ispirate da considerazioni tecniche che manifestano la preoccupazione dell’efficienza, e che non sono nocive in quanto tali; in molte circostanze, infatti, lo sforzo di razionalità sotteso a tali operazioni è rivolto al miglioramento della gestione sociale<sup>29</sup>.

Tuttavia, il passaggio dalla tecnica alla tecnocrazia - dal quale emergono numerosi rilievi problematici - si compie nel momento in cui la prima voglia dominare il diritto invece che adeguarsi alle prescrizioni normative, realizzando un vero e proprio slittamento delle competenze dall’apparato politico all’apparato tecnico, con la

---

Napoli, 2011, pp. 396-397, la tensione tra tecnica e diritto spingerebbe verso soluzioni di compromesso: “la regolazione giuridica accetta un grado di relativa precarietà, ammettendo periodici adattamenti delle prescrizioni rispetto allo stato della scienza e della tecnica; le ipotesi scientifiche e le soluzioni tecniche - d’altra parte - assurgono a rilievo giuridico soltanto quando ottengono generale riconoscimento nei settori disciplinari di riferimento e divengono effettivamente praticabili”.

<sup>25</sup> M. HEIDEGGER, *La questione della tecnica*, cit., p. 37. A. MANGIA, *Presentazione*, in E. FORSTHOFF, *Lo Stato*, cit., p. XLIII, ritiene che “la complessità della società industriale, in altre parole, riduce al minimo l’area della decisione politica ideologicamente orientata” e “dilata il ruolo delle conoscenze tecniche e settoriali nella decisione pubblica”.

<sup>26</sup> M. HEIDEGGER, *La questione della tecnica*, cit., p. 18.

<sup>27</sup> Sono a nostro avviso estremamente calzanti le riflessioni di R. DAHL, *Democrazia o tecnocrazia?*, Bologna, 1987, p. 11, secondo il quale “Il mito della «ingegneria sociale», ossia della applicabilità di un sapere tecnico scientificamente orientato si fonda sulla sopravvalutazione delle possibilità applicative della scienza negli affari pubblici”.

<sup>28</sup> Numerosi sono gli studi che si sono occupati della ricostruzione storica del pensiero tecnocratico. C.M. RADAELLI, *Technocracy in the European Union*, Londra, 1999; B. BURRIS, *Technocracy at work*, New York, 1993; J. MEYNAUD, *La tecnocrazia*, Roma-Bari, 1966. Ricostruisce sinteticamente i profili problematici sul tema, D. FISICHELLA, *Tecnocrazia (voce)*, in N. Bobbio, N. Matteucci (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, 1976, pp. 1028-1030.

<sup>29</sup> J. MEYNAUD, *La tecnocrazia*, cit., p. 37.

preoccupante acquisizione da parte di quest'ultimo della capacità di determinare le scelte del "responsabile sociale"<sup>30</sup>. In tali circostanze, l'emancipazione del potere dai suoi tradizionali connotati democratici rischia di condurre ad uno "spossessamento della funzione di *decision-making* sulla cosa pubblica ad opera degli esperti", comportando una inevitabile trasformazione della decisione politica in un risultato di calcoli e di previsioni scientifiche, del tutto priva di margini di valutazione discrezionale<sup>31</sup>.

Ulteriore profilo critico della relazione in esame, conseguente all'assunto carattere predominante della tecnica, riguarda la capacità umana di controllare le risultanze della stessa. Se è vero - come afferma qualcuno - che il giurista deve servirsi della tecnologia e, al tempo stesso, "l'età tecnologica ha bisogno dell'opera del giurista"<sup>32</sup>, è altrettanto vero che il principale ostacolo alla realizzazione di tale bilanciamento debba ascrivarsi all'inadeguatezza dell'uomo di far fronte ai cambiamenti che la tecnica gli sottopone<sup>33</sup>.

In termini generali, il giurista è chiamato ad una sfida importante: adeguarsi alla realtà con la stessa rapidità che caratterizza l'evoluzione delle nuove tecnologie<sup>34</sup>. Tale strada sembra, infatti, l'unica percorribile per tentare di smentire e sovvertire la tendenza predominante della tecnica che ormai è in atto, ma della quale ci si auspica di farne a

---

<sup>30</sup> J. MEYNAUD, *La tecnocrazia*, cit., p. 60. La trasformazione dalla signoria dell'uomo alla signoria della tecnica viene messa in risalto, inoltre, da U. GALIMBERTI, *Psiche e techne*, cit., p. 345, il quale, riferendosi ad un processo di spostamento della soggettività, non condivide quel binomio uomo-soggetto/tecnica-strumento, poiché la tecnica disporrebbe dell'uomo alla stregua di un suo funzionario.

<sup>31</sup> D. FISICHELLA, *Tecnocrazia*, cit., p. 1028. Sul punto, cfr. anche N. IRTI, *Il diritto*, cit., p. 17, per il quale si dovrebbe fare a meno delle "ingenuità o scaltrezze *tecnocratiche*, le quali, confondendo la funzionale scelta dei mezzi con la storica scelta dei fini, surrogerebbero le aspre e crudeli lotte della politica con 'dibattiti', 'convegni', 'tavole rotonde' di 'esperti' e 'competenti'". Inoltre, per A. ZEI, *Tecnica e diritto*, cit., p. 8, la differenza tra tecnica e tecnocrazia si rinviene nella circostanza per cui mentre la tecnica "pone il suo sapere a servizio della politica, rendendo possibile realizzare i fini che quest'ultima ha prescelto", la tecnocrazia e, quindi, i tecnocrati, "assumono, o ricevono, un vero e proprio potere decisionale". Il fenomeno della tecnocrazia, tra le altre materie, ha assunto un ruolo centrale nell'ambito del governo delle aziende sanitarie: sul punto, in particolare, si vedano F. LIGUORI, "*Politica*" e "*amministrazione*" nelle aziende sanitarie, in *Dir. lav. merc.*, 2009, pp. 49 ss., nonché in precedenza da A. ROMANO TASSONE, *L'azienda sanitaria tra democrazia e tecnocrazia*, in *San. pubbl.*, 1997, pp. 388 ss.; tuttavia, a detta di V. FROSINI, *Il diritto nella società tecnologica*, Milano, 1981, p. 214, si tratterebbe di una "minaccia in realtà immaginaria, appunto perché [...] non si può separare e contrapporre il progresso tecnologico al progresso sociale". Tendenzialmente sulla stessa traiettoria si colloca E. RESTA, *Il diritto*, cit., p. 86, per il quale "Il problema vero non è tanto quello del chi decide e come ma su cosa si è chiamati a decidere. Il vero conflitto sta nell'interpretare le possibilità offerte dalla tecnologia come più o meno rispondenti a quei valori riflessivi indicati dal diritto".

<sup>32</sup> V. FROSINI, *Il diritto*, cit., p. 256.

<sup>33</sup> M. HEIDEGGER, *La questione della tecnica*, cit., pp. 24-25.

<sup>34</sup> Ma è molto chiaro alla dottrina come ogni conquista tecnica comporti inevitabilmente un processo di apprendimento di metabolizzazione e di apprendimento della stessa, che comporta inevitabilmente una sorta di esternalizzazione a soggetti specializzati "con la conseguente proliferazione di organi tecnici e organi a composizione mista in cui gli esperti affiancano i politici". In questo senso, C. VIDETTA, *L'amministrazione della tecnica*, cit., pp. 15-17.

meno quanto prima<sup>35</sup>. Se così non dovesse essere, e cioè se non l'ordinamento non riuscisse a cogliere quale "tipo di politica sia abbastanza forte da impadronirsi della nuova tecnica"<sup>36</sup>, il pericolo dell'*empasse* causato dalla impossibilità, da parte del diritto, di fornire una adeguata risposta politica al progresso della tecnologia consentirebbe l'inevitabile passaggio dalla c.d. "società del rischio" ad una 'società del danno'. Invero, è proprio l'autonomo progresso della tecnica rispetto alla politica ed al diritto a rendere estremamente problematico il contenimento dello sviluppo scientifico entro i limiti del 'rischio calcolabile', atteggiamento che comporterebbe ricadute estremamente negative nei confronti della società.

Le riflessioni generali appena effettuate sembrano utili per provare a calare gli approdi teorici nelle recenti tendenze che vanno sempre più espandendosi, in virtù delle quali l'apparato amministrativo tradizionale si trova a dover maneggiare *software* ed algoritmi di vario tipo. In tal senso, l'utilità della ricostruzione delle diverse concezioni della tecnica si può apprezzare utilizzando come punto di partenza dell'indagine non il concetto asettico di tecnica in quanto tale, ma il significato che essa assume in relazione allo specifico caso sulla quale incide.

In altre parole, se l'amministrazione sarà in grado di porsi al passo con i tempi ed adeguarsi alle costanti evoluzioni tecnico-scientifiche, la tecnica assumerà una funzione di mezzo più efficiente per il perseguimento dello scopo dettato dalla politica e dal diritto. Diversamente, se le strutture pubbliche non si doteranno di un personale fornito di un elevato *know-how* tecnico, sarà verosimile sostenere che la rapida evoluzione degli strumenti e delle cognizioni tecnico-scientifiche farà in modo che saranno esse stesse a definire lo scopo da perseguire, compiendo l'ultimo passaggio che segnerebbe il predominio della tecnica sulla politica<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Sono interessanti le considerazioni svolte da A. MOLITERNI, *Le disavventure della discrezionalità tecnica*, cit., p. 6, il quale condivisibilmente ravvisa, per un verso, la necessità di evitare un "dominio scongiurato della tecnica sulla politica", e per altro verso (opposto) accende la spia di un utilizzo incontrollato della tecnica da parte del potere politico. Anche M. CECCHETTI, *La produzione pubblica del diritto dell'ambiente: tra expertise tecnico-scientifico, democrazia e responsabilità politica*, in *DPCE online*, 2020, p. 3403, parla dei rischi, da un lato, della politicizzazione del sapere tecnico-scientifico e, dall'altro lato, della "obiettivizzazione/neutralizzazione pseudoscientifica" delle scelte politiche.

<sup>36</sup> C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, Bologna, 1998, p. 182.

<sup>37</sup> In questa prospettiva, sia consentito rinviare ad A. DI MARTINO, *The relationship between Law and Technique in the construction of Administration by algorithms*, in *Eur. rev. dig. adm. law*, 2021, pp. 199 ss.; ma si veda anche V. MOLASCHI, *Algoritmi e nuove schiavitù*, in *Federalismi.it*, 2021, pp. 206-207, ove condivisibilmente viene sostenuto che "Tecnologia e tecnica hanno sempre avuto la funzione di 'mezzi' per l'attuazione di decisioni prese da agenti umani; oggi si assiste ad una trasformazione di esse da 'strumento' a 'soggetto' di decisioni che incidono significativamente su diritti e libertà degli individui".

2. *L'irrelevanza della tecnica nell'attività amministrativa. Le tesi di F. Cammeo ed E. Presutti. La discrezionalità tecnica e le differenze concettuali. Il superamento della distinzione tra fatti semplici e fatti complessi.*

Costituisce notazione comune che la tecnica, nelle sue numerose sfumature, compare da oltre cento anni nel lessico giuridico del diritto pubblico, con un andamento che soprattutto sul tema della discrezionalità tecnica si è assestato nel ritenere la categoria come inadeguata e priva di un carattere di autonomia. Epperò nel mentre si è ritenuto che tale categoria dovesse sostanzialmente scomparire dal pacchetto di poteri di cui dispone l'amministrazione pubblica, perché foriero di numerosi problemi di coordinamento con la discrezionalità amministrativa<sup>38</sup>, è altrettanto curioso notare come l'ambiguità del termine abbia costantemente richiesto alla dottrina numerosi sforzi interpretativi per chiarire il trattamento giuridico (su tutti, quello del sindacato giurisdizionale) da riservare agli accertamenti e agli apprezzamenti non discrezionali, ma tecnici<sup>39</sup>.

A tal proposito, nonostante l'obiettivo della prima parte di questo lavoro sia quello di tentare di stabilire in che termini si va assestando la relazione tra diritto, tecnica e potere amministrativo, non ci si può esimere dal ripercorrere i percorsi interpretativi della dottrina che si è occupata di discrezionalità tecnica, nella misura in cui l'introduzione di tale categoria costituisce il terreno sul quale si sono sviluppati i primi contatti tra la tecnica ed il diritto.

Tra le prime riflessioni risaltano soprattutto le elaborazioni dovute a Cammeo<sup>40</sup>, dalle quali emerge nitidamente una mancanza di autonomia del concetto di 'tecnica'. La discrezionalità tecnica, seguendo il filone inaugurato dalla dottrina tedesca sui concetti giuridici indeterminati<sup>41</sup>, si realizza in presenza di "norme imprecise, la cui attuazione

---

<sup>38</sup> M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, p. 110, è uno dei primi studiosi che ravvisa come la c.d. discrezionalità tecnica, a ben vedere, non abbia niente di discrezionale in virtù della totale assenza del momento del bilanciamento degli interessi. Ma già in precedenza, M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della p.a.*, Milano, 1939, *passim*.

<sup>39</sup> In tempi più vicini ai nostri rispetto alle ricostruzioni dei primi anni del secolo scorso, Marzuoli scriveva - per sottolineare la complessità e l'ambiguità che hanno accompagnato il processo di definizione del concetto - che la valutazione tecnica non discrezionale, ma riservata, è "creazione cui si pone mano ma in definitiva si subisce. È il segno di un insuccesso o di una imperfezione e non è dato sapere se si tratti di un difetto del sistema teorico o di una presa d'atto della realtà". C. MARZUOLI, *Recensione a D. De Pretis, Valutazioni amministrative e discrezionalità tecnica*, 1995, in *Dir. pubbl.*, 1995, pp. 707-708.

<sup>40</sup> F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914 (con ristampa a cura di G. MIELE, 1960), pp. 195 ss.; per una ricognizione del pensiero di Cammeo sul tema della discrezionalità tecnica, cfr. A. ANDREANI, *La valutazione del fatto nel giudizio amministrativo e gli apprezzamenti tecnici della pubblica amministrazione nel pensiero di F. Cammeo*, in *Quad. fior. st. pens. giur.*, 1993, pp. 475 ss.

<sup>41</sup> Così come rilevati da D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, p. 132

presuppone il verificarsi di *fatti complessi*”, da valutare in relazione all’interesse pubblico ed il cui apprezzamento viene lasciato alla pubblica amministrazione<sup>42</sup>.

La centralità dei fatti complessi costituisce, nelle opere di Cammeo<sup>43</sup>, il presupposto logico per distinguere la discrezionalità tecnica sia dalla discrezionalità pura, perché nella prima “la norma regolatrice c’è, mentre nella discrezionalità pura manca”<sup>44</sup>, sia dalla attività vincolata, in quanto in quest’ultima si è in presenza di “norme precise [che] entrano in applicazione col verificarsi di fatti semplici”<sup>45</sup>. La discrezionalità tecnica, in

---

<sup>42</sup> F. CAMMEO, *Corso*, cit., p. 195 (corsivo nostro). Dello stesso avviso, tra gli altri, E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, III ed., Padova, 1954, pp. 16 ss.; anche F. LEVI, *L’attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, p. 264, sosteneva come “quando la fattispecie di un potere comprende delle categorie indeterminabili o vaghe, l’attività conoscitiva dell’organo amministrativo [...] tende ad accertare dei fatti non in quanto sono previamente descritti dalla legge, bensì in quanto sono in qualche modo connessi con l’interesse pubblico”. Non condivide tale interpretazione, invece, A. RASELLI, *Il potere discrezionale del giudice civile*, Milano, 1975, p. 48, che riteneva scorretta la qualificazione dogmatica fornita da Cammeo poiché avrebbe condotto ad un tendenziale annullamento della distinzione tra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura.

<sup>43</sup> F. CAMMEO, nella sua prima opera nella quale si è occupato del tema della discrezionalità tecnica, ha qualificato come fatti complessi quelli che devono essere realizzati in relazione ad un interesse specifico della pubblica amministrazione (cfr. *Le competenze di legittimità della IV Sezione e l’apprezzamento di fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it.*, 1902, p. 275); a distanza di circa un decennio, la nozione di ‘fatti complessi’ doveva sempre, come nella prima opera, riguardare un interesse specifico dell’amministrazione, ma perseguibili (e questa costituisce la vera novità del pensiero dell’Autore) attraverso il richiamo ai c.d. criteri tecnici (cfr. *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1910, p. 774). Su questo aspetto, si rinvia in dottrina una rilettura critica delle concezioni elaborate da Cammeo; in particolare, cfr. A. RASELLI, *Il potere discrezionale*, cit., p. 49, il quale formula alcuni dubbi sulla circostanza per cui per ‘fatti complessi’ si dovessero intendere sia quei “le norme della tecnica amministrativa (in quanto costituirebbero dei paradigmi dei quali si dovrebbe avvalere l’amministrazione anche nei casi di discrezionalità pura)”, sia le “regole distinte dalla tecnica giuridica e desunte da altre discipline (in quanto non ci sarebbe la necessità di contrapporre le norme per la cui applicazione sono necessarie valutazioni tecniche a quelle che si applicano mediante apprezzamenti discrezionali)”. Nel fondamentale e successivo studio portato a termine da C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, p. 6, è stato sostenuto che le differenti elaborazioni sulla c.d. discrezionalità tecnica formulate da Cammeo costituissero un sintomo evidente della precarietà della fisionomia dell’istituto.

<sup>44</sup> F. CAMMEO, *Corso*, cit., p. 195. Secondo C. VITTA, *Diritto amministrativo*, Torino, 1948, p. 305, dopo aver in un certo qual modo condiviso l’interpretazione di Cammeo affermando che “la discrezionalità dicesi pura quando a guida dell’a. p. non esiste alcuna norma, tranne quella generalissima di operare nel pubblico interesse, oppure la norma esiste, ma è talmente lata e indeterminata da lasciar pieno campo all’apprezzamento subiettivo dell’agente”, poco dopo sostiene che “non è però esatto dire sempre che non esistono se non norme generali a guida degli atti discrezionali”; invero, il legislatore “rinvia a criteri di valore, che si stabiliscono secondo norme pratiche in base all’*opinio plurimum*” (sempre p. 305). La ricostruzione di Cammeo non è condivisa da A. RASELLI, *Il potere discrezionale*, cit., p. 43, il quale, nell’obiettivo di dimostrare che non sussista alcuna differenza tra discrezionalità pura e discrezionalità tecnica, non ritiene accettabile immaginare che tale distinzione si poggi sull’impossibilità, da parte del singolo, di sindacare l’azione amministrativa dinanzi al giudice della legalità. Una ulteriore ricostruzione critica del pensiero di Cammeo è svolta da M.S. GIANNINI, *Lezioni*, cit., p. 98, ove nel ritenere che uno dei caratteri specifici della discrezionalità si rinvenga nella politicità (intesa in senso aristotelico), afferma espressamente come “chi nella discrezionalità vede delle norme non scritte, non si rende conto che una delle ragioni più valide della discrezionalità è la sua strumentalità politica nel senso angusto del termine”.

<sup>45</sup> F. CAMMEO, *Corso*, cit., p. 193.

questo modo, acquisisce un proprio spazio di autonomia poiché si sottrae all'alternativa discrezionale-vincolato<sup>46</sup>.

Cosicché, in un primo momento, l'istituto viene ricostruito sulla scorta della considerazione in virtù della quale la discrezionalità tecnica non si risolve in un caso in cui la pubblica amministrazione possa esercitare un "puro arbitrio"<sup>47</sup>, ma l'esercizio del suo potere è comunque determinato da *criteri di tecnica amministrativa*, nonché da quelli che la norma giuridica suggerisce in relazione alle esigenze della amministrazione<sup>48</sup>.

Tuttavia, in un passaggio successivo, e cioè quando viene affrontato l'aspetto relativo agli effetti giuridici, si ravvisano profili di affinità tra la discrezionalità tecnica e la discrezionalità pura<sup>49</sup>, sostenendo che quando la pubblica amministrazione è sottoposta a norme di discrezionalità tecnica, la sua attività rimane - nonostante la distinzione già operata e poi successivamente ripresa - rispetto agli interessati "come se si versasse in un caso di discrezionalità pura"<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> In questi termini, C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., p. 17.

<sup>47</sup> F. CAMMEO, *Corso*, cit. p. 195. A tal riguardo, D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., p. 137, nell'affermare come la tecnica rilevi come strumento di chiarificazione della norma imprecisa, sostiene che la stessa (tecnica) operi nel contesto di Cammeo come "negazione del potere di scelta proprio dell'attività discrezionale (pura), appunto come non-scelta, come non-puro arbitrio". Così, anche A. AZZENA, *Spunti per una riflessione su «regole tecniche» e merito amministrativo in relazione alla possibilità di sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità*, in *Studi in ricordo di Enzo Capaccioli*, Milano, 1988, p. 595, riteneva come la tecnica costituisse una "struttura del potere che tende a contrastare il primato del politico sul tecnico che è alla base dell'ordinamento".

<sup>48</sup> Si tratta di un passaggio già estremamente chiaro nel suo primo scritto sulla discrezionalità tecnica (*La competenza*, cit., p. 276) in quanto l'Autore, oltre a ritenere che l'amministrazione debba rispettare limiti e forme che segnano i confini del proprio potere discrezionale, afferma che "essa è vincolata dall'obbligo di operare nell'interesse pubblico secondo la legge del minimo mezzo, dall'obbligo cioè di *ben amministrare*" (il corsivo è nostro). Secondo A. RASELLI, *Il potere discrezionale*, cit., p. 35, Cammeo fornisce tre versioni del "fatto complesso": a) fatto da apprezzare secondo "un interesse specifico della pubblica amministrazione"; b) fatto da apprezzare sulla scorta di criteri tecnici, ma in relazione allo specifico interesse della p.a.; c) per l'accertamento del fatto necessario sia l'uso di criteri tecnici, sia una valutazione del pubblico interesse. Nello stesso senso, cfr. L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, p. 30. In termini critici rispetto alla "tripartizione del fatto complesso", si veda C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., p. 12, il quale sostiene come "è pur sempre la presenza o l'assenza di una valutazione da eseguire in relazione al pubblico interesse ciò che distingue il fatto costituente ipotesi di discrezionalità tecnica dal fatto semplice".

<sup>49</sup> È evidente la critica mossa alla ricostruzione di Cammeo da V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, p. 38, al concetto del c.d. fatto complesso, la cui non univocità della soluzione implicherebbe delle scelte che "per analogia con le scelte propriamente amministrative vengono dette discrezionali, ma di discrezionalità, appunto tecnica". Bachelet, nel suo lavoro monografico, delinea fondamentalmente due soluzioni, in difformità con la teoria avanzata da Cammeo: se la valutazione tecnica conduce a risultati univoci, senza la necessità di operare una valutazione di opportunità, non può parlarsi di discrezionalità, ma di apprezzamento tecnico; in alternativa, quando l'esito della valutazione tecnica non è univoca, per cui a queste ultime devono accompagnarsi valutazioni di opportunità in relazione al pubblico interesse da perseguire, ci sarà discrezionalità pura, e non tecnica.

<sup>50</sup> F. CAMMEO, *Corso*, cit., p. 197. In termini critici, V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, vol. II, Milano, 1987, p. 423, il quale ritiene che la sottrazione al sindacato giurisdizionale da parte della pubblica amministrazione (evidentemente laddove si faccia riferimento all'utilizzo di criteri tecnici) mal si concili con l'idea dello Stato di diritto.

Questa sovrapposizione - la cui tenuta sul piano sostanziale è stata poi smentita in numerosi studi successivi che hanno approfondito il tema delle valutazioni tecniche non discrezionali<sup>51</sup> - non solo ha fatto emergere, come detto in apertura, l'assenza di spazi di autonomia della tecnica nell'attività amministrativa<sup>52</sup>, ma è risultata strumentale all'Autore essenzialmente per affermare l'insindacabilità dell'operato dell'amministrazione sulla rivalutazione di tali fatti complessi<sup>53</sup>. In buona sostanza, Cammeo afferma sì la insindacabilità della discrezionalità tecnica, ma quale risultato di ragioni contingenti e non intrinseche del fenomeno<sup>54</sup>.

La questione del sindacato giurisdizionale emerge con evidenza in alcuni passaggi del *Corso* laddove ritiene che debba essere assolutamente evitato che vi siano dei giudici che non abbiano la giusta competenza in quelle particolari materie per le quali, tra l'altro, in caso di errore ne sarebbero irresponsabili<sup>55</sup>. Questa breve, e certamente non esaustiva,

---

<sup>51</sup> C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit.; F. LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, Napoli, 1999. Inoltre, A. GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto giuridico ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007, p. 26, rintraccia (alla nota 21) due limiti insuperabili nella concezione di discrezionalità tecnica elaborata da Cammeo. Il primo riguarda la concezione di discrezionalità amministrativa, che risulta essere sostanzialmente equipollente al concetto di insindacabilità. Il secondo, invece, è "di carattere politico-sociale, trattandosi di tesi elaborate in un contesto in cui di certo meno rilevante appariva quella commistione tra tecnica, diritto e attività dell'amministrazione". Inoltre, sul punto, G. PELAGATTI, *Valutazioni tecniche dell'amministrazione pubblica e sindacato giudiziario. Un'analisi critica dei recenti sviluppi della dottrina giuspubblicistica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, p. 164, ha sostenuto come tale distinzione assumesse "un significato marcatamente ideologico: attraverso il riferimento a quell'ordine concettuale, si poteva sostenere la sottrazione del sindacato di legittimità di una parte dell'azione amministrativa - quella governata dalle c.d. regole tecniche - che andava acquisendo un'importanza sempre maggiore. L'istanza ideologica insita nella nozione di «discrezionalità tecnica» si poneva in un quadro di mutamento della forma dello Stato italiano".

<sup>52</sup> Evidenziati anche da D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., p. 137, secondo la quale il concetto di tecnica così come analizzato da Cammeo si presta ad una sua lettura in termini di negazione del potere di scelta proprio dell'attività discrezionale pura, non accennando a quel valore di oggettività che la tecnica ha poi assunto nell'evoluzione della dottrina successiva.

<sup>53</sup> F. CAMMEO, *Corso*, cit., p. 197. Sulla stessa lunghezza d'onda, E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, p. 190. In termini difformi, C. VITTA, *Diritto*, cit., pp. 306-307, il quale dopo aver sostenuto che il termine "discrezionalità tecnica" può dar luogo ad equivoci, ritiene come si debba parlare di "discrezionalità susseguente all'accertamento di fatti semplici (la così detta discrezionalità pura) e di quella susseguente all'accertamento di dati tecnici". Secondo M. NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1986, p. 724, si tratterebbe della "soluzione peggiore", poiché "equiparando a questo fine la valutazione tecnica e quella amministrativa, ritiene la prima insindacabile come la seconda, anzi più della seconda, perché la valutazione amministrativa è sempre sindacabile sotto il profilo della logicità di essa (eccesso di potere), mentre, per il giudizio tecnico, proprio la tecnicità specifica del giudizio finisce per sottrarla al controllo di mera logicità".

<sup>54</sup> Questo aspetto è sottolineato da C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., p. 16, il quale afferma che "la caratteristica della discrezionalità tecnica sta in ciò che essa può essere equiparata alla discrezionalità amministrativa, sta (non nella insindacabilità ma) nella possibilità della insindacabilità".

<sup>55</sup> F. CAMMEO, *Corso*, cit., p. 197. Secondo A. GIUSTI, *Contributo*, cit., p. 25, la ricostruzione di Cammeo, l'assenza di un controllo giurisdizionale conferiva un maggior grado di effettività alle garanzie del privato, rispetto ad un controllo svolto da giudici non competenti su quei fatti complessi ed inoltre irresponsabili.

ricognizione sulle principali caratteristiche della discrezionalità tecnica nel pensiero di Cammeo presenta uno sfondo che potrebbe essere suddiviso in due immagini.

Nella prima è certamente dato scorgere che proprio l'assimilazione tra tecnica, norma imprecisa e insindacabilità induce a ritenere che il pensiero dell'Autore sia stato ampiamente influenzato da una sorta di presunzione di primazia del potere nei confronti della tecnica, soprattutto poiché erano ancora ben lontani i tempi in cui la stessa veniva considerata come sapere soggettivamente ed oggettivamente specialistico; tale approdo, come dirà Marzuoli molti anni dopo, risulta essere di estrema importanza poiché incide considerevolmente sulla (anche attuale) tenuta democratica del potere amministrativo<sup>56</sup>.

La seconda immagine, invece, prospetta l'idea che la tecnica, in quanto difficilmente governabile in virtù della propria complessità intrinseca, dovesse costituire null'altro che un mezzo per affermare la preferenza del potere amministrativo rispetto a quello giurisdizionale<sup>57</sup>.

Anche i poco successivi studi di Presutti denotano una mancata attenzione al ruolo della tecnica nell'attività amministrativa, ma è manifesta la continuità nel perseguire l'obiettivo di circoscrivere meglio il concetto di discrezionalità tecnica. Seppur discostandosi su alcuni aspetti, dei quali si dirà a breve, l'elaborazione di Presutti segue tendenzialmente la linea di pensiero inaugurata dagli studi di Cammeo, sostenendo che “la discrezionalità tecnica ha luogo malgrado l'esistenza d'una norma giuridica”<sup>58</sup>, e che è proprio la presenza di qualcosa “di particolare nella norma giuridica e precisamente nel suo contenuto” che consente di conferire un grado di autonomia a tale costruzione giuridica<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> Sono molto interessanti le considerazioni svolte da L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., il quale afferma, in un primo momento, che l'estensione della “libertà” attribuita all'amministrazione corrisponde ad una visione orlandiana di Stato amministrativo (p. 46) e, in un secondo momento, che l'allargamento dei poteri alle amministrazioni (quelli che nel corpo del testo abbiamo descritto come sintomatiche di una prevalenza del potere sulla tecnica) corrisponda “ad esigenze realistiche di modernizzazione dello Stato nel suo complesso, che, per essere adeguato al mutare delle situazioni sociali e politiche, avrebbe dovuto puntare sulla competenza e tecnicità dei funzionari” (p. 47, corsivo nostro). In termini generali, sulla modernizzazione come percorso perenne, M. RAMAJOLI, *A proposito di codificazione e modernizzazione*, cit., p. 365, che inquadra nella modernizzazione “il processo di mutamento su larga scala che avvicina una determinata società ai connotati considerati propri della modernità”

<sup>57</sup> Vi è chi nota, con riferimento alla ricostruzione sia di Cammeo che di Presutti, che “la tecnica più che in termini positivi operi principalmente come negazione del potere di scelta proprio dell'attività discrezionale (pura)”. In questo senso, F. LIGUORI, *Attività liberalizzate*, cit., p. 172.

<sup>58</sup> E. PRESUTTI, *I limiti*, cit., p. 48.

<sup>59</sup> Tale concezione di discrezionalità tecnica ha indotto L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., p. 39, a ritenere che se ne debba parlare (della discrezionalità tecnica) in termini di interpretazione, nella misura in cui non ha, al pari della discrezionalità pura, quel valore creativo, ma soltanto intellettuale.

Diversi sono i passaggi che meritano di essere segnalati nella ricostruzione operata dall'Autore: anzitutto non ritiene persuasiva la ricostruzione di Cammeo il quale, come è stato detto, ha sostenuto che si possa parlare di discrezionalità tecnica quante volte l'amministrazione si trovi dinanzi a fatti complessi da apprezzare<sup>60</sup>. In tal modo Presutti prova a svincolare la discrezionalità tecnica dalla valutazione sul pubblico interesse<sup>61</sup>, sostenendo che se non si utilizzasse questo criterio interpretativo cesserebbe ogni distinzione tra discrezionalità pura e discrezionalità tecnica<sup>62</sup>.

Ulteriore elemento di differenziazione rispetto al pensiero di Cammeo riguarda la distinzione tra fatti semplici e fatti complessi, che secondo Presutti non risulta essere né esatta, né chiara, in ragione della difficoltà di circoscrivere il significato del fatto complesso<sup>63</sup>. Da questa prospettiva non sarebbe dunque agevole tenere distinti i fatti semplici dai fatti complessi, poiché questi ultimi costituirebbero nulla più che la presenza di più fatti semplici. In tal senso, sembra possibile cogliere nel segno la critica di Presutti, per il quale sussiste certamente una distinzione tra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura, ma essa va tuttavia ricercata altrove.

A detta di Presutti, dovrebbe infatti superarsi la contrapposizione tra fatti semplici e fatti complessi e, invece, bisognerebbe considerare la distinzione tra fatti “di natura tale che di essi è logicamente possibile affermare che sussistono o non sussistono” e fatti “di natura tale, che di essi è possibile dire che sussistono o non sussistono, ma è anche possibile, qualora sussistano, che si presentino in misura infinitamente varia”, senza che le norme determinino “il grado, la misura in cui debbono presentarsi, perché si abbia l'effetto giuridico da esse contemplato”<sup>64</sup>.

Lo stesso Autore avrà modo di chiarire poco dopo che in tale ultimo caso non si possa parlare di discrezionalità laddove l'applicazione della norma conduca ad un giudizio affermativo o negativo dell'attributo, della qualità o del carattere cui la norma lega il sorgere di un effetto giuridico; viceversa, qualora la norma non si esprima sulla misura in cui debba presentarsi l'attributo, la qualità o il carattere affinché si abbia l'effetto giuridico, vi sarà discrezionalità amministrativa<sup>65</sup>.

---

<sup>60</sup> Condivide tale critica L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., p. 41.

<sup>61</sup> C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., p. 18.

<sup>62</sup> E. PRESUTTI, *I limiti*, cit., p. 53. Dello stesso avviso, A. RASELLI, *Il potere discrezionale*, cit., p. 48.

<sup>63</sup> E. PRESUTTI, *I limiti*, cit., p. 54, secondo il quale “fatti complessi, secondo la designazione della parola, dovrebbero essere quelli che constano di più fatti semplici, o anche di un fatto semplice, che presenti modalità molteplici” ed è necessario tenere conto di più circostanze per operare una valutazione giuridica.

<sup>64</sup> E. PRESUTTI, *I limiti*, cit., p. 54.

<sup>65</sup> E. PRESUTTI, *I limiti*, cit., p. 55.

Nonostante sia chiaro che nel pensiero di Presutti vi sia una evidente differenza tra discrezionalità pura e discrezionalità tecnica, che risiede come si è detto nell'estensione del precetto normativo, va anche detto che - come per Cammeo - l'effetto giuridico della discrezionalità tecnica è il medesimo di quello rintracciabile nella discrezionalità amministrativa, vale a dire nella insindacabilità da parte dell'autorità giudiziaria delle questioni tecniche<sup>66</sup>.

Ma anche in questo caso viene ben rimarcato il discrimine tra l'insindacabilità nel caso della discrezionalità pura e nel caso della discrezionalità tecnica.

Nel primo caso, l'insindacabilità può derivare sia dal fatto che "il diritto obiettivo non accorda ad alcun soggetto estraneo all'amministrazione la potestà di eccitare l'esercizio del sindacato giurisdizionale", ovvero dalla circostanza per la quale "la norma giuridica, pur accordando tale potestà a qualche singolo estraneo all'amministrazione, lascia a questa una più o meno larga libertà di apprezzamento per determinare se convenga emanare l'atto"<sup>67</sup>.

Alla base dell'insindacabilità della discrezionalità tecnica, invece, non vi è alcuna ragione strutturale<sup>68</sup>, ma vi sono motivi esclusivamente contingenti<sup>69</sup>, esterni<sup>70</sup>, dai quali è dato evincere un rapporto di evidente supremazia dell'amministrazione nei confronti degli amministrati.

La conclusione del percorso interpretativo operato dall'Autore risulta, tuttavia, abbastanza singolare per un motivo apparentemente semplice: se, per un verso, al termine del suo saggio, Presutti ritiene che una tale concezione di discrezionalità tecnica costituisca un retaggio degli incontrollabili poteri attribuiti allo Stato di polizia - che in quanto fenomeno storico è contingentato nei tempi e, inevitabilmente, non può che condurre ad un ridimensionamento del binomio "discrezionalità - insindacabilità"<sup>71</sup> - per

---

<sup>66</sup> E. PRESUTTI, *I limiti*, cit., p. 11. Sono estremamente lucide le riflessioni svolte da C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., p. 28, il quale - nello svolgere alcune riflessioni in ordine alla dottrina successiva a quella di Cammeo e Presutti - con riferimento proprio a quest'ultimo afferma che "Presutti, con la formula discrezionalità tecnica, designa un'area di fenomeni che, per quanto non rientranti nella discrezionalità, sono purtuttavia partecipi di una prerogativa della discrezionalità: la insindacabilità".

<sup>67</sup> E. PRESUTTI, *I limiti*, cit., p. 11. Si può convenire con la ricostruzione svolta da alcuni recenti studi che si sono occupati del tema, i quali hanno affermato che la ragione dell'insindacabilità dell'attività discrezionale pura poggia le proprie basi sulla maggiore idoneità delle amministrazioni a svolgere quelle determinate valutazioni, per il miglior perseguimento del pubblico interesse. In questo senso, A. GIUSTI, *Contributo*, cit., p. 30, nonché C. VIDETTA, *L'amministrazione*, cit., p. 38.

<sup>68</sup> F. LIGUORI, *Attività liberalizzate*, cit., p. 169.

<sup>69</sup> E. PRESUTTI, *I limiti*, cit., p. 16.

<sup>70</sup> Poiché afferma che dipende da ciò che il diritto obiettivo interdice di fare (e cioè effettuare il confronto tra atto e norma giuridica) al giudice di legittimità. Così, E. PRESUTTI, *I limiti*, cit., pp 11-12.

<sup>71</sup> E. PRESUTTI, *I limiti*, cit., p. 62. Ripercorre e condivide tale itinerario interpretativo, C. VIDETTA, *L'amministrazione*, cit., p. 39.

altro verso lo stesso Autore, nel mentre auspicava un superamento della discrezionalità tecnica, nondimeno finiva per ritenerla ancora utile in una ottica di quadratura del sistema.

3. *La tripartizione delle attività tecniche delle pubbliche amministrazioni. La tesi di O. Ranelletti e l'emersione di una discrezionalità tecnico-amministrativa.*

Particolarmente interessante è il tentativo proposto da Ranelletti, poi criticato espressamente da Presutti<sup>72</sup>, di sistematizzare i profili relativi all'attività tecnica della pubblica amministrazione, che come afferma Bachelet nel suo fondamentale lavoro<sup>73</sup>, risulta essere il primo momento nel quale la dottrina amministrativistica affronta questo tema non più dalla stretta - e potremmo dire insoddisfacente, soprattutto in virtù della centralità che oggi assume la tecnica nella produzione del diritto<sup>74</sup> - prospettiva della discrezionalità tecnica<sup>75</sup>.

Prima di analizzare in che modo viene inquadrata l'attività tecnica della pubblica amministrazione, il primo indice dell'inversione di tendenza che emerge dalla ricostruzione di Ranelletti riguarda l'evidente volontà di svincolare il concetto di discrezionalità tecnica dalla norma imprecisa<sup>76</sup> - che invece caratterizzava la concezione

---

<sup>72</sup> E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1920, p. 26, sostiene che “non interessa [a] questo punto l'attività *tecnica* dall'attività *amministrativa*; anzi si può dire che la distinzione non esiste; ma esiste invece quella fra norme *tecniche* e norme *giuridiche* e l'altra fra aspetto *tecnico* e aspetto *giuridico* dell'attività spiegata dagli agenti al servizio delle pubbliche amministrazioni”. Secondo O. RANELLETTI, *Attività amministrativa e attività tecnica*, in *Riv. Corte Conti*, 1911, pp. 4 ss., ora in *Scritti giuridici scelti*, Roma, 1992, pp. 693 ss., le due attività sono diverse e non possono né fondersi, né riunirsi, in una sola delle attività. Ancor più approfonditamente, cfr. O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, pp. 350 ss.

<sup>73</sup> V. BACHELET, *L'attività tecnica*, cit., p. 24, dopo aver sostenuto che il principale merito della ricostruzione operata da Ranelletti è da rinvenirsi in una attenzione allo studio non solo di atti amministrativi formali, ma anche di operazioni tecniche, afferma che il principale limite dell'opera è proprio quello di non aver portato a termine le riflessioni e le conseguenze di questa nuova prospettiva.

<sup>74</sup> Tema il quale è estremamente approfondito nello studio monografico di A. GIUSTI, *Contributo*, cit., spec. pp. 45-68.

<sup>75</sup> V. BACHELET, *L'attività tecnica*, cit.; Secondo F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, p. 181, nella ricostruzione di Ranelletti, l'interesse a verificare come la tecnica costituisca alle volte uno strumento del potere e come, altre volte, un limite di questo, non sia nettamente dichiarato, in quanto “oscilla tra i problemi di classificazione e quelli concernenti la portata del sindacato giudiziario”.

<sup>76</sup> Quello che D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., pp. 153 ss., definisce il passaggio “dalla norme imprecisa alla discrezionalità”, in quanto sembra voler distaccarsi dal rilievo conferito all'imprecisione del dato normativo e voler assumere la discrezionalità come “criterio per così dire omogeneo di soluzione del problema di controllo giurisdizionale della corrispondenza fra l'attività amministrativa e la norma”. A ben vedere, V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo*, cit., p. 432, svincola anche il concetto di discrezionalità pura dal carattere impreciso della norma, affermando che “l'imprecisione dei termini può dare luogo solo ad una norma oscura, della quale spetterà all'interprete chiarire il significato, ma non certo ad attribuire un potere discrezionale all'amministrazione che la deve applicare”.

di tale categoria rappresentata da Cammeo e Presutti - e di coniugare l'utilizzo della tecnica al migliore ed immediato perseguimento dell'interesse pubblico<sup>77</sup>.

In questo modo, si ha discrezionalità amministrativa tutte le volte in cui la disposizione consenta all'amministrazione di definire il proprio operato attraverso una valutazione degli interessi pubblici, e ciò anche laddove la norma imponga il compimento di una determinata azione ma, tuttavia, "fa dipendere la determinazione o il contenuto dell'atto dal concorso di elementi o condizioni di cui l'esistenza si può accertare mediante un apprezzamento subiettivo di interessi collettivi"<sup>78</sup>.

Uno dei principali approdi del pensiero di Ranelletti - soprattutto poiché hanno costituito a lungo un apripista fondamentale per gli studi sull'incidenza della tecnica sul potere - è certamente rinvenibile nell'affermazione secondo la quale l'attività che si esplica nella risoluzione di problemi tecnici e nel compimento di azioni ed opere tecniche prende il nome di *attività tecnica*.

È evidente quindi il rinnovato approccio nell'interpretazione della tecnica secondo Ranelletti<sup>79</sup>, il quale si distacca dalle dottrine precedenti di Cammeo e Presutti ed afferma che l'attività tecnica, in termini generali, presupponga il possesso di una serie di *cognizioni tecniche* - nel senso di una evidente preferenza della tecnica come sapere oggettivamente specializzato - che rendono possibile il compimento dell'azione amministrativa "secondo o nei limiti delle norme giuridiche vigenti e dare alla medesima quel contenuto, che agli interessi collettivi, cui si dirige, sia adeguato, cioè compiere un'azione legittima e conveniente"<sup>80</sup>.

Per giustificare l'autonomia del concetto di *attività tecnica* - che come avrà modo di chiarire più avanti è cosa ben diversa da quella che definisce *questione amministrativa*<sup>81</sup>

---

<sup>77</sup> O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, vol. I, Napoli, 1912, p. 350. Così, anche F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., pp. 264-265. In precedenza, G. FERRARIS, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione e l'autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, pp. 210-211, parlava di discrezionalità tecnica come una fusione fra apprezzamento tecnico e apprezzamento del pubblico interesse.

<sup>78</sup> O. RANELLETTI, *Principii*, cit., p. 367.

<sup>79</sup> O. RANELLETTI, *Principii*, cit., p. 351.

<sup>80</sup> O. RANELLETTI, *Attività amministrativa*, cit., p. 5, nonché *Principii*, cit., p. 351. Il passaggio dalla norma imprecisa alla discrezionalità nella concezione di Ranelletti viene anche sottolineata da F. LIGUORI, *Attività liberalizzate*, cit., p. 173, e da D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., pp. 149 ss.

<sup>81</sup> O. RANELLETTI, *Principii*, cit., p. 353. In termini parzialmente diversi, R. ALESSI, *Principii di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1974, pp. 239 ss., per il quale possono ravvisarsi dei casi in cui la *questione tecnica* sia assorbita dalla *questione amministrativa*. Ciò avviene quando la *questione tecnica* costituisca il presupposto per la soluzione di una *questione amministrativa*, ma anche quando la *questione* sia unica, ma vada risolta non solo in base a criteri tecnici, ma anche in base a criteri amministrativa, di talché la *questione* si dice tecnica e amministrativa. In questo caso, tenuto conto del fatto che l'attività tecnica tende a perseguire il pubblico interesse, si deve tener conto sia della scelta del *mezzo tecnico*, ma anche verificare come la scelta del mezzo tecnico incida positivamente sugli interessi pubblici da perseguire, la *questione* è tecnica ed amministrativa, e si può parlare di *discrezionalità tecnico-amministrativa*, "la quale è propria

- viene fornita una tripartizione della c.d. *attività tecnica della pubblica amministrazione*: in alcuni casi, l'attività tecnica costituisce l'antecedente o almeno un lato della attività amministrativa; in altri casi, l'attività tecnica è il mezzo di esplicamento della attività amministrativa, che si attua in base a quella determinata tecnica; infine, l'attività tecnica costituisce il mezzo della quale l'amministrazione si avvale nel perseguimento del proprio scopo<sup>82</sup>.

Il dialogo tra tecnica e potere emerge con evidenza quando Ranalletti si occupa di valutare gli effetti giuridici derivanti dall'illegittimo o irregolare utilizzo degli strumenti tecnici nell'azione amministrativa<sup>83</sup>. In alcuni casi la risoluzione erronea data ai problemi tecnici comporta la "non convenienza dell'azione amministrativa"; quando viene effettuato un richiamo alla seconda ipotesi di *attività tecnica* (e cioè al caso in cui l'azione amministrativa si attua proprio in base all'esercizio di quella determinata operazione materiale) Ranalletti ritiene al tempo stesso che "la illegittimità dell'opera tecnica comporterà necessariamente la illegittimità dell'azione amministrativa"; quando, infine, l'attività tecnica costituisce il mezzo con il quale l'amministrazione raggiunge il proprio scopo, la mancanza dell'opera comporterà la mera inefficacia dell'azione amministrativa, senza però incidere sulla convenienza ovvero sulla legittimità<sup>84</sup>.

---

discrezionalità e ne produce tutti gli effetti in quanto che essa implica sempre, da parte della pubblica amministrazione, una valutazione della sufficienza dell'interesse sussistente in concreto a giustificare l'azione amministrativa" (p. 242). Tuttavia, lo stesso Autore afferma che, conformemente a quanto sostenuto da Bachelet, vi siano due ipotesi nelle quali la *questione tecnica* non sia legata alla *questione amministrativa*: in primo luogo, quando si tratta di accertare la sussistenza di una condizione di fatto consistente in una qualità o attributo di natura tecnica, senza che poi sia concesso all'amministrazione valutare la misura in cui sussiste in relazione al pubblico interesse; in secondo luogo, quando l'attività amministrativa debba svolgersi mediante i mezzi tecnici e per tutto ciò che non attenga alla scelta del mezzo. Come si è detto prima la questione della scelta del mezzo è questione sia amministrativa sia tecnica: conclusa questa parte di scelta del mezzo, fondamentalmente le questioni sono esclusivamente tecniche e da risolvere mediante il ricorso a strumenti tecnici (p. 243). F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio d'infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm. (II)*, 1997, pp. 3303 ss., richiamando un orientamento della dottrina tedesca, sostiene come "le questioni da risolvere attraverso l'utilizzazione della tecnica rientrassero tra la *Rechtsfragen*, cioè le questioni di diritto e non tra le *Verwaltungsfragen*, quelle amministrative che si pensava allora di dover sottrarre al sindacato del giudice".

<sup>82</sup> O. RANELLETTI, *Attività amministrativa*, cit., p. 6. La tripartizione non viene però completamente accolta dagli studiosi che, in un momento successivo, si sono occupati più organicamente del tema. Una riflessione critica viene svolta da V. BACHELET, *L'attività tecnica*, cit., p. 19, a detta del quale le ultime due ipotesi "non sembrano differenziarsi nettamente per ciò che attiene al rapporto tra attività tecnica e attività amministrativa", nella misura in cui, in entrambi i casi, l'amministrazione cura l'interesse pubblico e raggiunge il proprio scopo esclusivamente attraverso l'attività tecnica.

<sup>83</sup> O. RANELLETTI, *Principii*, cit., pp. 356-357, il quale ritiene che lo stretto legame tra attività tecnica ed attività amministrativa si rinvenga anche negli effetti che scaturiscono dal compimento dell'operazione tecnica.

<sup>84</sup> Secondo V. BACHELET, *L'attività tecnica*, cit., p. 44, si tratterebbe di espressioni che "non mancano di qualche incertezza e oscurità".

Nonostante si evinca da tale ricostruzione un legame quasi inscindibile tra l'attività tecnica e l'attività amministrativa, che come abbiamo visto passa dall'essere strumento di buona amministrazione a condizione necessaria per il compimento dell'azione amministrativa, in un passaggio successivo viene sostenuto che “la questione tecnica per sé non può essere confusa con quella amministrativa, né trattata come questa; ma può essere trattata come questa solo quando, nel caso di cui si tratta, la questione tecnica è così collegata con quella amministrativa, che la discussione sulla prima influisce e pregiudica la seconda”<sup>85</sup>.

Fermo restando che sembra manifesta l'intenzione di ritenere che la discrezionalità tecnica non sia null'altro che una specie di discrezionalità amministrativa pura combinata con l'utilizzo di criteri tecnici<sup>86</sup> - non a caso si parla di “discrezionalità *tecnico-amministrativa*”<sup>87</sup> - particolarmente interessante è la notazione per cui, in tale circostanza, il potere si impone sulla tecnica<sup>88</sup>, che passa dall'aver un carattere centrale nell'attività amministrativa ad essere mezzo, privo di autonomia concettuale, per l'esercizio del potere discrezionale<sup>89</sup>.

Non ci si può esonerare, proprio in questo momento, dal richiamare le differenze tra i concetti di discrezionalità tecnica in Cammeo e Presutti rispetto a quelli elaborati nel pensiero di Ranelletti.

Mentre nelle ricostruzioni dei primi due Autori, come si è detto, e nonostante le differenze poc'anzi riscontrate, assumeva centralità il binomio “discrezionalità - insindacabilità”, senza che venissero in gioco specifici riferimenti all'attività valutativa riconducibili al perseguimento dell'interesse generale<sup>90</sup>, in Ranelletti emerge una tendenziale assimilazione tra la discrezionalità pura e quella *tecnico-amministrativa*, in quanto “la discrezionalità, sia l'apprezzamento puramente amministrativo, sia tecnico-

---

<sup>85</sup> O. RANELLETTI, *Attività amministrativa*, cit., p. 9.

<sup>86</sup> In termini critici, sul punto, F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., pp. 270 ss., nota 61. Inoltre, anche F. BASSI, *Note sulla discrezionalità amministrativa*, in AA. VV., *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1995, p. 56, nota come “il dilagare della tecnica non possa abbattere il confine concettuale che la contrappone alla discrezionalità amministrativa”.

<sup>87</sup> O. RANELLETTI, *Principii*, cit., p. 369.

<sup>88</sup> A. GIUSTI, *Contributo*, cit., p. 34.

<sup>89</sup> O. RANELLETTI, *Principii*, cit., pp. 365-369. In tal senso, F. LIGUORI, *Attività liberalizzate*, cit., p. 175, nonché D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., p. 156, dalla quale si evince come, nella sua interezza, la locuzione discrezionalità tecnica perda di utilità poiché “descrive un fenomeno privo di autonomia concettuale e costituente [...] specie del genere omogeneo della discrezionalità amministrativa”.

<sup>90</sup> Ed è sottolineato molto chiaramente da D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., p. 155.

amministrativo, è sempre amministrativa”<sup>91</sup>. In tal modo la discrezionalità, superando le interpretazioni di Cammeo e Presutti, non assume più alcuna connotazione negativa<sup>92</sup>, poiché non viene più ritenuta quale componente funzionale affinché si negasse all’autorità giudiziaria la possibilità di sindacare l’attività amministrativa, ma viene valutata alla stregua di quell’attività di valutazione degli interessi collettivi dello Stato<sup>93</sup> ed oggetto, in quanto tale, di una riserva dell’amministrazione.

Il grado di incidenza della *questione tecnica* sulla azione amministrativa costituisce, secondo Ranelletti, il discrimine nell’affidamento della controversia al giudice amministrativo ovvero al giudice ordinario: sarà il primo ad essere munito della giurisdizione soltanto qualora l’apprezzamento tecnico sia funzionale a risolvere una *questione amministrativa*; negli altri casi, in cui la questione tecnica non tocca, né pregiudica, una questione amministrativa, il giudice munito della giurisdizione sarà il giudice ordinario<sup>94</sup>.

Al merito di aver fornito le prime indicazioni in ordine alla distinzione tra attività amministrativa ed attività tecnica della pubblica amministrazione si affianca, tuttavia, l’infelice ideazione del paradigma in virtù del quale l’utilizzo della tecnica debba essere funzionale al perseguimento del pubblico interesse.

---

<sup>91</sup> O. RANELLETTI, *Principii*, cit., p. 369, secondo il quale “quella distinzione non ha alcuna importanza giuridica”. È del medesimo avviso A. RASELLI, *Il potere discrezionale*, cit., p. 39, il quale - portando l’esempio della valutazione mediante la quale si accerta se la pubblica utilità ricorra in grado tale da legittimare l’esercizio dell’espropriazione - giunge alla conclusione per cui in questi casi l’apprezzamento tecnico si faccia in relazione ad un pubblico interesse, di talché non si potrebbe giustificare l’autonomia concettuale della discrezionalità tecnica rispetto a quella della discrezionalità pura. Parzialmente conforme a questa tesi, R. ALESSI, *Principii*, cit., pp. 239-240 che ritiene, per un verso, che quando l’apprezzamento comparativo di un interesse (e quindi dell’attività amministrativa da svolgere) richieda l’uso di *criteri tecnici* e la soluzione di questioni tecniche, da farsi in base alle regole e agli insegnamenti delle discipline tecniche, varia la situazione giuridica a seconda che la questione tecnica sia o meno legata in qualche modo ad una questione amministrativa. Per una puntuale ricognizione del passaggio, cfr. C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., p. 27, che ravvisa un rapporto di genere a specie tra discrezionalità pura e discrezionalità tecnica, nel quale la discrezionalità tecnica viene intesa come “locuzione puramente descrittiva di quelle ipotesi in cui la valutazione discrezionale (cioè del pubblico interesse) si accompagna all’applicazione di criteri e regole tecniche”.

<sup>92</sup> Sono di estremo interesse le parole di C. VIDETTA, *L’amministrazione della tecnica*, cit., p. 52, che ravvisa nell’opera di Ranelletti un approccio differente rispetto agli studi precedenti sulla discrezionalità tecnica poiché viene evidenziata “la consapevolezza che se di una differenza tra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura si vuole parlare, questa deve essere strutturale: Ranelletti, cioè, non accetta l’atteggiamento di chi subisce la distinzione”. Sul punto, per un passaggio da una concezione negativa della discrezionalità tecnica nel pensiero di Cammeo e Presutti, ad una configurazione positiva della stessa, D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., p. 156, la quale richiama la rilevanza conferita al pubblico interesse che dovrebbe orientare l’amministrazione nell’apprezzamento amministrativo.

<sup>93</sup> O. RANELLETTI, *Principii*, cit., pp. 365-367.

<sup>94</sup> O. RANELLETTI, *Attività amministrativa*, cit., p. 12. Su questi aspetti si veda anche V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo*, cit.

La ricostruzione Ranellettiana, infatti, fu oggetto di diverse censure da parte di chi sosteneva che la discrezionalità pura dovesse essere intesa in relazione all'interesse pubblico, mentre la c.d. discrezionalità tecnica avrebbe dovuto seguire esclusivamente le regole e gli insegnamenti delle discipline tecniche<sup>95</sup>. Ma l'analisi di Giannini si è arrestata al piano sostanziale, ritenendo che il tema della discrezionalità tecnica avesse una rilevanza maggiormente processuale: ed è proprio su quest'ultimo punto che si inseriscono le critiche di una parte della dottrina rispetto al pensiero di Ranelletti sulla discrezionalità tecnica, la quale ha ritenuto con nettezza che la comprensione dell'interesse pubblico nella discrezionalità tecnica potrebbe, al contrario, condurre alla sindacabilità piena degli apprezzamenti tecnici dai quali non emerga un interesse pubblico<sup>96</sup>.

4. *L'impatto dello sviluppo tecnico-scientifico sull'attività amministrativa. L'abbandono della tecnica come giustificazione dell'insindacabilità del potere e l'accoglimento della sua concezione come limite alla discrezionalità. La tesi di V. Bachelet.*

Il principale lavoro monografico che ha analizzato organicamente l'attività tecnica della pubblica amministrazione risulta essere quello di Vittorio Bachelet, il quale indaga il tema non più dal versante della discrezionalità tecnica, ma svolge le proprie riflessioni con lo scopo di valutare l'impatto dello sviluppo tecnologico sulla attività e sulla organizzazione amministrativa<sup>97</sup>.

Per verificare la rilevanza della attività tecnica della pubblica amministrazione - la quale, secondo l'Autore, non costituisce una novità negli studi della dottrina successivi a quello di Ranelletti<sup>98</sup> - Bachelet tenta, nelle prime pagine, di risolvere il problema dell'impatto, in termini di effetti giuridici, della attività tecnica. Alla tesi che attribuiva un carattere giuridico all'attività tecnica, in quanto preparatoria rispetto all'emanazione di atti amministrativi, si contrapponevano per un verso tesi certamente più radicali che negavano fermamente il carattere amministrativo alle operazioni materiali e tecniche,

---

<sup>95</sup> M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., p. 42.

<sup>96</sup> F. LIGUORI, *Attività liberalizzate*, cit., p. 176. Precedentemente, C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., pp. 28 ss., riteneva che la teoria di Ranelletti costituisse un ostacolo da superare al fine di configurare l'esistenza di un potere riservato di valutazione del fatto opinabile.

<sup>97</sup> V. BACHELET, *L'attività tecnica*, cit., p. 4.

<sup>98</sup> V. BACHELET, *L'attività tecnica*, cit. p. 12.

nonché interpretazioni più miti intermedie in virtù delle quali era l'atto che qualificava l'attività materiale, e non l'attività stessa, a costituire il discrimine per l'attribuzione del rilievo giuridico<sup>99</sup>. Rispetto a queste tre ricostruzioni, Bachelet replica ritenendo che per tecnica – nonostante il suo carattere poliedrico<sup>100</sup> - si debba intendere l'insieme di regole realizzate per l'esercizio dell'attività e, per converso, che l'attività tecnica si risolverebbe in una attività svolta “a regola d'arte”<sup>101</sup>.

Un tale approccio consente, evidentemente, di avvicinare la tecnica all'esercizio del potere discrezionale e ai più generali criteri di buona amministrazione. Bachelet, infatti, estende lo svolgimento dell'attività “a regola d'arte” non solo ai casi di attività tecnica della pubblica amministrazione, ma anche al più esteso ambito della attività amministrativa, concludendo che “se amministrazione è attività pratica, è cura concreta di interessi pubblici, anche intendendo la “tecnica” in senso ristretto, essa sembra essere un elemento pressoché costante dell'attività amministrativa”<sup>102</sup>.

Il percorso seguito da Bachelet nella ricomposizione del rapporto controverso tra diritto e tecnica sembra estremamente chiaro: nel mentre afferma che l'influenza della tecnica è massima nella azione amministrativa - in quanto la decisione giuridica ed il giudizio tecnico si intersecano inevitabilmente<sup>103</sup> - emerge con evidenza come anche l'attività tecnica non sia solo strumentale all'emanazione di un atto amministrativo, ma che attraverso la stessa si possa provvedere alla cura concreta degli interessi pubblici, anche quando l'attività tecnica sia funzionale a valutare il grado di efficienza rispetto ai fini istituzionali perseguiti dalla pubblica amministrazione<sup>104</sup>.

Altrettanto interessante appare l'interpretazione fornita in ordine al concetto di discrezionalità tecnica, che viene definito come uno pseudoproblema. La discrezionalità

---

<sup>99</sup> M.S. GIANNINI, *Lezioni*, cit., p. 109. Secondo A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1966, p. 319, l'attività tecnica della p.a. debba essere valutata quasi esclusivamente come momento di esecuzione dell'attività amministrativa.

<sup>100</sup> V. BACHELET, *L'attività tecnica*, cit., p. 14.

<sup>101</sup> V. BACHELET, *L'attività tecnica*, cit., p. 15.

<sup>102</sup> V. BACHELET, *L'attività tecnica*, cit., p. 17.

<sup>103</sup> V. BACHELET, *L'attività tecnica*, cit., p. 30. A tal proposito, di estremo interesse appaiono le parole di F. LEDDA, *Potere*, cit., p. 182, il quale nota come sia chiara, nel pensiero di Bachelet, l'intenzione “di ricondurre la tecnica alla sfera del diritto, sottraendola a quella riserva che, di fatto, il potere si era assicurato in suo favore”.

<sup>104</sup> V. BACHELET, *L'attività tecnica*, cit., pp. 26-27, nonché p. 33. Sembra esprimersi in termini simili V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo*, cit., p. 429, di cui si riporta un esempio utile per comprendere come anche la mera attività tecnica, pur non involgendo valutazioni discrezionali, possa avere un impatto positivo sulla collettività (l'adozione da parte dell'amministrazione sanitaria di una determinata vaccinazione rispetto ad un'altra per questioni climatiche, ad esempio, a detta dell'A. costituisce l'emblema di come pur prescindendo da valutazioni sul pubblico interesse, sono le scelte tecniche a risolvere questioni socialmente utili alla collettività).

tecnica, così come pensata negli studi precedenti, non esisterebbe, ma vi sarebbero solo apprezzamenti tecnici che possono riguardare sia atti vincolati (costituendone una condizione di legittimazione dell'atto), sia atti discrezionali (nei quali tali apprezzamenti sarebbero funzionali per la valutazione della scelta amministrativa)<sup>105</sup>.

Sono principalmente due le ragioni per le quali Bachelet ritiene non rigorosa una simile rappresentazione del concetto di discrezionalità tecnica.

In primo luogo, perché verrebbero utilizzate in modo non univoco le nozioni di accertamento, apprezzamento e giudizio tecnico (nel senso che in alcuni casi la discrezionalità tecnica comprende tutte e tre le locuzioni, in altri casi no).

In secondo luogo, poiché una tale delimitazione dell'istituto colliderebbe con la concezione gianniniana, quella appunto maggiormente accolta, di discrezionalità amministrativa<sup>106</sup>.

Rispetto agli approdi sopra citati, Bachelet sostiene che la discrezionalità tecnica - laddove si accetti la validità di tale concetto - debba essere concepita alla stregua di una discrezionalità amministrativa limitata dal richiamo, previsto dal legislatore o comunque indiretto, a criteri tecnici<sup>107</sup>, giungendo quasi al termine di “un bel lungo cammino da quando essa significava potere libero dell'amministrazione reso insindacabile da quel rinvio”<sup>108</sup>.

A fronte del poderoso ingresso della tecnica e delle tecniche nell'amministrazione e nella legislazione – il riferimento va, chiaramente, alle c.d. norme tecniche, analizzate (anche) da Bachelet ma sulle quali si tornerà dopo per una analisi più approfondita – il nodo principale che viene sciolto attiene all'indispensabilità di un effettivo potere di controllo sull'attività tecnica della pubblica amministrazione<sup>109</sup>.

Si tratta, a detta di Bachelet, di un problema che non può riguardare (più) esclusivamente il controllo sulla legittimità dell'atto, ma che attiene anche (e soprattutto)

---

<sup>105</sup> V. BACHELET, *L'attività tecnica*, cit., p. 41. Anche M.S. GIANNINI, *Lezioni*, cit., p. 49, aveva qualificato in passato la discrezionalità tecnica come un “errore storico della dottrina”.

<sup>106</sup> V. BACHELET, *L'attività tecnica*, cit., pp. 64 ss.; in termini parzialmente difformi, V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo*, cit., p. 428, pur partendo dalla consapevolezza della distinzione tra discrezionalità pura e tecnica in ragione della mancanza, per questa ultima, del momento del bilanciamento tra interessi pubblici e privati, rintraccia una analogia tra discrezionalità pura e tecnica sulla base della distinzione tra accertamenti semplici e complessi.

<sup>107</sup> V. BACHELET, *L'attività tecnica*, cit., p. 65. In questo caso, dunque, vengono anticipati gli approdi della dottrina più recente che hanno parlato di “potere discrezionale mediato dalla tecnica” (A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente “attenta ricostruzione giurisprudenziale”*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, p. 345). Ma prima ancora, si vedano ancora gli studi sulla predeterminazione delle decisioni amministrative, cui si rimanda al par. 8.

<sup>108</sup> V. BACHELET, *L'attività tecnica*, cit., p. 70.

<sup>109</sup> V. BACHELET, *L'attività tecnica*, cit., p. 95.

a problemi organizzativi, sulla scorta dell'idea per la quale, quando è necessario il ricorso a criteri tecnici, “chi controlla deve saperne di più di chi è controllato”<sup>110</sup>. Non solo, tale controllo dovrebbe anche cercare di cogliere cosa accada *durante* l'attività tecnica della pubblica amministrazione.

Il passaggio è estremamente nevralgico quanto complesso, nella misura in cui “l'elevato sviluppo della scienza e della tecnica rende obiettivamente difficile la qualificazione tecnica degli organismi di controllo”<sup>111</sup>; viene così in evidenza il tema della c.d. “legittimazione tecnica”, che secondo la ricostruzione di Bachelet può essere perseguita sia prevedendo uffici stabili nell'amministrazione dotati di un elevato *know-how*, sia esternalizzando le attività tecniche a soggetti titolari dei saperi necessari<sup>112</sup>. Inoltre, le difficoltà sottese al corretto svolgimento di tale attività concernono il fatto che l'attività tecnica risulta essere sempre meno univoca per due specifici motivi: il primo, intrinseco, che riguarda il rischio “ineliminabile” che discende dall'attività tecnica; il secondo, di sistema, che attiene alla rapidità con cui il processo tecnologico non sempre consente la valutazione del rischio delle decisioni prese in base a quella determinata attività tecnica<sup>113</sup>.

Incidentalmente, l'A. ritorna sull'effettività del potere di controllo che l'amministrazione deve svolgere, che non riguarda più il problema delle asimmetrie conoscitive tra ‘controllati’ e ‘controllori’, ma che involge il problema della latitudine del controllo stesso. Bachelet, infatti, è dell'idea che non ci si debba fermare, come già detto, ad un controllo su uno specifico atto o comportamento, ma è necessario che l'indagine riguardi anche cosa accade *durante* l'attività tecnica<sup>114</sup>.

L'opera di Bachelet costituisce un punto di approdo per le riflessioni di quel momento storico in quanto, per la prima volta in maniera organica, viene cristallizzata la rilevanza della tecnica nell'attività amministrativa, superando la concezione propria degli autori di inizio Novecento in virtù della quale la tecnica costituiva uno scudo rispetto alla sindacabilità dell'attività tecnica da parte dell'autorità giudiziaria.

Non va sottovalutata, tuttavia, l'attualità del pensiero di Bachelet, le cui conclusioni possono costituire le basi di uno studio, come il presente, che intende affrontare il tema

---

<sup>110</sup> V. BACHELET, *L'attività tecnica*, cit., p. 97.

<sup>111</sup> V. BACHELET, *L'attività tecnica*, cit., p. 98.

<sup>112</sup> V. BACHELET, *L'attività tecnica*, cit., p. 100.

<sup>113</sup> V. BACHELET, *L'attività tecnica*, cit., p. 105.

<sup>114</sup> V. BACHELET, *L'attività tecnica*, cit., p. 101.

dell'amministrazione per algoritmi anche dalla prospettiva dei rinnovati (o, meglio, da rinnovare) rapporti tra diritto e tecnica.

In primo luogo, la difficoltà di esercitare un effettivo potere di controllo sull'attività tecnica, che deriva da una carenza di saperi tecnici degli apparati amministrativi, costituisce un aspetto fondamentale che deve essere risolto al fine di legittimare l'azione amministrativa laddove ci si avvalga di strumenti informatici.

In secondo luogo, va condivisa l'idea secondo la quale il ricorso alla tecnica non debba eliminare la discrezionalità, ma la debba limitare al rispetto dei criteri tecnici. Questo aspetto sarà analizzato più in avanti quando l'indagine si occuperà della possibilità di configurare una sorta di esternalizzazione dell'amministrazione per algoritmi; tuttavia, l'impatto sull'attuale sistema amministrativo dell'opera di Bachelet risulta evidente in quanto, in un certo senso e, chiaramente, con termini diversi, sostiene che la caratteristica dell'azione amministrativa, anche se condizionata dal riferimento ai criteri tecnici, rimane la discrezionalità amministrativa, a conferma della "politicità" delle scelte amministrative<sup>115</sup>.

In conclusione, nonostante Bachelet ritenga che con l'avanzare del progresso tecnico scientifico sarà sempre più necessario dotare l'amministrazione di organismi tecnici e di tecnicizzare l'organizzazione amministrativa, sottolinea con nettezza che "l'amministrazione continuerà ad essere cura di interessi pubblici fatta – sia pure con mezzi e metodi di alta efficienza tecnica – da uomini per uomini"<sup>116</sup>. Il ricorso ai criteri tecnici servirà, quindi, per perfezionare la parentesi dell'istruttoria, attraverso una conoscenza più adeguata dei fatti e la possibilità di valutare i mezzi più efficienti da utilizzare, ma certamente non comporterà che l'amministrazione, nella fase decisoria, "sarà trasformata in un robot che automaticamente distribuisce ricette per la cura del pubblico interesse da realizzarsi a mezzo di preordinate catene di montaggio"<sup>117</sup>.

Si tratta di riflessioni centrali ed attuali per quanto riguarda l'amministrazione per algoritmi e, più in generale, l'amministrazione della tecnica, nonostante siano state formulate oltre cinquanta anni addietro. Ma solo una analisi più approfondita della prassi, della tenuta dei principi generali e delle competenze amministrative potrà rivelare se gli approdi di Bachelet, che fanno quasi più di monito, siano ancora oggi utilizzabili.

---

<sup>115</sup> V. BACHELET, *L'attività tecnica*, cit., p. 114.

<sup>116</sup> V. BACHELET, *L'attività tecnica*, cit., p. 119.

<sup>117</sup> V. BACHELET, *L'attività tecnica*, cit., p. 120.

5. *Le norme tecniche come risposta alla necessità di conciliare il diritto al progresso scientifico. Premessa.*

L'importanza dello sviluppo tecnologico, come è emerso dallo studio di Bachelet, ha acquistato nel corso di quegli anni un'importanza sempre maggiore, tale da rendere ancor più intrecciato il rapporto (già di per sé problematico) tra diritto e tecnica. Ma se fino a questo momento si è avuto modo di verificare che i termini del rapporto erano essenzialmente sbilanciati sul versante della discrezionalità tecnica e della tecnificazione (in atto) della azione amministrativa<sup>118</sup> - in ragione del sempre più frequente ricorso a criteri tecnici nella risoluzione di quelle che Ranelletti definiva *questioni amministrative* - un ulteriore ed altrettanto significativo momento di incontro tra scienza e diritto è certamente rinvenibile nell'evoluzione della c.d. normazione tecnica<sup>119</sup>.

Si tratta di un fenomeno che, come sottolinea una attenta dottrina, non pone l'attenzione esclusivamente sul momento applicativo di principi e regole tecniche, ma si muove su un binario parallelo che sposta il fuoco dell'indagine sulla relazione problematica tra norma giuridica e norma tecnica, sulle modalità attraverso cui l'ordinamento attribuisce rilevanza a queste ultime<sup>120</sup>, nonché sulla circostanza per cui il fenomeno di giuridicizzazione che ha investito le norme tecniche abbia sostanzialmente sovvertito i rapporti tra tecnica e diritto<sup>121</sup>.

Il significato di norma tecnica e, più in generale, di tecnica nell'ordinamento italiano ha assunto un significato tutt'altro che univoco per due ragioni<sup>122</sup>.

---

<sup>118</sup> M. NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri.*, cit., p. 723, ancorava l'ampliamento della tecnicizzazione della vita amministrativa a tre ragioni principali: “*perché*, estendendosi l'intervento dei poteri pubblici, l'amministrazione si occupa sempre di più settori, per loro natura governati da regole tecniche [...]; *perché* lo sviluppo delle scienze annette al regno dell'obiettivo e del controllabile empiricamente territori prima dominio dell'opinabilità soggettiva; *perché* il processo più generale di razionalizzazione produce regolarità e prevedibilità anche in base a valutazioni non strettamente tecniche”.

<sup>119</sup> Per R. FERRARA, *Introduzione*, cit., p. 254, la tecnica finisce “per orientare e condizionare - e talora plasmare di per sé - le forme stesse della produzione giuridica, [...] rivelandosi come il più radicale e corrosivo strumento di alterazione, e comunque di relativa innovazione, del sistema”. Inoltre, M. CECCHETTI, *La produzione*, cit., p. 3402, seppur riferendosi specificamente ai procedimenti di produzione pubblica del diritto dell'ambiente, afferma come scienza e diritto in questa area si trovino a dover collaborare e, in particolare, che la “normazione tecnica ambientale costituisce un ‘luogo’ assolutamente privilegiato dell'incontro e delle relazioni tra i due domini”.

<sup>120</sup> M. GIGANTE, *Effetti giuridici nel rapporto tra tecnica e diritto: il caso delle «norme armonizzate»*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, p. 314.

<sup>121</sup> In tal senso, F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, p. 692, il quale si occupa (come poi farà in successivi studi) dei rapporti tra i due termini della relazione non verificando le modalità con cui la tecnica incide sul diritto, ma bensì valutando l'influenza delle determinazioni discrezionali sulle valutazioni scientifiche.

<sup>122</sup> Questo aspetto viene messo in luce da G. CAIA, F.A. ROVERSI-MONACO, *Amministrazione e privati nella normativa tecnica e nella certificazione dei prodotti industriali*, in P. Andreini, G. Caia, G. Elias, F.A.

La prima fonte di contraddizioni sembra agilmente rinvenibile nei differenti approcci della dottrina sul concetto di norma tecnica e sulla relazione che questa assume con la norma giuridica. Alla luce delle prime definizioni fornite da Bassi<sup>123</sup>, De Valles<sup>124</sup>, Bachelet<sup>125</sup> e Sandulli<sup>126</sup>, il rapporto tra norma giuridica e norma tecnica veniva affrontato principalmente prendendo come riferimento il modello dell'incorporazione e quello del rinvio, che attribuivano direttamente o indirettamente efficacia giuridiche alle norme tecniche. Rispetto a tali formulazioni, nei primi anni Ottanta del Novecento si è registrato un processo di *normalizzazione* europea, che ha condotto all'introduzione delle c.d. norme armonizzate, trasformando gli equilibri fino a quel momento raggiunti nei rapporti tra diritto e tecnica ed indirizzando la teoria contenutistica sviluppata da Predieri<sup>127</sup>.

Il secondo aspetto dal quale sorgono ulteriori profili problematici in ordine all'inquadramento delle regole e norme tecniche nell'ordinamento involge le differenti interpretazioni che la Corte costituzionale ha fornito circa il significato di tecnica<sup>128</sup>.

Nel riservare a questo aspetto un approfondimento successivo, sembra interessante anticipare come il giudice delle leggi ritenga che l'assorbimento della tecnica e delle norme tecniche in atti normativi consenta, tra le altre cose, il recupero di una quota sufficiente di neutralità ed oggettività, caratteristiche che, almeno sulla carta, dovrebbero stimolare il ricorso a criteri tecnico-scientifici.

È il caso, tra le numerose, della nota sentenza n. 453 del 1990 della Corte costituzionale<sup>129</sup>, che, nel risolvere un giudizio nel quale veniva dichiarata l'impossibilità dei consiglieri comunali (in quanto componenti politici) ad essere membri delle commissioni di concorso (che, invece, dovrebbe vedere presenti componenti tecnici ed esperti, nella logica della valorizzazione del principio di imparzialità come limite esterno al buon andamento), ha disposto che “nella composizione delle commissioni, la presenza

---

Roversi-Monaco (a cura di), *La normativa tecnica industriale*, Bologna, 1995, p. 13, secondo i quali è l'eterogeneità dei fini e delle discipline ad aver reso non uniforme l'approccio dell'ordinamento giuridico italiano alla normazione tecnica.

<sup>123</sup> F. BASSI, *La norma interna*, Milano, 1963, *passim*.

<sup>124</sup> A. DE VALLES, *Norme giuridiche e norme tecniche*, in *Raccolta di scritti in onore di Carlo Arturo Jemolo*, vol. III, Milano, 1963, pp. 177 ss.

<sup>125</sup> V. BACHELET, *L'attività tecnica*, cit., spec. pp. 83-91.

<sup>126</sup> A.M. SANDULLI, *Le norme tecniche nell'edilizia*, in *Studi in onore di Agostino D'Avack*, vol. IV, Milano, 1976, pp. 567 ss.

<sup>127</sup> A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Dir. econ.*, 1996, pp. 251 ss.

<sup>128</sup> Su cui, in maniera approfondita, si veda F. SALMONI, *Le norme*, cit., pp. 97 ss.

<sup>129</sup> Corte cost., 15 settembre 1990, n. 453, in *Giur. cost.*, 1990, pp. 2711-2712, con note di G. AZZARITI, *Brevi note su tecnici, amministrazione e politica*, pp. 2713 ss., nonché di C. PINELLI, *Politica e amministrazione: una distinzione per l'ordine convenzionale*, pp. 2720 ss.

di tecnici o esperti-interni o esterni all'amministrazione, ma in ogni caso dotati di adeguati titoli di studio e professionali rispetto alle materie oggetto di prova debba essere, se non esclusiva, quanto meno prevalente, tale da garantire scelte finali fondate sull'applicazione di *parametri neutrali*"<sup>130</sup>.

La decisione della Consulta, quindi, manifesta tutta la propria rilevanza nella misura in cui consente di ritenere come la tecnica rappresenti un limite alle determinazioni discrezionali delle amministrazioni pubbliche, a prescindere dalla confusione in cui sembra essere incappato il giudice delle leggi laddove ha erroneamente equiparato l'imparzialità e la neutralità, che invece costituiscono caratteri ben distinti<sup>131</sup>.

In altre parole, a detta della Corte, l'utilizzo della tecnica garantirebbe il recupero dei fattori di oggettività e neutralità delle valutazioni politiche dei poteri pubblici<sup>132</sup>.

Quanto appena accennato non è certamente l'unica proiezione sul concetto di tecnica fornito dalla Corte costituzionale; a questo approdo circa le pretese di oggettività e neutralità, va affiancato, ed analizzato criticamente, quel filone interpretativo del giudice delle leggi in virtù del quale il ricorso alla tecnica comporterebbe il ripristino della funzione di "certezza pubblica"<sup>133</sup> nella logica di uno Stato di diritto.

5.1. *L'impossibile immedesimazione delle norme tecniche nelle norme giuridiche. Le norme tecniche come norme interne nella ricostruzione di A. De Valles e l'emersione di un approccio soggettivo*

Come si è detto, è a partire dagli anni Sessanta che il tema della tecnica quale *centro di potere autonomo* inizia ad acquisire sempre maggiore rilevanza, tale da indurre gli studiosi a chiedersi se fosse sufficiente un procedimento di aggiornamento dei concetti più antichi e adeguarli alle novità, ovvero se fosse necessaria la creazione di nuovi concetti<sup>134</sup>. In tal senso, infatti, De Valles affronta il tema delle norme tecniche non come era stato fatto da coloro i quali ritenevano che si trattasse di "norme non giuridiche, [...] come norme che non costituiscono imperativi, ma che possono acquisire una rilevanza

---

<sup>130</sup> Corte cost., 15 settembre 1990, n. 453, punto 3.

<sup>131</sup> In ordine alla distinzione tra neutralità e imparzialità, su tutti, M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994, *passim*.

<sup>132</sup> F. SALMONI, *Le norme*, cit., p. 98.

<sup>133</sup> Sul tema, possono recuperarsi gli importanti lavori monografici di A. FIORITTO, *La funzione di certezza pubblica*, Padova, 2003, nonché di A. BENEDETTI, *Certezze pubbliche e «certezze» private*, Milano, 2011.

<sup>134</sup> Quanto detto si rinviene nell'apertura del fondamentale lavoro sulle norme tecniche di A. DE VALLES, *Norme giuridiche*, cit., p. 177.

giuridica indiretta”<sup>135</sup>, ma piuttosto analizzando l’eventuale natura giuridica delle norme tecniche ed il loro rapporto con la norma giuridica.

Le riflessioni iniziali dell’Autore sembrano costituire già delle conclusioni, o quantomeno inducono ad individuare l’idea di De Valles nella prospettiva di collocare le norme tecniche fuori dal perimetro delle norme giuridiche, a prescindere dalla fonte normativa che le recepisce<sup>136</sup>. Infatti, viene sottolineato che se le norme tecniche - definite come quelle norme che richiedono una “coltura specifica in una scienza tecnica” - sono formalmente giuridiche, in quanto contenute in una legge, in un regolamento e comunque in altri provvedimenti in grado di “comandare qualche cosa ai suoi destinatari”, tuttavia non godono del contenuto sostanziale della norma giuridica<sup>137</sup>.

I limiti che De Valles individua come insuperabili nella assimilazione delle norme tecniche alle norme giuridiche si rinvergono nella previsione di un comando e, conseguentemente, nella intellegibilità dello stesso dal suo destinatario, ciò in quanto “un comando non è concepibile se chi deve ottemperarvi non è in grado di comprenderlo”<sup>138</sup>.

Il principio dell’obbligatorietà della legge, intesa come comando, va quindi integrato dalla formula *leges ab omnibus intellegi debent*, comportando che “non si può dire norma giuridica una norma che i destinatari del comando hanno il *diritto* di non comprendere, ed i destinatari dell’obbligo di farlo osservare hanno il *dovere* di non comprendere”<sup>139</sup>. Da queste premesse, l’Autore ritiene che il rinvio della norma giuridica alla norma tecnica non sia sufficiente ad attribuirne carattere giuridico poiché - utilizzando in modo ambiguo i concetti di regola e norma<sup>140</sup> - “una regola, che non può avere i caratteri di una norma giuridica, non può acquistarli per effetto di un rinvio”<sup>141</sup>.

Una volta ritenuto che la norma tecnica non possa essere una norma giuridica<sup>142</sup>, De Valles affronta un altro tema tanto interessante, quanto attuale, e cioè quello dei

---

<sup>135</sup> A. DE VALLES, *Norme giuridiche*, cit., p. 177. Della stessa idea, M. NIGRO, *L’azione dei pubblici poteri*, cit., p. 724.

<sup>136</sup> Va segnalata, sul punto, l’interpretazione di una parte della dottrina che, nel ritenere come De Valles fosse consapevole della distinzione tra norma tecnica e norma giuridica, sostiene l’inadeguatezza del metodo di risoluzione del problema del valore giuridico della norma tecnica partendo appunto dalla norma giuridica. In questo senso, M. GIGANTE, cit., p. 319.

<sup>137</sup> A. DE VALLES, *Norme giuridiche*, cit., p. 178.

<sup>138</sup> A. DE VALLES, *Norme giuridiche*, cit., p. 183.

<sup>139</sup> A. DE VALLES, *Norme giuridiche*, cit., pp. 183-184.

<sup>140</sup> È un profilo sottolineato, pur non riferendosi espressamente alla ricostruzione di De Valles, da M. GIGANTE, *Norma tecnica* (voce), in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 3807, che ha parlato di un costante “uso promiscuo” di norma tecnica, regola tecnica e specifica tecnica.

<sup>141</sup> A. DE VALLES, *Norme giuridiche*, cit., 184. Per un commento su tale ricostruzione, F. SALMONI, *Le norme tecniche*, cit., p. 74.

<sup>142</sup> Interpretazione non condivisa da M. GIGANTE, *Norma tecnica*, cit., p. 3808, secondo la quale laddove le norme tecniche operino un rinvio fisso ad una norma giuridica, o ancor di più nel caso di incorporazione

destinatari delle regole tecniche, poiché “il comando formale esiste, e qualche soggetto deve esserne il destinatario, dato che non può esserlo *quisque de populo*, incapace di comprenderlo”. In altre parole, sembra emergere una visione espressamente autoritativa nel rapporto tra amministrazione e cittadini, che si muove in una prospettiva radicalmente opposta rispetto a quella inaugurata dalla normalizzazione europea che, tra le altre cose, ha cercato di ridurre quel *gap* di asimmetria informativa sussistente tra soggetti regolati e regolatori.

Per risolvere alla radice questo problema, lo studio in analisi propone l’attribuzione del carattere di norma interna alle norme tecniche, affermando che i destinatari sono gli organi della pubblica amministrazione e, in particolare, coloro i quali siano dotati di una determinata competenza tecnica che gli consentirebbe di comprendere il significato del contenuto tecnico<sup>143</sup>. Si tratterebbe, quindi, di norme che hanno “la *forma* della norma giuridica, ma il contenuto delle *istruzioni*”, come tali non obbligatorie per i cittadini ma esclusivamente per gli uffici al quale tali norme si rivolgono.

5.2. *Criteri ed usi tecnici nella delimitazione delle norme tecniche nel pensiero di V. Bachelet: obiettivizzazione dell’azione amministrativa e limitazione del potere discrezionale.*

Uno dei tratti caratteristici della c.d. attività tecnica della pubblica amministrazione nel pensiero di Bachelet si rinviene nelle norme tecniche. Viene infatti sostenuto come il concetto di norma tecnica sia ben più complesso di quello di “regola matematica” o di “legge scientifica”<sup>144</sup>, in quanto impone criteri di comportamento che costituiscono i c.d. usi tecnici di ogni professione<sup>145</sup>, che andrebbero distinti dalle regole di buona amministrazione poiché dotati di un carattere obiettivo insito agli stessi<sup>146</sup>.

---

della norma tecnica in una norma giuridica, all’osservanza della prima corrisponde e si connette una presunzione relativa di conformità rispetto ai requisiti della legge, facendo emergere un rapporto osmotico tra tecnica e diritto. Criticamente si esprime anche A.M. SANDULLI, *Le norme tecniche*, cit., p. 568, sul quale v. *infra*, nonché F. SPANTIGATI, *Il valore giuridico delle norme tecniche*, in *Jus*, 2001, p. 280, il quale sostiene che le norme tecniche hanno la stessa natura giuridica del diritto.

<sup>143</sup> A. DE VALLES, *Norme giuridiche*, cit., p. 186. Posizione radicalmente opposta viene fornita da V. BACHELET, *L’attività tecnica*, cit., pp. 88-90, che non ritiene ragionevole degradare, per il solo richiamo a criteri tecnici e cognizioni specialistiche, un atto normativo avente efficacia verso i suoi destinatari a mero atto interno della pubblica amministrazione.

<sup>144</sup> In termini difforni, cfr. A. DE VALLES, *Norme giuridiche*, cit., p. 179.

<sup>145</sup> V. BACHELET, *L’attività tecnica*, cit., p. 84.

<sup>146</sup> V. BACHELET, *L’attività tecnica*, cit., p. 86. Tale obiettivizzazione degli usi civici è ciò che consente sia il sindacato del giudice ordinario, sia il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sull’attività tecnica della pubblica amministrazione. Tale conclusione è anticipata dallo stesso Autore quando si è

Gli usi tecnici, a detta dell'Autore, possono acquisire forza obbligatoria sia quando vengano accolti "in norme di deontologia professionale", sia quando ad essi venga effettuato un richiamo esplicito, tali da assumere "l'ambito di vigenza di volta in volta indicato nella norma di rinvio". Laddove, invece, non abbiano una natura vincolante ed obbligatoria, gli usi tecnici costituiscono comunque "il modello storico [...] di quella perizia, la cui mancanza integra l'elemento della colpa nel caso di danno recato altrui".

Quanto detto costituisce una sorta di anticipazione della definizione di norma tecnica che viene fornita, intendendo per tali delle "disposizioni di comportamento che rimandano a criteri tecnici; se direttamente assunte dall'ordinamento hanno la stessa efficacia della norma che le recepisce; se altrimenti richiamate, costituiscono una limitazione della discrezionalità amministrativa"<sup>147</sup>.

La tesi di Bachelet, come è evidente, recupera due dei tre approcci per distinguere la norma giuridica dalla norma tecnica - quelli dell'incorporazione e del rinvio - ma è altrettanto palese (e lo chiarirà dopo poco) l'intenzione di attribuire alla norma tecnica la medesima efficacia della norma giuridica.

A questo punto, il nodo da sciogliere secondo Bachelet riguarda le modalità con le quali la norma tecnica acquisisca un carattere vincolante e capace di legittimare l'azione dei pubblici poteri<sup>148</sup>, e sembra che, per giungere a tale scopo, utilizzi specificamente la tecnica della c.d. incorporazione della norma tecnica nella norma giuridica, attraverso la quale "la prima assum[e] la vigenza formale della seconda ed entr[a] perciò a far parte, come norma imperativa, dell'ordinamento"<sup>149</sup>. Di talché, nel momento in cui la norma tecnica acquista pari efficacia rispetto alla norma giuridica, Bachelet prospetta due soluzioni nella logica dell'invalidità del provvedimento amministrativo.

In primo luogo, "ritenere che in tal caso la inosservanza dei criteri tecnici assunti nelle norme giuridiche o da questi richiamati costituisca addirittura violazione di legge"<sup>150</sup>, non

---

occupato del sindacato del giudice amministrativo sull'eccesso di potere, e la distinzione tra usi civici e criteri di buona amministrazione emerge proprio in quanto in quest'ultimo caso il provvedimento non è sindacabile "se non attraverso una rivalutazione del suo contenuto in relazione alla ponderazione dei pubblici interessi da realizzare" (p. 51).

<sup>147</sup> V. BACHELET, *L'attività tecnica*, cit., p. 91.

<sup>148</sup> Come sottolineato attentamente da F. SALMONI, *Le norme tecniche*, cit., p. 82. Il carattere cogente ed autoritativo delle norme tecniche viene inoltre messo in luce da G. CAIA, F.A. ROVERSI-MONACO, *Amministrazione e privati*, cit., p. 15.

<sup>149</sup> V. BACHELET, *L'attività tecnica*, cit., p. 87.

<sup>150</sup> V. BACHELET, *L'attività tecnica*, cit., p. 53. Negli stessi termini, F. LEDDA, *Potere*, cit., p. 230, il quale afferma che si configura una ipotesi di violazione di legge nei casi in cui "la scelta del criterio e/o procedimento tecnico risulti da una chiara indicazione della norma giuridica, e questa non venga rispettata", nonché V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo*, cit., p. 433.

rilevando la scarsa competenza tecnica del giudice amministrativo nel risolvere tali conflitti. In secondo luogo, “anche quando vi sia solo un richiamo generico o implicito alla utilizzazione di criteri tecnici per le valutazioni e scelte dell’amministrazione [...] tale richiamo costituisce in sé un limite che dovrebbe consentire un sindacato dell’atto amministrativo sotto il profilo dell’eccesso di potere”<sup>151</sup>.

In questo modo Bachelet sembra risolvere due questioni con un solo colpo: anzitutto ritiene valido e completo il metodo della incorporazione, consentendo di far acquisire alla norma tecnica pari dignità di quella giuridica<sup>152</sup>, ma soprattutto sottolinea ancora una volta che l’ingresso della tecnica nella azione amministrativa vada a limitare sempre di più gli spazi discrezionali dell’amministrazione.

*5.3. L’identificazione delle norme tecniche con le premesse logiche della norma giuridica. Le norme tecniche nella ricostruzione di A.M. Sandulli: assimilazione con la norma giuridica e sentimento di ingiustificato timore di abdicazione.*

Seppur con differenti interpretazioni, si è tentato di far emergere come il concetto di norma tecnica per De Valles e Bachelet fosse comunque ancorato - anche se non detto esplicitamente - ad un criterio di tipo contenutistico, poiché al centro delle due ricostruzioni sopra esposte vi è sempre l’utilizzo di criteri tecnici intrinseci come discriminare della norma tecnica rispetto a quella giuridica.

Pochi anni dopo, si sviluppa in dottrina una corrente diversa, con cui A.M. Sandulli si discosta dalla accezione contenutistica delle norme tecniche, in quanto ritiene che il loro tratto caratteristico si rinvenga sul piano dei fondamenti<sup>153</sup>. In particolare, sono due le ragioni in virtù delle quali viene ritenuta impropria la locuzione di norma tecnica: in primo luogo, poiché ad essere tecnico non sarebbe la norma, quanto piuttosto il presupposto logico ed il fondamento delle stesse; in secondo luogo, in quanto le norme giuridiche vengono molto spesso attuate ricorrendo a criteri tecnici, di talché tutte le

---

<sup>151</sup> V. BACHELET, *L’attività tecnica*, cit., p. 54. Su posizioni diverse si assesta l’interpretazione di A. DE VALLES, *Norme giuridiche*, cit., p. 179, che rimanda ad un suo precedente scritto nel quale affermava che “non sono norme giuridiche quelle che [...] contengono prescrizioni di natura tecnica [...]. Esse non sono obbligatorie; e la loro osservanza o violazione non può dar luogo ad effetti giuridici, ma, al massimo, creare situazioni che valgano come fatti nel giudizio sull’osservanza o violazione di altre norme” (*La norma giuridica*, n. 9, in *Scritti in onore della C.E.D.A.M.*).

<sup>152</sup> Mentre, secondo alcuni, l’immissione della regola tecnica nel sistema giuridico comporterebbe evidentemente una deformazione della stessa. In questi termini, F. SALVIA, *Attività amministrativa*, cit., p. 693.

<sup>153</sup> A.M. SANDULLI, *Le norme tecniche*, cit., p. 567.

norme giuridiche potrebbero essere, al tempo stesso, tecniche<sup>154</sup>. Soprattutto quest'ultimo punto consente all'Autore di affermare che tra norme tecniche e norme giuridiche vi sia una linea di confine difficilmente delimitabile e, di conseguenza, che “le norme tecniche sono anch'esse vere e proprie norme giuridiche, ontologicamente non dissimili dalle norme non tecniche”<sup>155</sup>.

In qualche passaggio successivo, la conclusione formulata sulla tendenziale uniformità tra norme giuridiche e norme tecniche risulta funzionale a dissentire, seppur indirettamente, dalla tesi di De Valles sulla equiparabilità delle norme tecniche a mere norme interne in relazione alla difficile intellegibilità delle prime. Infatti, secondo Sandulli, la norma tecnica costituisce, al pari di una norma giuridica, “un precetto emanato per innovare l'ordinamento esistente e al quale tutti i soggetti e tutte le autorità tenuti ad attenersi nella propria azione alle norme emanate a quel livello sono obbligati a dare applicazione”<sup>156</sup>. Tuttavia, ciò non consente di sostenere che l'intera normativa tecnica espliciti i propri effetti sempre all'esterno, in quanto vi sono delle norme tecniche le quali, essendo adottate da un organo preposto a programmi di realizzazione di determinate opere, ad altri organi ed uffici dipendenti, hanno sicuramente carattere interno<sup>157</sup>.

È comunque evidente l'intenzione di Sandulli nell'affermare la validità delle norme tecniche anche all'esterno, avvalorando l'idea che debba essere soprattutto la collettività, e non solo l'apparato organizzativo interno, a poter beneficiare dei vantaggi sottesi al progresso tecnologico<sup>158</sup>. Una conferma di tale lettura si rinviene nell'esigenza sempre più pressante di imporre autoritativamente una normativa tecnica, nella misura in cui “le regole della buona tecnica [...] non possono ridursi a ruolo del suggerimento, della guida, del dato di raffronto”<sup>159</sup>.

Le conclusioni di Sandulli partono da un punto all'epoca (e soprattutto oggi) estremamente attuale: se è vero, come si è appena detto, che è sempre più frequente l'imposizione di una normazione tecnica, è altrettanto vero che questa debba essere elaborata da specialisti e che non può essere manipolata da non specialisti, in quanto si tratterebbe di “un campo al qual mal si applicherebbe la mano dei politici” e sarebbe

---

<sup>154</sup> A.M. SANDULLI, *Le norme tecniche*, cit., p. 567-568.

<sup>155</sup> A.M. SANDULLI, *Le norme tecniche*, cit., p. 568.

<sup>156</sup> A.M. SANDULLI, *Le norme tecniche*, cit., p. 569.

<sup>157</sup> A.M. SANDULLI, *Le norme tecniche*, cit., p. 583.

<sup>158</sup> A.M. SANDULLI, *Le norme tecniche*, cit., p. 584.

<sup>159</sup> A.M. SANDULLI, *Le norme tecniche*, cit., p. 584-585.

dunque necessario che “i politici cedano il passo ai tecnici”<sup>160</sup>. Non si tratterebbe di una prospettiva abdicativa, poiché a detta dell’Autore i politici devono cercare di individuare “senza timori di abdicazione” quali siano i settori per cui l’innesto di regole tecniche possa essere utile alla collettività.

Alla politica, dunque, spetta il fondamentale compito della programmazione, di effettuare un preventivo bilanciamento degli interessi e, soprattutto, prevedere degli organismi tecnici deputati al controllo dell’attività sottoposta alla normazione tecnica. Alla tecnica, invece, va attribuito il compito, altrettanto importante, di consentire una evoluzione migliorativa (e non quella che tracciava De Valles, forse in maniera provocatoria, nell’*incipit* del suo lavoro sul tema delle norme tecniche) della attività amministrativa<sup>161</sup>.

La prospettiva tracciata da Sandulli, dunque, risulta essere molto attuale e presenta tratti di interesse per il presente lavoro, in quanto consente un dialogo “pulito” tra tecnica e diritto, che tende da un lato a valorizzare la tecnica senza perdere di vista, tuttavia, la primazia della politicità delle scelte discrezionali<sup>162</sup>.

*5.4. Tecnica e potere nell’itinerario interpretativo di Franco Ledda. La norma tecnica quale archetipo della distinzione e le prime sollecitazioni alla concezione della tecnica come potere autonomo.*

Il dialogo tra diritto, tecnica e potere amministrativo conosce un ulteriore fondamentale studio, quello di Franco Ledda, il quale, sulla scorta dei risultati del lavoro monografico di Bachelet, analizza i fondamenti del rapporto domandandosi se la riserva a favore del potere sia venuta meno ovvero se sia stata ridotta in una misura quantomeno accettabile<sup>163</sup>. È chiaro all’Autore, come afferma nelle conclusioni del suo lavoro, che

---

<sup>160</sup> A.M. SANDULLI, *Le norme tecniche*, cit., p. 585.

<sup>161</sup> A simili conclusioni giunge, molto successivamente, M. CECCHETTI, *La produzione*, cit., pp. 3402-3403, il quale nota come “Scienza e politica debbono necessariamente operare ciascuna nel proprio campo e nel rispetto dei propri compiti e delle proprie funzioni, senza indebite “invasioni” nel campo altrui. Alla prima è richiesto di fornire tutte le conoscenze tecnico-scientifiche in grado di identificare le caratteristiche dei fenomeni [...]. Alla seconda [...] è richiesto di effettuare le scelte di regolazione dei comportamenti umani, all’esito di operazioni che inevitabilmente richiedono l’assunzione responsabile del compito di ponderare e bilanciare tra loro tutti gli interessi giuridicamente rilevanti”.

<sup>162</sup> Sul punto, cfr. A. CONTIERI, *Le norme «tecniche»: suggestioni del pensiero di Aldo M. Sandulli*, in *Aldo M. Sandulli (1915-1984). Attualità del pensiero giuridico del Maestro*, Milano, 2004, p. 491, rinviene nel pensiero dell’onorando una “fiducia in un sistema di organizzazione dei rapporti tra tecnica e politica improntato all’integrazione delle funzioni pur in una rigida distinzione dei rispettivi ruoli”.

<sup>163</sup> Una efficace ricostruzione del pensiero di Ledda sul rapporto tra tecnica e diritto viene svolta da L. GIANI, *Il problema amministrativo tra incertezza della tecnica ed esigenze di tutela sostanziale del*

ormai la tecnica ricopre un ruolo estremamente importante per il diritto in relazione al costante progresso tecnologico, motivo per il quale è opportuno stabilire se la tecnica, che è già potere per sé stessa<sup>164</sup>, debba porsi “come limite all’ autorità che ne dispone, o debba invece rafforzarlo come strumento riservata alla stessa autorità”<sup>165</sup>.

Rispetto alla dottrina precedente e successiva che si è occupata delle norme tecniche, Ledda non pare preoccuparsi di doverne fornire una definizione preliminare, e non è un caso che un approdo sul concetto di norma tecnica si rinvenga nelle pagine conclusive del suo lavoro<sup>166</sup>. Quel che sembra invece particolarmente interessante è che, al pari di Bachelet, il richiamo alla norma tecnica sia funzionale ad avviare quella rete di collegamenti tra tecnica e diritto, e non invece per distinguere i concetti di norma tecnica e norma giuridica al fine di determinare chi siano i destinatari di quelle determinate prescrizioni.

Tuttavia, nel mentre richiama la pratica del rinvio dalla norma giuridica alle regole della tecnica come strumento di collegamento tra i due termini della relazione - ritenendolo già sufficiente nella misura il richiamo alle regole tecniche non farebbe residuare alcun giudizio di valore, tipico delle determinazioni discrezionali - si sostiene che il legame tra diritto e tecnica sia ancor più intenso di quello che risulta avvalendosi della tecnica del rinvio<sup>167</sup>.

La complessità del tema è colta inevitabilmente anche da Ledda. Se in un primo momento sostiene che la tecnica fornisce dei materiali necessari per la costruzione di concetti giuridici - lasciando indirettamente presagire che la tecnica possa avere un qualche ruolo nella determinazione del contenuto discrezionale dell’ azione amministrativa soprattutto perché “le norme sull’ attività delle pubbliche amministrazioni non pongono soltanto limitazioni negative, ma stabiliscono anche vincoli di contenuto positivo attraverso l’ indicazione degli scopi al cui conseguimento la stessa attività deve

---

*cittadino (il contributo di Franco Ledda)*, in L. Giani, A. Police (a cura di), *Itinerari interrotti. Il pensiero di Franco Ledda e di Antonio Romano Tassone per una ricostruzione del diritto amministrativo*, Napoli, 2017, pp. 135 ss.

<sup>164</sup> Come avrà modo, due anni dopo, di affermare C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., spec. pp. 203 ss.

<sup>165</sup> F. LEDDA, *Potere*, cit., p. 236.

<sup>166</sup> F. LEDDA, *Potere*, cit., p. 234. Richiamando la teoria fondamentalistica che era stata portata avanti da A.M. SANDULLI, sostiene che “potranno quindi annoverarsi fra le norme tecniche, suscettibili d’ essere incorporate in una proposizione giuridica, quelle che trovano la loro base nelle scienze naturali o ‘reali’, e quelle che possono essere elaborate con l’ osservanza dei modelli predisposti dalle scienze formali, in particolare dalla matematica”.

<sup>167</sup> F. LEDDA, *Potere*, cit., p. 191.

essere rivolta”<sup>168</sup> -, successivamente ritiene che “la tecnica sia in grado di determinare il modo di comportamento più adeguato rispetto al risultato prescritto dalla norma o a quello individuato [...] dall’amministrazione cui spetta provvedere”<sup>169</sup>.

Ne consegue che laddove la norma non disponga direttamente alcuna prescrizione di comportamento, “il vincolo di scopo si traduce nella necessità giuridica di osservare le regole tecniche riguardanti il problema da risolvere” e le scelte non conformi a tali regole contrasterebbero, quindi, con la norma che impone tale vincolo. La tecnica, quindi, acquisisce ancora più rilevanza in quanto, in assenza di prescrizioni di comportamento, costituisce lo strumento attraverso il quale si raggiunge il risultato previsto dalla norma per il perseguimento dell’interesse pubblico. È evidente che, il legislatore, nell’esercizio della propria discrezionalità, può non conformare la normativa giuridica alle prescrizioni della tecnica; tuttavia, in assenza dell’esercizio di tale potere, “la norma tecnica si salda in modo quasi naturale con la norma giuridica, come espressione d’un rapporto tra fenomeni su cui il diritto intende esercitare il controllo”<sup>170</sup>.

Dopo aver quindi approcciato alla potenza della tecnica sia come modalità di bilanciamento di interessi, sia come mezzo per portare a compimento lo scopo previsto dalla legge, Ledda opera una classificazione delle differenti possibilità attraverso cui la norma tecnica può acquisire una immediata rilevanza giuridica per l’ordinamento, anticipando che tra le ipotesi che si vedranno non si rinvengono distinzioni nette.

In un primo caso, “la regola tecnica non è soltanto richiamata ma quasi riprodotta o trascritta nel testo normativo”<sup>171</sup>; in un secondo caso, “la tecnica è soltanto evocata [...] dalla norma giuridica”, sia attraverso il richiamo diretto a particolari discipline, sia attraverso l’indicazione di un determinato scopo che non potrebbe essere raggiunto senza ricorrere ai dettami della tecnica<sup>172</sup>; in un terzo caso, come si è detto, può accadere che la tecnica fornisca gli elementi per la formazione di un criterio giuridico, di talché il concetto giuridico finisce per coincidere integralmente (e, quindi, esserne totalmente inglobato) con la nozione scientifica cui si fa riferimento<sup>173</sup>; infine, la tecnica viene ritenuta di indubbia utilità laddove si debba determinare “il contenuto di clausole generali, o la portata di concetti giuridici imprecisi, relativi a fenomeni che secondo il senso proprio

---

<sup>168</sup> F. LEDDA, *Potere*, cit., p. 194.

<sup>169</sup> F. LEDDA, *Potere*, cit., p. 194.

<sup>170</sup> F. LEDDA, *Potere*, cit., p. 195.

<sup>171</sup> F. LEDDA, *Potere*, cit., p. 199.

<sup>172</sup> F. LEDDA, *Potere*, cit., p. 199.

<sup>173</sup> F. LEDDA, *Potere*, cit., pp. 199-200.

della norma hanno giuridico rilievo solo in quanto collegati da un rapporto di causalità”<sup>174</sup>.

Le conclusioni che emergono da questa ripartizione sembrano essere duplici: la prima, che è espressa dall’Autore, in virtù della quale la conoscenza della tecnica è necessaria in molti dei casi della realtà applicativa per una piena comprensione della norma giuridica, allontanando così le riserve formulate da De Valles in ordine all’impossibilità di rendere obbligatorio il precetto tecnico, in virtù dell’impossibilità a conoscerle in ragione del loro carattere specialistico. La seconda, che può invece ricavarsi in modo deduttivo, risponde al quesito principale per il quale Ledda si occupa del tema, e cioè se la tecnica costituisca un limite all’esercizio del potere o se, invece, sia uno strumento riservato all’autorità.

Nell’ottica di superare quest’ultima ipotesi, che ha caratterizzato i primi studi sulla discrezionalità tecnica, possono essere avanzate due considerazioni. Per un verso, Ledda utilizza la norma tecnica come osservatorio privilegiato per analizzare i rapporti di forza tra diritto e tecnica; per altro verso, le ipotesi di configurabilità giuridica della norma tecnica positivizzate dall’Autore riguardano la tecnica del rinvio e soprattutto quelle circostanze per le quali la tecnica sia funzionale alla formazione di concetti giuridici. Rispetto a queste due strade tracciate, la prospettiva che sembra prevalere è quella per cui la tecnica, in quanto potere autonomo, costituisce una guida rispetto all’interesse pubblico da perseguire.

Si tratta di una conclusione che emerge dalla distinzione che opera Ledda tra accertamento del fatto, che può avvenire in base ad una norma tecnica ancorché opinabile, e quella che lo stesso Autore, in un successivo scritto, definiva come determinazione discrezionale come risposta ad una domanda di diritto<sup>175</sup>.

Una ricostruzione<sup>176</sup> in tal senso della norma tecnica evidenzia così l’impossibilità a ritenere la stessa (e, quindi, la tecnica) come un elemento dal quale emerga un potere riservato in capo alla pubblica amministrazione<sup>177</sup>; al tempo stesso conferma la sua rilevanza nella soddisfazione del pubblico interesse, poiché garantisce “la conoscenza di determinati fatti: l’acquisizione dei quali può a propria volta risultare necessaria tanto per

---

<sup>174</sup> F. LEDDA, *Potere*, cit., p. 200.

<sup>175</sup> F. LEDDA, *Determinazione discrezionale e domanda di diritto*, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, Modena, 1996, 95 ss., ed ora pubblicato in *Scritti giuridici*, cit., pp. 365 ss. Secondo F. LIGUORI, *Attività liberalizzate*, cit., p. 194, nel pensiero di Ledda non sussisterebbe una posizione di potere amministrativo nell’attività applicativa di regole tecniche.

<sup>176</sup> Operata da L. GIANI, *Il problema amministrativo*, cit., p. 139.

<sup>177</sup> Come, invece, sosterrà C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., *passim.*, per la cui analisi sui rapporti tra tecnica e diritto si rimanda al par. 6.

l'individuazione della «risposta» più adeguata [...] quanto per la semplice determinazione concreta delle conseguenze giuridiche ricollegate agli stessi fatti dalla norma di diritto”.

L'equilibrio dei rapporti tra tecnica e diritto nel pensiero di Ledda è quindi evidente, nella misura in cui l'accertamento del fatto tecnico opinabile non prevale sulla valutazione di opportunità politica della decisione, ma anzi risulta essere una parentesi procedimentale della quale alle volte non si può fare a meno, e alla quale altre volte non si intende rinunciare, in una logica orientata al perseguimento della migliore scelta della pubblica amministrazione.

*5.5. L'accezione contenutistica delle norme tecniche e l'erosione del potere dello Stato in relazione ai processi di globalizzazione. Le riflessioni di A. Predieri.*

Diversamente da quanto teorizzato da A.M. Sandulli, lo studio di Predieri muove da una prospettiva opposta sul concetto di norma tecnica, ritenendola quale locuzione “polisensa” caratterizzata da un significato contenutistico e descrittivo e, a sua volta, impreciso e mutevole<sup>178</sup>. L'accezione contenutistica, a ben vedere, è la principale caratteristica della norma tecnica nella ricostruzione di Predieri, ma non certamente l'unica: infatti, in tendenziale accordo con la prospettiva tracciata da Bachelet, si parla di norma tecnica quando ci si trova dinanzi ad una area “caratterizzata da cognizioni e giudizi emessi sulla base di una scienza specialistica, cioè di tutte le scienze ad accezione di quelle giuridiche e dell'amministrazione [...] o di una tecnica per la produzione di un bene o di un servizio non necessariamente collegata ad una scienza”<sup>179</sup>.

L'accoglimento della teoria contenutistica delle norme tecniche comporta rientro in tale categoria sia quelle dotate di un carattere imperativo, sia quelle con carattere condizionale e, per così dire promozionale<sup>180</sup>, purché il contenuto delle stesse sia tecnico<sup>181</sup>. Ed è proprio in virtù di tale ricostruzione omnicomprensiva che Predieri si occupa di circoscrivere l'ambito soggettivo sia di coloro i quali possano *produrre* le

---

<sup>178</sup> A. PREDIERI, *Le norme tecniche*, cit., p. 253. Si tratta di una concezione alla quale sembra aderire anche C. VIDETTA, *L'amministrazione della tecnica*, cit., pp. 104-105, che rintraccia il tratto caratterizzante della norma tecnica nella circostanza che “il suo contenuto sia specialistico, ossia rinvi, per la sua applicazione all'intervento di soggetti particolarmente competenti”.

<sup>179</sup> A. PREDIERI, *Le norme tecniche*, cit., pp. 256-257.

<sup>180</sup> Si tratta di una ricostruzione, quella di Predieri, che consente l'emersione di una leggera distanza con la tesi formulata da Ravà, per il quale le norme tecniche disponevano degli imperativi ipotetici non categorici, prescrizioni valide in rapporto con il fine e dalle quali non era rinvenibile una imposizione di doveri, ma di oneri.

<sup>181</sup> A. PREDIERI, *Le norme tecniche*, cit., p. 259.

norme tecniche, sia di coloro i quali possano determinare il contenuto delle stesse. Quanto al primo punto, la produzione delle norme tecniche può avvenire sia ad opera di “istituzioni estranee all’ordinamento e da questo considerate come presupposti”, sia da “organi statali o enti pubblici statali o regionali, abilitati alla produzione normativa in procedimenti con elaborazione tecnica”<sup>182</sup>. La diversità dei soggetti idonei alla produzione di norme tecniche comporta, passando al secondo punto, che la determinazione del loro contenuto avvenga ad opera “di enti pubblici e in particolare di autorità amministrative indipendenti fornite di poteri normativi [...] o ad opera di entità non statali, di natura privatistica ma forniti di *munera pubblici* [...] espressione di categorie interessati”<sup>183</sup>.

È proprio con riferimento a tale ultima modalità di precisazione del contenuto delle norme tecniche che Predieri svolge delle riflessioni estremamente interessanti in ordine alla circostanza per cui “la produzione di norme ad opera di soggetti della società civile, organizzata secondo i propri interessi, [...] si inquadra in una generale tendenza di sottrazione di competenze normative allo Stato o, quanto meno, di suoi apparati tradizionali, con la formazione di enti intermedi”<sup>184</sup>. La centralità della ricostruzione emerge in quanto, con il passare del tempo, i portatori di interessi non agiscono più al di fuori dei procedimenti come gruppi di pressione, ma assumono sia le vesti di portatori di proposte e pareri che vengono assunti come indispensabili e qualificanti, sia di codecisori, nella misura in cui esprimono scelte in grado di condizionare quelle degli organi del potere pubblico. L’erosione del potere normativo, quindi, per Predieri può avvenire sia attraverso una modalità di trasferimento di tipo verticale (a vantaggio della Comunità europea), sia una modalità orizzontale (e quindi a vantaggio dei corpi sociali)<sup>185</sup>.

Altro snodo decisivo di tali riflessioni riguarda l’inquadramento delle norme tecniche nelle fonti del diritto. In tal senso, Predieri ritiene che “il diritto fornisce, in taluni casi, un sostegno che può essere diretto, con l’attribuzione della forza e valori tipici dell’atto con cui la norma tecnica si trasforma in giuridica, oppure indiretto”<sup>186</sup>. Nel primo caso, gli organi non statali partecipano alla fase istruttoria del procedimento di formazione delle norme tecniche, “che può spingersi fino a trasformarsi in una elaborazione totale da parte

---

<sup>182</sup> A. PREDIERI, *Le norme tecniche*, cit., p. 261.

<sup>183</sup> A. PREDIERI, *Le norme tecniche*, cit., p. 262.

<sup>184</sup> A. PREDIERI, *Le norme tecniche*, cit., p. 278.

<sup>185</sup> A. PREDIERI, *Le norme tecniche*, cit., p. 281.

<sup>186</sup> A. PREDIERI, *Le norme tecniche*, cit., p. 290.

di tecnici per poi essere recepito dal potere pubblico”<sup>187</sup>, oppure - e questo è il caso della c.d. incorporazione - la produzione della norma tecnica formulata dagli organi viene imputata allo Stato ovvero all’ente pubblico. Il secondo caso, invece, è quello del riconoscimento indiretto, in virtù del quale il diritto riconosce “effetti giuridicamente rilevanti a norme o *standards* di produzione non statale o comunitaria [...] che il diritto presuppone ma non recepisce”<sup>188</sup>.

In entrambi i casi, le norme tecniche producono effetti giuridici anche in ordine alla sanzione prevista per la loro inosservanza: infatti, “il non seguire le norme tecniche non comporta una sanzione giuridica ma un evento necessario, [...] non riconducibile alla doverosità, sibbene alla necessità”<sup>189</sup>.

Il senso delle affermazioni dell’Autore è molto importante sempre nella nostra prospettiva di ristabilire, laddove possibile, un equilibrio nei rapporti tra diritto e tecnica. Una attenta ricostruzione della dottrina ha tuttavia evidenziato una contraddizione nell’ambito della relazione tra scienza e scelte politiche: se per un verso l’intreccio tra diritto e tecnica (sia nei casi di incorporazione, sia di rinvio fisso e, infine, nei casi di armonizzazione della normazione tecnica) comporta l’applicazione del medesimo regime giuridico (e, quindi, anche quello sanzionatorio) in caso di violazione delle norme tecniche, per altro verso, se la norma tecnica producesse effetti esclusivamente nei confronti degli operatori economici (e non anche della collettività), non potrebbero essere attivati i regimi sanzionatori, civilistici ed amministrativistici, ma alla violazione seguirebbe esclusivamente una situazione di svantaggio per il soggetto privato il quale non si è conformato alla normativa tecnica<sup>190</sup>.

Il quadro chiaro e certamente non rassicurante con riferimento alle norme tecniche, per quanto riguarda l’erosione del potere dello Stato nell’elaborazione delle stesse, lascia comunque spazio a dei problemi ancora aperti, che riguardano sia il controllo sulle norme tecniche ma, soprattutto, la questione inerente a chi debba essere il giudice a risolvere delle controversie fondate sulla normativa tecnica. Mentre non è in discussione la giurisdizione del giudice amministrativo nel caso in cui la normativa tecnica sia stata incorporata da una legge dello Stato, decisamente più complessa appare la risoluzione della questione relativa alla giurisdizione nei casi in cui la norma tecnica sia “figlia” di

---

<sup>187</sup> A. PREDIERI, *Le norme tecniche*, cit., p. 291.

<sup>188</sup> A. PREDIERI, *Le norme tecniche*, cit., p. 291.

<sup>189</sup> A. PREDIERI, *Le norme tecniche*, cit., p. 292.

<sup>190</sup> F. SALMONI, *Le norme tecniche*, cit., p. 92.

una formulazione privatistica<sup>191</sup>. In questo ultimo caso, a detta di Predieri, l'unica soluzione possibile sarebbe quella di incardinare le controversie dinanzi al giudice civile; si tratta, come dirà poco dopo, di una soluzione insoddisfacente, in quanto non verrebbero rispettati principi fondamentali nella produzione delle norme tecniche come la trasparenza e la neutralità<sup>192</sup> degli enti produttori, nella misura in cui si tratterebbe di principi che “ben si attagliano ad atti amministrativi e molto meno invece ad atti privatistici”, e ciò anche laddove bisognerebbe rimediare a dei *gap* di asimmetria informativa<sup>193</sup>. L'unica possibilità, dunque, per attribuire rilevanza giuridica alla normativa tecnica prodotta esclusivamente da associazioni di privati è quella di considerare queste ultime al pari dei concessionari di pubblici servizi, e cioè come enti privati dotati di funzioni pubbliche, i cui atti vestirebbero la forma di provvedimenti amministrativi<sup>194</sup>, in quanto “non è detto che l'investitura ad organo indiretto debba avvenire solo con un atto concessorio”<sup>195</sup>.

*5.6. Le differenti accezioni del concetto di tecnica alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale. La prospettiva della 'neutralizzazione' non solo dell'oggetto (atti normativi ed amministrativi), ma anche dei soggetti (legislatore e pubblica amministrazione).*

Una indagine che vuole tentare di recuperare le diverse concezioni di tecnica (e norma tecnica) che si sono susseguite nel corso degli anni non può prescindere da una ricostruzione delle principali decisioni sul punto ad opera della Corte costituzionale. Oltre ai percorsi interpretativi già citati in premessa, e cioè quelli per cui il giudice delle leggi attribuirebbe alla tecnica un carattere di neutralità ed una funzione di certezza, un'altra

---

<sup>191</sup> Si tratta di aspetti ben approfonditi da A. ZEI, *Tecnica e diritto*, cit., spec. cap. II.

<sup>192</sup> Ritiene che la norma tecnica sia neutra rispetto all'ordine dei valori che si ricavano dalla norma giuridica, F. LEDDA, *Potere*, cit., p. 192, nota 49, poiché, come si è detto, secondo l'interpretazione di Ledda dalle norme tecniche vanno escluse quelle che (come le scienze sociali) ritengono necessario un giudizio di valore (p. 234-235). Si discosta da tale percorso interpretativo M. GIGANTE, *Effetti giuridici*, cit., p. 317, nonché F. SPANTIGATI, *Il valore giuridico*, cit., p. 280, ove si sostiene che la tecnica, definita come “conoscenza presente, che è necessaria per produrre il futuro” (p. 279), non può essere qualificata come neutra. Secondo F. SALVIA, *Considerazioni su tecnica e interessi*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 604, la cultura moderna ci presenta un quadro nel quale la scienza e la tecnica siano “tutt'altro che separate dal gioco degli interessi in campo”. In termini generali, C. SCHMITT, *Le categorie*, cit., pp. 177-178, afferma come “proprio per il fatto che serve a tutti, la tecnica non è neutrale. Dall'immanenza del dato tecnico non deriva nessuna decisione umana e spirituale unica, men che meno quella del senso della neutralità”.

<sup>193</sup> A. PREDIERI, *Le norme tecniche*, cit., p. 294.

<sup>194</sup> Così come rilevato evidentemente da F. SALMONI, *Le norme tecniche*, cit., p. 94.

<sup>195</sup> A. PREDIERI, *Le norme tecniche*, cit., p. 295.

direzione percorsa dalla Consulta nelle prime pronunce sul tema è rintracciabile nell'interpretazione per cui il 'mondo' della tecnica sarebbe disgiunto dal 'mondo' del diritto; quest'ultimo, in virtù della complessità e della particolare specificità dell'oggetto da regolare, si avvarrebbe della normazione tecnica nella produzione degli effetti di atti normativi<sup>196</sup>.

Un primo esempio di questa tendenza si rinviene nella sentenza n. 40 del 1964<sup>197</sup>, dove la Corte affermò, nell'ambito della definizione delle tabelle tariffarie in materia di affitto di fondi rustici, che "la redazione delle tabelle deve aver luogo dunque da parte delle Commissioni - le quali non senza ragione vengono definite dalla legge come tecniche - *attenendosi essenzialmente alle regole tecniche dell'economia agraria* [...] discusse - sempre sul piano tecnico - e accettate dalle categorie controinteressate". Per comprendere meglio la rilevanza dell'approdo, è al tempo stesso utile sottolineare come le disposizioni nei confronti delle quali era stato avanzato il giudizio di legittimità costituzionale (articoli 1 e 7 della legge n. 567 del 1962) nulla disponevano in ordine alla misura del canone annuale, limitandosi esclusivamente ad affermare che l'imposizione di tali limiti avveniva ad opera della Commissione tecnica provinciale di riferimento.

L'importanza della pronuncia emerge dunque dal processo di giuridicizzazione delle regole tecniche in virtù di un assorbimento indiretto di queste ultime all'interno delle norme giuridiche<sup>198</sup>. In altre parole, le regole tecniche di riferimento (e, cioè, le tabelle) delimitavano il perimetro all'interno del quale la Commissione tecnica provinciale potesse muoversi nell'ambito della definizione dei canoni annuali di affitto dei fondi rustici, consentendo così alle norme tecniche di acquisire il valore di norme giuridiche<sup>199</sup>.

Ulteriore pronuncia della Corte costituzionale che merita di essere segnalata in ordine all'elevato grado di pervasività che la tecnica produce nei confronti del diritto è la n. 127

---

<sup>196</sup> Non sembra fornire una opinione conforme su questo aspetto V. ANGIOLINI, *Attività «tecniche» della pubblica amministrazione e riparto delle competenze tra Stato ed autonomie: in margine alla giurisprudenza costituzionale sulle «omologazioni» industriali*, in P. Andreini, G. Caia, G. Elias, F.A. Roversi-Monaco (a cura di), *La normativa tecnica*, cit., p. 238, secondo il quale che "la «tecnica» stessa non può non essere giuridica, se la sua applicazione è dovuta al diritto, e che, se la «tecnica» è nel diritto, essa non può farsi risalire a fattori conoscitivi o scientifici esterni al sistema giuridico".

<sup>197</sup> Corte cost., 13 maggio 1964, n. 40, in *Giur. cost.*, 1964, pp. 522 ss., con nota di L. CARLASSARE, *L'applicabilità dell'art. 113 della Costituzione agli atti normativi di autorità amministrative*.

<sup>198</sup> Secondo l'interpretazione fornita da F. BASSI, *La norma*, cit., p. 162, il rinvio recettizio conferirebbe "diretta e piena efficacia alla norma richiamata come propria dall'ordinamento rilevante". Inoltre, M. CECCHETTI, *Note introduttive allo studio delle normative tecniche nel sistema delle fonti a tutela dell'ambiente*, in U. De Siervo (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2006*, Milano, 2006, p. 154, parla di "regole di carattere tecnico che vengono imposte dalle autorità, con l'efficacia di vere e proprie norme precettive, ai soggetti che svolgono determinate attività o realizzano determinati impianti o prodotti" (corsivo nostro).

<sup>199</sup> In questo senso, si esprime anche F. SALMONI, *Le norme*, cit., p. 105.

del 1990<sup>200</sup>. In questo caso la Consulta, attraverso una sentenza interpretativa, dichiara infondata la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli articoli 674 c.p. e 2, n. 7, del d.P.R. 24 maggio 1988 n. 203, nella parte in cui escluderebbe la configurabilità del reato di cui all'art. 674 c.p. nei confronti del titolare di un impianto industriale che, a causa dei costi eccessivi, non adotti *le misure tecnologiche più avanzate per la riduzione delle emissioni inquinanti prodotte*, a patto che il condizionamento al costo non eccessivo dell'uso della migliore tecnologia disponibile si riferisca al raggiungimento di livelli inferiori a quelli compatibili con la tutela della salute umana<sup>201</sup>.

Il ragionamento dal quale emerge l'impatto della tecnica nei confronti delle fonti di produzione del diritto si rinviene in uno specifico passaggio operato dal giudice delle leggi, il quale sostiene che nonostante i regolamenti di esecuzione si preoccupino di imporre nel corso degli anni nuovi limiti inquinanti, aggiornati al *progresso della scienza* (d.P.R. n. 322 del 1971), l'imprenditore sarebbe comunque tenuto ai più ristretti limiti consentiti dal *progresso della tecnica*.

Diverse sono le conclusioni che possono ricavarsi dalla decisione appena analizzata della Consulta. In primo luogo, è evidente come per il tramite del richiamo alle clausole generali utilizzate - quali il "*progresso della scienza*" ovvero il ricorso alla "*migliore tecnologia possibile*" - non ci si debba conformare esclusivamente all'ordinamento giuridico ma, ammettendo la Corte costituzionale una spaccatura tra scienza e diritto, anche il c.d. 'ordinamento tecnico' assume efficacia vincolante nelle materie caratterizzate da una elevata complessità tecnica<sup>202</sup>.

La decisione, a ben vedere, lascia spazio al tentativo di compiere ulteriori riflessioni su ciò che verrà analizzato successivamente, e cioè smentire quell'atteggiamento

---

<sup>200</sup> Corte cost., 16 marzo 1990, n. 127, in *Foro it.*, 1991, pt. I, p. 36, con nota di R. FUZIO, *Il bilanciamento di interessi costituzionalmente protetti nella nuova normativa sull'inquinamento atmosferico*, pp. 39 ss.

<sup>201</sup> Una accurata ricostruzione di questo peculiare aspetto viene svolta da P. LAZZARA, *La normativa tecnica*, cit., pp. 413-419, il quale sostiene che il richiamo alla 'migliore tecnica disponibile' riguarda "tecniche sviluppate su una scala che ne consenta l'applicazione in condizioni economicamente e tecnicamente valide nell'ambito del pertinente comparto industriale prendendo in considerazione i costi ed i vantaggi".

<sup>202</sup> In questi termini, si veda anche F. SALMONI, *Le norme*, cit., pp. 106-107. Molto impattanti sono le parole di V. ONIDA, *Il sistema delle fonti in materia ambientale, con particolare riferimento alla normativa tecnica*, in *Razionalizzazione della normativa in materia ambientale - Atti del convegno giuridico, 29-30 aprile 1994*, Milano, 1994, p. 68, secondo cui le norme tecniche costituiscono "vere e proprie regole giuridiche vincolanti, la cui osservanza dà luogo alle sanzioni previste dall'ordinamento per le violazioni del diritto, ivi comprese, se del caso, le sanzioni penali". Secondo G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, p. 418, si tratterebbe di prescrizioni immediatamente vigenti nei confronti (anche) degli operatori economici, i quali debbono conformarsi anche in assenza del provvedimento amministrativo.

interpretativo del giudice delle leggi che tende a valorizzare la funzione di certezza di cui si caratterizzerebbero gli atti normativi che recepiscono indicazioni tecnico-scientifiche. Un accenno a tale considerazione trova un adeguato fondamento in un passaggio della Corte, laddove sostiene che è il progresso della tecnica e della scienza ad aggiornare i limiti inquinanti delle emissioni. Quanto appena detto rende doverosa una riflessione: come si può pensare di attribuire una quota sufficiente di certezza a tali limiti imposti dalla tecnica, e non invece accentuarne il carattere relativo<sup>203</sup>, se, proprio in virtù dell'evoluzione delle tecnologie, questi (i limiti) sono suscettibili di subire variazioni sensibili e continue<sup>204</sup>?

Una delle pronunce della Corte costituzionale che ha maggiormente animato il dibattito scientifico è certamente la n. 61 del 1997<sup>205</sup>, che si discosta dal precedente orientamento giurisprudenziale che tendeva a separare il 'mondo' del diritto da quello della tecnica, e propone una rivisitazione del concetto di tecnica nella duplice prospettiva della neutralità ed oggettività che garantirebbe il ricorso a criteri tecnico-scientifici. La Consulta, infatti, particolarmente consapevole della necessità di definire in maniera più puntuale il proprio orientamento sul concetto di tecnica<sup>206</sup>, nella parte conclusiva della decisione afferma sia ciò che dovrebbe essere una norma tecnica sia, inoltre, ciò che non dovrebbe essere.

A detta del giudice delle leggi, se per norme tecniche si intendono quelle "prescrizioni che vengono elaborate generalmente sulla base dei principi desunti dalle c.d. *scienze*

---

<sup>203</sup> A nostro avviso, è emblematico il passaggio di L. VIOLINI, *Sui contrasti tra valutazioni giuridiche e valutazioni scientifiche nella qualificazione della fattispecie normativa: la Corte compone il dissidio ma non innova l'approccio*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 975, il quale afferma espressamente che "la scienza non conosce che risultati transitori, continuamente sottoposti a verifiche empiriche di stampo sperimentale e propone ai suoi cultori [...] certezze «forti» ma mai definitive". Nella medesima prospettiva si colloca la posizione di V. ANGIOLINI, *Attività «tecniche» della pubblica amministrazione*, cit., p. 255, che reputa la tecnica come "non foriera di soluzioni assolute".

<sup>204</sup> Sulla circostanza per cui il ridimensionamento del valore oggettivo delle soluzioni tecnica sia tendenzialmente dovuto allo sviluppo tecnologico, nella misura in cui quest'ultimo mette in crisi gli approdi cui era giunta la scienza prima di una determinata innovazione, si veda M. GIGANTE, *Alcune osservazioni sull'evoluzione dell'uso del concetto di tecnica nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 649. Anche C. VIDETTA, *L'amministrazione*, cit., p. 147, critica questo aspetto affermando che "qualora una norma preveda il rispetto di un certo *standard*, anche ove questo sia espressione di una regola tecnica incerta o, addirittura, superata, sarà da applicarsi secondo canoni di certezza proprio in quanto recepito come tale dalla norma". In termini generali, si possono recuperare le autorevoli opinioni di E. FORSTHOFF, *Lo Stato*, cit., p. 33, il quale sostiene che "la tecnica elimina i problemi non tanto in virtù di soluzioni specifiche, ma attraverso il loro superamento, per il solo fatto di renderli obsoleti".

<sup>205</sup> Corte cost., 14 marzo 1997, n. 91, in *Giur. cost.*, 1997, pp. 647 ss., con nota di M. GIGANTE, *Alcune osservazioni*, cit.; Q. CAMERLENGO, *Coordinamento tecnico e autonomia regionale speciale*, in *Le Regioni*, 1997, pp. 639 ss.

<sup>206</sup> Nozione che, come definiva V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, p. 489, "non è mai stata teorizzata in maniera soddisfacente e consapevole".

esatte o dalle arti che ne sono applicazione (come, ad esempio, le prescrizioni che individuano *standards* qualitativi o metodologie di rilevazione dati e/o di trattamento materiali)<sup>207</sup>, vanno invece escluse da tale categoria quelle disposizioni che appaiono volte “a fissare i criteri di organizzazione”.

I profili problematici che emergono dalla decisione sono svariati e riguardano, in primo luogo, la delimitazione del concetto di scienze esatte; se, come viene sostenuto da alcuni, sono numerose le scienze “in bilico [...] tra l’esattezza e l’inesattezza” che restringerebbero enormemente l’area della tecnica<sup>208</sup>, “trascurando la dimensione fallibilista della scienza e, dunque, quasi vanificandone le potenzialità”<sup>209</sup>, secondo altri il giudice delle leggi in questo caso alluderebbe alle scienze matematiche<sup>210</sup>. Ciò tuttavia non impedisce, a quella dottrina che aveva suscitato alcune perplessità in ordine a ciò che fosse esatto e ciò che non lo fosse, di riferire il criterio dell’esattezza a quelle applicazioni all’interno delle quali la scienza presenti un carattere univoco e contraddistinto da un sufficiente grado di precisione<sup>211</sup>. Di talché, questa ricostruzione sembra confermare l’idea, non condivisibile ad avviso di chi scrive, in virtù della quale la Corte abbia inteso sostenere che il ricorso ai criteri tecnico-scientifici e, in particolare, alle c.d. scienze esatte, comporterebbe il ripristino delle funzioni di neutralità ed oggettività “che sembravano essere compromesse dall’evidenziarsi del carattere solo relativo delle certezze tecniche”<sup>212</sup>.

A questo aspetto sembra collegarsi quella valutazione, per così dire in negativo, che formula la Corte costituzionale su ciò che *non può essere* una norma tecnica, e cioè qualsiasi disposizione che vada a stabilire criteri relativi all’organizzazione amministrativa, rinvenendo così il discrimine sulla qualificazione di *norma tecnica* nel bilanciamento tra i vari interessi pubblici<sup>213</sup>.

---

<sup>207</sup> Anche alcune successive pronunce del giudice delle leggi confermano l’approccio della sentenza n. 61 del 1997, affermando che le norme tecniche siano tali laddove applichino esclusivamente le c.d. scienze esatte. Sul punto, Corte cost., 30 marzo 2001, n. 84, in *Giur. cost.*, 2001, p. 2, nonché Corte cost., 26 febbraio 1998, n. 30, in *Giur. cost.*, 1998, p. 187.

<sup>208</sup> M. GIGANTE, *Alcune osservazioni*, cit., p. 648 e p. 651. Sul punto, si veda anche A. IANNUZZI, *Caratterizzazione della normazione tecnica nell’ordinamento italiano. Il campo di analisi e di verifica della materia ambientale*, in *Studi parl. e di pol. cost.*, 2006, nn. 151-152, pp. 137 ss.

<sup>209</sup> Sempre A. IANNUZZI, *Caratterizzazione*, cit., p. 141.

<sup>210</sup> F. SALMONI, *Le norme*, cit., p. 109.

<sup>211</sup> M. GIGANTE, *Alcune osservazioni*, cit., p. 649.

<sup>212</sup> M. GIGANTE, *Alcune osservazioni*, cit., p. 650. Sul punto, in termini difformi e condivisibilmente, si esprime F. SALMONI, *Le norme*, cit., pp. 111-112, che non condivide il binomio ‘ricorso alla tecnica-produzione di certezze’, e indirizza la propria linea di pensiero ritenendo che il carattere oggettivo dei criteri tecnici determini, al contrario, l’assenza della c.d. opinabilità tecnica.

<sup>213</sup> Sembra non condividere tale assunto C. VIDETTA, *L’amministrazione*, cit., p. 133, laddove, con riferimento ai tratti distintivi tra ciò che devono essere e ciò che non devono essere le norme tecniche -

Questo aspetto apre un ulteriore tema, affrontato ampiamente dalla giurisprudenza della Consulta, relativo alla distinzione tra il “coordinamento tecnico” e quello “politico-amministrativo”<sup>214</sup>. Fermo restando la distinzione nell’ambito del riparto di competenze tra Stato e Regioni<sup>215</sup>, ciò che interessa, nell’economia del presente lavoro, è sottolineare che mentre il coordinamento politico-amministrativo si manifesterebbe “nella adozione di prescrizioni che riflettono scelte e determinazioni assunte sul piano politico, come esito di una complessa opera di valutazione comparativa di interessi e di esigenze condotta alla stregua di giudizi di valore e di procedure tipicamente giuridiche”, il *proprium* del coordinamento tecnico si rinverrebbe nella previsione di metodologie funzionali all’applicazione omogenea della disciplina su scala nazionale, realizzata “alla luce di apprezzamenti e meccanismi [...] che rispecchiano l’ordine naturale delle cose”<sup>216</sup>.

La Corte costituzionale, con la recente sentenza n. 212 del 2017, è ritornata sulla questione relativa al coordinamento tecnico, recuperando alcuni approdi della dottrina sulla distinzione tra le due categorie di coordinamento. Il giudice delle leggi ritiene infondata la questione di legittimità costituzionale dell’articolo 4, comma 4, l. 28 giugno 2016, n. 132, censurato per violazione degli articoli 8, 9 e 16 dello statuto speciale per il Trentino-Alto Adige, nella parte in cui consente all’ISPRA di adottare norme tecniche in materia di monitoraggio, di valutazioni ambientali, di controllo, di gestione

---

secondo la Corte, si è detto, il limite è rappresentato dal bilanciamento degli interessi -, afferma che “l’identificazione di uno standard ovvero di un limite di carattere tecnico [...] viene esso stesso a costituire il momento del bilanciamento di interessi differenti”.

<sup>214</sup> Corte cost., 1 aprile 2003, n. 103, in *Giur. cost.*, 2003, pp. 1735 ss., con commenti di F. SALMONI, *Gli atti statali di coordinamento tecnico e la ripartizione di competenze Stato-Regioni*, e di M. GIGANTE, *L’attribuzione allo Stato della normazione tecnica tra neutralità e attuazione vincolata*; Corte cost., 26 febbraio 1990, n. 85, in *Riv. giur. edil.*, 1990 p. 838; Corte cost., 28 luglio 1993, n. 355, in *Quad. reg.*, 1993, p. 1559; Corte cost., 27 luglio 1994, n. 356, in *Giur. cost.*, 1994, p. 2906; Corte cost., 22 luglio 1999, n. 351, in *Giur. cost.*, 1999, p. 2733; Corte cost., 18 maggio 1999, n. 171, in *Foro it.*, 2001, p. 59; Corte cost., 5 novembre 1996, n. 381, in *Foro it.*, 1997, p. 3516; Corte cost., 28 luglio 1993, n. 355, in *Quad. reg.*, 1993, p. 1559; Corte cost., 6 febbraio 1991, n. 49, in *Foro it.*, 1992, p. 13.

<sup>215</sup> Sul punto, R. BIN, «Coordinamento tecnico» e poteri regolamentari del Governo: spunti per un’impostazione ‘posteuclidea’ della difesa giudiziale delle Regioni, in *Le Regioni*, 1992, pp. 1449 ss., dopo aver affermato che “non risulta affatto chiaro in cosa consista l’aspetto «tecnico» che segnerebbe il discrimine tra questa forma di coordinamento (quello tecnico, aggiunta nostra) e quella esprimibile con l’altro strumento, l’indirizzo e coordinamento in senso proprio (quello politico amministrativo, aggiunta nostra)” (p. 1452) e dopo aver ritenuto “evidente la vaghezza del criterio distintivo e la difficoltà di una netta separazione tra aspetti tecnici e aspetti politico-amministrativi di qualsiasi azione dell’amministrazione” (p. 1452), giunge alla conclusione per cui “il «coordinamento tecnico» sia solo un’etichetta molto malleabile [...] a cui la Corte ricorre per riservarsi un giudizio «caso per caso» sull’assetto specifico dei rapporti tra Stato e Regioni” (p. 1453). In termini ugualmente critici, cfr. F. SALMONI, *Le norme*, cit., p. 134, che ritiene come il concetto di coordinamento tecnico sia divenuto “il grimaldello usato dalla Corte per consentire anche ai singoli ministri di intervenire nelle materie riservate alla competenza delle Regioni e delle province autonome, tutte le volte che le risulta impossibile invocare le finalità generali, l’interesse nazionale o il principio di leale cooperazione”.

<sup>216</sup> In questi termini, Q. CAMERLENGO, *Coordinamento tecnico*, cit., p. 646.

dell'informazione ambientale di controllo, di gestione dell'informazione ambientale e di coordinamento del Sistema nazionale.

Anche in questo caso, la Corte utilizza lo scudo delle attribuzioni tecniche dell'istituto<sup>217</sup> in nome della definizione di meccanismi omogenei sul territorio nazionale, al fine di differenziare il coordinamento tecnico, dal quale dovrebbe emergere una importante quota di neutralità in ragione del ricorso a criteri tecnico-scientifici ed una sorta di 'attuazione vincolata' dei parametri<sup>218</sup>, ed il coordinamento politico amministrativo, che invece involge un momento più o meno ampio di ponderazione tra interessi.

Dall'analisi di alcune (tra le numerose) decisioni della Corte costituzionale, emerge che il concetto di tecnica, nonostante alcune pronunce abbiano affermato il contrario, ha ben poco a che fare con il riferimento alle c.d. scienze esatte<sup>219</sup>, nella misura in cui l'obiettivo (forse mai veramente dichiarato) è quello di considerarla quale strumento attraverso il quale limitare sensibilmente la discrezionalità politico-legislativa<sup>220</sup>, che rischia di mettere in evidente crisi, come già affermava Predieri, il ruolo dello Stato<sup>221</sup>

---

<sup>217</sup> Sono condivisibili le opinioni di I. LOLLI, *Norme tecniche ambientali e 'remore' del legislatore. Quando il diritto si misura con la scienza*, in *DPCE online*, 2020, p. 3491, la quale sostiene che la circostanza per cui l'acquisizione dei dati scientifici avvenga "per il tramite di organismi tecnico-scientifici permanenti è dunque da ritenersi [...] elemento necessario e sufficiente a fornire una *patente di legittimità costituzionale* alle scelte del legislatore".

<sup>218</sup> Questa tendenza alla concezione della normazione tecnica funzionale a garantire una applicazione uniforme sul territorio nazionale è anche confermata anche da ulteriori pronunce del giudice delle leggi: Corte cost., 21 aprile 2021, n. 78, in *www.cortecostituzionale.it*; 21 dicembre 2016, n. 282, in *Foro amm. (II)*, 2017, p. 1215 afferma che le norme tecniche per le costruzioni sono vincolanti per le Regioni nella misura in cui garantiscono "per ragioni di sussidiarietà e di adeguatezza, un regime unico, valido per tutto il territorio nazionale, in un settore nel quale entrano in gioco valutazioni altamente tecniche". Analogamente, Corte cost., 26 maggio 2017, n. 125, in *Riv. giur. edil.*, 2017, p. 555.

<sup>219</sup> Conformemente rispetto a quanto sostenuto, C. VIDETTA, *L'amministrazione*, cit., pp. 104-105, la quale, partendo dalla circostanza per cui il tratto caratterizzante della norma tecnica si rinviene nella presenza di un esperto non solo per l'applicazione della stessa, ma ancor prima per l'interpretazione, afferma espressamente che "non è allora più importante se oggetto ne sia una scienza esatta oppure no, ciò che conta è che il suo contenuto sia specialistico, ossia rinvii, per la sua applicazione all'intervento di soggetti particolarmente competenti".

<sup>220</sup> Secondo M. NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri*, cit., p. 723, "mentre per l'attività politica [...] l'influenza della tecnica si può manifestare solo nell'assunzione delle informazioni e nella raccolta degli elementi necessari per la decisione politica, nell'attività amministrativa l'influenza è più ampia e profonda, arrivando fino alla soggezione della stessa decisione amministrativa a regole tecniche" (corsivi nostri).

<sup>221</sup> Sembra possibile recuperare e adeguarle al contesto della progressiva tecnicizzazione della normativa le parole di S. CASSESE, *La crisi*, cit., p. 4; l'Autore, infatti, ritiene che la concezione dell'epoca di "crisi dello Stato" involgesse (anche) la "perdita di unità del maggiore potere pubblico al suo interno". In termini simili, C. VIDETTA, *L'amministrazione*, cit., p. 113. A detta di A. MANGIA, *Presentazione*, in E. FORSTHOFF, *Lo Stato*, cit., p. XX, "Lo Stato di diritto, insomma, esisterebbe nelle società moderne solo come un residuo del passato".

sull'errato presupposto di garantire un elevato grado di certezza ed oggettività agli atti amministrativi e normativi caratterizzati da valutazioni tecnico-scientifiche<sup>222</sup>.

6. *La tecnica come struttura di potere reale ed elemento giustificativo di una riserva di valutazione. Gli approdi di C. Marzuoli e le conferme sulla pervasività della tecnica rispetto al potere.*

Di particolare interesse per questa prima parte dello studio è sicuramente il già citato lavoro monografico di Marzuoli, con il quale il controverso tema della c.d. discrezionalità tecnica riconquista il centro della scena nel dibattito giuridico, anche se (sulla scorta del filone dottrinale inaugurato da Ledda solo due anni prima) analizzato nella duplice prospettiva della progressiva tecnicizzazione dell'azione amministrativa e della relazione tra poteri.

Nella sintetica ma altrettanto incisiva introduzione, Marzuoli rileva come in passato la tendenza si assestasse su alcuni dogmi - ampiamente superati, come si vedrà - quali la capacità della tecnica, in quanto espressiva di regole obiettivamente valide, ad aumentare "la rete di principi che si *impongono* all'amministrazione", facendo dunque risultare la tecnica quale "fattore antagonista della situazione di potere (o delle singole situazioni di potere) dell'amministrazione"<sup>223</sup>. La logica conseguenza, almeno teorica, di questa riduzione dello spazio amministrativo causato da una tale pervasività della tecnica avrebbe dovuto comportare l'estensione dell'area di intervento della giurisdizione, trasferendo a quest'ultima ciò che era precedentemente riservato all'amministrazione. È proprio qui che emerge l'intenzione di Marzuoli di analizzare il tema da una prospettiva differente rispetto agli studi precedenti, nella misura in cui il progresso della tecnica e delle tecnologie non ha comportato un aumento della quota di validità delle regole che esse imponevano, con la conseguenza che "ciò che sembrava sicuro (il controllo pieno in sede giurisdizionale) rimane invece problematico"<sup>224</sup>.

Uno dei passaggi nevralgici dell'opera, funzionale per capire se e quando la valutazione tecnica possa essere riservata alla competenza esclusiva

---

<sup>222</sup> Q. CAMERLENGO, *Indizi di perdurante asimmetria tra legge statale e regionale. La primazia delle valutazioni scientifiche*, in *Ist. fed.*, 2002, p. 703, afferma che dalla giurisprudenza della Corte emerge "la chiara inclinazione a circoscrivere le espressioni del potere legislativo entro confini idonei a presidiare gli spazi di estrinsecazione delle discipline specialistiche, contraddistinte dalla operatività di regole d'indole tecnica assunte ed applicate dai stessi operatori del settore".

<sup>223</sup> C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., p. 1.

<sup>224</sup> C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., p. 1.

dell'amministrazione, è la definizione "nel modo più preciso possibile [di] ciò che è da intendere per tecnica" al fine di limitare quella sorta di "presupposta onnipotenza della giurisdizione rispetto a qualsiasi tipo di intervento, di giudizio, di accertamento"<sup>225</sup>. Più dettagliatamente, se non è in discussione che il carattere tecnico del fatto da accertare non elimina l'opinabilità dell'esito dell'accertamento, è altrettanto importante comprendere se, nell'accertamento del fatto opinabile<sup>226</sup> - definito come "il fatto previsto dalla norma imprecisa" -, alla natura tecnica del fatto stesso consegua un carattere di alterità rispetto ad altre valutazioni che, pur essendo opinabili, non sono tecniche e, quindi, sottoponibili al controllo giurisdizionale<sup>227</sup>.

Per sciogliere tali nodi, Marzuoli riprende un concetto pacificamente accolto dagli studi precedenti sul tema, in virtù del quale non è necessario che sia *tecnica* tutto ciò che è in grado di produrre certezze, essendo sufficiente che essa rappresenti "quell'insieme di cognizioni che, in virtù di riprove logiche o sperimentali, sono specificamente utili per conoscere un certo fenomeno"<sup>228</sup>. Si tratta, come è evidente, di una definizione estremamente ampia, per la quale è necessaria una delimitazione sia dal punto di vista oggettivo e soggettivo, sia per verificare quali sono i concretamente i limiti che consentano di distinguere ciò che è tecnico e ciò che invece non lo è.

In linea di massima, è tecnico ogni elemento che è dotato di una particolare attitudine conoscitiva e che, quindi, può essere applicato a diversi settori quali la matematica, l'arte e la buona amministrazione, a prescindere dal tipo di fenomeno rispetto a cui si predica il valore conoscitivo dell'elemento tecnico. Sotto il punto di vista oggettivo nel concetto

---

<sup>225</sup> C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., pp. 2-3.

<sup>226</sup> La concezione dell'opinabilità come caratteristica intrinseca del fatto formulata da Marzuoli viene criticata da F. LIGUORI, *Attività liberalizzate*, cit., p. 219, che la ritiene una "fonte di confusione tra fatto (giuridicamente) rilevante e qualificazione normativa". Secondo N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico ed accertamento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1996, pp. 413 ss., nota 125, "di un fatto non riusciamo davvero a predicare altra caratteristica diversa dall'alternativa «esistenza» o «inesistenza»; si potrà discutere quanto si vuole sul diverso problema della operazione intellettuale volta alla conoscenza (in senso ampio) del fatto (se si tratti, cioè di accertamento, di valutazione, di prova, etc.) e sulle implicazioni che la presenza o meno di parametri oggettivi può esplicare sullo svolgimento di tale operazione; ma non sembra appropriato estendere all'oggetto della conoscenza una qualifica (quella della «opinabilità») che attiene al giudizio dell'interprete: in altri termini, il fatto in quanto tale non è neppure sottoponibile ad un giudizio, quale che sia il contenuto di questo, in quanto il fatto, per sé, non è «più» o «meno», ma «è» o «non è»". In termini, cfr. già A. ROMANO TASSONE, *Motivazione del provvedimento amministrativo e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, p. 306 ss., che escludeva come l'indeterminatezza potesse rilevare come carattere del fatto, attenendo, al contrario, alla norma che lo contempla.

<sup>227</sup> C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., rispettivamente pp. 154 e 193. Sul punto, non sembra collocarsi sulla stessa direzione l'idea di V. CERULLI IRELLI, *Note*, cit., pp. 495, per cui non si deve guardare al carattere preciso o impreciso del fatto, ma rileva "ciò, che in sede di interpretazione, si possa stabilire che la norma non abbia attribuito un potere discrezionale all'amministrazione, cioè, giova ripeterlo, un autonomo potere di scelta finalizzato alla cura concreta di un interesse pubblico fissato dalla legge".

<sup>228</sup> C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., p. 193.

di tecnica rientrano tanto le discipline ricondotte nell'area delle scienze esatte, quanto quelle ricondotte nel novero delle scienze non esatte<sup>229</sup>, ed il discrimine per individuare ciò che è tecnico non è da ricercarsi nel grado di opinabilità della fattispecie<sup>230</sup>, ma nella "attività di gestione di interessi considerati come proiezioni di libertà dei soggetti"<sup>231</sup>. In altre parole, esistono dei casi particolari (quelli, appunto, delineati dalla politica) in cui il "problema del carattere tecnico neppure si pone"<sup>232</sup>, e non perché quell'elemento sia carente di un pregio di natura conoscitiva in senso sostanziale, ma piuttosto in relazione al fatto che il carattere conoscitivo cede il passo a principi giuridici che qualificano il fenomeno a prescindere dal profilo conoscitivo<sup>233</sup>.

L'esclusione della politica non costituisce per Marzuoli una delimitazione sufficiente a catalogare giuridicamente il concetto di tecnica; dunque, ad una concezione oggettiva si affianca nelle riflessioni dell'Autore un profilo di natura soggettiva. Un particolare rilievo dal punto di vista giuridico è assunto proprio da questa seconda prospettiva, in virtù della quale la tecnica costituisce un "sapere anche soggettivamente specialistico rispetto al sapere comune alla totalità dei componenti del gruppo"<sup>234</sup>.

Si tratta di una distinzione che non produce i propri effetti esclusivamente su un versante formale, poichè consente di sostenere che la tecnica identifica una struttura di potere reale, non solo per la limitata compagine soggettiva in grado di risolvere certi problemi, ma soprattutto poichè l'esercizio delle competenze tecniche "sfugge alla possibilità di critica dell'opinione pubblica"<sup>235</sup>. È evidente come una tale conclusione, per un verso, disveli la pervasività e la potenza della tecnica, facendo riemergere le preoccupazioni formulate da De Valles sulla conoscibilità delle norme tecniche quale fondamento per la loro obbligatorietà; per altro verso, va segnalato come la ricostruzione riporti all'attualità i temi del controllo sull'attività tecnica e sulla legittimazione tecnica dell'azione amministrativa sollevati da Bachelet.

---

<sup>229</sup> C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., p. 202.

<sup>230</sup> C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., p. 195, sostiene che se si accogliesse l'idea che sia l'opinabilità a costituire l'elemento con il quale distinguere ciò che è tecnico da ciò che, invece, non lo è, si finirebbe per cadere in quella contraddizione (estremamente radicata, ma altrettanto rigettata) che per tecnico si debba intendere ciò che è in grado di produrre certezze e non invece ciò che abbia un valore conoscitivo.

<sup>231</sup> C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., p. 202.

<sup>232</sup> C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., p. 199.

<sup>233</sup> C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., p. 199.

<sup>234</sup> C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., p. 204.

<sup>235</sup> C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., p. 205. Sembrerebbe invece che D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., p. 296, abbia inteso allargare l'ambito della "tecnica come struttura di potere reale" anche per le valutazioni non discrezionali esterne all'ambito tecnico. Il dibattito è criticamente ripercorso da F. LIGUORI, *Attività liberalizzate*, cit., pp. 217-218.

Fermo restando che è ben dimostrato come l'inquadramento della tecnica nella prospettiva del *potere reale* ponga “un problema al potere pubblico nel suo complesso”<sup>236</sup>, quanto detto consente a Marzuoli di ricostruire il concetto delle valutazioni tecniche nei termini di potere riservato alla pubblica amministrazione<sup>237</sup>.

La premessa di tale ragionamento si rintraccia nel carattere opinabile delle valutazioni tecniche, ed in tale solco la prospettiva tracciata dall'Autore tende a negare - utilizzando quale esempio il caso della valutazione di idoneità ad un concorso pubblico - che l'apprezzamento dell'interesse pubblico costituisca il discrimine nell'assunzione di una ovvero un'altra valutazione tecnica, tutte tecnicamente plausibili<sup>238</sup>.

Il percorso motivazionale è molto chiaro e poggia le proprie basi sul significato della locuzione ‘pubblico interesse’, accogliendo per tale quel “fenomeno (comparazione e scelta fra interessi) in cui consiste l'apprezzamento discrezionale” e rifiutando con nettezza l'idea per cui tale criterio possa determinare l'accoglimento di una anziché un'altra valutazione tecnica<sup>239</sup>. A tal proposito, l'esempio della valutazione di idoneità del candidato è lampante, in quanto se è vero che il fine reclutamento del personale costituisce un interesse pubblico (ma, in questo caso, assunto dalla legge come tale), sembra altrettanto chiaro non solo che la valutazione di idoneità non comporti quell'apprezzamento discrezionale che secondo Marzuoli denota il pubblico interesse, ma inoltre che la strada ad una ricostruzione delle valutazioni tecniche appare molto più vicina all'attività vincolata rispetto alle logiche del potere discrezionale.

Le scelte tra le diverse opzioni tecniche sono, invece, orientate da “valori”, ritenendo per tali “quei convincimenti profondi in cui consiste e si risolve la cultura di ogni soggetto”<sup>240</sup>. Per comprendere quali siano i valori in rilievo, risulta fondamentale dunque

---

<sup>236</sup> C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., p. 4.

<sup>237</sup> Nonostante Marzuoli sia stato il primo studioso a formulare, senza alcuna riserva, questa definizione di potere tecnico riservato all'amministrazione, sembra che un certo convincimento già fosse tendenzialmente radicato in alcuni autori. Sul punto, F. LEDDA, *Potere*, cit., nel sostenere che il sindacato giurisdizionale non potesse spingersi oltre i limiti della plausibilità della valutazione, ammette indirettamente una sorta di riserva dell'amministrazione che sfugge al controllo giurisdizionale. In termini simili, V. CERULLI IRELLI, *Note*, cit., p. 463.

<sup>238</sup> C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., p. 207.

<sup>239</sup> C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., p. 211. In termini parzialmente conformi, V. BACHELET, *L'attività tecnica*, cit., p. 38, il quale se per un verso ammetteva come nei casi c.d. complessi (richiamando le teorie di Cammeo) le scelte derivanti da una non univocità delle soluzioni non dovevano essere condotte sulla base dell'interesse pubblico, per altro verso riteneva (e qui si vince la distanza nella ricostruzione dei due Autori) che tali valutazioni dovevano essere svolte secondo criteri tecnici. Marzuoli, invece, sostiene che in queste circostanze “non è, né può essere, per definizione, il profilo tecnico quel che può decidere intorno alla valutazione da accogliere” (p. 207).

<sup>240</sup> C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., p. 211; negli stessi termini, cfr. D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., pp. 281 e 294, in cui viene sottolineato come “le valutazioni amministrative, quanto meno sono tecniche, quanto più esprimono valori”.

distinguere quelli del giudice e quelli dell'amministrazione: sono proprio questi ultimi, a detta di Marzuoli, quelli più rappresentativi del corpo sociale e più facilmente influenzabili e controllabili dai cittadini, e quindi da preferire a quelli dell'autorità giurisdizionale, nella misura in cui quest'ultima non gode di "mezzi particolarmente adeguati per controllare quei valori che, attraverso la sua autorità formale, si impongono alla società"<sup>241</sup>.

Tuttavia, nel mentre sembrerebbero riecheggiare le idee di Errico Presutti in ordine ad un principio di preminenza dell'amministrazione rispetto all'autorità giurisdizionale<sup>242</sup>, Marzuoli sottolinea che tale scelta (e cioè quella della giustificazione della riserva di amministrazione<sup>243</sup>) va valutata alla luce della diversità dell'amministrazione rispetto al giudice, in quanto l'esigenza da tutelare "consiste in ciò che i valori che trovano complessivamente realizzazione nell'ambito dell'ordinamento si producano attraverso la (maggiore possibile) partecipazione di tutti i componenti del corpo sociale"<sup>244</sup>. Questa ricostruzione della valutazione tecnica come potere riservato all'amministrazione in ragione della preminenza di alcuni valori rispetto ad altri ed impone che essa non possa trovare applicazione laddove la questione si manifesti come un affare privato, in quanto in tale circostanza la questione non verrebbe risolta guardando agli interessi del corpo sociale<sup>245</sup>.

Marzuoli, dunque, pare consapevole del fatto che la classificazione della valutazione tecnica come struttura di potere reale ha un connotato decisamente più autoritativo rispetto a quello della determinazione discrezionale, nella misura in cui, come si è detto, sfugge al controllo effettivo della collettività e dell'autorità giurisdizionale.

Il presente lavoro proverà infatti ad approfondire quello che Marzuoli definisce il "valore in positivo" degli esiti del suo studio, poiché soprattutto in relazione alla velocità con cui si evolve la tecnologia e, per converso, la lentezza con cui i poteri pubblici si adeguano a tali mutamenti, è fondamentale riportare l'attenzione sugli aspetti (come i

---

<sup>241</sup> C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., p. 216.

<sup>242</sup> E. PRESUTTI, *I limiti*, cit., pp. 61-62, criticate da C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., p. 23, laddove sostiene come "il principio di preminenza riguarda singole attribuzioni dell'amministrazione (le funzioni, o i poteri) e non l'amministrazione in generale; non sembra esistere un principio di supremazia tale da espandersi oltre la fattispecie".

<sup>243</sup> Su cui sono critiche le idee di A. GIUSTI, *Contributo*, cit., p. 122, nonché in precedenza e molto più decise le opinioni contrastanti di N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico*, cit., pp. 413 ss.

<sup>244</sup> C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., p. 219.

<sup>245</sup> C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., p. 228.

procedimenti amministrativi, ma anche l'organizzazione del personale) attraverso cui si possono ricollegare i valori espressi dalla tecnica e i valori dei cittadini<sup>246</sup>.

*7. La rapida evoluzione delle nuove tecnologie al cospetto della "stabilità" del potere amministrativo: cenni introduttivi alla ricostruzione dei principali problemi della relazione ed un primo approccio alla 'quarta fase' dell'informatizzazione.*

L'indagine delle ricostruzioni della dottrina sul concetto di tecnica, e sul contestuale utilizzo che ne ha fatto, talvolta impropriamente, la Corte costituzionale, consegna uno scenario all'interno del quale la tecnica si affaccia al mondo del diritto solo ad una prima interpretazione come supporto dei poteri legislativi ed amministrativi, ma che subito dopo palesa l'intenzione di voler predeterminare i contenuti e gli effetti delle scelte politiche nelle opinabili logiche della oggettività, della certezza e della neutralità. Tuttavia, nel mentre si registravano queste fughe in avanti ad opera di una determinato filone interpretativo del giudice delle leggi, nonché degli studiosi della teoria generale del diritto, possono essere recuperate le autorevoli affermazioni di Popper, il quale non solo riteneva come "il vecchio ideale scientifico dell'*epistème* - della conoscenza assolutamente certa, dimostrabile - si è rivelato un idolo"<sup>247</sup>, ma che inoltre "tutte le teorie sono, e restano, delle ipotesi: sono congettura (*doxa*), contrapposta alla conoscenza indubitabile (*epistème*)"<sup>248</sup>. Ne è un esempio, per tornare a quanto affermato nei paragrafi precedenti, il caso analizzato dalla Corte costituzionale in merito alla produzione ed alla manutenzione degli impianti industriali, dal quale, in ragione della rapida e progressiva evoluzione della scienza, è agevole rinvenire una concezione di *tecnica* molto lontana dal costituire oggetto di una conoscenza certa, e che paradossalmente meglio si presta a

---

<sup>246</sup> Secondo C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., p. 235, "quando l'assetto di interessi complessivamente posto dal legislatore sia tale da rivelare la presenza in un interesse pubblico allora si potrà assumere il carattere riservato della valutazione [...] non già per la ragione che quell'interesse pubblico costituisce l'interesse che deve essere direttamente, specificamente perseguito attraverso la valutazione, bensì per la ragione che detto interesse pubblico è il segno della rilevanza del carattere non meramente privatistico, o individualistico, della fattispecie". Una forte critica all'interpretazione di Marzuoli viene fornita da N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico*, cit., il quale sostiene che se è vero infatti che "nel processo di formazione della decisione amministrativa si può ravvisare una sequenza logica entro cui è possibile distinguere quanto meno la fase della acquisizione e della qualificazione dei fatti rilevanti (l'impostazione delle premesse della decisione) da quella della prefigurazione delle scelte alternative, bisognerebbe dimostrare che ricorra discrezionalità in entrambe queste fasi".

<sup>247</sup> K. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, Torino, 1970, p. 311.

<sup>248</sup> K. POPPER, *Congetture e confutazioni*, Bologna, 1972, p. 180.

rientrare in quella sfera di relatività della quale una parte della scienza giuridica ne disconosce l'appartenenza.

Per tentare di indirizzare alcune prime riflessioni nella direzione del presente lavoro, è importante sottolineare come a partire dagli anni Sessanta le nuove tecnologie sono entrate a far parte del mondo giuridico, e la contestuale complessità e rilevanza della relazione tra nuove tecnologie e potere pubblico emerge plasticamente dai differenti profili terminologici utilizzati dai primi studiosi per analizzare l'argomento: c'è chi, infatti, ha parlato di giuritecnica<sup>249</sup>, chi di tele-amministrazione<sup>250</sup>, chi di giuscibernetica<sup>251</sup> e chi, infine, di informatica giuridica<sup>252</sup>. Sono questi, infatti, i termini di coloro i quali in passato hanno compreso la rilevanza del tema ed analizzato, qualitativamente e quantitativamente, il processo di trasformazione che ha inciso sulle dinamiche tra diritto, potere e progresso tecnologico, che ha indotto gli studi successivi a parlare espressamente di tecnificazione dell'azione amministrativa<sup>253</sup>.

Prima di analizzare brevemente gli sviluppi delle tecnologie nel campo del diritto pubblico - aspetto che sarà trattato approfonditamente nel capitolo successivo - sembra necessario condividere l'approccio di quella parte della dottrina che ha ritenuto come il processo di "tecnologizzazione" dell'attività e dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni sia nuovo nella dimensione<sup>254</sup> e nella pervasività del fenomeno - nella misura in cui impatta non solo con aspetti giuridici, ma anche sociologici ed ingegneristici

---

<sup>249</sup> V. FROSINI, *La giuritecnica: problemi e proposte*, in *Amm. e pol.*, 1976, pp. 187 ss., ha definito la giuritecnica come "la produzione continua di metodologie operative nel campo del diritto derivanti dall'applicazione di procedure e strumenti tecnologici".

<sup>250</sup> G. DUNI, *Teleamministrazione*, in *Enc. giur.*, Milano, XXX, 1993, pp. 2 ss., secondo cui la teleamministrazione è da intendersi come amministrazione telematica, e si riferisce essenzialmente all'attività, avente pieno valore formale, svolta dalla pubblica amministrazione per mezzo di terminali (o personal computer con funzione prevalente di terminali), collegati ad un centro di elaborazione dati. Questa interpretazione è inoltre condivisa da A. USAI, *Le prospettive di automazione delle decisioni amministrative in un sistema di teleamministrazione*, in *Dir. inform.*, 1993, pp. 163 ss.

<sup>251</sup> M. LOSANO, *Giuscibernetica*, in R. Treves (a cura di), *Nuovi sviluppi della sociologia del diritto*, Milano, 1968, pp. 307 ss., in cui l'Autore considera questo termine come un nuovo modo di trattare i problemi che sorgono nelle relazioni tra il diritto e la cibernetica.

<sup>252</sup> In questi termini, V. FROSINI, *Telematica e informatica giuridica*, in *Enc. giur.*, XLIV, Milano, 1992, sostiene che l'informatica è la scienza del trattamento razionale, in particolare per mezzo di macchine automatiche, dell'informazione considerata come supporto della conoscenza e della comunicazione nei campi tecnici, economici e sociali.

<sup>253</sup> S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, *La tecnificazione*, cit., p. 8.

<sup>254</sup> Sembra utile menzionare un risalente studio di P. CALZA BINI (a cura di), *Nuove tecnologie e informatizzazione nei processi d'ufficio: studi di casi nella pubblica amministrazione*, Milano, 1985, all'interno del quale, seppur con un approccio differente da quello strettamente giuridico, analizza aspetti centrali della relazione tra tecnica e potere come quello dell'idea della pubblica amministrazione come "problema", nonché conferma come i fabbisogni formativi dell'apparato amministrativo siano molto ampi e vadano ben oltre le sole esigenze tecnico-informatiche, riguardando soprattutto l'innalzamento qualitativo, il rinnovamento e la riqualificazione delle risorse umane dell'amministrazione dello Stato.

- ma non certamente nella sua natura<sup>255</sup>. La ragione di queste considerazioni trova il suo fondamento nella circostanza per cui, così come il processo di industrializzazione ha trasformato la società agricola in una società industriale, al tempo stesso le logiche della informatizzazione hanno trasformato la società in una sorta di “infosfera”<sup>256</sup>; trasformazione che, in una lettura sul lungo periodo, cela il rischio di acuire il divario sussistente tra diritto/potere e scienza.

L’evoluzione dei percorsi attraverso i quali le nuove tecnologie hanno impattato sull’apparato organizzativo della pubblica amministrazione e, conseguentemente, sull’esercizio dei pubblici poteri è stata ricondotta, fino a questo momento, a tre specifiche fasi<sup>257</sup>.

Nella prima delle tre fasi, che prende origine a partire dagli anni Cinquanta, il processo è stato caratterizzato da un approccio puramente meccanizzato che utilizzava schede perforate, mentre nella seconda fase le novità industriali e tecnologiche hanno indotto le amministrazioni pubbliche al ricorso a processori elettronici nello svolgimento dei procedimenti amministrativi. Va segnalato che, così come avveniva nella ‘prima fase’ del processo con cui le amministrazioni iniziavano ad approcciare con strumenti informatici, anche il secondo percorso intrapreso si caratterizzava per un approccio, per così dire, parallelo alle politiche di informatizzazione, nella misura in cui l’utilizzo dei computer e di altri strumenti (all’epoca) tecnologici svolgevano una funzione di puro (e mero) supporto alle procedure amministrative tradizionali. La terza fase dell’informatizzazione delle amministrazioni, invece, si poneva come obiettivo quello di superare la duplicazione dei documenti prodotti prima in formato cartaceo e poi introdotti nel computer, per generalizzare una nuova regola: le procedure amministrative venivano formalizzate direttamente attraverso i computer.

Mentre sulla prima fase poco si è detto, anche negli studi non solo giuridici che si sono occupati di questo aspetto, la seconda fase del processo di informatizzazione ha prodotto innegabili benefici, soprattutto nel campo della contabilità, delle carriere e dei salari, ma

---

<sup>255</sup> S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, *La tecnificazione*, cit., p. 9.

<sup>256</sup> In questi termini, si veda lo studio di C. FARALLI, *Diritto, diritti e nuove tecnologie*, Napoli, 2018, p. 7, la quale recupera le considerazioni svolte in precedenza da L. FLORIDI, *Infosfera. Filosofia e etica dell’informazione*, Torino, 2009, *passim*.

<sup>257</sup> L’Autore al quale si deve il richiamo alle sopra citate ‘tre fasi’ della informatizzazione amministrativa, tentando dunque di distinguere ciascuna di esse in base alla pervasività del ricorso agli strumenti tecnologici, è G. DUNI, *La teleamministrazione come terza fase della informatica amministrativa. Dalla “informazione automatica” sulle procedure burocratiche al procedimento in forma elettronica*, in G. Duni (a cura di), *Dall’informatica amministrativa alla teleamministrazione*, Roma, 1992, nonché successivamente sempre G. DUNI, *Teleamministrazione*, cit., pp. 2 ss.

non ha condotto all'aumento di produttività che ci si auspicava in ragione del poderoso avanzamento del progresso tecnologico, anche a causa di una disparità di *software* impiegati dalle differenti amministrazioni. Questa distanza, oltre ad incidere evidentemente su profili costituzionali come l'uguaglianza e la solidarietà, generava anche numerosi problemi nell'ambito dello scambio (necessario) di informazioni tra amministrazioni pubbliche. Ma i limiti rispetto alla progressione del processo tecnologico emergevano anche dal lato dei 'tecnici', i quali non potevano esprimere appieno la potenza delle tecnologie a causa di ostacoli normativi considerati insuperabili: si è parlato, infatti, di "delusione informatica" (o anche "delusione tecnologica"<sup>258</sup>) causata dal divario tra le innovazioni introdotte nella pubblica amministrazione e le potenzialità offerte dal mercato<sup>259</sup>.

La terza fase dell'informatica amministrativa, così come definita da Duni, implicava invece che atti e provvedimenti amministrativi non fossero più redatti in formato cartaceo, ma risultassero invece direttamente nella 'memoria' del computer. L'abbandono del supporto analogico veniva qualificato in termini di "dematerializzazione", comportando così la necessità di superare le resistenze dei funzionari pubblici derivanti dall'abitudine a considerare l'atto o il provvedimento amministrativo in forma cartacea come l'unico modello possibile all'atto del cambiamento.

Le tre fasi, brevemente ripercorse, attraverso cui si è tentato di inserire nelle strutture amministrative strumenti informatici hanno rivelato, ad avviso di chi scrive, come l'intenzione del legislatore fosse quella di avviare un lento, ma progressivo, processo di tecnicizzazione formale. In particolare, e facendo nuovamente riferimento alla relazione intercorrente tra diritto, potere e tecnica, il decisore politico ben aveva compreso come il principale obiettivo da perseguire, nell'ottica di un miglioramento delle prestazioni e dei servizi, fosse quella di fornire un aiuto alle pubbliche amministrazioni garantendo a queste ultime la possibilità di avvalersi di strumenti informatici, senza che le aspettative

---

<sup>258</sup> Si esprime in questi termini V. FROSINI, *Il diritto*, cit., p. 202, secondo il quale il generale sentimento di insoddisfazione nei confronti della tecnologia sia dovuto a "caratteri dell'incertezza e della vulnerabilità" che connotano la tecnica ed i relativi progressi.

<sup>259</sup> In questi termini, E. ZAFFARONI, *L'informatizzazione della pubblica amministrazione*, in *Foro amm. (II)*, 1996, p. 2517, ove sostiene che il processo di informatizzazione è stato condizionato negativamente non solo dal livello di tecnologia disponibile per le amministrazioni, ma anche, e soprattutto, dalla mancanza di una cultura informatica tra i funzionari pubblici. Ugualmente, in termini generali, M. CLARICH, *Istituzioni*, cit., p. 15, afferma che possono esservi degli ostacoli allo sviluppo tecnologico derivante proprio dall'assetto istituzionale e dalle resistenze di alcuni portatori di interessi speciali.

di efficienza maturate a causa del progresso tecnologico entrassero in conflitto con le garanzie dei cittadini<sup>260</sup>.

Nonostante il tema (dichiarato) riguardava il passaggio dall'atto amministrativo tradizionale, redatto in formato cartaceo, all'atto amministrativo elettronico, risultava abbastanza evidente come l'inserimento dei processor elettronici nei procedimenti amministrativi avrebbe richiesto una valutazione su quali procedure fossero "automatizzabili". A partire, infatti, dalle prime ricerche condotte sul punto da Predieri<sup>261</sup>, e dai citati studi di Duni, già si discuteva sulla possibilità di un "diritto compatibile con l'elaborazione elettronica"<sup>262</sup>, formulando alcune teorie sulla compatibilità degli atti amministrativi in formato elettronico con i procedimenti vincolanti e discrezionali, senza tuttavia giungere a conclusioni univoche in dottrina e giurisprudenza.

Quello che si può dire, in conclusione di questa breve apertura sulle nuove tecnologie, è che se la "terza fase" dell'informatizzazione amministrativa si è fermata all'elaborazione dell'atto amministrativo informatizzato (o elettronico), evidentemente trent'anni dopo è in corso una "quarta fase" del processo di informatizzazione. Questa quarta fase, quella cioè dell'automazione dei procedimenti amministrativi attraverso l'uso di algoritmi informatici, è particolarmente problematica per due motivi: in primo luogo, perché rende necessario il bilanciamento delle esigenze di celerità ed efficienza dell'azione amministrativa con le garanzie dei cittadini nei procedimenti amministrativi; in secondo luogo, perché l'uso spregiudicato delle nuove tecnologie nell'azione amministrativa potrebbe sovvertire il rapporto tra tecnologia e diritto che è stato tipico delle prime 'fasi' dell'informatizzazione delle pubbliche amministrazioni, portando al predominio della tecnologia e al declino della politica.

Quanto detto, in altri termini, impone una riflessione su "quale diritto è possibile, e se è possibile, nell'età della tecnica"<sup>263</sup>.

*8. La tecnica come strumento di predeterminazione del potere discrezionale. Vantaggi e rischi dell'approccio autolimitativo: dal 'potere misurabile' al 'potere*

---

<sup>260</sup> Su questi aspetti, una indagine completa ed approfondita viene svolta nel lavoro monografico di A.G. OROFINO, *Forme elettroniche e procedimenti amministrativi*, cit., pp. 73 ss.

<sup>261</sup> A. PREDIERI, *Gli elaboratori elettronici nell'amministrazione dello Stato*, Bologna, 1971.

<sup>262</sup> M. LOSANO, *Per un diritto compatibile con l'elaborazione elettronica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, pp. 1823 ss.

<sup>263</sup> A. IANNUZZI, *Caratterizzazione*, cit., p. 139.

*incontrollabile’? Premesse teoriche per l’analisi dei principali problemi dell’amministrazione per algoritmi.*

La sintetica ricostruzione del panorama dottrinale e giurisprudenziale sulla parabola discendente della c.d. discrezionalità tecnica e su quella invece ascendente della normazione tecnica in settori caratterizzati da saperi tecnico-scientifici ha messo in luce un aspetto che, per quanto poco ‘ortodosso’ rispetto alle categorie classiche del diritto amministrativo, non può essere trascurato nelle logiche di un nuovo modello di amministrazione. A prescindere, infatti, dalla collocazione ideologica per cui la tecnica costituisce una struttura di potere reale ovvero un limite al potere dell’autorità, l’inserimento della tecnica negli aspetti organizzativi, normativi e funzionali comporta inevitabilmente la necessarietà di un suo controllo da parte delle amministrazioni pubbliche. Ciò in quanto, come si è detto, la tecnificazione non solo delle amministrazioni, ma soprattutto dell’interesse pubblico, “fa sì che sia rimessa all’amministrazione la sua applicazione”<sup>264</sup>.

Si tratta, in altre parole, di quella “mutazione genetica”<sup>265</sup> anticipata da Giannini, in virtù della quale la discrezionalità amministrativa tende a trasformarsi in discrezionalità tecnica: non si tratterebbe, secondo l’autorevole studioso, di una determinazione discrezionale in senso proprio, bensì di una “scelta fatta sulla base di regole delle tecniche scientifiche o applicate, che si esprime in giudizi tecnici”<sup>266</sup>. Il diverso modo di atteggiarsi degli interessi pubblici e privati, quindi, implica un nuovo modello di composizione degli stessi, che non sarà più rimessa al provvedimento, bensì alla fissazione preventiva della regola ovvero dei criteri che indirizzeranno la scelta finale<sup>267</sup>.

L’estrema latitudine dei rapporti tra tecnica, diritto e potere tuttavia non consente, almeno nella presente sede, di continuare a sciogliere uno dei grandi nodi - di cui, tra

---

<sup>264</sup> È di questo avviso A. GIUSTI, *Tramonto o attualità*, cit., p. 343. In passato, G. PELAGATTI, *Valutazioni tecniche*, cit., p. 159, sostiene come alla natura complessa delle questioni tecnico-scientifiche corrisponda “la loro insopprimibile politicità, l’impossibilità, insomma, di dare applicazione ad una cognizione tecnica, ad una regola scientifica, senza con ciò operare una scelta di valore, in ordine al soddisfacimento di interessi determinati”.

<sup>265</sup> G. DI GASPARE, *Il potere*, cit., p. 418.

<sup>266</sup> M.S. GIANNINI, *Discrezionalità amministrativa e pluralismo* (intervista a cura di M. D’Alberti), in *Quaderni del pluralismo*, 1984, p. 109.

<sup>267</sup> G. DI GASPARE, *Il potere*, cit., p. 418; F. LIGUORI, *Attività liberalizzate*, cit., pp. 39-40. Sul tema, in termini generali, cfr. A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, Napoli, 1997, p. 59, ritiene che “la predeterminazione dei valori e dei parametri della condotta è opera dell’amministrazione che, nell’esercizio della propria discrezionalità, gradatamente individua i parametri e le regole dell’agire”; si veda, inoltre, il lavoro monografico di M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell’interesse pubblico*, Torino, 1996, pp. 175 ss.

l'altro, si è dato atto nelle prime fasi di questo capitolo - della c.d. discrezionalità tecnica, che riguarda, come anticipò Giannini nel suo fondamentale studio sul potere discrezionale della pubblica amministrazione<sup>268</sup>, l'evoluzione del trattamento giurisdizionale sulle valutazioni tecniche. Il tema, in particolare nel settore delle autorità amministrative indipendenti, ha riportato al centro dell'attenzione il rapporto tra tecnica e diritto nel processo amministrativo a causa di interventi legislativi (come, da ultimo, il d.lgs. n. 3 del 2017, che ha introdotto normativamente il concetto di *full jurisdiction*) e in ragione di recenti orientamenti giurisprudenziali tutt'altro che stabili sul grado di intensità del sindacato giurisdizionale<sup>269</sup>.

Al contrario, la direzione che intende prendere questa ricerca si muove nel senso di verificare come l'evoluzione della tecnica ed il ricorso sempre più frequente alle conoscenze scientifiche impattino sul potere pubblico e sulle decisioni amministrative<sup>270</sup>, ritenendo non pienamente attuabili le parole, benché autorevoli, di Giuseppe Guarino. Questi non criticava l'utilizzazione dei 'tecnici' nei processi decisionali. Egli riteneva, anzi, che "la massimizzazione dei risultati può ottenersi solo se a ciascuno dei due gruppi si riesca ad imporre, nel modo più rigoroso, di non invadere il campo dell'altro e se, in tale intesa, i politici si inducano ad avvalersi dei tecnici nella misura più ampia"<sup>271</sup>. Le considerazioni critiche sembrano trovare un primo fondamento sulla base delle ricostruzioni teoriche già richiamate, poiché l'autorevole interpretazione non tiene conto della costante rapidità dello sviluppo tecnologico cui, com'è noto, non è seguita quella dell'adeguamento della politica allo stesso. Ma le ragioni del nostro dissenso si fondano inoltre su un aspetto strutturale ed organizzativo, consistente nella tendenza a ridurre quantitativamente le strutture tecniche nelle pubbliche amministrazioni<sup>272</sup>, con una

---

<sup>268</sup> In questo senso, M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., p. 42.

<sup>269</sup> In questo senso, si veda, di recente, Cons. Stato, Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, in *Foro it.*, 2019, 10, p. 498, che ripercorre in maniera palesemente didattica le relazioni tra tecnica e diritto nel processo amministrativo (in particolare, si vedano i punti 1, 1.1., 1.2.). Per una lettura critica della pronuncia che evidenzia le fughe in avanti del giudice amministrativo in termini di incidenza del sindacato, cfr. F. LIGUORI, *Appunti sul sindacato del giudice amministrativo in tema di valutazioni tecniche delle autorità indipendenti*, in AA. VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, 2020, vol. III, pp. 3063 ss.; anche per M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, pp. 740 ss., la decisione non sarebbe convincente né per aver avanzato un 'sindacato pieno di maggior attendibilità', né tantomeno per le ragioni giuridiche sottese.

<sup>270</sup> Aspetto sul quale un lavoro importante nell'ottica della ricerca da condurre, nonostante proiettato quasi esclusivamente verso le decisioni nei procedimenti composti nel diritto dell'Unione europea, è svolto da W. GIULIETTI, *Tecnica e politica nelle decisioni amministrative "composte"*, in *Dir. amm.*, 2017, pp. 327 ss.

<sup>271</sup> Si è espresso in questi termini G. GUARINO, *I tecnici e i politici nello Stato contemporaneo*, Milano, 1966, p. 202.

<sup>272</sup> Sul punto, cfr. L. SALTARI, *Che resta delle strutture tecniche nell'amministrazione italiana?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, pp. 249 ss.; L. FIORENTINO, *I corpi tecnici nelle amministrazioni: problemi attuali*,

conseguente diminuzione del tasso di *expertise* che, soprattutto nell'attuale epoca caratterizzata da una progressiva evoluzione della scienza e delle tecniche, dovrebbe accompagnare i poteri pubblici nella prospettiva della "capacità tecnica di scegliere e di decidere"<sup>273</sup> al fine di non consegnare alla tecnica il predominio sulla scelta politica<sup>274</sup>.

Il tema della tecnica, ed il contestuale rapporto con la decisione amministrativa - per quel che interessa questo lavoro - è quindi tornato prepotentemente al centro del dibattito giuridico, dopo che già in passato alcuni studiosi avevano rinvenuto che il ricorso a strumenti tecnico-scientifici nel momento della ponderazione tra i vari interessi in gioco si inserisse nella più ampia logica della predeterminazione del contenuto discrezionale del provvedimento amministrativo<sup>275</sup>. Lo sviluppo delle varie scienze e l'indicazione di criteri precisi, infatti, avrebbero dovuto rendere il potere giuridico più misurabile, senza dare origine ad una attività tecnica distinta da quella amministrativa, ma, seguendo la parabola tracciata da Bachelet, tecnicando una parte di quest'ultima<sup>276</sup>. A sostegno di questa mera immedesimazione della tecnica nel potere discrezionale, il discrimine era costituito dalla distinzione tra la predeterminazione normativa<sup>277</sup> e quella ad opera della

---

in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, pp. 479 ss.; rispetto a questa esigenza collaborativa della relazione tra organi decidenti (e cioè la politica) e soggetti dotati di conoscenze tecnico-scientifiche, si veda anche A. ROMANO, *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, vol. I, Milano, 1987, p. 554, il quale ritiene "indispensabile un rafforzamento degli apparati tecnici dei quali gli organi decidenti di amministrazione attiva possano disporre, per poter operare le loro scelte sulla base di accertamenti e valutazioni amministrative indipendenti" (corsivi nostri).

<sup>273</sup> In questi termini, condivisibilmente, L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 35, sostiene come "una riflessione sulle decisioni amministrative non può prescindere dall'esame della competenza non più come attribuzione di potere, ma come *capacità tecnica di scegliere e di decidere*. Questa capacità viene in genere data per scontata, quasi che fosse una conseguenza necessaria dell'attribuzione del potere di scegliere, mentre dovrebbe essere trattata come un presupposto, da verificare ex ante rispetto alla allocazione del potere di scelta" (corsivi nostri).

<sup>274</sup> A conferma di quell'indirizzo volto in buona misura a non condividere l'attualità delle riflessioni di Guarino, anche A. GIUSTI, *Tramonto o attualità*, cit., p. 344, conferma come sia difficile "continuare a sostenere che la valutazione tecnica di un'amministrazione, i cui corpi specialistici appaiono sempre più ridotti nei mezzi e nel personale, non possa essere superata da una valutazione di un soggetto tecnicamente più attrezzato".

<sup>275</sup> A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., p. 164.

<sup>276</sup> V. BACHELET, *L'attività tecnica*, cit., p. 120; G. DI GASPARE, *Il potere*, cit., p. 421, nota 173, sostiene come "Un potere giuridico, nella misura in cui si tecnicizza, appare sempre più misurabile e verificabile". In questo senso, ancora A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., p. 164. Ma già era stato autorevolmente affermato che "la pretesa della misurabilità del potere pubblico sorg[e] dal principio di divisione proprio dello Stato borghese di diritto, mentre ogni potere statale è in linea di principio limitato e perciò misurabile": in questo senso, C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, trad. it. di A. Caracciolo, Milano, 1984, p. 179.

<sup>277</sup> Su cui emergono le perplessità di A. ROMANO, *Il cittadino*, cit., p. 178, che ritiene come l'accentuazione della normazione sul contenuto del provvedimento renda incolmabile "il divario tra la trama normativa [...] e l'estrema gamma degli accadimenti reali [...] con la conseguenza che l'Amministrazione è più irretita in vincoli normativi, e meno potrà adottare proprie scelte più coerenti con le esigenze del caso".

pubblica amministrazione<sup>278</sup>. Se, infatti, “nella ipotesi di predeterminazione normativa della condotta dei pubblici poteri, non c’è spazio per una valutazione autonoma, da parte dell’Amministrazione, di interessi il cui assetto sia già stato cristallizzato in una norma che essa deve solo automaticamente applicare”, al contrario “nel caso in cui la predeterminazione dell’azione sia operata dall’Amministrazione stessa, non si assiste ad alcuna compressione della sua autonoma sfera di valutazione della rilevanza degli interessi in gioco”<sup>279</sup>.

Ma siamo davvero sicuri che oggi l’attività amministrativa di predeterminazione del potere discrezionale sia compatibile con tutti i criteri tecnici dei quali l’amministrazione si avvale? E, di conseguenza, non sembra che ad essere pregiudicata sia la riserva di valutazione circa la rilevanza degli interessi fatti valere nel procedimento amministrativo?

Ad avviso di chi scrive, il cambiamento in atto segnalato dal progressivo ricorso agli algoritmi informatici - i quali, almeno sulla carta, costituiscono strumenti tecnici dei quali l’amministrazione si avvale oggi al pari di tanti altri che in passato ha dovuto imparare a maneggiare - si dirige verso una direzione che non consentirebbe di accogliere la nettezza di quell’impostazione per cui il fenomeno autolimitativo del potere non va a comprimere la ‘sacralità’ del momento discrezionale proprio perché predeterminato dall’amministrazione stessa. Del resto, se proprio lo stesso Autore che ha teorizzato questa idea ha espressamente (e condivisibilmente) ancorato la giustificazione della predeterminazione dei pubblici poteri alla possibilità per il cittadino di prevedere gli esiti dell’azione e di verificarne i risultati<sup>280</sup>, l’idea per la quale il ricorso alla tecnica possa attribuire una quota di certezza al fine di rendere prevedibili i comportamenti e predeterminabili è più che mai sconsigliata dal progressivo utilizzo di algoritmi non deterministici e di c.d. *machine learning*. Il primo, infatti, conduce ad una pluralità di esiti, dunque l’utilizzo dell’algoritmo non garantirebbe alcun grado di certezza, sia dal lato della pubblica amministrazione, né tantomeno da quello del cittadino; il secondo, invece, consiste in uno strumento informatico di ‘autoapprendimento’, in cui l’amministrazione, per dirla con Benvenuti, non si “autodisciplina”<sup>281</sup>, ma è invece

---

<sup>278</sup> Oltre ai già citati lavori di Police e Bombardelli, si veda anche il precedente lavoro monografico di P.M. VIPIANA, *L’autolimito della pubblica amministrazione*, Milano, 1990, *passim*, ed in precedenza V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo*, cit., pp. 405-408, nonché P. VIRGA, *Eccesso di potere per mancata prefissione di parametri di riferimento*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, cit., p. 587.

<sup>279</sup> In questi termini, A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., p. 61.

<sup>280</sup> In questi termini, A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., p. 59.

<sup>281</sup> F. BENVENUTI, *L’azione amministrativa tra garanzie ed efficienza*, Napoli, 1981, p. 12.

guidata dall'esperienza quantitativa e qualitativa dei dati acquisiti dall'amministrazione di riferimento.

In buona sostanza, pur rinviando l'indagine dei numerosi profili critici che investono la c.d. amministrazione per algoritmi ai capitoli successivi, in questa parte del lavoro interessa sostenere come, laddove l'amministrazione si avvalga di tali strumenti informatici automatizzando i procedimenti amministrativi, la relazione tra tecnica e diritto non potrà che essere sbilanciata sul lato della prima, passando da un principio di autodisciplina della pubblica amministrazione - nella misura in cui assume la funzione di limite al potere - all'eterodisciplina da parte della tecnica<sup>282</sup>.

Sarà quindi la scienza, e non la politica, a fungere da limite all'esercizio dei pubblici poteri.

È evidente che, a margine dei benefici che può apportare lo sviluppo tecnologico alle varie fasi dei procedimenti amministrativi, ciò che concretamente rileva al fine di ritenere la tecnica predominante, ovvero ancillare, al diritto è la capacità 'di lettura' da parte delle amministrazioni di tali strumenti informatici. Se così non fosse, infatti, sarebbe tradita la funzione costituzionale affidata ai poteri pubblici, che vedrebbe l'esternalizzazione ad una macchina dei compiti che giustificano l'esistenza del potere discrezionale, come la scelta circa la miglior soluzione tecnica da applicare al problema e la valutazione dei fattori implicati nella decisione<sup>283</sup>.

Il punto di arrivo di queste prime riflessioni intende sottolineare due aspetti: il primo è quello per cui, nell'età della c.d. "amministrazione 4.0", sembrerebbe poco adeguato discutere sul rapporto tra le scienze esatte e quelle non esatte per la definizione del concetto di tecnica ma, tenuto conto della difficoltà implicita a definire quest'ultima, bisognerebbe accantonare l'obiettivo classificatorio e, sempre nell'ottica di definire se, e come, tecnica e diritto possono coesistere, sviluppare una distinzione tra le tecniche governabili e quelle invece non governabili.

Il secondo profilo problematico è invece caratterizzato dall'evidente paradosso che sembra accompagnare la ricostruzione teorica: le esigenze di predeterminazione ed autolimita del potere discrezionale, nella prospettiva di quella che Benvenuti definiva

---

<sup>282</sup> Quanto detto trova una conferma evidente in un efficace e recente studio di G. MELIS, *Un episodio dello Stato liberale: la sconfitta dei tecnici e l'emarginazione degli "economisti"*, in *An. giur. econ.*, 2020, p. 25, laddove, prima di muovere una critica alle obsolete modalità di reclutamento del personale, sostiene che è "da tempo in atto e da ultimo fortemente accelerat[a] in forme talvolta persino drammatiche (come nell'attuale pandemia): il primo fenomeno è il predominio che l'economia ha assunto universalmente sulle mediazioni prima esercitate dalla politica".

<sup>283</sup> A. GIUSTI, *Tramonto o attualità*, cit., p. 344.

come “amministrazione oggettivata”<sup>284</sup>, rischiano, nella misura in cui richiamano strumenti tecnici che le amministrazioni non sono in grado di maneggiare, di comportare il passaggio da un potere misurabile ad un potere incontrollabile.

---

<sup>284</sup> F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1978, pp. 6 ss.

## CAPITOLO II

### TEORIA E PRASSI DELL'ATTIVITA' AMMINISTRATIVA PER ALGORITMI

**SOMMARIO:** **1.** La contaminazione dei saperi come metodo nella logica ricostruttiva dell'amministrazione per algoritmi. Profili terminologici. **2.** Il rapporto controverso tra potere discrezionale e ricorso agli algoritmi. Ricostruzioni dottrinali e tendenze evolutive giurisprudenziali. Rilievi critici sulla fuga in avanti del Consiglio di Stato. **3.** Amministrazione per algoritmi tra imparzialità e buon andamento. Il ricorso agli strumenti informatici come rappresentazione della 'amministrazione difensiva'. La tecnica come mezzo di disincentivazione all'esercizio del potere e il difficile conseguimento di una 'buona amministrazione tecnica'. **4.** L'impatto degli algoritmi nei procedimenti amministrativi alla prova dei principi di ragionevolezza e proporzionalità. L'impossibilità di ritenere ragionevole una istruttoria interamente automatizzata. La difficoltà tecnica di graduazione del potere discrezionale rispetto alla decisione meno invasiva per i cittadini. Cenni. **5.** I limiti della partecipazione democratica nei procedimenti automatizzati: la contestabile trasformazione da un coinvolgimento proattivo alla marginalizzazione del cittadino. Considerazioni critiche in ordine al principio di collaborazione in ragione dell'impossibilità di attuare il dogma della reciprocità. **6.** La trasparenza amministrativa al tempo degli algoritmi. Critiche alla concezione del software come atto amministrativo. Il 'controllo sociale' come momento di garanzia della trasparenza e di governo della tecnica. **7.** Dall'opacità dell'algoritmo all'inspiegabilità del provvedimento. La motivazione delle decisioni algoritmiche. **8.** Il potenziale cortocircuito del meccanismo di responsabilità in caso di utilizzo di algoritmi informatici. L'oggettivizzazione dell'azione comporta l'immunità dell'amministrazione?

*1. La contaminazione dei saperi come metodo per la logica ricostruttiva dell'amministrazione per algoritmi. Profili terminologici.*

Porre l'attenzione sull'amministrazione per algoritmi quale momento per effettuare un bilancio sulla relazione tra diritto e tecnica impone la necessità di intraprendere il ragionamento recuperando il punto di partenza di questo lavoro. La pervasività delle tecniche nelle scelte del decisore politico amministrativo rende infatti necessario un confronto, o come è stato recentemente detto una "contaminazione"<sup>1</sup>, tra la scienza giuridica

---

<sup>1</sup> Ci riferiamo a S. VALAGUZZA, *La contaminazione come metodo di conoscenza per la scienza giuridica. Una sperimentazione a partire dal diritto processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, pp. 1285 ss., ove in realtà si guarda ad una contaminazione in una prospettiva più vicina alla comparazione. Ma non si può evitare di effettuare un richiamo a S. CASSESE, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, p. 158, il quale conclude il suo saggio sostenendo che "nella cultura v'è bisogno di quella che viene chiamata interdisciplinarietà, ma che è molto di più, perché richiede di superare le frontiere, di dedicarsi alle intersezioni, di creare nuovi territori a cavallo delle frontiere: come è stato più volte ripetuto, le amministrazioni

e le altre scienze (tecnica, economica, ecc...) poiché, attraverso la loro evoluzione, queste hanno assunto una forza tale da impattare su diritti ed interessi della collettività. La conferma rispetto all'esigenza di implementare conoscenze diverse da quelle giuridiche emerge con estrema evidenza dall'articolo 3-bis della legge n. 241 del 1990<sup>2</sup> - modificato da ultimo dalla legge n. 120 del 2020 - in virtù del quale, al fine di conseguire maggiore efficienza, "le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati". Nonostante la disposizione non presenti alcun carattere precettivo<sup>3</sup>, si tratta di una innovazione operata dal legislatore nel 2005 - nell'ambito di un più ampio disegno di riforma volta al conseguimento del 'risultato' amministrativo<sup>4</sup> - attraverso la quale viene incoraggiato il ricorso, da parte delle pubbliche amministrazioni<sup>5</sup>, a strumenti di digitalizzazione ed informatizzazione utili all'espletamento di numerose funzioni amministrative<sup>6</sup> nonché per l'erogazione di servizi

---

sono passate dalla piramide alla rete. Richiede di recarsi negli Iperborei, dove robotica ed etica, medicina e fisica, diritto e statistica, storia e sociologia, si incontrano dando luogo a nuove aree, come le scienze della vita, in cui confluiscono conoscenze diverse, la biologia molecolare, le biotecnologie, il digitale". V. FROSINI, *La giuritecnica*, cit., pp. 29 ss., affermava che "i problemi della giuritecnica sono quelli che sorgono da una compenetrazione fra quelli giuridici e quelli tecnologici, in modo tale da obbligare ad un mutamento di mentalità dello studioso e dell'operatore e dell'operatore del diritto, costretti, l'uno e l'altro a staccarsi dagli schemi mentali del formalismo giuridico a cui erano abituati, giacché il diritto veniva considerato come un universo scritto sui codici, e la cultura giuridica era ritenuta umanistica ed anzi libresca".

<sup>2</sup> Su cui si vedano i commenti di F. CARDARELLI, *Art. 3-bis. Uso della telematica*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, pp. 509 ss., e di F. COSTANTINO, *L'uso della telematica nella Pubblica Amministrazione*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2017, pp. 246 ss.

<sup>3</sup> F. CARDARELLI, *Art. 3-bis. Uso della telematica*, cit., p. 511. F. COSTANTINO, *L'uso della telematica*, cit., ha recuperato gli spunti di coloro i quali avevano dubitato della valenza pratica della disposizione per due motivi: il primo è relativo alla circostanza per cui l'amministrazione fa uso della telematica e di strumenti informatici anche laddove "manchi una specificazione circa misure concrete o risorse"; il secondo motivo della presunta "inutilità" della norma involge, invece, il piano degli effetti, poiché "alla luce del comma 2 dell'art. 21-octies, questo articolo può essere violato senza che ciò implichi l'annullabilità del provvedimento". Di recente, F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, in *Federalismi.it*, n. 36/2020, p. 50, sostengono che vi sia il rischio che "la valenza declamatoria di una norma di tale portata generale possa prevalere sulla sua dimensione prescrittiva".

<sup>4</sup> Per un commento ai principali cambiamenti apportati dalla legge n. 15 del 2005 al procedimento amministrativo, cfr., tra gli altri, F. LIGUORI (a cura di), *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo*, Bologna, 2007, nonché N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005.

<sup>5</sup> Come infatti sostengono F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare*, cit., p. 50, non si può negare che attraverso questa disposizione "si elimini ogni alibi legato all'impossibilità giuridica di utilizzare la telematica nell'azione amministrativa".

<sup>6</sup> Basti pensare, a titolo esemplificativo, all'evoluzione della contrattazione pubblica in forma elettronica. In termini generali, si veda il recente lavoro di G.M. RACCA, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, in R. Cavallo Perin, D-U. Galetta (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020, pp. 321 ss.; sulla centralità della digitalizzazione e della informatizzazione nell'ambito della contrattualistica pubblica, soprattutto per fronteggiare le problematiche scaturenti dalla crisi pandemica, L. TORCHIA, *Tre priorità per una nuova disciplina degli appalti pubblici (e una postilla)*, in *www.irpa.eu*, 2020. Sui fenomeni di centralizzazione e digitalizzazione del settore dei contratti pubblici, inquadrati nel più ampio processo di ammodernamento e complessiva trasformazione delle pubbliche amministrazioni, si vedano G.M. RACCA, *La Corte di giustizia e le scelte nazionali per una efficiente e trasparente aggregazione dei contratti pubblici: una sfida per*

pubblici<sup>7</sup>, dando vita, inoltre, all'introduzione di meccanismi di c.d. *blockchain* anche nell'ambito del diritto pubblico<sup>8</sup>.

Sofferinarsi su questi aspetti, per quanto rilevanti in una prospettiva evolutiva dell'esercizio dei pubblici poteri e dei relativi rapporti con i cittadini nella logica del passaggio alla c.d. amministrazione di servizio<sup>9</sup>, porterebbe ad allontanarci dall'oggetto dello studio, che attiene invece all'indagine sui principali profili problematici derivanti dall'introduzione di algoritmi informatici nei processi decisionali delle pubbliche amministrazioni. Prima di intraprendere una analisi tesa a misurarsi con le criticità derivanti dal rapporto tra amministrazione ed automazione, sembra utile richiamare - sebbene in via

---

*l'evoluzione digitale della "funzione appalti" nazionale, regionale e locale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, pp. 185 ss.; G.M. RACCA, S. PONZIO, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2019, pp. 33 ss.; C. GUARDAMAGNA, *Aggregazione e digitalizzazione nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2018, pp. 993 ss.; A. ZITO, *La nuova disciplina degli acquisti centralizzati ad oggetto "informatico", introdotta dalla legge di stabilità per il 2016: dalla ricognizione dei problemi ad un primo inquadramento sistematico*, in *Nuove aut.*, 2016, pp. 341 ss. Più in generale, è la telematizzazione delle gare (il c.d. *e-procurement*) a costituire oggi una prassi ampiamente consolidata nel nuovo modo di amministrare, sulla quale è intervenuta a più riprese la giurisprudenza a chiarire diversi aspetti, come quelli, tra gli altri, relativi alla conservazione dell'offerta economica (su cui, da ultimo, T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 23 ottobre 2020, n. 669, in *Foro amm. (II)*, 2020, p. 2219), all'onere della prova dell'errore del trasmittente o della stazione appaltante (T.A.R. Marche, Ancona, sez. I, 9 novembre 2020, n. 646, in *Foro amm. (II)*, 2020, p. 2166), nonché alla validità delle dichiarazioni firmate digitalmente ancorché in assenza l'allegazione di copia del documento di identità del dichiarante (T.A.R. Toscana, Firenze, sez. II, n. 552, in *Foro amm. (II)*, 2020, p. 1040. Infine, il percorso di digitalizzazione ha inciso anche sulla semplificazione della procedura di presentazione delle domande, attraverso l'introduzione del Documento di Gara Unico Europeo (DGUE): sul punto, cfr. M. CALABRÒ, *Appalti pubblici e semplificazione della procedura di presentazione delle offerte. Alla ricerca di un bilanciamento tra fiducia e controllo*, in *Dir. econ.*, 2017, pp. 219 ss.

<sup>7</sup> Su cui, da ultimo, si veda l'approfondito studio di V. BRIGANTE, *Digitalization and public services: critical notes concerning emerging ways of administrating*, in *It. Journ. publ. law*, 2021, pp. 203 ss.; in precedenza, si era occupato della relazione tra le politiche digitali e l'erogazione di pubblici servizi A. MASUCCI, *Digitalizzazione dell'amministrazione e servizi pubblici "online". Lineamenti del disegno normativo*, in *Dir. pubbl.*, 2019, pp. 117 ss. Ancor prima dell'entrata in vigore dell'articolo 3-bis della legge n. 241 del 1990 - e ciò conferma come la disposizione rappresenti null'altro che una presa d'atto del cambiamento amministrativo nella relazione con i cittadini - G. CAMMAROTA, *L'erogazione on line di servizi pubblici burocratici*, in *Inf. dir.*, 2002, pp. 45 ss.

<sup>8</sup> Con la legge 11 febbraio 2019, n. 12 (di conversione del d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, c.d. "semplificazioni") è stato introdotto il concetto di *smart contract*, che viene definito come un "programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse". Di recente, nel valutare l'impatto di questi strumenti con il diritto amministrativo, cfr. P. RUBECHINI, "Blockchain" e pubblica amministrazione italiana: i primi passi di un cammino ancora lungo, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, pp. 298 ss.; in termini critici, ritenendo che l'archetipo *blockchain* applicato alle pubbliche amministrazioni si scontri con il modello organizzativo esistente di articolazione di pubblici poteri, S. CALDARELLI, *L'uso della tecnologia blockchain nel settore delle pubbliche amministrazioni: tra "mito" e realtà giuridica*, in *Dir. inf.*, 2020, pp. 857 ss.; in una prospettiva orientata all'utilizzo della *blockchain* come arma per la prevenzione amministrativa del rischio-corruzione, specie nell'ambito dell'evidenza pubblica, si veda l'interessante lavoro di G. GALLONE, *Blockchain, procedimenti amministrativi e prevenzione della corruzione*, in *Dir. econ.*, 2019, pp. 189 ss.; con riferimento, invece, all'utilizzo della tecnologia *blockchain* nell'ambito dell'acquisizione e la gestione dinamica delle informazioni ambientali, A. MICELLO, *La tecnologia "blockchain" al servizio della gestione delle informazioni ambientali: verso un "Blockchain Green Public Procurement"?*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2018, pp. 83 ss.

<sup>9</sup> Il termine è di G. PASTORI, *L'amministrazione da potere a servizio*, in M.R. Spasiano (a cura di), *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, Napoli, 2012, pp. 47 ss.

meramente classificatoria - le diverse tipologie di algoritmi potenzialmente applicabili ai procedimenti amministrativi.

Un algoritmo può essere definito come quella sequenza di operazioni consequenziali, predeterminate, che consentono di risolvere un problema arrivando ad un risultato certo, utile ed effettivo<sup>10</sup>. Ulteriore peculiarità di tale strumento informatico è rinvenibile nella sua portata di carattere generale, nella misura in cui il ricorso agli algoritmi è in grado risolvere un numero indefinito di casi, eterogenei tra di loro, e non limitare la propria azione ad un singolo caso di specie<sup>11</sup>.

Una prima classificazione consente di distinguere gli algoritmi deterministici e non deterministici.

Si parla dei primi quando per ogni istruzione esiste, a parità di dati di ingresso, un solo percorso dell'algoritmo e, dunque, a fronte degli stessi *input* verranno prodotti gli stessi risultati. Gli algoritmi non deterministici, invece, possono produrre risultati diversi, tutti validi per l'ordinamento, a partire da uno stesso *input*, dando luogo ad una sorta di 'merito algoritmico', senza comprendere tuttavia come sia stato effettuato il bilanciamento degli interessi e, inoltre, chi debba scegliere (se l'uomo o la macchina stessa) successivamente la soluzione più valida.

Sulla base di questa breve parentesi introduttiva già sembra possibile dubitare del fatto che gli algoritmi non deterministici possano trovare applicazione come strumento di esercizio in via generale dell'azione amministrativa. Se infatti l'utilizzo di algoritmi viene stimolato per giungere con efficienza ad un risultato certo, va altrettanto chiarito come gli algoritmi non deterministici conducano ad un risultato non univoco, non adempiendo neppure alla funzione per la quale tali strumenti informatici hanno fatto ingresso nel mondo del diritto pubblico che è, per l'appunto, la certezza dei risultati<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Così, P. ZELLINI, *La dittatura del calcolo*, Milano, 2018, p. 15.

<sup>11</sup> Già questo aspetto sembrerebbe collidere con l'interpretazione condivisibile di chi ritiene che "la funzione del procedimento non è più solo quella della realizzazione in concreto di interessi normativamente definiti, ma risulta soprattutto quella di individuare, caso per caso, l'interesse pubblico concreto quale sintesi o composizione di molteplici interessi, pubblici e privati, tutti rilevanti": in questi termini, M.R. SPASIANO, *Potere amministrativo e interesse pubblico nell'evoluzione del pensiero giuridico e filosofico*, in L. Giani, M. Immordino, F. Manganaro (a cura di), *Temi e questioni di diritto amministrativo*, Napoli, 2019, p. 21.

<sup>12</sup> G. AVANZINI, *Decisioni amministrative*, cit., p. 14, sostiene, riferendosi verosimilmente agli algoritmi deterministici, che tali strumenti informatici "hanno la capacità di riprodurre la funzione o il compito ad essi affidato un numero di volte a prescindere dai limiti spaziali e temporali [...] garantendo omogeneità dei risultati e contribuendo all'armonizzazione e alla razionalizzazione della stessa attività amministrativa e della sua organizzazione". Si ritiene di non poter accogliere, soprattutto per gli algoritmi non deterministici e per quelli di apprendimento, l'idea di P. ZELLINI, *La dittatura*, cit., p. 165, secondo il quale il processo algoritmico può considerarsi come presupposto della *epistème*, e cioè della conoscenza certa.

L'inadeguatezza di tale categoria di strumenti informatici per le amministrazioni pubbliche è ancor più apprezzabile se si guarda agli algoritmi di apprendimento, che costituiscono per l'appunto una *species* degli algoritmi non deterministici (nei quali rientrano i c.d. algoritmi di *machine learning e deep learning*)<sup>13</sup>. Si tratta, in questo caso, di strumenti che consentono alla macchina di apprendere autonomamente le istruzioni ed è lo stesso algoritmo che, in un momento successivo, determina i parametri che devono guidare la sua azione al fine di raggiungere il risultato<sup>14</sup>. Non sembra irragionevole formulare la preoccupazione che un simile meccanismo produca più problemi di quelli che intenderebbe risolvere, in quanto l'apporto umano, oggi invocato soprattutto dalla Commissione europea<sup>15</sup>, non sarebbe riscontrabile neppure nella fase di programmazione dell'algoritmo, unico momento nel quale l'amministrazione può esercitare il potere discrezionale.

I modelli del *machine learning*<sup>16</sup> e *deep learning*<sup>17</sup>, evidentemente, danno atto del progressivo ampliamento dell'autonomia dell'algoritmo rispetto all'azione umana<sup>18</sup>, in

---

<sup>13</sup> Cui si richiama la fondamentale traccia lasciata da A. TURING, *Intelligenza meccanica*, Torino, 1994, *passim*.

<sup>14</sup> G. AVANZINI, *Decisioni amministrative*, cit., p. 9.

<sup>15</sup> Il riferimento è al *White Paper on Artificial Intelligence - A European approach to excellence and trust*, pubblicato il 19 febbraio 2020, su [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu), all'interno del quale viene evidenziata la necessità di un bilanciamento tra i modelli di apprendimento "intelligente" e la creazione delle regole mediante l'intervento umano.

<sup>16</sup> Gli algoritmi di *machine learning* possono essere suddivisi in due macro categorie: a) algoritmi di *apprendimento supervisionato*, di tipo induttivo, funzionale a predire le "etichette" dei dati futuri con l'obiettivo di ridurre al minimo gli errori di classificazione; b) algoritmi di *apprendimento non supervisionato*, in cui lo scopo è raggruppare i dati in *gruppi naturali* in base alle loro caratteristiche, così da poter riprodurre le relazioni esistenti in uno strumento informatico per i dati futuri.

<sup>17</sup> Che indicano quella branca dell'intelligenza artificiale che fa riferimento agli algoritmi ispirati alla struttura e alla funzione del cervello chiamate "reti neurali artificiali", ove la conoscenza viene presa dall'ambiente con cui la rete interagisce attraverso un procedimento di apprendimento. Le riflessioni sull'impatto delle reti neurali in ambito giuridico sono in corso dall'inizio degli anni Novanta, periodo nel quale si svolse un importante convegno a Monaco di Baviera il 20 novembre del 1992 dal titolo *The computer and vagueness: fuzzy logic and neural nets*, i cui atti sono stati successivamente raccolti e dei quali si segnalano quelli più rilevanti nella logica dell'interazione tra scienze ingegneristiche e giuridiche. T. MAZZARESE, *Fuzzy logic and judicial decision-making: a new perspective on the alleged norm-irrationalism*, in *Inf. dir.*, 1993, pp. 13 ss.; M. LOSANO, *Information technology, the law and fuzzy logic*, in *Inf. dir.*, 1993, pp. 7 ss.; J. HOLLATZ, *Rules and precedents in legal reasoning*, in *Inf. dir.*, 1993, pp. 75 ss. A conferma della rilevanza dell'impatto tecnologico nel settore giuridico, si segnala un lavoro di G. TERRACCIANO, *L'applicazione in campo giuridico delle reti neurali artificiali. Il programma "GiuriNet"*, in *I T.A.R.*, 1998, pp. 497 ss., pt. 2, ove l'A. prende in considerazione il sistema informatico attraverso il quale si intenderebbe prevedere l'esito di una controversia giurisdizionale, concludendo che i meccanismi di intelligenza artificiale, pur rappresentando un supporto di grande importanza nel disegno della macchina giudiziaria, non possono tuttavia sostituire il ruolo "intellettuale" del giurista.

<sup>18</sup> Nelle scienze ingegneristiche sono due i momenti cruciali nella definizione del *machine learning*, e si devono in un primo momento ad A. SAMUEL, nel 1959, il quale definì il *machine learning* come "la disciplina che si occupa di dare al calcolatore la capacità di apprendere senza essere programmato esplicitamente", e in un secondo momento a T. MITCHELL, che nel 1998 spiegò come strutturare in maniera corretta un problema di apprendimento e predizione in questi termini: "*Un programma è detto apprendere dall'esperienza E rispetto a un task T e una misura di performance P se, nel compiere T, migliora la sua performance, secondo la misura di P, rispetto a quando non utilizzava E*".

relazione alla circostanza che tali strumenti di apprendimento possono condurre, per un verso, a soluzioni non previste dalla norma di partenza che l'uomo ha voluto che la macchina apprendesse, ed inoltre, per altro verso, a conclusioni non rispondenti ad un processo logico argomentativo causale<sup>19</sup>.

L'accettazione di tali considerazioni, oltre che accentuare il richiamato problema della certezza dei risultati - poiché il successo dell'apprendimento automatico sarebbe dato, tra le altre cose, dalla "scalabilità" dell'algoritmo, e cioè la sua abilità di adattarsi al numero ed alla complessità dei dati - consentirebbe la creazione di notevoli zone grigie (ad esempio) in ordine alla questione della conoscibilità ed alla spiegabilità dell'algoritmo<sup>20</sup>. Si tratta di aspetti ai quali verrà dato autonomo rilievo nel corso del lavoro, ma preme sottolineare come i principali profili problematici del nuovo modo di amministrare emergono essenzialmente da una difficile accettazione sulla necessità della contaminazione di saperi, in quanto, laddove il futuro ci dovesse consegnare un'amministrazione interamente automatizzata, non si potrà fare a meno di funzionari pubblici sia in grado di cogliere le sensibilità dell'esercizio del potere amministrativo, ma altrettanto capace di comprendere le logiche degli strumenti informatici che guideranno i processi decisionali.

*2. Il rapporto controverso tra potere discrezionale e ricorso agli algoritmi. Ricostruzioni dottrinali e tendenze evolutive giurisprudenziali. Rilievi critici sulla fuga in avanti del Consiglio di Stato.*

È innegabile come l'indagine sulla plausibilità dell'affermazione circa la trasformazione in atto da un potere quantificabile ad un potere ingovernabile, soprattutto per quanto riguarda la c.d. amministrazione per algoritmi, richieda un notevole sforzo interpretativo e ricostruttivo delle teorie dottrinali e giurisprudenziali, nonché delle prassi che hanno accompagnato l'evoluzione dei percorsi di automazione delle scelte delle pubbliche amministrazioni.

Il dibattito sull'automazione delle decisioni amministrative (e dei procedimenti sottesi alla loro emanazione) è tuttavia ben più risalente rispetto ai recenti (e numerosi) approdi della dottrina e della giurisprudenza che si occupano del tema, con andamenti tutt'altro che

---

<sup>19</sup> G. AVANZINI, *Decisioni amministrative*, cit., p. 40.

<sup>20</sup> Le potenziali criticità derivanti dall'opacità dell'algoritmo sono state analizzate nei parr. 6 e 7. Sul punto, si possono già richiamare le condivisibili opinioni espresse di recente da S. VERNILE, *Verso una decisione amministrativa algoritmica?*, in *Media Laws*, 27 maggio 2020, p. 6.

univoci nel qualificare l'apporto delle nuove tecniche come funzionali ad una migliore istruttoria, ovvero come strumenti che, di fatto, andavano a sostituire la decisione amministrativa. In un primo momento, il *Rapporto sui principali problemi della amministrazione dello Stato* del 1979 (più conosciuto come Rapporto Giannini)<sup>21</sup> segnalava come gli elaboratori elettronici, al principio pensati come strumenti di ausilio per il funzionario, si sono poi trasformati in congegni funzionali alla scelta finale. Successivamente, ed in controtendenza rispetto alla attitudine 'decisoria' che andava assumendo l'elaboratore elettronico, nella Relazione sullo stato della pubblica amministrazione presentata al Parlamento il 30 settembre 1992 (c.d. Rapporto Cassese), uno dei principali profili critici relativi al processo di informatizzazione delle amministrazioni riguardava specificamente "la tendenza a privilegiare l'informatizzazione delle procedure interne [...] con iter altamente standardizzato, rispetto all'uso di software per il trattamento e l'elaborazione delle informazioni o il calcolo decisionale e, soprattutto, con scarse ricadute sul miglioramento dei cittadini"<sup>22</sup>.

La consapevolezza della potenzialità decisoria degli elaboratori elettronici ha messo al centro della riflessione della scienza giuridica il problema di 'quale' procedimento amministrativo automatizzare. Infatti, nessuno tra gli studiosi che analizzarono gli aspetti relativi alla algoritmizzazione delle decisioni amministrative - ancorché come conseguenza della rivoluzione informatica che vedeva come destinataria protagonista la pubblica amministrazione<sup>23</sup> - metteva in discussione la possibilità di automatizzare i procedimenti vincolati, caratterizzati da un elevato tasso di *standardizzazione*, con riferimento alla applicabilità di tali strumenti informatici ai procedimenti nei quali restava intatto il momento amministrativo della determinazione discrezionale, la dottrina ha elaborato differenti interpretazioni che possono essere ricondotte idealmente su tre traiettorie. Dalla teoria, per così dire, maggiormente 'classica' - forse più rispettosa della celebre espressione di Benvenuti per cui "il potere si fa atto"<sup>24</sup> - in virtù della quale non sarebbe possibile automatizzare i procedimenti discrezionali<sup>25</sup>, si distaccano quelle che, in una direzione

---

<sup>21</sup> M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi della amministrazione dello Stato*, in *Foro amm.*, 1979, pp. 2667 ss.

<sup>22</sup> *Relazione sullo stato della pubblica amministrazione*, 1992, doc. XXX, n. 1-*quinquies*, in [www.senato.it](http://www.senato.it).

<sup>23</sup> M. LOSANO, *Per un diritto compatibile*, cit., pp. 1823 ss., spec. p. 1825 laddove afferma che "se si vuole rendere accessibile all'elaboratore un certo problema, bisogna che quest'ultimo sia traducibile in un algoritmo, cioè in un numero finito di passaggi che, partendo dai dati a disposizione, conduca alla soluzione del problema".

<sup>24</sup> F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 122.

<sup>25</sup> M. MINERVA, *L'attività amministrativa in forma elettronica*, in *Foro amm.*, 1997, p. 1304, sposa la tesi della impossibilità di ricorrere alla totale sostituzione della decisione umana attraverso un "atto ad elaborazione elettronica" nei procedimenti discrezionali, in virtù dei limiti tecnologici connessi con la non riproducibilità

opposta, ammettono il ricorso all'automazione di tutti i procedimenti discrezionali<sup>26</sup>, nonché altre posizioni dalle quali si ricaverebbe la possibilità di utilizzare algoritmi informatici esclusivamente nei casi di procedimenti amministrativi a bassa complessità<sup>27</sup>.

---

dei meccanismi mentali, che non consentono allo strumento informatico di ponderare valori e pubblici interessi cui finalizzare l'azione amministrativa discrezionale. B. SELLERI, *Gli atti amministrativi in forma elettronica*, in *Dir. soc.*, 1982, pp. 139 ss., ipotizza la completa automazione non solo di "quelle fattispecie in cui l'atto finale non ha contenuto di volizione", ma anche di quelle per cui un atto è "dovuto". A detta di A. PREDIERI, *Gli elaboratori elettronici nell'amministrazione dello Stato*, Bologna, 1971, p. 31, gli atti dovuti sono quelli per i quali vi è un "basso o nullo grado di decisionalità", in cui il momento valutativo scompare. Inoltre, Selleri sostiene che l'algoritmizzazione delle decisioni amministrative non è realizzabile laddove vi sia un momento "di scelta discrezionale tra possibili alternative: la macchina deve allora arrestarsi non essendo in grado di prendere delle decisioni che implicino un giudizio di opportunità e l'effettuazione della scelta conseguente". In altre parole, l'elaborazione elettronica può essere utilizzata appieno solo per i c.d. atti strumentali del provvedimento, nonché per gli atti dovuti e quelli vincolati; mentre per la formazione di atti discrezionali, invece, la funzione dell'elaboratore elettronico "può essere solo di ausilio alla decisione con l'attività puramente istruttoria, di raccolta, cioè, di identificazione e predisposizione della base informativa per la successiva fase decisoria". Il tema della *gradazione* della discrezionalità non costituisce certamente un profilo innovativo, nella misura in cui addirittura nell'ordinamento precostituzionale si sosteneva come "la discrezionalità accompagna l'attività amministrativa in ogni sua manifestazione, in modo che non può parlarsi se non di *grado di discrezionalità* che all'amministrazione compete in rapporto al singolo atto". In questi termini, Avvocatura generale dello Stato, *Relazione per gli anni 1930-1941*, I, Roma, 1945, p. 311, citato da B.G. MATTARELLA, *L'attività*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, I, Milano, 2006, p. 762 (nota 245). Viceversa, aderisce alla tesi che ritiene non automatizzabile l'attività discrezionale, ed in particolare contesta l'utilizzo generalizzato dello strumento dell'autolimita da parte delle amministrazioni pubbliche, A. USAI, *Le prospettive di automazione delle decisioni amministrative*, cit., p. 183, ove si ritiene che l'unica possibilità per l'elaborazione elettronica degli atti amministrativi discrezionali sarebbe quella di ricorrere ai c.d. sistemi esperti, non senza, però, aver proceduto in un momento precedente ad una adeguata sperimentazione.

<sup>26</sup> V. BUSCEMA, *Discrezionalità amministrativa e reti neurali artificiali*, in *Foro amm.*, 1993, p. 630, ammette la possibilità di un utilizzo di complessi software di ausilio decisionale anche in ipotesi di procedimenti di matrice discrezionale. Si vedano anche le considerazioni di M. LOSANO, *Per un diritto compatibile*, cit., p. 1828, il quale sostiene come l'ingresso dell'automazione nelle logiche dell'azione amministrativa tenda a ridurre l'ambito di discrezionalità del funzionario. Secondo quanto affermato dall'A. se tale trasformazione "è un bene nella misura in cui rendere rigorosi (cioè quantificati) criteri di valutazione vaghi, grazie ai quali facilmente la discrezionalità diventa arbitrio e, talora, arbitrio interessato. È un male nella misura in cui i criteri di valutazione divengono non solo rigorosi, ma anche rigiri: *l'automazione preclude infatti ogni possibilità di interpretare la norma*". Certamente in controtendenza con le ricostruzioni (passate e presenti) della dottrina si pone lo studio di F. COSTANTINO, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, in *Dir. pubbl.*, 2019, pp. 66-67, nella misura in cui a detta dell'A. è proprio nei procedimenti ad alto tasso di discrezionalità, in cui le incognite sono numerose, che si dovrebbe riflettere sulla proficuità della predittività di tali *big data* "come strumento di ausilio (purché non si sostituisca a quest'ultimo)". Diversamente, nel caso in cui il tasso di discrezionalità sia "basso" o nullo, sarà preferibile il ricorso all'agente umano, perché l'intervento automatizzato sarebbe più incline ai rischi dell'errore delle macchine. In termini simili, A. BOIX-PALOP, *Algorithms as Regulations: Considering Algorithms, when Used by the Public Administration for Decision-making, as Legal Norms in order to Guarantee the proper adoption of Administrative Decisions*, in *Eur. rev. dig. adm. law*, 2020, p. 78, ritiene che nei casi in cui una valutazione riguardi la concomitanza o meno di determinate circostanze, oppure laddove una valutazione debba essere effettuata attraverso la ponderazione di "considerazioni disparate", il guadagno qualitativo della scelta presa sulla base dell'algoritmo sarà maggiore.

<sup>27</sup> A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, Napoli, 1993, dopo aver sostenuto che risulterebbe impossibile automatizzare i procedimenti discrezionali, tenuto conto della essenza del potere discrezionale da valutare nella possibilità di svolgere *caso per caso* una ponderazione tra interessi (p. 33), afferma tuttavia con lo stesso grado di nettezza che nei casi in cui vi è una quota relativa di esercizio del potere discrezionale in capo alle pubbliche amministrazioni sarebbe agevole programmare "le possibili scelte dell'autorità, dal momento che il loro numero (limitato) risulta compatibile con l'attuale sviluppo del software" (p. 35). M. NATOLI, *L'attività informatizzata della pubblica amministrazione*, in *Riv. amm.*, 2003, p. 960, recuperati gli approdi di Masucci sulla possibilità di automatizzare le scelte amministrative caratterizzate da una c.d. bassa

L'automazione delle pubbliche amministrazioni (e, più precisamente, dei suoi sistemi informativi) inizia a ricoprire un ruolo centrale anche nell'agenda politica negli anni Novanta del secolo scorso con l'approvazione del d.lgs. n. 39 del 1993<sup>28</sup>, che approccia alla trasformazione in atto seguendo tendenzialmente la traccia disegnata dal Rapporto Giannini e dalla Relazione sullo stato della pubblica amministrazione del 1992<sup>29</sup>. In tale prospettiva, il ricorso ai sistemi informativi automatizzati rispondeva al miglioramento dei servizi pubblici - nella duplice logica dell'efficacia e dell'efficienza -, alla trasparenza dell'azione amministrativa e al potenziamento dei supporti conoscitivi per le decisioni pubbliche<sup>30</sup>. Tale provvedimento normativo, che evidentemente avrebbe dovuto rappresentare una svolta epocale non solo nelle logiche del funzionamento organizzativo dell'amministrazione, ma soprattutto nella relazione tra quest'ultima e la collettività, nella prospettiva di una relazione improntata alla sussidiarietà orizzontale (o anche, per dirla ancora con Benvenuti, ad una paritarietà tra amministrazione e cittadino), spinge invero l'acceleratore sulla semplificazione ed integrazione dei procedimenti e sull'effettivo conseguimento dei 'risultati'. Ma si tratta di un obiettivo sul quale inevitabilmente dovrà essere spesa qualche parola più in avanti, e che ha incontrato non poche difficoltà nel proprio processo di realizzazione, incentrate soprattutto "nella inadeguatezza della programmazione finanziaria

---

discrezionalità, ammette che "l'utilizzo dei computer non elimina la fase riservata alle scelte ovvero all'esercizio del potere discrezionale, che invece viene valorizzata nel momento di preparazione del programma dove vengono riversate le scelte relative ad una serie di futuri provvedimenti, modificati da atti discrezionali in semplici accertamenti". In termini simili, A. CONTALDO, L. MAROTTA, *L'informatizzazione dell'atto amministrativo: cenni sulle problematiche in campo*, in *Dir. inf.*, 2002, pp. 571 ss., i quali, in continuità con le interpretazioni appena richiamate, ritengono che nelle fattispecie a bassa discrezionalità, in cui le alternative possibili sono limitate, "è possibile ipotizzare un programma il quale tenga conto al momento ponderativo della presenza di poche soluzioni e sia in grado di dirimere il contrasto, stabilendo a priori gli interessi prevalenti". Sul punto, si veda inoltre G. SARTOR, *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale. La rappresentazione della conoscenza*, Milano, 1990, pp. 84 ss. Più recentemente, sulla tendenza ad utilizzare gli algoritmi informatici nei procedimenti discrezionali caratterizzati da "bassa discrezionalità" (oltre che ai casi di attività vincolata), cfr. I.M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, in *Ist. fed.*, 2019, p. 647.

<sup>28</sup> Gli obiettivi strategici del d.lgs. n. 39 del 1993 vengono ripercorsi da M. MINERVA, *Verso l'integrazione dei sistemi informativi pubblici: la rete unitaria della pubblica amministrazione*, in *Dir. inf.*, 1998, pp. 623 ss.

<sup>29</sup> Secondo U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione*, Bologna, 1993, p. 217, la reazione legislativa ai fattori critici del processo di informatizzazione della pubblica amministrazione costituisce una "presa di coscienza lucida, che riprende quanto già in passato rilevato dalla dottrina e dagli osservatori più attenti del settore, dalla quale non poteva non conseguire la ricerca di una «terapia d'urto», articolata sulla tipologia delle strutture messe in campo, sugli obiettivi e sugli effettivi poteri ad esse assegnati".

<sup>30</sup> Ed è proprio a questi percorsi innovativi che si deve l'introduzione dell'Autorità per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione (AIPA). In tal senso, sottolinea A.G. OROFINO, *La trasparenza oltre la crisi*, Bari, 2020, p. 195, sottolinea come "Dal 1979, ovviamente, molte cose sono cambiate e l'utilizzo dei computer nello svolgimento di funzioni amministrative è divenuto sempre più consistente e invasivo. L'informatica non viene solo usata quale mezzo di esternazione di provvedimenti o di atti fatti pervenire da privati all'interno di procedimenti condotti da enti pubblici: gli elaboratori elettronici si atteggiavano, invece, sempre più come strumenti ai quali viene demandato l'espletamento di talune funzioni (istruttorie, ma anche decisionali)" (corsivi nostri).

e nella pianificazione degli interventi e nelle incertezze in ordine al problema della architettura di reti”<sup>31</sup>.

L’art. 3 del decreto in analisi dispone, in particolare, che gli atti amministrativi adottati da tutte le pubbliche amministrazioni siano di norma predisposti tramite sistemi informatici automatizzati e che l’immissione, la riproduzione su qualunque supporto e la trasmissione di dati, informazioni e documenti mediante sistemi telematici, nonché l’emanazione di atti amministrativi attraverso i medesimi sistemi, debbano essere accompagnate dall’indicazione della fonte e del responsabile dell’immissione, riproduzione, trasmissione o emanazione<sup>32</sup>. La logica sottesa alla disposizione ora richiamata consente di sostenere come il legislatore fosse già ben consapevole dell’impatto che avrebbe avuto il graduale passaggio all’automazione dei provvedimenti amministrativi sull’*accountability* delle amministrazioni e sulla ‘spersonificazione’ del responsabile del procedimento, motivo per il quale ha ritenuto di dover ancorare l’algoritmizzazione delle decisioni amministrative al rispetto della trasparenza amministrativa, all’obbligo di motivazione ed alla conformità dell’attività svolta al principio di responsabilità.

L’individuazione dell’esatta sfera di operatività dell’art. 3 del d. lgs. n. 39 del 1993 non è agevole, soprattutto per ciò che attiene alla sua applicabilità o meno al di fuori dell’ambito degli atti amministrativi informatici in stretto senso, cioè di quegli atti provenienti dalla pubblica amministrazione, direttamente ed automaticamente elaborati dal sistema informatico che non richiedono valutazioni discrezionali e motivazioni correlate alle particolarità del caso concreto. L’intervento chiarificatore della giurisprudenza (civile) non si è fatto però attendere: con la sentenza n. 16204/2000 la Suprema Corte<sup>33</sup>, nel sottolineare la complessa delimitazione della disposizione, con riferimento al più complesso aspetto che riguardava *quale* provvedimento (e procedimento) potesse essere interamente automatizzato, ha sostenuto che l’utilizzazione degli strumenti dell’informatica è funzionale “a semplificare e accelerare la emanazione degli *atti amministrativi seriali*, che non necessitino di specifica motivazione e pertanto suscettibili di una completa elaborazione

---

<sup>31</sup> Corte Conti, sez. contr., 27 aprile 2004, n. 8, in *Foro amm. (C.d.S.)*, 2004, p. 1844.

<sup>32</sup> La norma è stata emanata sulla base della delega conferita al Governo dall’art. 2, comma 1, lett. mm), legge 23 ottobre 1992, n. 421, in base al quale il Governo era stato delegato “al fine del completamento del processo di informatizzazione delle amministrazioni pubbliche e della più razionale utilizzazione dei sistemi informativi automatizzati” a “procedere alla revisione della normativa in materia di acquisizione dei mezzi necessari, prevedendo altresì la definizione dei relativi standard qualitativi e dei controlli di efficienza e di efficacia; procedere alla revisione delle relative competenze e attribuire ad un apposito organismo funzioni di coordinamento delle iniziative e di pianificazione degli investimenti in materia di automazione, anche al fine di garantire la interconnessione dei sistemi informatici pubblici”.

<sup>33</sup> Cass. civ., sez. I, 28 dicembre 2000, n. 16204, in *Giust. civ.*, 2001, p. 928.

informatica”, mentre non può avvenire “di regola, in correlazione con i provvedimenti amministrativi, *che normalmente involgono valutazioni e motivazioni differenziate in relazione alle particolarità delle singole fattispecie, rispetto ai quali lo strumento informatico può essere utilizzato solo come mezzo di documentazione e supporto dell’attività degli organi della pubblica amministrazione*”.

È la preferenza per l’attività vincolata o, per meglio dire, per la garanzia della riserva di valutazioni discrezionali che conferma l’interpretazione per cui un compito è elaborabile elettronicamente a condizione che i singoli passaggi del processo decisionale costituiscano meri calcoli logici, evidentemente incompatibili con le logiche dell’apprezzamento ponderativo dei diversi interessi in gioco.

L’attenzione sui profili delle c.d. decisioni automatizzate - da intendere come critici o in termini di beneficio in ragione dell’angolo di visuale dalla quale si osserva l’ingresso delle tecnologie nelle amministrazioni pubbliche - è tornata prepotentemente al centro delle discussioni della dottrina e della giurisprudenza a seguito dell’introduzione della l. n. 107 del 2015 (c.d. “buona scuola”), le cui decisioni, come vedremo, hanno costituito un momento utile al tentativo della creazione di uno statuto autonomo dell’attività amministrativa per algoritmi ‘a legislazione invariata’. Ma si tratta di un cammino che ha incontrato numerosi ostacoli, sui quali verrà svolta una analitica indagine nel corso del lavoro.

La prima pronuncia che merita di essere segnalata è la n. 3769 del 2017 del T.A.R. Lazio<sup>34</sup>, che nel risolvere alcune questioni in ordine all’accessibilità ed alla piena conoscibilità dell’algoritmo utilizzato dal MIUR per attuare la mobilità del personale docente, si è anche soffermata sull’aspetto problematico relativo alla possibilità di automatizzare i soli procedimenti vincolati ovvero se estendere tale ‘possibilità’ anche a quelli che impongono apprezzamenti di matrice discrezionale. La decisione del giudice di prima istanza si contraddistingue per aver approcciato in termini, potremmo dire, ondulatori alla soluzione di tale questione. Infatti, nel mentre in un primo momento si sostiene che “si può agevolmente concordare in ordine alla circostanza che la predetta tipologia di atto

---

<sup>34</sup> Si tratta di T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-bis, 22 marzo 2017, n. 3769, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, pp. 647 ss., con commento di I. FORGIONE, *Il caso dell’accesso al software MIUR per l’assegnazione dei docenti*. Nella nota, l’A. afferma che il ricorso a meccanismi informatici anche nei procedimenti discrezionali consentirebbe di raggiungere obiettivi legati alla “trasparenza informatizzata, alla riduzione delle disparità di trattamento, all’incremento della legalità ed efficienza dell’azione amministrativa, nonché all’ampliamento della partecipazione degli amministrati alla decisione pubblica” (p. 660). Non si ritiene di poter condividere le considerazioni da ultimo analizzate laddove viene sostenuto che l’apertura ai procedimenti discrezionali può incrementare la legalità dell’azione amministrativa. Tale considerazione si pone in contrasto con quanto affermato, in termini generali, da M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, p. 121, in un mondo ideale che idealizzi lo Stato di diritto - da intendersi come principio contenitore della sicurezza giuridica e prevedibilità degli effetti - i poteri amministrativi dovrebbero essere integralmente vincolati.

informatico è giuridicamente ammissibile e legittimo quanto all'attività vincolata dell'amministrazione, atteso che l'attività vincolata è compatibile con la logica propria dell'elaboratore elettronico in quanto il *software* traduce gli elementi di fatto e i dati giuridici in linguaggio matematico dando vita a un ragionamento logico formalizzato che porta a una conclusione che, sulla base dei dati iniziali, è immutabile", in un secondo momento il giudice amministrativo propone una sorta di fuga in avanti rispetto alla chiusura dell'automazione decisionale ai soli procedimenti vincolati ed afferma che "l'ammissibilità dell'elaborazione elettronica dell'atto amministrativo non è legata alla natura discrezionale o vincolata dell'atto quanto invece essenzialmente alla possibilità, che tuttavia è scientifica e non invece giuridica, di ricostruzione dell'iter logico sulla base del quale l'atto stesso possa essere emanato per mezzo di procedure automatizzate quanto al relativo contenuto dispositivo".

Tuttavia, a ben vedere, è in un passaggio successivo della pronuncia in analisi che pare essere smascherata con maggiore evidenza la volontà del giudice amministrativo di abbandonare la dicotomia che ha accompagnato le precedenti ricostruzioni teoriche e giurisprudenziali, secondo la quale nei casi di attività vincolata l'algoritmo godrebbe di una legittimazione a decidere, mentre nei procedimenti discrezionali tale legittimazione si arresterebbe alla più congrua opzione di catalogare lo strumento informatico nell'ambito delle modalità di implementazione dell'istruttoria. Infatti, secondo il T.A.R., attraverso il software si attribuisce uno specifico contenuto ed una effettiva concretezza ad una decisione che l'amministrazione ha delineato nei soli presupposti ordinari e, pertanto, non potrebbe ritenersi che "per il solo fatto che si tratti di attività vincolata e delineata puntualmente nei suoi presupposti, si tratti esclusivamente di una modalità di esecuzione, atteso che è il software che, in concreto, tiene conto dei singoli passaggi procedurali in cui si sarebbe dovuto concretizzare il procedimento ordinariamente svolto da parte di un funzionario pubblico-persona fisica". La considerazione formulata dal giudice amministrativo sembrerebbe essere suscettibile di prendere pieghe anche pericolose se si analizzasse quanto detto in relazione ai più generali rapporti tra tecnica e diritto, poiché ritenere che il software sia in grado di sostituire gli elementi oggettivi e soggettivi del procedimento amministrativo (e cioè i passaggi procedurali, quindi l'istruttoria, e l'attività del funzionario pubblico-persona fisica, e cioè il responsabile del procedimento) porterebbe ad ipotizzare che le prospettive evolutive dell'automazione nelle pubbliche amministrazioni - e, quindi, la piena

valorizzazione della scienza in una ottica sostitutiva della politica - punterebbero a fare a meno dell'esercizio del potere discrezionale e, quindi, della funzione amministrativa<sup>35</sup>.

La strada verso l'affermazione del ricorso all'algoritmizzazione delle decisioni amministrative nei soli casi di attività vincolata rallenta in maniera sensibile, complice, forse, la logica sposata da una parte della dottrina che ritiene come l'esclusione per i procedimenti discrezionali costituisca il retaggio di una visione estremamente formale del diritto, che non terrebbe conto del fatto che il processo di digitalizzazione e, ancor più, di automazione, sia ormai divenuto irreversibile<sup>36</sup>. Tuttavia, il percorso tracciato dalla Cassazione, dal quale si evince nitidamente la possibilità di ricorrere agli strumenti informatici di automazione soltanto laddove non residuino spazi per il bilanciamento degli interessi (pubblici e privati), è stato, in un momento successivo rispetto alla pronuncia del T.A.R. Lazio del 2017, confermato dal Consiglio di Stato, chiamato a decidere una controversia che aveva come oggetto la procedura di reclutamento di docenti attraverso il ricorso agli algoritmi introdotti con la legge n. 107 del 2015 (c.d. "buona scuola"). L'andamento ondivago della giurisprudenza, dunque, mette in risalto la complessità del problema, poiché ai temi della accelerazione procedimentale è necessario affiancare (e non affrancare) il reticolo di garanzie che l'ordinamento predispone a tutela della collettività.

Anche nel caso della sentenza n. 2270 del 2019, la giurisprudenza amministrativa ha espresso un indirizzo favorevole a privilegiare il ricorso agli algoritmi nel solo ambito dei procedimenti nei quali l'attività fosse integralmente vincolata, affermando che "l'utilità di tale modalità operativa di gestione dell'interesse pubblico è particolarmente evidente con riferimento a procedure seriali o standardizzate, implicanti l'elaborazione di ingenti quantità di istanze e caratterizzate dall'acquisizione di dati certi ed oggettivamente comprovabili e dall'assenza di ogni apprezzamento discrezionale"<sup>37</sup>. Inoltre, con lo scopo evidentemente di

---

<sup>35</sup> Tradendo così, di fatto, la triplice funzione del procedimento amministrativo ricordata da G. CORSO, *Il cittadino e l'amministrazione pubblica: nuove tendenze del sistema italiano*, in *Ist. fed.*, 2010, pp. 197 ss., spec. pp. 213-215, in cui l'illustre Autore sostiene che il procedimento amministrativo, in regime democratico, "è innanzitutto strumento di partecipazione [...] in secondo luogo strumento di garanzia dei diritti e degli interessi del singolo" ma inoltre "anche il luogo in cui si procede all'accertamento del fatto, anzi [...] alla «concretizzazione, specializzazione e individuazione» del fatto, allo scioglimento della sua originaria problematicità".

<sup>36</sup> R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, cit., approccia al problema ritenendo che non pare possibile ipotizzare il nuovo agire amministrativo (compreso quello discrezionale) senza tener conto delle tendenze all'automazione. In termini più generali, F. MANGANARO, *Trasparenza e digitalizzazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2019, p. 31, "l'innovazione digitale non è solo l'eliminazione del cartaceo o una maggiore efficienza amministrativa, ma qualcosa di più significativo e pregnante, tale da coinvolgere il modo stesso di amministrare".

<sup>37</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, punto 8.1, con nota di V. CANALINI, *L'algoritmo come "atto amministrativo informatico" e il sindacato del giudice*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, pp. 781 ss., nonché, M. TIMO, *Il procedimento di assunzione del personale scolastico al vaglio del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*,

rafforzare l'interpretazione (fino a quel momento) prevalente dal quale emergeva una relazione di proporzionalità inversa tra elaboratore elettronico e, si potrebbe dire, elaborazione discrezionale, il giudice amministrativo conferma, in primo luogo, che la regola tecnica che governa l'algoritmo non può certamente lasciare spazi applicativi discrezionali e, in secondo luogo, rintraccia il momento valutativo nell'atto di elaborazione dello strumento informatico<sup>38</sup>.

La regola è estremamente chiara e, ritenendo valida l'interpretazione in virtù della quale il ricorso alla decisione amministrativa automatizzata intanto è reso possibile in quanto difetti uno spazio di discrezionalità pura nella fase successiva alla programmazione dello strumento informatico<sup>39</sup>, l'utilizzo degli algoritmi informatici può costituire il modello di decisione amministrativa nei casi di attività vincolata e di valutazioni tecniche dell'amministrazione, ma ciò solo laddove dal ricorso a criteri tecnico-scientifici non residuino margini di opinabilità<sup>40</sup>.

---

2020, pp. 1191 ss.; G. FASANO, *Le decisioni automatizzate nella pubblica amministrazione: tra esigenze di semplificazione e trasparenza algoritmica*, in *Riv. dir. media*, 2019, pp. 234 ss.; R. MATTERA, *Decisioni algoritmiche. Il Consiglio di Stato fissa i limiti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, pp. 815 ss. Inoltre, sia consentito il rinvio anche ad A. DI MARTINO, *Intelligenza artificiale, garanzie dei privati e decisioni amministrative: l'apporto umano è ancora necessario? Riflessioni a margine di Cons. Stato 8 aprile 2019, n. 2270*, in *Riv. giur. eur.*, 2019, pp. 47 ss.

<sup>38</sup> Il tema non è nuovo per la giurisprudenza, secondo la quale rientra nella discrezionalità dell'amministrazione la prescrizione tassativa di appositi modelli da utilizzare nei propri procedimenti al fine di agevolarne la gestione automatizzata, purché ne sia assicurata la possibilità di accesso da parte degli interessati. In termini, T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 16 gennaio 2004, n. 88, in *Riv. internet*, 2005, p. 65, con nota di A.G. OROFINO, *Sull'invio telematico di istanze e dichiarazioni alla pubblica amministrazione*, pp. 66 ss.; recentemente, M. SIMONCINI, *L'agire provvedimento dell'amministrazione e le slide dell'innovazione tecnologica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, pp. 529 ss., ha sostenuto che la gerarchia dei diritti ed interessi deve essere strutturata in una "fase pre-automatizzata".

<sup>39</sup> Di tale avviso, G.M. ESPOSITO, *Al confine tra algoritmo e discrezionalità. Il pilota automatico tra procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, pp. 39 ss. A conferma di tale interpretazione, M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *federalismi.it*, n. 16/2019, ritengono che una simile operazione non potrebbe trovare applicazione nell'ambito dell'attività discrezionale che, invece, implica la sequenza "norma-fatto-potere giuridico-effetto", e che presuppone un apprezzamento e una valutazione comparativa di più interessi, il cui svolgimento non può in alcun modo essere affidato alla macchina. Lo schema, per così dire di scuola, si deve a E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983, p. 267, laddove in ragione dello schema "norma-fatto-effetto" le norme hanno esclusivamente il compito di stabilire "i limiti del potere dell'amministrazione (e così tutelano i diritti soggettivi)" e regolare "direttamente i fatti e le situazioni soggettive". Con riferimento alla seconda formula, e cioè quella "norma-fatto-potere-effetto", le norme "anziché regolare esse direttamente i fatti e le situazioni soggettive, attribuiscono il potere di provvedervi a soggetti o organi di pubblica amministrazione e dettano le modalità per l'esercizio di tale potere".

<sup>40</sup> Vi è tuttavia chi ritiene che confinare il ruolo dell'intelligenza artificiale solo ai casi di attività vincolata e di valutazioni tecniche non costituisca una lettura tale da garantire il progresso e lo sviluppo di queste modalità procedimentali. Al fine di valorizzare gli strumenti di intelligenza artificiale anche nei procedimenti di natura discrezionale, cfr. E. PICOZZA, *Politica, diritto amministrativo and Artificial Intelligence*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1771.

Le ricostruzioni della dottrina rispetto al concetto di attività vincolata<sup>41</sup> sono numerosissime, rappresentandosi sullo scenario addirittura teorie che dubitano (a nostro avviso erroneamente) talvolta anche dell'esistenza di tale categoria<sup>42</sup>. Ma non sembra sorgere alcun dubbio rispetto alla circostanza per cui gli algoritmi informatici trovino la loro

---

<sup>41</sup> Il carattere articolato delle posizioni sulla questione si evince nitidamente dalle differenti interpretazioni fornite dalla dottrina: infatti, alla posizione di V. OTTAVIANO, voce *Merito (diritto amministrativo)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. X, Torino, 1964, p. 577, per cui tutta l'attività amministrativa è vincolata e, quindi, anche i procedimenti discrezionali hanno una matrice sostanzialmente vincolata, si contrappone quella di S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1998, p. 433, il quale, nel ritenere l'attività vincolata come una ipotesi di scuola, afferma che "l'attività amministrativa è solo attività discrezionale, alcuni momenti della quale sono vincolati". Ma ancor prima, sul punto, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, p. 485, ben più nettamente ha sostenuto che "la vincolatezza, a ben guardare, è una semplice astrazione verbale: essa fu introdotta solo per la propensione alle simmetrie concettuali, propria del formalismo giuridico, come correlato della discrezionalità. *La verità è che come concetto giuridico non esiste*, e che la potestà discrezionale ha sempre dei momenti vincolati, anche quando è amplissima". (corsivo nostro). B.G. MATTARELLA, *L'attività*, cit., p. 762, guardando alle funzioni amministrative nel loro complesso, ritiene come sia particolarmente difficile configurare una attività vincolata, nella misura in cui "l'ordinamento costituisce le pubbliche amministrazioni per lo svolgimento delle funzioni, pone alcuni limiti alla loro attività e attribuisce loro determinati poteri". L'impostazione della "scuola gianniniana" viene criticata da alcuni che ritengono che l'eccezionalità della attività vincolata non costituisca fondamento dirimente al fine di eliminare dal mondo giuridico la concettualizzazione di tale categoria. Sul punto, appaiono molto efficaci le parole di L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, 1996, pp. 12-13; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., p. 253, richiama la difficoltà di individuare atti totalmente vincolati, in ragione della "intuitiva esigenza che venga lasciato all'amministrazione uno spazio per 'adeguare' la previsione normativa alla realtà complessa e differenziata delle situazioni concrete". Di recente, effettua una indagine volta ad affermare l'impossibilità di far rientrare gli atti vincolati nell'area di espressione del potere amministrativo, F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *federalismi.it*, n. 7/2017. Altro tema relativo alla c.d. attività vincolata è quello che riguarda la sua pertinenza con il potere amministrativo. Secondo G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in G. Guarino (a cura di), *Dizionario amministrativo*, Milano, 1983, pp. 101 ss., "essendo il potere amministrativo qualificabile alla stregua del potere discrezionale, l'atto vincolato non può ritenersi atto di esercizio di potere amministrativo, di guisa che sarebbe distinto dal provvedimento amministrativo". Anche a detta di F. LEDDA, *Potere*, cit., pp. 179 ss., si può parlare di potere amministrativo solo con riferimento ai casi in cui la p.a. "disponga d'un certo margine di discrezionalità, cioè di un margine che consenta l'affermazione di una volontà non compiutamente espressa dalla norma: e quindi per l'affermazione della volontà di un precetto che non sia semplice proiezione, nel concreto, di quello posto dalla legge". Al contrario, E. CASSETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Scritti scelti*, Napoli, 2015, ritiene che "il potere è sempre 'potere' anche se vincolato, gli effetti giuridici non sono qualitativamente diversi in ragione della natura discrezionale o vincolata del provvedimento". Ugualmente, M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo*, Pisa, 2013, il quale sostiene che la predeterminazione di mezzi, modi e fini svolta dal legislatore "non esclude il potere, rappresentando piuttosto un vincolo di validità, tale per cui il provvedimento è valido solo se assume un certo contenuto. *Non viene meno il potere di decidere, viene meno il ventaglio delle soluzioni legittime*" (corsivo nostro).

<sup>42</sup> A detta di F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, pp. 1 ss., è evidente la distinzione tra atti discrezionali e atti vincolati, e giustifica questa contrapposizione utilizzando come criterio di riferimento l'inapplicabilità ai secondi di numerose figure sintomatiche dell'eccesso di potere. Oltre a questo fondamentale istituto che consente di costruire una barriera e separare ciò che è "vincolato" da ciò che è "discrezionale", non si può non considerare come i riflessi della contrapposizione emergano anche sotto il profilo processuale. Basti pensare, infatti, all'art. 31 c.p.a. che, nel mentre disciplina l'azione volta ad accertare il silenzio inadempimento ed il contestuale obbligo di provvedere in capo all'amministrazione, dispone altrettanto che il giudice può pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa, tra le varie circostanze, anche nei casi di attività vincolata. Sembrerebbe porsi, dunque, in contrasto con questa lettura l'opinione di S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, Torino, 2006, p. 147, poiché ritiene che non vi sia funzione amministrativa in assenza del potere discrezionale "né - pertanto - procedimento come *forma necessaria* della funzione".

massima espressione nei procedimenti in cui l'agire sia integralmente disciplinato dalla legge<sup>43</sup>, dove i presupposti di fatto e le conseguenze giuridiche siano stabiliti precisamente e, infine, in quegli ambiti in cui non residui alcuno spazio per la scelta discrezionale dell'amministrazione<sup>44</sup>. Nel caso dell'attività vincolata, e seguendo lo schema di scuola "norma-fatto-effetto"<sup>45</sup>, il legislatore predetermina in maniera univoca i presupposti e rende inequivoco il provvedimento amministrativo destinatario degli effetti. Nel terreno delle decisioni automatizzate, una recente e condivisibile impostazione ha ritenuto che sarebbe ben possibile, in virtù della logica *if-then*, affidare ad un *software* - le cui risultanze sono in grado di condurre l'interprete ad una decisione finale (o *output*) - la realizzazione dei passaggi necessari all'inserimento di un *input* e la verifica della sussistenza degli stessi<sup>46</sup>. L'accoglimento di tale prospettiva confermerebbe quanto sostenuto in precedenza (nonché la congruenza degli approdi giurisprudenziali fino a questo momento considerati) con riferimento all'opportunità di utilizzare nei procedimenti amministrativi i soli algoritmi deterministici, con la conseguente esclusione da tale novero gli algoritmi non deterministici e probabilistici.

Alla luce del ragionamento svolto, le fattispecie vincolate a monte non costituiscono, a ben vedere, l'unico contenitore dal quale si può attingere per l'utilizzo degli algoritmi informatici in funzione decisoria. I procedimenti automatizzati sembrano adattarsi - forse

---

<sup>43</sup> In questi termini, A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, pp. 3 ss.; F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento*, cit., sostiene che gli atti vincolati sarebbero quelli che "l'Amministrazione adotta in totale assenza di potere discrezionale e in semplice esecuzione di disposizioni per essa vincolanti (sia di rango legislativo, sia di rango regolamentare, sia di natura puramente amministrativa, ma comunque vincolanti)". In uno studio più recente, chiarisce che l'attività può dirsi vincolata, in senso proprio, "quando non spetta all'amministrazione né di determinare il contenuto del provvedimento, né di scegliere il tempo e il modo di attuare il disposto legislativo (o, comunque, vincolante per l'amministrazione onerata)" (F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, Torino, 2017, p. 432, nota 75).

<sup>44</sup> R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, p. 73. Dello stesso avviso L. FERRARA, *Diritti soggettivi*, cit., p. 5.

<sup>45</sup> In questi termini, tra gli altri, M. CLARICH, *Manuale*, cit., p. 114.

<sup>46</sup> M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione*, cit.; G.M. ESPOSITO, *Al confine tra algoritmo e discrezionalità*, cit., p. 53, richiama i casi di demolizione di manufatti realizzati in assenza di titoli autorizzatori e di sanzioni per eccesso di velocità, a conferma della moltitudine di esempi di attività vincolata che confluiscono in provvedimenti automatizzati "suscettibili di una certa serialità e massificazione"; P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in *federalismi.it*, n. 2/2018, p. 15; S. VACCARI, *Note minime in tema di Intelligenza Artificiale e decisioni amministrative*, in *www.giustamm.it*, 2019, sostiene che la difficoltà di tradurre "espressioni connotate da fisiologica incertezza interpretativa e ampiezza semantica" in codici matematici costituisca il limite principale all'utilizzo degli algoritmi nei procedimenti discrezionali. Inoltre, M. D'ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell'amministrazione 'invisibile' nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, in S. Civitaresse Matteucci, L. Torchia (a cura di), *La tecnificazione*, cit., p. 166, ritiene che i limiti all'automazione del provvedimento si rinverrebbero nella indeterminatezza dei presupposti da accertare e nel carattere discrezionale della decisione. In termini generali, F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011, p. 16, ritiene che l'applicazione della logica matematica non sia possibile per l'attività amministrativa discrezionale.

ancor di più che ai primi in relazione alla complessità delle operazioni che consentono di espletare - anche al concetto di c.d. discrezionalità tecnica, ma solo laddove si ammetta - come si è ampiamente detto nel capitolo precedente - che tale potere di valutazione tecnica non comporti né valutazioni e ponderazioni degli interessi né, tantomeno, la possibilità di scelta alla stregua di esse, essendo in questa seconda opzione comunque necessario un successivo apprezzamento di opportunità politica. Richiamando dunque l'interpretazione di Sandulli "una volta compiuta tale valutazione (alla stregua di conoscenze tecniche) l'autorità amministrativa è poi vincolata a provvedere in quel certo modo che l'ordinamento prevede per l'ipotesi che l'apprezzamento tecnico contribuì a riconoscere"<sup>47</sup>.

L'utilizzo che le pubbliche amministrazioni fanno al giorno d'oggi degli algoritmi informatici in determinati settori - come nel caso del giudizio sull'anomalia delle offerte<sup>48</sup>, nei procedimenti di selezione del personale docente o anche nelle sanzioni edilizie, paesaggistiche e di c.d. polizia predittiva<sup>49</sup> - consente di ritenere che gli strumenti di intelligenza artificiale (e soprattutto gli algoritmi deterministici) sembrano potersi applicare, in primo luogo, nell'ambito di quei procedimenti in cui emerge un graduale esaurimento del potere discrezionale<sup>50</sup> - che coincidono, nella sostanza, con i casi di attività vincolata in concreto<sup>51</sup> - e, in secondo luogo, ove la tecnica incida sensibilmente sulla scelta da compiere,

---

<sup>47</sup> In questi termini, A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I, Napoli, 1973, p. 341.

<sup>48</sup> Il tema è di particolare attualità e ciò è confermato da una recente pronuncia del T.A.R. Emilia-Romagna, Sez. I, 8 ottobre 2019, n. 765, con cui veniva dichiarato infondato il ricorso promosso avverso un provvedimento di aggiudicazione di una gara svolta attraverso modalità telematiche, il cui algoritmo utilizzato per calcolare la soglia di anomalia delle offerte - ai sensi dell'art. 97, c. 2., d.lgs. n. 50 del 2016 - era stato modificato dalla Stazione appaltante in corso di gara. La modifica avrebbe comportato l'illegittimità del provvedimento, se non fosse che questa sia intervenuta dopo una circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, n. 17649 del 5 luglio 2019, dedicata alle "note esplicative relative all'applicazione del nuovo metodo di aggiudicazione ai sensi dell'art. 97, comma 2 del d.l. 32/2019". Da ultimo, si segnala una ulteriore circolare del M.I.T. del 24 ottobre 2019. Il problema, dunque, oltre ad assumere un connotato prettamente giuridico, investe inevitabilmente anche il terreno delle scelte governative.

<sup>49</sup> Un recente studio di M.B. ARMIENTO, *La polizia predittiva come strumento di attuazione amministrativa delle regole*, in *Dir. amm.*, 2020, pp. 983 ss., critica l'utilizzo che le pubbliche amministrazioni fanno degli algoritmi predittivi per la tutela della sicurezza pubblica, sostenendo che se tali strumenti dovrebbero essere "neutrali", garantire controlli più effettivi e ridurre la discrezionalità in capo alle amministrazioni, presentano tuttavia alcune criticità in tema di trasparenza, effettività dell'attuazione amministrativa, impatto sui diritti dei cittadini, nonché il rischio che da una riduzione della discrezionalità si passi a una sua totale eliminazione.

<sup>50</sup> G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, 2019, p. 91. Sul punto, B. GRAZIOSI, *Note critiche sui regolamenti comunali concernenti le sanzioni pecuniarie e paesaggistiche e sulla relativa giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *Riv. giur. edil.*, 2017, pp. 3 ss., esprime alcune perplessità sulle c.d. griglie algoritmiche nella predisposizione dei regolamenti aventi ad oggetto sanzioni edilizie e paesaggistiche, nella misura in cui tali griglie avrebbero l'effetto (e forse lo scopo) di "ridurre a zero gli spazi "estimativi" riservati al funzionario competente all'irrogazione della sanzione imponendo che il *quantum* sia solo dedotto meccanicamente da una norma che consuma pressoché totalmente ogni discrezionalità".

<sup>51</sup> Tra gli altri, M. CLARICH, *Manuale*, cit., pp. 127-128. Sulla possibilità di applicare gli algoritmi informatici nei casi di autolimitazione della discrezionalità amministrativa, B. RAGANELLI, B. RAGANELLI, *Decisioni pubbliche e algoritmi: modelli alternativi di dialogo tra forme di intelligenza artificiale diverse nell'assunzione di decisioni amministrative*, in *Federalismi.it*, 2020, p. 259; S. VACCARI, *Note minime*, cit., p.

senza che ciò comporti una caduta nelle derive tecnocratiche<sup>52</sup>. A sostegno della correttezza della tesi che si sostiene può essere richiamato, a titolo esemplificativo, il §35 del *Verwaltungsverfahrensgesetz*, che ammette l'automazione dei provvedimenti amministrativi allorquando ciò sia previsto da una disposizione normativa, ma soprattutto laddove non sussistano discrezionalità amministrativa, concetti giuridici indeterminati o margini di apprezzamento in capo alla pubblica amministrazione<sup>53</sup>, in applicazione della formula “*Das Gesetz steuert die Ausgestaltung des Programm, des Programm steuert das Verfahren*”.

---

10. Di tale avviso, G. AVANZINI, *Decisioni amministrative*, cit., p. 91; S. VERNILE, *Verso una decisione amministrativa algoritmica?*, in *Media Laws*, 27 maggio 2020, p. 9; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 182; L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *federalismi.it*, n. 21/2018, p. 28; D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata*, Rimini, 2005, pp. 62 ss., nonché P. OTRANTO, *Decisione amministrativa*, cit., p. 23. Ancora, R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. amm.*, 2019, nonostante per un verso ritenga che la “regola giuridica” che governa l'algoritmo sia un atto presupposto, sulla base del quale le decisioni attuative delle procedure algoritmiche si configurano come “atti di esecuzione di regole del gioco” (p. 786), per altro verso, mettendo addirittura in dubbio l'esistenza della attività vincolata, sostiene come la presenza di un potere discrezionale nella fase di programmazione dell'algoritmo avvicini tale strumento molto più alla discrezionalità (tecnica) rispetto all'attività vincolata (pp. 790-791). Si ritiene di non condividere, come si è detto, l'idea di un carattere volitivo della discrezionalità tecnica che, piuttosto, dovrebbe rientrare nell'interpretazione di concetti giuridici indeterminati. Vi è, in termini generali, chi ritiene che i casi di attività vincolata in concreto non possano rientrare nella accezione più pura di attività vincolata (definita da Orsi Battaglini), nella misura in cui l'esito cui perviene il giudizio è definito dall'amministrazione stessa, all'esito della attività istruttoria, tale da non poter essere qualificato quale agire amministrativo integralmente imposto dalla legge o da altra norma giuridica. In tal senso, L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992, p. 470.

<sup>52</sup> In termini generali, cfr. F. LIGUORI, *Libertà economiche e funzione amministrativa*, in F. Liguori, *La funzione amministrativa*, Napoli, 2013, pp. 108-109. A. GATTI, *Istituzioni e anarchia nella rete. I paradigmi tradizionali della sovranità alla prova di internet*, in *Dir. inf.*, 2019, pp. 711 ss., che se, quantomeno in linea teorica, sostiene come il tentativo di accompagnare le decisioni che riguardano interessi generali attraverso un metodo “disumanizzato” ha lo scopo di “eliminare il più possibile il margine di errore e garantire una totale trasparenza”, tuttavia viene smentito alla prova dei fatti, poiché lo scenario che la realtà rappresenterebbe sarebbe quello di esclusione della discrezionalità dei soggetti deputati a decidere. Si ritiene, invece, di non poter condividere l'interpretazione di M. D'ANGELOSANTE, *La consistenza*, cit., p. 156, la quale sostiene che il ruolo della tecnificazione nel processo decisionale rileva nella prospettiva della tecnica come “codice” per convertire il modo di formazione della volontà della p.a. *piuttosto che come mezzo per ridurre lo spazio delle decisioni amministrative* (il corsivo è nostro). In una accezione ricostruttiva, S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, p. 4, sostiene come se la discrezionalità fosse concepita come una meccanica applicazione di norme, il risultato sarebbe un irrigidimento della amministrazione ed una riduzione del suo potere di decisione, senza tuttavia aumentare - ed anzi riducendo - l'imparzialità della stessa.

<sup>53</sup> E. BUOSO, *La pubblica amministrazione in Germania nell'era dell'intelligenza artificiale: procedimenti completamente automatizzati e decisioni amministrative robotiche*, in *Pers. amm.*, 2021, pp. 496 ss., anche per il vasto apparato bibliografico circa l'interpretazione della norma. Inoltre, cfr. C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Fully Digitalized Administrative Procedures in the German Legal System*, in *Eur. rev. dig. adm. law*, 2020, pp. 105 ss.; in tema, anche A. MASUCCI, *L'algoritmizzazione delle decisioni amministrative tra Regolamento europeo e legge degli Stati membri*, in *Dir. pubbl.*, 2020, pp. 963 ss., il quale, sulla scorta dell'interpretazione della prima dottrina che ha commentato la disposizione dopo la riforma del 2016, sostiene che l'esclusione dei procedimenti discrezionali “si ricollega soprattutto al convincimento che nel caso di esercizio di un potere discrezionale e/o di applicazione di un concetto giuridico indeterminato ricorra una valutazione così complessa e sofisticata che può essere solo prerogativa della persona”.

Quanto detto fin ora impone, anche in ragione dell'obiettivo che la presente ricerca si è imposto, di ritenere inapplicabili gli algoritmi informatici non deterministici e gli strumenti di intelligenza artificiale (di c.d. autoapprendimento) nei procedimenti che impongono un momento di valutazione finalizzato alla determinazione discrezionale<sup>54</sup>.

In buona sostanza, la legge regola la redazione del programma, mentre il programma governa lo svolgimento del procedimento.

Nonostante le perplessità rilevate in ordine ad una apertura all'utilizzo degli algoritmi informatici nei procedimenti discrezionali, supportate da un orientamento giurisprudenziale che si mostrava tendenzialmente solido, due recenti pronunce del Consiglio di Stato hanno messo in discussione la nettezza di questa impostazione, ritenendo che non vi siano "ragioni di principio, ovvero concrete, per limitare l'utilizzo all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale, entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse"<sup>55</sup>. Ad avviso di chi scrive, preme sottolineare come l'accoglimento di una interpretazione di tal fatta, dalla quale si ravvisa una compatibilità meramente teorica ed ideologica tra l'esercizio della discrezionalità amministrativa e l'utilizzo di algoritmi informatici, pone diversi problemi applicativi che, se non risolti fornendo una soluzione opposta rispetto a quella del recente orientamento del Consiglio di Stato, consentirebbero l'emersione di un groviglio nel rapporto tra funzione amministrativa ed algoritmi informatici.

Nel rimandare l'indagine circa le difficoltà di conciliare lo svolgimento di procedimenti automatizzati di natura discrezionale con il rispetto delle garanzie dei privati<sup>56</sup>, è utile anticipare che la posizione espressa nelle ultime pronunce del Consiglio di Stato desta non poche preoccupazioni anzitutto in relazione all'utilizzo degli algoritmi non deterministici (ed in particolar modo del *machine learning*) nei procedimenti amministrativi, del cui

---

<sup>54</sup> In dottrina, in questi termini, L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale*, cit., pp. 8 e 36; A. CONTALDO, L. MAROTTA, *L'informatizzazione dell'atto amministrativo*, pp. 571 e 580. Non si condividono, al contrario, le opinioni espresse da C. GIURDANELLA, E. GUARNACCIA, *Elementi di diritto amministrativo elettronico*, Matelica, 2005, p. 32, i quali affermano di non poter collegare l'ammissibilità dell'atto amministrativo elettronico - che è ben diverso dall'atto algoritmico - alla natura discrezionale ovvero vincolata del potere, ma ne subordina l'utilizzo alla circostanza per la quale "la ricostruzione dell'*iter* logico che porterà all'atto finale sia scientificamente possibile".

<sup>55</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, cit., punto 11; Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, cit., punto 8. Diverse sono state le interpretazioni dottrinali a sostegno della decisione del Consiglio di Stato: D-U. GALETTA, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, pp. 501 ss., ritiene che non sarebbe dirimente la distinzione tra attività vincolata e discrezionale nella misura in cui l'algoritmo costituirebbe esclusivamente un mezzo per il corretto svolgimento dell'istruttoria procedimentale; dello stesso avviso anche M. TIMO, *Algoritmi e potere amministrativo*, in *Dir. econ.*, 2020, p. 787.

<sup>56</sup> Per una indagine sul punto, si rimanda ai paragrafi seguenti.

utilizzo, come si è avuto modo di dire, si diffida in ragione della emersione più che probabile della necessità di operare plurime scelte, tutte valide per l'ordinamento, che renderebbe necessaria una valutazione del merito amministrativo. In altre parole, si costringerebbero le amministrazioni pubbliche ad effettuare quelle valutazioni di opportunità politica senza essere rese edotte del concreto svolgimento dell'istruttoria, il che vorrebbe ammettere implicitamente una “*marginalizzazione*, o per meglio dire banalizzazione della *Pa*”<sup>57</sup>.

È estremamente interessante provare poi a cogliere quali possano essere i “vantaggi offerti” dall'utilizzo degli algoritmi nei procedimenti discrezionali<sup>58</sup>, tenuto conto che la riflessione del Consiglio di Stato non sembra andare oltre agli obiettivi già citati di efficienza e speditezza dei procedimenti e dei provvedimenti amministrativi. Si tratta, tuttavia, di canoni giuridici che venivano utilizzati come pilastri per l'architettura di una ‘nuova amministrazione’ non solo dalle decisioni precedenti dello stesso giudice amministrativo e civile, ma anche dai ben più datati provvedimenti normativi a supporto del progresso tecnologico. L'apparato motivazionale delle decisioni ‘innovative’, dunque, non solo non convince, ma lascia estremamente perplessi perché sarebbe alquanto inverosimile ritenere che i cittadini possano giovare dei vantaggi derivanti dall'automazione procedimentale laddove, ad esempio, subiscano gli effetti di un provvedimento amministrativo senza avervi potuto partecipare in ragione del tramonto della procedimentalizzazione del rapporto con la pubblica amministrazione<sup>59</sup>.

In altri termini, non sembra ragionevole sostenere che la cedevolezza (o, per meglio dire, il quasi totale azzeramento) del potere discrezionale rispetto all'algoritmo nei procedimenti amministrativi - e, quindi, la primazia della tecnica sulle scelte politiche - sia in grado di offrire benefici e vantaggi tali da non potervene rinunciare, perché se è (ormai) vero come il principale obiettivo dell'amministrazione sia quello del conseguimento del ‘risultato’, è anche vero che il momento di ponderazione di interessi non può né essere relegato solo ad una mera fase di pianificazione e programmazione<sup>60</sup>, né tantomeno escluso nelle ‘fasi calde’

---

<sup>57</sup> In questi termini, M. CAMMELLI, *Amministrazione e mondo nuovo: medici, cure, riforme*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 13.

<sup>58</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, cit., punto 11; Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, cit., punto 8.

<sup>59</sup> A detta di F. DE LEONARDIS, *Big data, decisioni amministrative e “povertà” di risorse della pubblica amministrazione*, in *Munus*, 2020, pp. 376-377, sarebbero invece diversi i vantaggi della decisione automatizzata: sarebbe poco costosa dal punto economico, risponderebbe a logiche di semplificazione, garantirebbe l'imparzialità ed il buon andamento, consentirebbe un ampliamento della partecipazione e, infine, sarebbe connotata da caratteri di affidabilità e certezza. Si tratta, a ben vedere, di aspetti sui quali si tornerà nei paragrafi successivi, proprio per sconfessare la rispondenza della decisione algoritmica a tali principi.

<sup>60</sup> Con riferimento alla materia ambientale, M. RENNA, *Vincoli alla proprietà e diritto dell'ambiente*, in *Dir. econ.*, 2005, pp. 715 ss., afferma che l'utilizzo “dei piani, in luogo dell'utilizzo di provvedimenti puntuali,

del procedimento amministrativo. Anche perché, se così non fosse, la felice formula coniata da Iannotta, per cui “l’Amministrazione di risultato consiste ne *le cose ben fatte e le persone soddisfatte*” verrebbe ampiamente disattesa<sup>61</sup>.

3. *Amministrazione per algoritmi tra imparzialità e buon andamento. Il ricorso agli strumenti informatici come rappresentazione della ‘amministrazione difensiva’. La tecnica come mezzo di disincentivazione all’esercizio del potere e il difficile conseguimento di una ‘buona amministrazione tecnica’*

Un approccio che intenda prendere le distanze dalla recente tendenza giurisprudenziale volto ad ammettere il ricorso agli algoritmi nei procedimenti discrezionali, tuttavia, non implica l’esclusione per l’amministrazione, nell’ambito dei procedimenti automatizzati, dall’esercizio del proprio potere discrezionale, seppur rimaneggiato e, forse, volutamente ‘semplificato’. Com’è infatti stato ripetuto a più riprese dal Consiglio di Stato, lo spazio ponderativo verrebbe garantito ai pubblici poteri nella fase propria della costruzione dello strumento informatico<sup>62</sup>.

Non può perciò dubitarsi che si tratti, in questa prodromica fase, di discrezionalità amministrativa pura, nella misura in cui pare evidente come l’amministrazione effettui una scelta sulle modalità di funzionamento dell’algoritmo e, inoltre, sulla decisione stessa di fare ricorso all’elaborazione elettronica per la definizione del contenuto dell’atto<sup>63</sup>. Pertanto, con lo scopo di criticare gli approdi di coloro i quali ritengano di poter ricondurre a sistema l’attività amministrativa per algoritmi, sembra opportuno svolgere un duplice ordine di

---

comporti che nei procedimenti diretti alla costituzione dei vincoli i proprietari delle aree da vincolare si trovino sforniti, o per così dire, poco forniti di alcune fondamentali garanzie procedurali”. Sul punto, anche P. DELL’ANNO, *Contributo allo studio dei procedimenti autorizzatori*, Padova, 1989, p. 34, sostiene che “il recupero dei profili della generalità e dell’astrattezza, quali autolimitazione della discrezionalità a garanzia di scelte collettive giuste e imparziali, avviene in...forme (si allude...ai piani quali disegni ordinati di condotte future, ai regolamenti...agli atti amministrativi generali, con predeterminazione di criteri obiettivi e di requisiti tecnici quali standards e limiti di accettabilità ecc.) *le quali convergono tutte verso una riduzione (o quanto meno verso una più netta delimitazione) dell’area di discrezionalità amministrativa dell’amministrazione operativa*” (corsivo nostro).

<sup>61</sup> L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative*, in M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del convegno di Palermo 27-28 febbraio 2003*, Torino, 2004, p. 457.

<sup>62</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, punto 8.2; Tale indirizzo è accolto anche da R. FERRARA, *Il giudice amministrativo*, cit., p. 781.

<sup>63</sup> Secondo quanto affermato da R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 68, tratto caratterizzante della discrezionalità è la formulazione di giudizi di valore di tipo politico, dove per politico “non si intende un’attività libera nel fine [...] ma un potere di scelta che trae fondamento nella legge e comporta un *quid novi* rispetto alla situazione preesistente”. Nello stesso senso, F. LIGUORI, *Attività liberalizzate*, cit., p. 211.

considerazioni: in primo luogo, si analizzeranno le conseguenze che ‘subirebbe’ l’azione amministrativa (e, quindi, la collettività) prendendo le mosse dal mutamento dei paradigmi che accompagnano il principio di imparzialità; in secondo luogo, non ci si può esimere dal formulare ulteriori considerazioni sulla compatibilità dell’attuale disegno dell’amministrazione per algoritmi con il principio di buon andamento e, quindi, con il diritto ad buona amministrazione di impostazione eurounitaria, alla luce della recente tendenza ermeneutica che ritiene *bypassabile* l’apporto umano nella prospettiva di un procedimento amministrativo interamente automatizzato<sup>64</sup>.

Per ciò che attiene al primo interrogativo, la giurisprudenza amministrativa sembra ormai aver invertito il proprio orientamento in relazione all’utilizzo di algoritmi informatici nei procedimenti amministrativi. Mentre in un primo momento le decisioni giungevano alla conclusione di ritenere imprescindibile l’apporto umano in qualsiasi procedimento amministrativo<sup>65</sup>, anche in quelli che rinvenivano il fondamento delle basi decisorie nell’utilizzo di un algoritmo, la successiva posizione, nella quale si muove anche l’interpretazione fornita dalle pronunce ‘evolutive’ del Consiglio di Stato, configura l’assenza di un intervento umano (e l’affidamento della decisione ad un efficiente elaboratore elettronico) come una declinazione dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione<sup>66</sup>.

Il rispetto del principio di imparzialità da parte dei funzionari pubblici ha costituito uno dei pilastri principali nell’architettura dell’amministrazione per algoritmi<sup>67</sup>, nella misura in

---

<sup>64</sup> Sembra dunque ancora attuale la concezione di Benvenuti che riteneva che il procedimento fosse, in primo luogo, la manifestazione dell’esercizio della propria funzione e, in secondo luogo, il modo di esternazione dell’atto. Sul punto, F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa*, cit., p. 128.

<sup>65</sup> Esclude un impiego esclusivo degli algoritmi nelle decisioni amministrative T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-bis 10 settembre 2018, n. 9227, punto 5.1, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). In dottrina, vi è chi ritiene che più di sostituzione della macchina all’uomo, debba piuttosto parlarsi di simbiosi tra le due componenti, e ciò al fine di rendere maggiormente compatibile la progressione degli strumenti informatici con le categorie classiche del diritto amministrativo. In questo senso, L. VIOLA, *L’intelligenza artificiale*, cit., p. 41. Anche la letteratura statunitense, pur ritenendo che in una visione prospettica gli algoritmi costituiranno il futuro delle decisioni amministrative, non concorda con l’interpretazione di chi intende sostituire integralmente all’apporto umano quello informatico-ingegneristico; il ricorso agli algoritmi e all’utilizzo delle nuove tecnologie, dunque, dovrebbe assistere, piuttosto che soppiantare, il giudizio umano. In questo senso, C. COGLIANESE, D. LEHR, *Transparency and Algorithmic Governance*, in *Adm. Law Rev.*, 2019, pp. 1 ss.

<sup>66</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, punto 8.1; Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, punti 9.1 e 9.2; Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, punti 6 e 6.1, cit.; R. FERRARA, *Il giudice amministrativo*, cit., p. 778, descrive l’algoritmo come il “modello paradigmatico di un’amministrazione dematerializzata”. Secondo M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 2018, pp. 874-875, il ricorso alle decisioni automatizzate sarebbe da ritenere auspicabile laddove si rinvenga una equiparazione, sotto il profilo qualitativo e quello della effettività della tutela giurisdizionale, con la prestazione umana. Non si condivide l’opinione di G. PESCE, *Digital first*, Napoli, 2018, p. 97, il quale sostiene che “La decisione completamente automatizzata affascina anche perché suggerisce l’idea di una assoluta imparzialità, proprio perché ad essa è estraneo l’elemento umano”.

<sup>67</sup> G.M. ESPOSITO, *Al confine tra algoritmo e discrezionalità*, cit., p. 39.

cui, come è stato sottolineato a più riprese dalla giurisprudenza<sup>68</sup>, l'assenza di "negligenza o dolo" da parte dei funzionari pubblici risulta essere strettamente finalizzata a garantire la (apparente) certezza dei risultati e la (presunta) efficienza delle decisioni amministrative<sup>69</sup>.

È ragionevole prendere le distanze da tale orientamento per due specifici motivi: in primo luogo, l'accoglimento di una tale interpretazione accenderebbe la pericolosa spia di una vera e propria presunzione di comportamento negligente, ovvero doloso, da parte del pubblico funzionario nell'esercizio delle proprie attività; in secondo luogo, così facendo la giurisprudenza conferma la scelta di eliminare il rischio di condotte poco trasparenti attraverso un percorso diretto all'azzeramento della discrezionalità amministrativa sul presupposto, quantomai paradossale, di poter garantire risultati medesimi - rispetto a quelli generati da una attività di scelta - in termini di efficienza e di corretto svolgimento della attività amministrativa<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, punto 8.1; Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, punto 9.2; Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, punto 6.1, cit.

<sup>69</sup> R. FERRARA, *Il giudice amministrativo*, cit., p. 779.

<sup>70</sup> Si condivide, dunque, l'opinione di F. DE LEONARDIS, *Big data, decisioni amministrative e "povertà" di risorse*, cit., pp. 378 e 387, il quale ritiene che sia proprio la disfunzione dell'amministrazione difensiva a dare impulso allo sviluppo dell'amministrazione per algoritmi. In termini simili si è espressa anche la giurisprudenza che, con riferimento ad una controversia in materia di abilitazione scientifica nazionale, ha sostenuto che "la consumazione della discrezionalità può essere anche il frutto della insanabile frattura del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri". Cons. Stato, Sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), commentata da F. CAPORALE, *L'esaurimento della discrezionalità amministrativa e le valutazioni tecniche dell'amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, pp. 499 ss., nonché da S. VACCARI, *Il Consiglio di Stato e la 'riduzione progressiva della discrezionalità'. Verso un giudicato a 'spettanza stabilizzata'?*, e da F. ORSO, *Ancora sugli effetti del giudicato: un passo avanti e due indietro*, entrambe in *Dir. proc. amm.*, 2019, pp. 1171 ss. Quanto, invece, alla presunta efficienza ed efficacia che si intende perseguire mediante il ricorso alle decisioni automatizzate, si condivide l'idea di coloro i quali ritengono che la "fuga dalla discrezionalità" costituisca un vero e proprio costo per l'amministrazione, in quanto, contrariamente alle conclusioni cui giunge la giurisprudenza, si traduce in una minore efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa. In tal senso, S. BATTINI, F. DE CAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, pp. 293 ss., spec. pp. 306 e 312; G. NAPOLITANO, M. ABBRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, p. 231. Estremamente efficaci sono le parole di M. CAMMELLI, *Amministrazione e mondo nuovo*, cit., p. 14, ove, nel sottolineare il fenomeno della "banalizzazione in chiave difensiva", viene affermato che "invece di perseguire con decisione la strada maestra di maggiori responsabilità e più controlli, si pratica *sub specie simplificationis* quella opposta della riduzione del potere decisionale". Di recente, sul tema, G. BOTTINO, *La burocrazia «difensiva» e la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, in *An. giur. econ.*, 2020, pp. 117 ss. In questi termini, con precipuo riferimento all'amministrazione per algoritmi, si veda S. TRANQUILLI, *Rapporto pubblico-privato nell'adozione e nel controllo della decisione amministrativa "robotica"*, in *Dir. soc.*, 2020, p. 293, la quale afferma che "se la realizzazione e la gestione dell'algoritmo richiedessero risorse eccessive, il risultato, del tutto teorico, della maggiore efficienza rispetto ai metodi tradizionali di decisione potrebbe infatti sfumare"; si condivide l'idea di V. MOLASCHI, *Algoritmi*, cit., p. 213, che ritiene che l'azzeramento della discrezionalità amministrativa per il tramite del ricorso a strumenti di automazione "sia in parte dovuto anche all' 'effetto di ancoraggio [...] amplificato dal timore dei pubblici dipendenti, in particolare quelli in posizione apicale, di incorrere in qualche forma di responsabilità". Al contrario, vi è chi, di recente, ha sostenuto come l'adozione automatizzata dell'atto presenti innegabili vantaggi in termini di efficienza, economicità ed efficacia dell'azione: così, B. RAGANELLI, *Decisioni pubbliche e algoritmi*, cit., p. 250.

In altre parole, il percorso argomentativo del Consiglio di Stato sembra costituire l'esito di una alterazione dell'ordinario rapporto tra le situazioni fisiologiche di amministrazione attiva e quelle, non certo mancanti, in cui risaltano i profili patologici per i quali, tuttavia, l'ordinamento predispone numerosi e adeguati strumenti di tutela (di natura erariale, disciplinare, amministrativa, penale).

Risolta la prima questione, la seconda censura che può essere mossa involge, inevitabilmente, il mutamento del paradigma dell'imparzialità che, in linea con il recente indirizzo legislativo incentrato sulla prevenzione del cattivo esercizio della discrezionalità amministrativa, viene ritenuto lo strumento ideale attraverso il quale cercare di limitare la proliferazione di fenomeni corruttivi nel settore pubblico. In tal senso, nel condividere l'idea di chi ha ritenuto che, nell'evoluzione del principio di imparzialità, la prevenzione della *maladministration* assuma sempre più carattere preminente rispetto alla creazione di strumenti tesi ad incentivare in concreto l'attuazione del paradigma del diritto ad una buona amministrazione<sup>71</sup>, non può certamente accogliersi con favore l'idea che la sostituzione del funzionario umano con una macchina costituisca una corretta applicazione dell'imparzialità amministrativa<sup>72</sup>. È la conferma, come si vedrà a breve, di quella linea di pensiero per la quale l'imparzialità, oltre a dispiegare la propria forza operativa sul versante interno, in quanto regola organizzativa attraverso la quale si predispongono le migliori condizioni per l'esercizio del potere amministrativo, espliciti la propria rilevanza anche sul versante esterno, come 'limite esterno' al principio del buon andamento<sup>73</sup>.

Con specifico riferimento all'applicazione degli algoritmi deterministici, soprattutto laddove si accolga quell'interpretazione della giurisprudenza che intende estendere il raggio di applicazione di tali strumenti informatici anche ai procedimenti di natura discrezionale, l'amministrazione rischierebbe di subire una trasformazione da apparato "esperto che svolge la propria attività per la cura dell'interesse pubblico"<sup>74</sup> a parte che subordina lo svolgimento

---

<sup>71</sup> A. MARRA, *L'amministrazione imparziale*, Milano, 2019, p. 183.

<sup>72</sup> M. DEL SIGNORE, M. RAMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, p. 71, ritengono, invece, come la flessibilità e la differenziazione costituiscono elementi essenziali per una effettiva strategia di contrasto alla corruzione.

<sup>73</sup> M. RAMAJOLI, *Inconferibilità e incompatibilità di incarichi nelle pubbliche amministrazioni*, in *Nuove Autonomie*, 2014, p. 579 "la massima oggettivizzazione sia dell'organizzazione sia dell'attività si ottiene liberando l'amministrazione pubblica da influenze che possano riverberare sul suo esercizio gli interessi personali del funzionario o comunque interessi prettamente privati". M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, in *www.ius-publicum.com*, 2011, pp. 18-19, qualifica il rapporto tra i due principi come di "corrispondenza biunivoca". Parla di imparzialità come norma strumentale al buon andamento U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. Disc. pubbl.*, VIII, 1993, p. 135.

<sup>74</sup> M. CLARICH, *Manuale*, cit., p. 124.

della funzione amministrativa alla ricerca della legittimazione dei cittadini<sup>75</sup>. Il paradosso che oggi vive l'intero sistema dell'amministrazione pubblica - e l'amministrazione per algoritmi ne costituisce l'emblema - è che la credibilità dell'apparato amministrativo ed il corretto utilizzo del potere discrezionale da parte dei funzionari assumono ormai un rapporto reciprocamente escludente.

La tendenza, come si è detto, è quella di ridurre al massimo gli spazi di valutazione dell'amministrazione, lasciando spazio ad un nuovo modo di amministrare che, nelle opinabili logiche della efficienza dell'azione, conduce a decisioni prese in assenza di pregiudizi umani.

Il richiamo ai limiti strutturali della relazione tra l'attività amministrativa svolta attraverso algoritmi informatici ed il principio di imparzialità impone di guardare criticamente anche alla giustapposizione che le recenti ricostruzioni giurisprudenziali e dottrinali svolgono tra i percorsi di digitalizzazione ed il principio del buon andamento, che, come è noto, gode di uno spazio perimetrale molto più ampio rispetto al primo<sup>76</sup>.

L'economia del lavoro non consente di ripercorrere analiticamente i percorsi evolutivi del principio del buon andamento, ma è certamente utile sottolineare che l'approdo della dottrina che ha fatto rientrare in un'ottica aziendalistica ed efficientistica il principio in analisi è stato frutto del lavoro di uno dei principali studiosi del diritto amministrativo il quale, nel segnalare "l'arretratezza delle tecniche di amministrazione"<sup>77</sup> - cui conseguiva l'inadeguatezza nell'erogazione pronta e soddisfacente dei servizi da parte delle amministrazioni - catalogava (o, per meglio dire, relegava) la posizione del cittadino a "customer i cui bisogni occorreva soddisfare"<sup>78</sup>. Si venne così a creare quel binomio in virtù del quale il principio del buon andamento corrispondeva ad un canone di "efficienza pubblica"<sup>79</sup> e, ricorrendo all'utilizzo di canoni di *efficienza in termini di produttività*, si è

---

<sup>75</sup> A. MARRA, *L'amministrazione imparziale*, cit., p. 185.

<sup>76</sup> A. MORRONE, *Verso un'amministrazione democratica. Sui principi di imparzialità, buon andamento e pareggio di bilancio*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 397, il quale critica altresì l'utilizzo del canone del buon andamento da parte della giurisprudenza costituzionale, che ne ha consegnato un "ritratto meramente impressionistico", al punto che "chiunque può trovare nella giurisprudenza precedenti per comprovare o per confutare le tesi più diverse". Secondo l'Autore, cioè, "gli usi giurisprudenziali del principio di buon andamento ci restituiscono un *principio senza fattispecie*, la cui sagoma si estende a qualsiasi profilo organizzativo e funzionale dell'amministrazione".

<sup>77</sup> M.S. GIANNINI, *Rapporto*, cit., p. 5. Alle "tecniche di amministrazione" e alla "arretratezza" di quelle utilizzate fino a quel momento, Giannini dedica il par. 2.1.

<sup>78</sup> A. MARRA, *L'amministrazione imparziale*, cit., p. 168.

<sup>79</sup> M.R. SPASIANO, *L'organizzazione comunale. Paradigmi di efficienza pubblica e buona amministrazione*, Napoli, 1995, pp. 224 ss. Per la concezione in virtù della quale il buon andamento corrispondeva ad un criterio di "efficienza sociale dell'azione come massima congruità realizzabile", P. CALANDRA, *Il buon andamento dell'amministrazione pubblica*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, vol. I, Milano, 1987, p. 161.

assistito al trionfo di un concetto ben noto nella dottrina amministrativistica, quello cioè di “risultato amministrativo”, che “diviene pertanto internalizzato, per così dire, nella stessa causa tipica dell’attribuzione, e dell’esercizio, dei pubblici poteri”<sup>80</sup>.

A questa tendenza a concretizzare l’esercizio della funzione nella prospettiva finalistica del risultato sono state, ad avviso di chi scrive correttamente, sollevate non poche critiche rispetto all’avanzamento di tale tendenza, nella misura in cui la concezione aziendalistica dell’efficienza guarderebbe esclusivamente alla quota di produttività della struttura organizzativa rispetto ai mezzi utilizzati, senza tuttavia (e ciò non pare un profilo di poco conto) considerare i profili di dialogo che le amministrazioni sono tenute a garantire ai cittadini. La realizzazione di un tale disegno, in altri termini, avrebbe comportato un evidente scostamento rispetto alle attribuzioni per cui nascono l’amministrazione ed il relativo potere, e cioè curare in concreto (o, come affermava Giannini, massimizzare) il pubblico interesse per il tramite di un provvedimento che rientri nei crismi della adeguatezza<sup>81</sup>.

Prima di giungere al tema che ci interessa, sembra utile richiamare e collegare, con l’obiettivo di operarvi alcuni accorgimenti, i pensieri di due autorevolissimi studiosi come Vincenzo Spagnuolo Vigorita, che già verso la fine degli anni ’50 introduceva nel dibattito pubblico un modello di amministrazione teleologicamente orientata, in quanto “la moltiplicazione dei fini è moltiplicazione dell’attività dello Stato; e volto al perseguimento del progresso sociale lo Stato amplia a dismisura l’ambito della propria azione, in necessario rapporto alle innumeri vie che si danno per il raggiungimento di un simile scopo”<sup>82</sup>, e Marco Cammelli, il quale riteneva che il risultato dell’amministrazione, dunque, dovesse consistere nell’assicurare “all’agire amministrativo il massimo di flessibilità e di adattamento alle

---

<sup>80</sup> G. BOTTINO, *Amministrazione e funzione organizzatrice*, Milano, 2008, p. 101. Le principali caratteristiche di questo modello di amministrazione sono riassunte nel “managerialismo, connotazione in senso aziendalistico dell’organizzazione, la qualificazione del cittadino come utente del servizio”, A. MARRA, *L’amministrazione imparziale*, cit., p. 169. C. PINELLI, *Il buon andamento dei pubblici uffici e la sua supposta tensione con l’imparzialità. Un’indagine sulla recente giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, pp. 720-721, ritiene che il principio del buon andamento vada dunque inteso alla stregua di un criterio di valutazione che opera come valore finale dell’attività amministrativa.

<sup>81</sup> F. LEDDA, *L’attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni ’80. Atti del XXX° Convegno di Studi di Scienza dell’Amministrazione. Varenna - Villa Monastero 1984*, Milano, 1987, pp. 98-99, secondo il quale il buon andamento può essere inteso in vario modo ma non può essere identificato con “alcuna delle specifiche esigenze che al principio costituzionale vengono più comunemente ricondotte, e in particolare con quella di efficienza”. L’efficienza, come nozione in sé, è vincolata alla massimizzazione dell’interesse e mal si concilia con il *munus* dell’amministrazione, che non può massimizzare “l’interesse di cui è tributaria”, poiché è deputata al bilanciamento di tutti gli interessi compresenti; si v. F. BENVENUTI, *Introduzione ai lavori del convegno sul L’azione amministrativa fra garanzia ed efficienza*, in *Quaderni Formez*, 1981, p. 7. Il tema verrà analizzato *fundite* nel corso del lavoro.

<sup>82</sup> V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L’iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, p. 10.

condizioni del contesto in modo da coglierne le esigenze e garantirne la migliore soddisfazione”<sup>83</sup>.

L’adeguamento che si intende apportare è del tipo esclusivamente garantistico, che tende a valorizzare il principio del buon andamento nella prospettiva funzionale non orientata esclusivamente al risultato quanto, piuttosto, al rispetto del principio costituzionalizzato del giusto procedimento, considerato come uno degli strumenti per superare il problema amministrativo<sup>84</sup>. Invero, è proprio la metamorfosi del principio del buon andamento da principio strumentale allo svolgimento celere dell’azione amministrativa - che si poneva in un rapporto *ad excludendum* con le logiche del dialogo con il cittadino - al concetto di buona amministrazione caratterizzato da un *iter* procedimentale che garantisca al privato il confronto e la partecipazione procedimentale, che ha comportato un riequilibrio del sistema ed il recupero di approcci orientati all’*accountability* delle pubbliche amministrazioni<sup>85</sup>. Il principio del buon andamento, in estrema sintesi, non viene più inteso quale criterio ispiratore di modalità di conduzione sollecita dell’azione amministrativa rivolta esclusivamente al conseguimento del risultato - per dirla con una espressione di Cammeo, svolta in assenza di “ostacoli che la rallentassero”<sup>86</sup> -, bensì come principio sotteso all’adozione di decisioni motivate e rese all’esito di un confronto collaborativo con il privato<sup>87</sup>. A conferma di questa inversione di tendenza, in virtù dei caratteri della democraticità e dell’imparzialità, vi era chi affermava che l’interesse pubblico non appartenesse esclusivamente all’amministrazione, bensì alla società e, dunque, poteva essere

---

<sup>83</sup> M. CAMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, p. 571.

<sup>84</sup> In questi termini, F. LIGUORI, *Il problema amministrativo in trent’anni di fermento normativo: dalla legge sul procedimento del 1990 al decreto semplificazioni del 2020. Una introduzione*, in F. Liguori (a cura di), *Il problema amministrativo*, Napoli, 2021, pp. 13-16, cui si rimanda anche per la rassegna giurisprudenziale delle pronunce della Corte costituzionale che hanno comportato il passaggio del giusto procedimento da principio dell’ordinamento (ove si veda la celebre sentenza della Corte cost., 2 marzo 1962, n. 13, in *Giur. cost.*, con commento di V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, 1962, pp. 126 ss.) a principio costituzionalizzato. Sul valore costituzionale che assume il principio del giusto procedimento, si vedano anche G. ROEHRSEN, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in *Dir. amm.*, 1987, pp. 47 ss.; M.C. CAVALLARO, *Il giusto procedimento come principio costituzionale*, in *Foro amm.*, 2001, pp. 1829 ss.; F. CASTIELLO, *Il principio del giusto procedimento. Dalla sentenza n. 13 del 1962 alla sentenza n. 104 del 2007 della Corte costituzionale*, in *Foro amm. (C.d.S.)*, 2008, pp. 269 ss.

<sup>85</sup> In modo particolare, si veda il *Rapporto sui principali problemi sull’amministrazione dello Stato*, cit. L’A. rilevava, tra l’altro, “la necessità di garantire la libertà dei cittadini di essere informati circa i fatti dei pubblici poteri, [...] essendo necessario altresì procedere alla modernizzazione delle leggi regolative dell’azione amministrativa”.

<sup>86</sup> Così, F. CAMMEO, *Nota* a Cons. St., Sez. IV, 30 maggio 1919, in *Giur. it.*, III, 1919, pp. 231-232.

<sup>87</sup> Come afferma puntualmente M.R. SPASIANO, *Il principio del buon andamento*, cit., p. 33, la nuova portata del buon andamento va sempre più allontanandosi dal perseguimento di una risposta celere dell’amministrazione. Quel che rileva, al fine di qualificare l’attività quale conforme al principio di “buona amministrazione”, è l’impossibilità da parte dell’amministrazione di sopprimere i diritti e garanzie in capo ai privati.

individuato soltanto all'esito di una corretta valutazione di entrambi gli interessi, quello dell'amministrazione e quello dei cittadini<sup>88</sup>.

Il poderoso sforzo della dottrina nel ricostituire il rapporto tra amministrazione e cittadini in termini orizzontali sembra però essere messo in discussione dall'impatto della nuova stagione dell'azione amministrativa automatizzata inaugurata dal recente orientamento giurisprudenziale, che ha ricondotto l'utilizzo degli algoritmi nei procedimenti amministrativi alla stregua del concetto di efficienza. Criterio, come detto, che è stato storicamente associato alla valorizzazione della c.d. amministrazione di risultati.

In particolare, la perdita dell'apporto umano nel corso del procedimento amministrativo, sebbene sia ritenuta dalla giurisprudenza amministrativa quale operazione conforme ai principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost., rischia però di produrre numerose conseguenze negative in ordine alla compressione delle garanzie procedurali nei confronti dei soggetti privati<sup>89</sup>. Nonostante, infatti, il tentativo di salvataggio compiuto dalla giurisprudenza in ordine alla creazione di un 'giusto procedimento algoritmico' - nella più ampia prospettiva di creare un 'principio di legalità algoritmico' - l'operazione di ancoraggio sembra non essere riuscita per diversi motivi e consustanziali rispetto a quello della 'spersonificazione' del responsabile del procedimento. A dirla tutta, è proprio l'apertura all'utilizzo di tali strumenti informatici nei procedimenti discrezionali a creare un cortocircuito tra il buon andamento inteso come garanzia ed il buon andamento inteso come

---

<sup>88</sup> L'impostazione del principio di imparzialità non considerato quale limite dell'esercizio del potere pubblico, ma piuttosto quale regola procedimentale, si deve ad U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965. Una recente ricostruzione sulle diverse concezioni del principio di imparzialità, generata secondo l'Autore dal carattere tanto perentorio quanto generico dell'art. 97 Cost., viene svolta di recente da M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012, pp. 46 ss.

<sup>89</sup> Come sosteneva già in passato G. BERTI, *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Padova, 1979, p. 94, dalla cui riflessione è emerso che la diffusione dello sviluppo tecnologico avrebbe potuto determinare un "indebolimento delle garanzie, e in special modo di quelle connesse all'osservanza di forme e procedure esclusive". D'altronde, non è in dubbio che "la Costituzione prevede e impone un'amministrazione partecipata, aperta alle istanze della società, capace di colloquiare e ascoltare, di raccogliere informazioni, di formare le proprie decisioni in esito a procedimenti ispirati ai principi di partecipazione e di contraddittorio, di procedere e decidere consensualmente e non solo autoritativamente" (L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, p. 766). La stessa autrice, già in passato, riteneva nell'ambito di una analisi sulle disposizioni costituzionali dedicate alla pubblica amministrazione, come "la partecipazione dei destinatari dell'azione amministrativa, la ricerca preventiva del consenso, il coordinamento fra amministrazioni diverse, sono divenuti fenomeni di così ampia diffusione e portata da non poter più essere classificati come eccezioni e da essere assunti, invece, come tratti caratteristici del sistema attuale": L. TORCHIA, *Le norme costituzionali sull'attività*, in *Aa.Vv., La Pubblica amministrazione nella Costituzione. Riflessi e indicazioni di riforma. Atti del XXXIV convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna 16-18 settembre 1993*, Milano, 1995, pp. 65-66.

efficienza, rappresentando sullo sfondo i problemi di quella che acutamente (poiché ne ha colto la complessità) ha definito come “buona amministrazione tecnica”<sup>90</sup>.

Il richiamo alla partecipazione ai procedimenti amministrativi automatizzati è, infatti, emblematico di tale frizione. Nel mentre infatti l'utilizzo dell'algoritmo avrebbe lo scopo di accelerare i procedimenti e ridurre al minimo “le emozioni dei processi mentali”<sup>91</sup>, al tempo stesso è difficile sostenere come da un lato il cittadino sia titolare di quegli strumenti tecnici che consentano un apporto collaborativo serio, e dall'altro come la stessa amministrazione metta a disposizione una serie di strumenti che consentirebbe anche di standardizzare i contenuti del dialogo. L'evidenza di una tale criticità procedimentale impone, allo scopo di attuare in concreto il principio di buon andamento, una seria riconsiderazione dell'amministrazione che involge in particolar modo gli aspetti organizzativi e quelli strutturali, poiché non basta una amministrazione composta da quelli che nella *vulgata* sono definiti come ‘competenti’, ma è necessario che questi ultimi si calino nelle logiche del perseguimento del pubblico interesse e della tutela di diritti e libertà dei cittadini, soprattutto alla luce dell'articolo 41 della Carta di Nizza<sup>92</sup>. La disposizione adottata dal legislatore sovranazionale, nel tratteggiare un nuovo modello di amministrazione, per così dire condivisa, si connota infatti per non aver menzionato il concetto di efficienza in riferimento alla pubblica amministrazione: si tratta, come è stato detto dai primi commentatori, di “una assenza che colpisce in ogni caso specie se confrontata con l'ampio e quasi ossessivo ricorso al concetto di efficienza da parte del nostro legislatore nell'ultimo decennio”<sup>93</sup>.

La trasformazione dall'amministrazione dell'efficienza all'amministrazione di garanzia<sup>94</sup> sembrerebbe ormai completata, ed impone dunque al giudice amministrativo (ma anche al legislatore che in un futuro non troppo lontano dovrà affrontare questo aspetto) una elevata accortezza nel ritenere predominante il risultato amministrativo in luogo delle regole del

---

<sup>90</sup> C. VIDETTA, *Tecnica e buona amministrazione*, in A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, II, Napoli, 2010, p. 279.

<sup>91</sup> In questi termini, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2019, p. 7.

<sup>92</sup> S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, cit., p. 109, sostiene che il contraddittorio procedimentale costituisce uno dei “*core principles*” dell'art. 41 della Carta di Nizza. In tema, inoltre, si veda anche il lavoro di M. TRIMARCHI, *L'art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali e la disciplina dell'attività amministrativa in Italia*, in *Dir. amm.*, 2011, pp. 537 ss., che qualifica il “diritto” menzionato dalla Carta di Nizza alla stregua di un diritto soggettivo perfetto.

<sup>93</sup> A. ZITO, *Il “diritto ad una buona amministrazione” nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, pp. 425 ss.

<sup>94</sup> Il termine è ripreso da R. FERRARA, *Introduzione*, cit., p. 131.

giusto procedimento, soprattutto nel terreno estremamente scivoloso dell'amministrazione per algoritmi<sup>95</sup>.

È solo questo l'unico approccio che l'ordinamento può adottare per difendersi dalle derive tecnocratiche che inevitabilmente aggrediscono la tenuta di principi costituzionali come l'imparzialità, il buon andamento ed il giusto procedimento. Se così non dovesse essere, sarebbero solo le visioni estremamente ottimiste a ritenere che l'utilizzo delle tecniche di automazione nei procedimenti amministrativi apporterebbero esclusivamente benefici, mentre sarebbero meno, e chi scrive rientra in quest'ultima categoria, coloro i quali vedrebbero il ricorso agli algoritmi come uno strumento di disincentivazione all'esercizio del potere amministrativo.

*4. L'impatto degli algoritmi nei procedimenti amministrativi alla prova dei principi di ragionevolezza e proporzionalità. L'impossibilità di ritenere ragionevole una istruttoria interamente automatizzata. La difficoltà tecnica di graduazione del potere discrezionale rispetto alla decisione meno invasiva per i cittadini. Cenni.*

L'indagine condotta fino a questo momento sul contrasto tra l'esercizio del potere discrezionale e l'amministrazione per algoritmi consente di affondare ulteriori e contestuali considerazioni in ordine alla effettività della corrispondenza di strumenti informatici di intelligenza artificiale con i principi di ragionevolezza e proporzionalità dell'azione amministrativa, i quali costituiscono certamente un osservatorio privilegiato attraverso il quale si possa valutare in concreto la 'qualità' e la 'quantità' del potere esercitato nell'ambito di un procedimento amministrativo.

Senza voler indugiare su un tema che meriterebbe ben altro approfondimento e che rischierebbe di spostare l'asse del discorso dal fulcro dell'indagine, sembra comunque necessario recuperare e condividere l'approdo di quella dottrina che definiva la ragionevolezza come "il dovere dell'organo responsabile dell'istruttoria di non trarre dalle prove acquisite che le deduzioni plausibili e di compiere, ove possibile, gli accertamenti

---

<sup>95</sup> Si ripropone una efficace conclusione di D-U. GALETTA, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione (il procedimento amministrativo, fra diritto UE e tecnologie ICT)*, in R. Cavallo Perin, D-U. Galetta (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, cit., pp. 114-115, sulla necessità delle regole del giusto procedimento nell'ambito dei procedimenti amministrativi automatizzati. L'A. afferma infatti che "Perché si tratti realmente di un balzo in avanti anche nella prospettiva degli artt. 97 Cost. e 41 CDFUE occorre tuttavia, anche, che vi sia consapevolezza di quelle regole che devono essere necessariamente rispettate affinché il sistema di garanzie su cui si fonda lo "Stato di diritto" (e, nel nostro caso, "di diritto amministrativo") resti intatto. E in questa prospettiva occorre avere in mente, che le garanzie procedurali sono in sé e per sé molto rilevanti".

integrativi che appaiono utili quando le prove raccolte risultino per qualche ragione incerte alla stregua della comune esperienza”<sup>96</sup>. In altri termini, il connotato che caratterizza il principio di ragionevolezza si evince nell’essere guida, e al tempo stesso limite, dell’esercizio del potere discrezionale nella fase istruttoria<sup>97</sup>, che prepara il terreno ad una scelta adeguatamente proporzionata<sup>98</sup>. E’ stato perciò sostenuto a più riprese, sia dalla dottrina<sup>99</sup> che dalla giurisprudenza<sup>100</sup>, che la ragionevolezza rinviene un fondamento

---

<sup>96</sup> Si tratta dell’autorevole pensiero di F. LEVI, *L’attività conoscitiva*, cit., p. 518.

<sup>97</sup> È quello che emerge anche da un importante studio di A. SANDULLI, *La proporzionalità dell’azione amministrativa*, Padova, 1998, p. 290, secondo il quale l’indagine sulla ragionevolezza sia stata filtrata “attraverso l’analisi dell’eccesso di potere e dei limiti all’esercizio della potestà discrezionale della pubblica amministrazione”. Inoltre, in tal senso, possono essere richiamate le opinioni di C. MORTATI, *La volontà e la causa nell’atto amministrativo e nella legge*, in *Raccolta di scritti*, vol. II, Milano, p. 533, nonché di P.M. VIPIANA, *Introduzione al principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993, p. 34, che attribuisce alla ragionevolezza il significato di “perno del dover essere della discrezionalità amministrativa: al contempo contenuto e limite della stessa”. D-U. GALETTA, *Discrezionalità amministrativa e principio di proporzionalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, p. 155, per la quale l’applicazione sistematica dei criteri di proporzionalità costituirebbero canoni di “limitazione della scelta amministrativa e di indirizzo, cosicché verrebbero a loro volta ad arricchirsi quei c.d. limiti alla discrezionalità amministrativa”. Ritiene che la ragionevolezza si estrinsechi in “un’analisi in concreto delle scelte effettuate in sede di esercizio del potere”, V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo. Parte III. Attività e tutela*, Torino, 1991, pp. 19 ss.; inoltre, in questi termini, cfr. L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali. Atti del LVI Convegno di studi di scienza dell’amministrazione, Varenna, Villa Monastero, 23-25 settembre 2010*, Milano, 2011, pp. 337 ss.

<sup>98</sup> Sul punto paiono particolarmente efficaci le parole di A. ROMANO, *Commento all’art. 26 T. U. Consiglio di Stato*, in A. Romano (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 1992, pp. 220 ss., per cui la ragionevolezza “consente di verificare la completezza dell’istruttoria, l’adeguatezza tra essa e la decisione finale, la coerenza interna, la non arbitrarietà nella selezione degli interessi, la conformità alla natura delle cose e, dunque, la logicità e la coerenza del processo decisionale”. In tal senso anche F. ASTONE, *Il principio di ragionevolezza*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, pp. 376-377, il quale sostiene come la ragionevolezza “non consiste soltanto nella consequenzialità logica, nel senso di derivazione logica del contenuto decisionale dalle premesse costituite da una certa situazione di fatto e da un determinato assetto degli interessi, quali appurati dall’amministrazione”, ma “comprende, nella sua area di operatività, anche ulteriori aspetti, che attengono all’esito del processo decisionale”.

<sup>99</sup> Si segnala la dottrina che ha effettuato una correlazione e funzione organizzatrice della pubblica amministrazione: G. CORSO, *Le norme costituzionali sull’organizzazione*, in *La pubblica amministrazione nella Costituzione: riflessioni e indicazioni di riforma: atti del XXXIX Convegno di studi di scienza dell’amministrazione Varenna, Villa Monastero, 16-18 settembre 1993*, Milano, 1995, p. 44, sostiene che il principio costituzionale di buon andamento “implica anche adeguatezza delle scelte organizzative alla diversità e peculiarità delle situazioni: la scelta di mezzi di volta in volta proporzionati ai fini perseguiti e ai risultati attesi”; F. CORTESE, *Costituzione e nuovi principi del diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, pp. 329 ss., secondo il quale “il buon andamento - specie nella sua dimensione procedimentale - si è fatto anche parametro del suddetto, e sopravvenuto, principio di integrità, ma, prima ancora, del corretto e ragionevole esercizio della necessaria funzione organizzatrice delle pubbliche amministrazioni”; con riferimento all’attività, invece, su tutti, M.R. SPASIANO, *Il principio del buon andamento*, cit., p. 5, sostiene come “la portata del buon andamento richiama ontologicamente i principi di logicità, non arbitrarietà, ragionevolezza e adeguatezza, quali parametri sostanziali alla stregua dei quali valutare la rispondenza effettiva dei modelli legislativamente sanciti ai canoni imposti proprio dal principio di buon andamento”. F. ASTONE, *Il principio*, cit., p. 388, secondo il quale “la ragion d’essere del principio di ragionevolezza consiste nella necessità di assicurare attuazione al precetto di buon andamento, di conferire giuridicità al principio di buona amministrazione, trasformandoli in regolamento del caso concreto e sottraendoli, di conseguenza, all’area del merito e dell’insindacabilità in sede giurisdizionale amministrativa”.

<sup>100</sup> Cons. Stato, sez. V, 20 febbraio 2017, n. 746, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) - richiamata da un recente studio di M.R. SPASIANO, *Il conflitto giurisdizionale fra interessi pubblici nel prisma del sindacato*

costituzionale negli articoli 3 e 97, e nello specifico “nei valori dell’imparzialità (quale divieto di operare disparità di trattamento e quale obbligo di ponderare tutti gli interessi coinvolti nella fattispecie) e del buon andamento, che viene in rilievo nella componente della ragionevolezza chiamata idoneità laddove si verte sulla scelta dei mezzi idonei al raggiungimento dello scopo”<sup>101</sup>.

Una tale delimitazione - assolutamente non esaustiva - del principio di ragionevolezza impone dunque di circoscriverla “all’*iter* procedimentale e dunque soprattutto all’istruttoria del procedimento”<sup>102</sup>; di talché il provvedimento finale sarà ragionevole purché condotto ricorrendo a *regole* e a *regolarità* secondo logica, nell’ambito di un processo di formazione della conoscenza della realtà fattuale caratterizzato da informazione e valutazione razionale.

Nell’ambito della legge generale sul procedimento amministrativo, un tale inquadramento può dunque considerare il rispetto del principio del giusto procedimento e gli istituti di partecipazione al procedimento amministrativo<sup>103</sup>, nella misura in cui è solo attraverso una indagine istruttoria adeguata e completa che possono essere rappresentati tutti gli interessi, pubblici e privati, coinvolti nel caso concreto ai fini di una loro successiva valutazione comparativa (proporzionalità in senso stretto)<sup>104</sup>. Ma certamente costituiscono applicazione concreta del principio costituzionalizzato di ragionevolezza anche l’obbligo di

---

*dell’eccesso di potere*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, pp. 207 ss. - che fa rientrare la ragionevolezza in “un criterio al cui interno convergono altri principi generali dell’azione amministrativa (imparzialità, uguaglianza, buon andamento): l’amministrazione, in forza di tale principio, deve rispettare una direttiva di razionalità operativa al fine di evitare decisioni arbitrarie od irrazionali”. Sul punto, si vedano inoltre Cons. Stato, sez. V, 21 gennaio 2015, n. 284; Cons. Stato, sez. VI, 14 novembre 2014, n. 5609; Cons. Stato, sez. VI 18 agosto 2009, n. 4958; Cons. Stato, sez. VI, 2 ottobre 2007, n. 5074, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>101</sup> P.M. VIPIANA, *Introduzione al principio di ragionevolezza*, cit., p. 135.

<sup>102</sup> R. FERRARA, *Introduzione*, cit., p. 192.

<sup>103</sup> È, infatti, estremamente consolidata la giurisprudenza amministrativa nel ritenere che tutte le regole sulla partecipazione stabilite dalla stessa legge non possano essere applicate in modo acritico o formalistico, ma vadano lette alla luce dei criteri generali che governano tale azione ed individuano i contenuti essenziali del rapporto tra esercizio del pubblico potere e tutela della posizione del privato, tra cui quelli di ragionevolezza, proporzionalità, logicità ed adeguatezza. Le sentenze che seguono, invero, riguardano solo la simmetria tra principio di ragionevolezza ed art. 7, l. n. 241 del 1990: Cons. Stato, sez. V, 22 maggio 2001, n. 2823, in *Foro amm.*, 2001, p. 1204; T.A.R. Liguria, Genova, sez. I, 29 ottobre 2002, n. 1065, in *Foro amm. (T.A.R.)*, 2002, p. 3151; T.A.R. Abruzzo, L’Aquila, 27 giugno 2003, n. 467, in *Foro amm. (T.A.R.)*, 2003, p. 2004; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 12 dicembre 2003, n. 2575, in *Foro amm. (T.A.R.)*, 2003, p. 3603; T.A.R. Liguria, Genova, sez. I, 9 febbraio 2004, n. 140, in *Foro amm. (T.A.R.)*, 2004, p. 390; T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. II, 27 maggio 2005, n. 1272, in *Foro amm. (T.A.R.)*, 2005, p. 1747; T.A.R. Umbria, Perugia, sez. I, 1 giugno 2011, n. 163, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 3 dicembre 2018, n. 1755, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>104</sup> S. COGNETTI, *La tutela delle situazioni soggettive tra procedimento e processo*, Napoli, 1987, p. 59, sostiene che l’istruttoria che precede la decisione “relativa al reperimento del bene comune, non è affare che riguardi solamente l’amministrazione, ma ogni soggetto che concorre a chiarire la fattispecie”. In termini più netti, è stato condivisibilmente sostenuto che “l’istruttoria è il cuore del procedimento amministrativo”: così, M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent’anni dall’approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 463.

motivazione dei provvedimenti amministrativi, poiché è solo attraverso la ricostruzione dell'*iter* logico sotteso alla decisione conclusiva del procedimento che l'interessato (e, segnatamente, anche il giudice amministrativo) è in grado di comprendere se la decisione risponda ai parametri della scelta ragionevole<sup>105</sup>, nonché, per la medesima logica ancorché anticipata alla fase per-decisoria, la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza<sup>106</sup>.

Questa sintetica ricostruzione consente di ritenere che il ricorso ad algoritmi informatici di autoapprendimento, che si caratterizzano in negativo per la completa assenza dell'esercizio del potere discrezionale anche a monte, possa condurre all'esito di numerosi provvedimenti amministrativi illegittimi per difetto di ragionevolezza<sup>107</sup>. Invero, laddove l'amministrazione utilizzasse algoritmi deterministici (che, come si è detto, devono essere applicati nei procedimenti caratterizzati dalla mancanza di un momento ponderativo di interessi), la scelta potrebbe risultare astrattamente ragionevole nella misura in cui,

---

<sup>105</sup> In questo senso, di recente, T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 1 luglio 2020, n. 1176, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che afferma come la motivazione del provvedimento di revoca del bando di un concorso pubblico - ancorché il bando rientri tra gli atti amministrativi generali per i quali vige l'esclusione dell'obbligo motivazionale ex art. 3, co. 2 - risulta necessaria nella logica della compatibilità del provvedimento con il principio di ragionevolezza. Sul punto, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 8 settembre 2014, n. 9509, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ove il giudice romano dispone circa la necessità della motivazione anche per gli atti di alta amministrazione a valenza fiduciaria, nella misura in cui le amministrazioni sono tenute ad indicare le qualità professionali sulla base delle quali ha ritenuto il soggetto più adatto *rispetto agli obiettivi programmati*, dimostrando di aver compiuto un'attenta valutazione del possesso dei requisiti prescritti in capo al soggetto prescelto al fine di operare la scelta in termini *ragionevoli*. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 13 marzo 2009, n. 1912, in *Foro amm. (T.A.R.)*, 2009, p. 636, sull'obbligo di motivazione dei provvedimenti con i quali vengono disposti i trasferimenti d'autorità del personale dei Corpi di polizia ad ordinamento militare, con lo scopo di consentire al giudice amministrativo il sindacato sulla logicità e ragionevolezza della decisione. T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 11 giugno 2004, n. 475, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), il quale afferma espressamente che "l'obbligo di far luogo alla motivazione delle valutazioni concorsuali è imposto d'altra parte anche dalla necessità di tener fede al principio costituzionale che vuole sempre garantita la possibilità di un sindacato sulla ragionevolezza, sulla coerenza e sulla logicità delle stesse valutazioni concorsuali".

<sup>106</sup> Secondo la giurisprudenza, l'art. 10-*bis* della legge n. 241 del 1990 deve essere letto in chiave sostanzialista e va inteso, più propriamente, quale strumento atto a stimolare un dialogo procedimentale capace di dipanarsi fino al momento immediatamente precedente la adozione del provvedimento conclusivo, con effetti favorevoli (anche) in chiave di *ragionevolezza della decisione finale*. Sul punto, Cons. Stato, sez. IV, 31 marzo 2010, n. 1834, in *Foro amm. (C.d.S.)*, 2010, p. 580; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 23 settembre 2010, n. 1986, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 12 giugno 2014, n. 3249, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 13 gennaio 2015, n. 152, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>107</sup> In termini difformi, A. MASCOLO, *Gli algoritmi amministrativi: la sfida della comprensibilità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, p. 368, la quale sostiene che la decisione di fare ricorso all'algoritmo "risulta pienamente conforme ai principi di ragionevolezza e logicità, comportando innegabili vantaggi in termini di riduzione di rischi di disparità di trattamento, osservanza della legge, prevenzione di fenomeni corruttivi, oltre a risultare pienamente rispondente alle esigenze di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione". Una interpretazione difforme è stata fornita, in passato, F. SAITTA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. dir. amm. eletr.*, 2003, p. 20, il quale ha sostenuto che laddove il *software* venga "ben programmato", l'irragionevolezza del provvedimento rientrerebbe in una di quelle "evenienze obiettivamente improbabili".

soccorrendo la teoria dell'autovincolo alla discrezionalità, “il vincolo della ragionevolezza deve guidare l'esercizio del potere discrezionale nella prima fase, allorché si consuma la scelta che predetermina tutti i comportamenti successivi”<sup>108</sup>. L'astratta validità di tale ricostruzione non potrebbe, tuttavia, riproporsi nei casi in cui tale attività di determinazione del contenuto discrezionale non venga svolto da un soggetto al quale la legge abbia attribuito l'esercizio di quel determinato potere, bensì da una macchina. Pur non volendo demonizzare l'importanza dell'acquisizione di dati ed informazioni tipica del meccanismo della digitalizzazione, non si può certamente pensare di eliminare l'individuazione una parentesi all'interno della quale l'amministrazione (si badi, persona fisica) eserciti la propria attività istruttoria senza svolgere alcuna attività 'intellettuale' che si esprima mediante giudizi di valore<sup>109</sup>.

Il ragionamento nel caso dell'amministrazione per algoritmi pare ancora più complesso, poiché se è vero che la ragionevolezza “assume rilievo anche quale oggetto dell'enunciato motivazionale del provvedimento”<sup>110</sup>, laddove le amministrazioni utilizzino gli algoritmi di *machine learning*, per il funzionario pubblico sarebbe estremamente complicato (se non, come si dirà, quasi impossibile) fornire l'iter *logico* sotteso alla decisione finale giacché non ha svolto neanche quella attività di c.d. discrezionalità programmatica.

Detto in altri termini, da una motivazione logica che ricostruisca il percorso interpretativo antecedente alla decisione, non potrà che derivare un provvedimento ragionevole. Ciò sembra essere anche confermato da una importante sentenza - T.A.R. Lazio n. 9227/2018 - con cui il giudice amministrativo, nel risolvere anche in questo caso una controversia in ordine all'applicazione dell'algoritmo sulla buona scuola relativo alla mobilità dei docenti, accoglie le doglianze fatte valere dai ricorrenti poiché la prevaricazione dell'algoritmo sull'attività procedimentale umana avrebbe condotto ad una decisione viziata da *irragionevolezza per eccesso di potere e per difetto di motivazione*<sup>111</sup>. In particolare, secondo il giudice di primo grado, la violazione dell'obbligo di motivazione avrebbe condotto ad una frustrazione “anche delle correlate garanzie processuali che declinano sul versante del diritto di azione e difesa in giudizio di cui all'art. 24 Cost., diritto che risulta compromesso *tutte le*

---

<sup>108</sup> Così F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (dal processo al procedimento con pluralità di parti)*, Perugia, 1996, p. 49. Sulla predeterminazione degli interessi nella direzione della ragionevolezza del provvedimento conclusivo, cfr. F. ASTONE, *Il principio*, cit., pp. 379-380.

<sup>109</sup> Circa la necessità di svolgere giudizi di valore nell'ambito dell'attività istruttoria, si vedano A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., p. 154, nonché M.T. SERRA, *Contributo ad uno studio sull'istruttoria del procedimento amministrativo*, Milano, 1991, pp. 75 ss.

<sup>110</sup> Si esprime così F. ASTONE, *Il principio*, cit., p. 380.

<sup>111</sup> Nello stesso senso, T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 28 maggio 2019, n. 6688, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 25 marzo 2019, n. 3985, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it);

volte in cui l'assenza della motivazione non permette inizialmente all'interessato e successivamente, su impulso di questi, al Giudice, di percepire l'iter logico-giuridico seguito dall'amministrazione per giungere ad un determinato approdo provvedimento".

La conclusione è estremamente netta, ma va certamente privilegiata rispetto alle recenti fughe in avanti che caratterizzano quegli approdi del Consiglio di Stato ove ritengono relegabile solo in sede di programmazione dell'algoritmo il momento di esercizio del potere discrezionale<sup>112</sup>. Ed è certamente una conferma del fatto che il ricorso alla tecnica, per il solo fatto di accelerare alcuni procedimenti, debba essere stigmatizzato se con esso si intenda rinunciare ai canoni interpretativi che devono guidare l'attività amministrativa come, appunto, la necessità di una decisione ragionevole<sup>113</sup>.

Chiarito questo punto, possono svolgersi ulteriori e consequenziali considerazioni in ordine alla rispondenza della decisione algoritmica al principio di proporzionalità che, a differenza del poc' anzi richiamato principio di ragionevolezza, "riguarda il provvedimento, in quanto misura concreta e positiva della comparazione/ponderazione e del bilanciamento del fascio di interessi coinvolti dall'attività amministrativa proceduralizzata"<sup>114</sup>.

Nonostante vi sia chi ha ritenuto che la proporzionalità non costituisca un principio autonomo rispetto alla ragionevolezza<sup>115</sup>, e ciò anche a causa di numerose pronunce della

---

<sup>112</sup> Sul tema possono cogliersi anche le preoccupazioni di G. FASANO, *Le decisioni automatizzate nella pubblica amministrazione*, cit., pp. 234 ss., il quale ritiene che al fine di poter sindacare la logicità e la ragionevolezza della decisione amministrativa robotizzata (e, quindi, della "regola" che governa l'algoritmo) è necessaria una amministrazione che si faccia interprete di una rinnovata esigenza di *accountability* in considerazione della intrinseca opacità del linguaggio della macchina.

<sup>113</sup> B. RAGANELLI, *Decisioni pubbliche e algoritmi*, cit., p. 254, al fine di giustificare la ragionevolezza di una decisione algoritmica, sostiene come all'amministrazione dovrebbe essere "demandato un irrinunciabile ruolo di contenimento dell'argine: di mediazione e composizione degli interessi *ex ante*, cui deve seguire un costante aggiornamento e adeguamento dell'algoritmo, nonché *ex post*, di valutazione della correttezza e legittimità del processo automatizzato compiuto dal giudice amministrativo".

<sup>114</sup> R. FERRARA, *Introduzione*, cit., p. 192. In giurisprudenza, recentemente, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 4 marzo 2021, n. 2707, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), il quale ha sostenuto che mentre il principio di ragionevolezza postula la *coerenza tra valutazione compiuta e decisione presa*, il principio di proporzionalità esige che gli *atti amministrativi non vadano oltre quanto è opportuno e necessario per conseguire lo scopo prefissato* e, nel caso in cui si presenti una scelta tra più opzioni, la pubblica amministrazione è tenuta a ricorrere a quella meno restrittiva. Sul punto, tra le altre, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2018, n. 6951, in *Foro amm. (II)*, 2018, p. 2165.

<sup>115</sup> Su tutti, si recuperano le autorevoli opinioni di G. MORBIDELLI, *Il giudizio di ragionevolezza nel procedimento amministrativo*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Vol. III, Milano, 1998, il quale ritiene che "la ragionevolezza ingloba anche il principio di aderenza e adeguatezza alla situazione e ai fini proposti, già affermata prima della Costituzione e che più recentemente è stato definito principio di elasticità o flessibilità dell'azione amministrativa con il quale si vuole significare il miglior proporzionamento, al fine stabilito, dell'attività, nel senso che il canone di adeguatezza postula una libertà di apprezzamento e di uso dei mezzi" (p. 97) e che anzi "proprio il ripetersi di decisioni sulla ragionevolezza ha creato un corpus di principi che indirizzano l'azione amministrativa e che vengono ricondotti sotto l'etichetta della proporzionalità, della coerenza allo scopo, del non travisamento, della non contraddittorietà" (p. 99); nonché F. MERUSI, *Ragionevolezza*, cit., pp. 46-47, per il quale la proporzionalità "non è dunque un principio normativo autonomo, interpretabile come tale da un giudice, amministrativo o costituzionale [...] bensì una particolare manifestazione della razionalità nell'esercizio di un potere discrezionale".

giurisprudenza che ne hanno aumentato il grado di promiscuità, per ragionare sulla autosufficienza del primo è utile ricordare come il *test* di proporzionalità si componga di tre gradi identificativi<sup>116</sup>. Il primo è quello in virtù del quale il provvedimento amministrativo sia *idoneo* rispetto allo scopo perseguito e, cioè, rinvia all'effettività dell'azione amministrativa a raggiungere gli obiettivi per i quali è stato attribuito il potere<sup>117</sup>; il passaggio successivo invece involge una valutazione circa la *necessarietà* del provvedimento, che impone la conformità dell'azione amministrativa alla soluzione più mite per il destinatario tra le diverse soluzioni astrattamente *idonee*. Infine, una volta rintracciata la modalità più *idonea* al perseguimento dell'interesse pubblico, che al tempo stesso un minor sacrificio degli altri interessi coinvolti, il provvedimento finale dovrà caratterizzarsi per la sua *adeguatezza*, non imponendo cioè "all'interesse antagonista un sacrificio eccessivo se confrontato con il vantaggio conseguito dall'altro"<sup>118</sup>.

Il banco di prova della proporzionalità per i procedimenti interamente automatizzati è, per diverse ragioni, forse più esigente rispetto a quello della ragionevolezza. La logica dell'utilizzo degli strumenti informatici potrebbe, in una visione del tutto astratta, indurre a ritenere che ogni algoritmo possa essere costituire uno strumento *idoneo* a raggiungere un determinato fine con specifico riferimento al caso concreto. È questo, invero, il criterio che accompagna l'introduzione di sistemi automatizzati per la fase procedimentale e

---

<sup>116</sup> Non a caso, A. SANDULLI, *Proporzionalità*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, pp. 4643 ss., riprendendo la dottrina tedesca che fu la prima a coniare tale principio, parla della c.d. teoria dei tre "gradini". Ma non può dirsi che la proporzionalità sia entrata a far parte del lessico giuridico solo a partire dagli anni 90, poiché già alla fine degli anni '50 Spagnuolo Vigorita ragionava in termini di proporzionalità con riferimento a due pronunce in tema di vincolo storico-artistico ed espropriazione per pubblica utilità. I riferimenti vanno a Cons. Stato, sez. IV, 21 maggio 1958, n. 384, in *Riv. giur. edil.*, 1958, p. 626, nonché Cons. Stato, sez. IV, 27 luglio 1961, n. 417, in *Riv. giur. edil.*, 1961, pp. 825 ss., con nota di V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Sulla necessaria proporzione tra area espropriata e pubblica utilità*. La teoria trifasica della proporzionalità viene criticata fermamente da S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, pp. 296-297. Risponde a questa contestazione condivisibilmente F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 361 ss., la quale ritiene che se per un verso la critica al carattere "scolastico" dello schema trifasico del giudizio di proporzionalità è appropriata se riferita al procedimento di formazione della decisione amministrativa, "non è condivisibile se estesa alla tecnica giudiziale di verifica della proporzionalità, giacché ne trascura la portata agli effetti del sindacato sulla discrezionalità amministrativa".

<sup>117</sup> In questo senso, cfr. A. SAU, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi*, Milano, 2013, pp. 64-65.

<sup>118</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione*, cit.; si tratta della prima (così come afferma A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009, p. 10) storica ricostruzione, poi modificata e adeguata nel corso degli studi successivi che si sono occupati del tema, operata da G. D. ROMAGNOSI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Prato, 1835, 14 ss., il quale pur non facendo espressamente riferimento al concetto di *proporzione* e *proporzionalità*, sostiene che "La regola direttrice dell'amministrazione in questo conflitto si è far prevalere la cosa pubblica alla privata entro i limiti della vera necessità. Lo che è sinonimo di far prevalere alla cosa pubblica alla privata con minimo sacrificio della proprietà privata e libertà".

provvedimentale, fondando le proprie ragioni di presunta verità su una raccolta quantitativamente abbondante di dati sia del pubblico interesse che deve perseguirsi, sia di quelli dei privati che devono subire quante meno esternalità negative da tale scelta. L'idea per cui la ricostruzione fattuale compiuta da una macchina possa apportare maggiori benefici di quella compiuta dal responsabile del procedimento sembrerebbe inoltre, sempre sulla carta, trovare un supporto nell'opinione di quella dottrina che ha ritenuto come il giudizio di idoneità involgerebbe, tra le altre cose, una "preliminare selezione tra le alternative, implicante l'individuazione del fine da raggiungere, il computo dei risultati che ci si aspetta di ottenere dall'azione"<sup>119</sup>. Quindi, non esistendo un mezzo *idoneo* o *non idoneo* per definizione, il giudizio sul primo grado del test, che si svolge attraverso una "prognosi postuma"<sup>120</sup>, andrà rimandato all'analisi del singolo caso di specie.

La ricognizione effettuata consente dunque di tentare di rispondere a due quesiti: in primo luogo, siamo davvero sicuri che una ad una valutazione positiva sulla "idoneità fattuale" corrisponda un altrettanto favorevole giudizio in ordine alla "idoneità giuridica"? In secondo luogo, se è vero che il giudizio di idoneità comporta l'obbligo per i pubblici poteri di individuare la soluzione migliore con specifico riferimento al caso concreto, è auspicabile l'assunzione di un algoritmo che debba valutare una ampia gamma di procedimenti discrezionali che, come logico che sia nelle intenzioni della semplificazione procedimentale attraverso il ricorso a strumenti tecnico-informatici di natura predittiva, si discosti da una analisi dell'idoneità caso per caso?

La risposta non può che essere negativa per entrambe le questioni sollevate.

Quanto alla prima, l'accoglimento della contrapposizione tra "idoneità fattuale" ed "idoneità giuridica" induce a ritenere che il mezzo prescelto, ancorché fattualmente idoneo per quel caso di specie, non godrebbe di tale copertura laddove "contrastasse con i precetti costituzionali [...] applicabili alla fattispecie"<sup>121</sup>. Qualora si intenda accedere - come è intenzione della presente indagine - a quell'opzione interpretativa in virtù della quale la proporzionalità "pur presentando un legame logico e sistematico con altri principi [...] può ritenersi corollario, in primo luogo, del principio di buona amministrazione"<sup>122</sup>, non si

---

<sup>119</sup> A. SANDULLI, *La proporzionalità*, cit., pp. 368-369.

<sup>120</sup> C. MALINCONICO, *Il principio di proporzionalità*, in AA. VV., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del 47° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2001*, Milano, 2002, p. 55.

<sup>121</sup> P.M. VIPIANA, *Introduzione al principio di ragionevolezza*, cit., p. 78.

<sup>122</sup> Così, condivisibilmente, seppur in una ricostruzione improntata principalmente all'analisi dei principi nella giurisprudenza della Corte di giustizia, A. SIMONATI, *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato nell'analisi giurisprudenziale*, Padova, 2009, pp. 191-192.

potrebbe certamente ritenere conforme alla quota minima di idoneità giuridica quella decisione che presenta evidenti lacune in punto di giustificabilità dell'*iter* logico sotteso alla stessa. L'obbligo di motivazione, così come il principio del giusto procedimento, non costituiscono infatti solo dei segmenti procedurali attraverso i quali l'amministrazione legittima il proprio potere, rendendolo più adeguato alla situazione di fatto, ma anche degli strumenti a tutela dei destinatari della decisione. Di talché, un algoritmo potenzialmente idoneo a guidare un procedimento amministrativo in tutte le sue fasi si trasformerebbe in uno strumento che conduce ad una decisione adottata in violazione del principio di proporzionalità, in quanto non idonea a garantire ai cittadini un adeguato spazio nella parentesi procedimentale.

Per di più - e veniamo così alla soluzione del secondo interrogativo che ci si è posti - è proprio la lettura maggiormente accolta circa il concetto di idoneità, in virtù del quale la finalità non debba essere determinata esclusivamente in astratto e genericamente, ma al contrario debba essere plasmata alle particolarità del caso concreto<sup>123</sup>, che smaschera i limiti di *idoneità*, anche fattuale, della decisione amministrativa automatizzata. Per fare un esempio, la predisposizione di un algoritmo che intenderebbe guidare la fase procedimentale (ed indirizzare quella della scelta) della realizzazione di una grande infrastruttura ad alto impatto ambientale potrebbe, in linea di massima, racchiudere le finalità delle pubbliche amministrazioni (poiché è quest'ultima che fornisce gli *input*, salvi i casi di ricorso al *machine learning*), ma certamente non potrebbe prevedere né "la selezione delle alternative idonee al soddisfacimento delle aspettative di risultato"<sup>124</sup> - poiché non contemplerebbe la c.d. opzione zero, se la logica della macchina è quella rivolta al conseguimento del 'risultato' - né tantomeno potrebbe prevedere astrattamente le reazioni di tutti gli eventuali controinteressati alla costruzione dell'opera.

Anche la valutazione di idoneità, sia dal punto di vista fattuale che giuridico, necessita dunque di un momento di temperamento di interessi, che evidentemente una macchina non è (ancora) in grado di garantire.

Il giudizio critico espresso sull'eventuale idoneità del procedimento (e sulla contestuale decisione) automatizzato apre la strada anche ad una breve indagine sulla compatibilità dello stesso con il secondo grado del giudizio di proporzionalità, la *necessarietà*. Per sciogliere tale nodo, non è sufficiente limitare il perimetro della *necessarietà* al paradigma romagnosiano del "mezzo più mite" per il destinatario tra tutte le scelte astrattamente idonee,

---

<sup>123</sup> Si richiama ancora lo studio di P.M. VIPIANA, *Introduzione al principio di ragionevolezza*, cit., p. 76.

<sup>124</sup> A. SANDULLI, *La proporzionalità*, cit., p. 369.

ma è necessario allargare il raggio di operatività di tale canone alla concezione per cui “la necessarietà incide anche sulla preliminare scelta volta a valutare se si debba esercitare il potere amministrativo”<sup>125</sup>. Si assiste evidentemente ad uno scostamento dalla teorica per cui la necessarietà sia legata esclusivamente all’adeguatezza, nonché ad un ribaltamento dei gradi del giudizio di proporzionalità nell’ambito di una decisione amministrativa: in questo caso, infatti, è solo all’esito di una valutazione in ordine alla indispensabilità o meno del ricorso al potere che si potrà eventualmente valutare l’opzione maggiormente compatibile con le esigenze del pubblico interesse.

La proporzionalità si trasforma così da elemento di misura del potere discrezionale a canone di equilibrio della funzione amministrativa, del quale potrà beneficiare non solo il privato destinatario del provvedimento, ma anche la stessa pubblica amministrazione, nella misura in cui potrebbe darsi che la scelta più mite per il privato non sia quella attraverso la quale l’amministrazione viene messa nelle condizioni per raggiungere il proprio obiettivo. Per riprendere il medesimo esempio fatto con riferimento al criterio dell’idoneità, si può richiamare il caso delle c.d. misure di compensazione nell’ambito dei procedimenti di realizzazione delle grandi infrastrutture<sup>126</sup>, con cui una categoria di cittadini interessati dalla costruzione dell’opera può negoziare il proprio consenso e, in tali circostanze, i costi da compensare a favore delle comunità locali potrebbero rivelarsi decisamente elevati, attesa la posizione di forza che in una dinamica *checks and balances* i territori ospitanti appaiono esercitare una posizione di forza nei confronti dei gestori dell’infrastruttura. Se così fosse, verrebbe meno un’altra caratteristica della necessarietà, che è da rintracciarsi nella circostanza per cui l’amministrazione è tenuta ad “agire in economia, cioè operare in modo da evitare inutili sprechi, rendendo ottimale il rapporto tra risorse impiegate e risultati

---

<sup>125</sup> A. SANDULLI, *La proporzionalità*, cit., p. 372, propone a titolo esemplificativo la scelta, per la realizzazione di un’opera pubblica, tra l’avvio di un procedimento espropriativo e l’acquisizione dell’area interessata dal progetto attraverso strumenti negoziali, ritenendo che “tra le due soluzioni, quella che comporta minori sacrifici per l’interesse confliggente è sicuramente la seconda. Pertanto, si dovrà, innanzitutto, tentare di seguire tale direzione, per quanto possibile e compatibile [giudizio di idoneità] con le esigenze del pubblico interesse”. In termini, richiama la lettura di Sandulli anche A. ZITO, *Il “diritto ad una buona amministrazione”*, cit., il quale, nel ricostruire l’accezione di “amministrazione equa” disciplinata dall’art. 41 della Carta di Nizza nella prospettiva della c.d. “equità proporzionale”, ha affermato che tale principio “non può (e forse non deve) essere circoscritto a quello di strumento di controllo circa la “giusta” misura in cui viene esercitato il potere, ma può allargarsi sino a condizionare ed a limitare la stessa scelta di utilizzare questo mezzo in luogo di quello negoziale”.

<sup>126</sup> Recentemente, per una ampia disamina, cfr. G. MOCAVINI, *Il prezzo del consenso*, Milano, 2020. Inoltre, sulle conseguenze negative sotto il profilo economico, cfr., R. OCCHILUPO, G. PALUMBO, P. SESTITO, *Le scelte localizzative delle opere pubbliche: il fenomeno Nimby*, cit., p. 321; per un’analisi più generale del tema, cfr. CNEL: *Partecipazione e consenso per la realizzazione di opere e reti infrastrutturali, Osservazioni e proposte*, Assemblea 26 marzo 2008, p. 44. Inoltre, cfr. M. BARTOLOMEO, *La localizzazione dei terminali di rigassificazione: le compensazioni sono davvero la panacea?* in [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info), 9 febbraio 2007.

ottenuti”<sup>127</sup>. Nella stessa ottica, ma da una prospettiva diametralmente opposta, va letta la circostanza per cui la pubblica amministrazione può optare per una “non scelta” all’esito di tali confronti, generando tuttavia un ulteriore problema relativo ai c.d. costi della non decisione<sup>128</sup>.

Lasciando ad un momento di approfondimento successivo l’analisi della relazione tra decisioni automatizzate e partecipazione democratica, preme segnalare come sia estremamente complicato per una macchina tentare una negoziazione in tali operazioni complesse, anche perché abbracciano una pleora di cittadini portatori, spesso, anche di interessi differenti. E allora l’inadeguatezza del ricorso agli algoritmi in questo caso si rinviene nella circostanza per cui se viene inserito un *input* di partenza in relazione all’interesse da perseguire, questo potrebbe non essere più lo stesso all’esito di un ‘giro di consultazioni’ con la collettività e, di conseguenza, modificando l’intero algoritmo che regola il procedimento amministrativo, la decisione ed il raggiungimento del fine pubblico potrebbe non essere più *necessario* in ragione di una analisi costi-benefici<sup>129</sup>.

In altri termini, il ricorso a queste tecniche di automazione non consente di valutare la necessità della decisione amministrativa dalla duplice prospettiva del cittadino e dell’amministrazione.

Per concludere l’indagine sulla frizione che si genera tra il principio di proporzionalità ed il ricorso a decisioni interamente automatizzate, è necessario svolgere alcune considerazioni in ordine al canone dell’*adeguatezza*. Si tratta un passaggio procedimentale che consente l’individuazione della soluzione meno lesiva degli interessi meritevoli di tutela ed in particolare dei c.d. “interessi deboli” che vengono composti nel caso concreto, rendendo così necessaria la riemersione dell’interesse pubblico già ‘autolimitato’ laddove si sia dovuta scegliere la soluzione maggiormente *idonea* e *necessaria*. È estremamente importante cogliere come affinché la soluzione risulti *adeguata* rispetto alla “massimizzazione” del pubblico interesse e, al contempo, al minor sacrificio del destinatario, l’attività istruttoria sia quanto più accurata e completa possibile, perché solo attraverso l’acquisizione di tutti gli

---

<sup>127</sup> M. MAZZAMUTO, *Legalità e proporzionalità temporale dell’azione amministrativa: prime osservazioni*, in *Foro Amm.*, 1993, p. 1741.

<sup>128</sup> Analizza dettagliatamente questo aspetto C. FELIZIANI, *Quanto costa non decidere? A proposito delle conseguenze delle mancate o tardive decisioni della Pubblica amministrazione*, in *Dir. econ.*, 2019, pp. 155 ss.

<sup>129</sup> Il richiamo a questa formula emerge anche in C. MALINCONICO, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 69, secondo il quale la proporzionalità “è la giusta misura del potere, la ricerca della soluzione che raggiunge il maggior risultato della somma algebrica di costi e benefici”.

elementi di fatto e di tutti gli interessi rilevanti nel caso concreto sarà possibile scegliere la soluzione maggiormente *proporzionata*.

Nell'ambito del giudizio di adeguatezza, non si può certamente negare come la pubblica amministrazione eserciti il *proprium* del potere che gli viene attribuito dalla legge, rinvenibile nella scelta di merito tra le differenti soluzioni astrattamente valide all'esito dell'istruttoria. Senza voler ritornare sulle questioni relative alla centralità dell'apporto partecipativo nella fase centrale del procedimento, non si può sottacere rispetto alla circostanza che un procedimento interamente automatizzato, laddove si faccia riferimento agli algoritmi non deterministici e quelli di autoapprendimento, non consentirebbe all'amministrazione (così come strutturata in questo momento storico) di cogliere gli esiti dell'istruttoria automatizzata e presupporrebbe la realizzazione di una scelta non tanto di merito amministrativo quanto, piuttosto, di merito algoritmico, che comporterebbe un evidente predominio della tecnica nei confronti dell'esercizio del potere amministrativo.

È questa inevitabilmente la giusta chiusura del cerchio per l'economia del presente lavoro che intende valutare le relazioni tra tecnica e diritto nell'ambito del nuovo modo di amministrare, e che spinge a rifiutare quelle tendenze interpretative che, prendendo atto della rivoluzione tecnologica, ritengono applicabile tendenzialmente in ogni circostanza l'utilizzo di tali strumenti informatici.

Come affermava Falcon, al momento dell'entrata in vigore dell'articolo 1, co. 1-*bis*, della legge n. 241 del 1990, lo stato delle riflessioni pareva caratterizzarsi per la "voglia di cambiare, ma senza sapere esattamente per cosa si cambia"<sup>130</sup>. Per tentare di rispondere al quesito, questo studio si propone l'obiettivo di dimostrare - e si è tentato di farlo fino ad ora analizzando l'incompatibilità (non solo teorica) tra i principali principi che sottendono l'esercizio del potere discrezionale e l'utilizzo di algoritmi informatici - che la funzione amministrativa, che vede il suo momento centrale nell'esercizio del potere, non può essere certamente soppiantato dalle logiche esclusivamente efficientistiche delle nuove tecniche di automazione.

*5. I limiti della partecipazione democratica nei procedimenti automatizzati: la contestabile trasformazione da un coinvolgimento proattivo alla marginalizzazione del cittadino. Considerazioni critiche in ordine al principio di collaborazione in ragione dell'impossibilità di attuare il dogma della reciprocità.*

---

<sup>130</sup> G. FALCON, *Osservazioni sul d.d.l. A.S. n. 4860*, in *Bollettino dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, n. 12, 2000, 29-30.

Il discorso appena svolto sulla assunta incompatibilità dell'amministrazione per algoritmi con i principi che guidano (e limitano) l'esercizio del potere discrezionale merita di effettuare affondi più specifici con riferimento ad alcune regole ed istituti della legge generale sul procedimento amministrativo. Ritenere, infatti, corretta sul piano giuridico l'interpretazione del Consiglio di Stato in ordine all'apertura dell'utilizzo di tutti gli algoritmi a tutti i procedimenti discrezionali mette in risalto ulteriori criticità rinvenibili, in primo luogo, nel *deficit* di garanzia del contraddittorio e, più in generale, nella difficoltà per il cittadino di poter partecipare proattivamente alla determinazione del contenuto discrezionale del provvedimento amministrativo automatizzato<sup>131</sup>, seguendo l'interpretazione di quella dottrina che individuava il fondamento della partecipazione nella "migliore puntuale indicazione del pubblico interesse"<sup>132</sup>.

Al fine di sciogliere quello che Nigro definiva "il nodo della partecipazione"<sup>133</sup>, va preliminarmente osservato che i procedimenti amministrativi condizionati nell'esito dall'utilizzo di algoritmi informatici di autoapprendimento sembrano del tutto carenti di un

---

<sup>131</sup> Sulla distinzione tra contraddittorio e partecipazione, G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, p. 800, il quale afferma che "Il contraddittorio è garanzia della difesa, ad armi pari, di interessi tendenziali confliggenti (pubblica amministrazione e privato): la partecipazione sta invece a disegnare, al di fuori di ogni idea di conflitto giuridico, la presenza attiva della società, in termini di forze sociali o gruppi sociali, in ogni occasione di attuazione di potere". Si veda, altresì, F.P. PUGLIESE, *Il contraddittorio nel procedimento*, in F. Trimarchi (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, 1990, pp. 26-27, ove si sostiene che "il contraddittorio, degradato a partecipazione, è cosa completamente diversa anche se più generica e comprensiva del contraddittorio; ma il contraddittorio è un istituto che deriva dal diritto processuale [...] il significato del concetto del contraddittorio era abbastanza chiaro; il significato era evidentemente garantistico...". Sul punto, inoltre, interessanti sono gli spunti di E. FREDIANI, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al «preavviso di rigetto»*, in *Dir. amm.*, 2005, pp. 1003 ss. Di recente, per uno studio approfondito sul tema, cfr. A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale*, Torino, 2016.

<sup>132</sup> In questo senso, cfr. E. CASSETTA, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1993, pp. 3 ss., ora in *Scritti scelti*, Napoli, 2015, spec. p. 342, secondo il quale "se la discrezionalità va rapportata non al potere che si pone come un *prius* rispetto al suo esercizio, non all'atto, visto che, una volta esercitato il potere, la discrezionalità è venuta meno, bensì alla funzione, intesa secondo una autorevole e diffusa dottrina, come "farsi dell'atto", e questo iter porta proprio alla determinazione dell'interesse pubblico, il collegamento tra partecipazione e discrezionalità appare subito evidente, anche se la partecipazione non è esclusa nei confronti dei procedimenti che sfociano nella emanazione di atti vincolati". Nella medesima prospettiva si colloca anche l'importante studio monografico di S. COGNETTI, *Quantità e qualità della partecipazione*, Torino, 2000, spec. p. 120, ove si afferma che "Il ruolo strategico della partecipazione e il suo potere condizionante sarà, quindi, tanto più efficace ed incisivo se e in quanto l'intervento partecipativo dell'amministrato, pur realizzato con l'intento di tutelare il proprio interesse, svolga un ruolo costruttivo dell'*favorire* (sia avendo riguardo al suo contenuto, sia anche alle sue modalità di esercizio), *la razionale e sistematica raccolta e organizzazione del materiale di ponderazione*".

<sup>133</sup> Termine ripreso da M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, pp. 225 ss.

momento di interlocuzione tra pubblico e privato<sup>134</sup>. Infatti, non solo l'apporto collaborativo del cittadino non è garantito nella fase istruttoria - interamente governata dalla macchina - ma l'attività interlocutoria, all'interno della quale venga concesso al cittadino di esprimere una propria opinione in ordine all'*an* ed al *quomodo* del procedimento, anche in termini per così dire oppositivi<sup>135</sup>, non è prevista neanche nella fase antecedente all'avvio del procedimento<sup>136</sup>. Una tale prospettiva induce a sostenere che un procedimento automatizzato carente (anche) di un momento partecipativo, oltre a prestare il fianco a profili di illegittimità derivanti dalla violazione di regole procedimentali e, si ribadisce, dei principi generali del diritto amministrativo per una carenza di legittimazione democratica della scelta<sup>137</sup>, si ponga in un più generale e censurabile contrasto con l'esercizio della funzione

---

<sup>134</sup> Non sono condivisibili le opinioni di I. ALBERTI, *La partecipazione procedimentale per legittimare gli algoritmi nel procedimento amministrativo*, in R. Cavallo Perin (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Torino, 2021, p. 297, ove si sostiene che "l'introduzione delle nuove tecnologie nell'organizzazione amministrativa ha accentuato la facilità di far circolare l'informazione e di aumentare la comunicazione tra amministrazioni pubbliche e verso i privati".

<sup>135</sup> Sono molto suggestive a tal proposito le parole di E. CARDI, *L'istruttoria nel procedimento: effettività delle rappresentazioni ed elaborazioni delle alternative*, in *Atti del convegno di Messina-Taormina 1998*, Milano, 1990, p. 115, che partendo dall'idea per cui "l'interesse legittimo è un'arma di guerra e non un fiore di pace e tale caratteristica mantiene quando si manifesta sul terreno sostanziale", arriva a sostenere che bisognerebbe liberarsi di "rassicuranti certezze collaborative nelle quali lo scontro tra gli interessi si stempera nella partecipazione al bene comune".

<sup>136</sup> In termini generali, la dottrina ha notato come le due "anime" della partecipazione (si è debitori del termine a M. CALABRÒ, *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale*, Napoli, 2004, p. 105), quella cioè oppositiva e quella collaborativa, di partenza non coincidenti in quanto "riferite l'una all'amministrazione (esigenza di essere informata dai cittadini attraverso la loro collaborazione) e l'altra al privato (esigenza di essere tutelato nelle proprie situazioni giuridicamente consistenti) assuma, in definitiva, una chiara funzione di «compensazione» rispetto all'estendersi d[el] potere discrezionale". In questi termini, S. COGNETTI, *La tutela delle situazioni soggettive tra procedimento e processo*, Napoli, 1987, p. 55.

<sup>137</sup> M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Napoli, 2003, p. 211, dopo aver sostenuto che il ruolo della partecipazione democratica si è spinto fino alla "compartecipazione dei cittadini allo stesso processo di conformazione dell'interesse pubblico", afferma che non sembrano legittimate delle ipotesi procedimentali tendenti a limitare la partecipazione, in quanto comporterebbero delle evidenti lacune sotto il profilo della conoscenza dei fatti funzionali alla decisione. Secondo l'interpretazione di A. ANDREANI, *Funzione amministrativa, procedimento, partecipazione nella l. 241/90*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, pp. 660 ss., la partecipazione se da un lato consente di esprimere al cittadino un apporto collaborativo nel procedimento, dall'altro lato si delinea come attività essenzialmente politica, concorrendo alla attuazione dell'interesse pubblico primario. E' stato correttamente osservato che "se si considera la parte istruttoria del procedimento amministrativo come quella fase funzionalmente volta all'acquisizione della conoscenza di realtà materiali dalle quali possa desumersi l'esistenza e la consistenza di determinati interessi; se si considera, altresì, detta fase come presupposto fondamentale dal quale l'amministrazione non possa prescindere per un esercizio corretto del proprio potere e, perfino, come presupposto per la coerenza e la ragionevolezza dell'*iter* logico seguito nell'esercizio del potere stesso; se, infine, si tiene conto che è nella suddetta fase che si collocano le premesse che conducono alla maggiore congruenza e adeguatezza del contenuto della decisione alla realtà delle situazioni di fatto e di diritto che la giustificano nella fattispecie di cui si tratta, *ne deriva che l'estensione dell'attività conoscitiva finalizzata all'acquisizione, da part della pubblica amministrazione, di tutto quanto occorre per disporre del più ampio, preciso e fedele materiale informativo e valutativo [...] costituisce certamente garanzia, oltre che di legittimità, di adeguamento dell'azione amministrativa al principio del buon andamento*" (corsivo nostro). In questi termini, molto efficacemente M.T. SERRA, *Contributo ad uno studio sulla istruttoria*, cit., p. 244. Vi è inoltre chi ritiene centrale la partecipazione democratica allo scopo di garantire una *disclosure* adeguata sugli interessi coinvolti. In questo senso, cfr. S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016, pp. 79-80. F. GIGLIONI, S. LARICCIA,

amministrativa, laddove si accolga l'idea per cui l'istruttoria interamente automatizzata non consenta una completa indagine sull'interesse pubblico da perseguire in concreto<sup>138</sup>.

Il problema sul se, e come, partecipare al procedimento amministrativo automatizzato deve essere analizzato, ad avviso di chi scrive, ed in ragione dell'orientamento giurisprudenziale oggi prevalente, sulla scorta di quanto fatto in passato da parte di chi ha provato a sviscerare i nodi della partecipazione nelle decisioni amministrative complesse<sup>139</sup>, e ciò esclusivamente laddove le amministrazioni ricorrano ad algoritmi non deterministici che, come detto, lasciano spazio ad una pluralità di scelte tutte valide secondo lo schema predisposto dallo strumento informatico. Mentre, invero, un tale approccio non sarebbe necessario se si accedesse all'interpretazione per la quale il ricorso agli algoritmi andrebbe privilegiato esclusivamente nei casi in cui il procedimento non preveda momenti ponderativi del pubblico interesse, e cioè quando l'amministrazione sia eterodiretta in un caso direttamente dalla legge e, in un altro caso, dall'apprezzamento tecnico non suscettibile di ulteriori margini di valutazione.

La preoccupazione che attiene al passaggio ad una modalità di amministrare esclusivamente digitalizzata è avvertita particolarmente dal legislatore nazionale, il quale, con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 82 del 2005 - Codice dell'amministrazione digitale -

---

*Partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa*, in *Enc. dir. agg.*, IV, 2000, pp. 943 ss., non condividono l'interpretazione della giurisprudenza che nega l'utilità della partecipazione democratica ai procedimenti di natura vincolata, in ragione della presenza di alcune ipotesi in cui l'amministrazione, "pur muovendosi in spazi stretti, conserva un'autonomia di giudizio per la formazione del quale l'intervento del privato può risultare significativo".

<sup>138</sup> In questi termini, cfr. A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1998, pp. 974 ss., ove specifica che l'interesse pubblico deve essere identificato anche "nell'interesse dell'ordinamento al corretto esercizio della funzione". Anche la giurisprudenza pare aderire a questa interpretazione: sul punto, T.A.R. Liguria, Genova, sez. I, 29 marzo 2017, n. 281, in *Foro amm. (II)*, 2017, p. 712; T.A.R. Molise, Campobasso, sez. I, 15 marzo 2017, n. 86, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che sostiene come "l'esercizio dei diritti partecipativi non può risolversi in un vuoto rituale privo di alcuna rilevanza giuridica nello sviluppo della funzione amministrativa"; Cons. Stato, sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5082, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove si legge che le garanzie partecipative "non sono poste ad esclusiva tutela dei diritti di difesa e ad un giusto procedimento vantati dagli interessati, ma anche a presidio del corretto esercizio della funzione amministrativa". Molto puntuale è inoltre una pronuncia del T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 8 febbraio 2011, n. 745, in *Foro amm. (T.A.R.)*, 2011, p. 561, che ritiene come la valorizzazione del metodo dialettico costituisca una forma inderogabile di esercizio della funzione amministrativa; nello stesso senso, T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 25 febbraio 2009, n. 1089, in *Foro amm. (T.A.R.)*, 2009, p. 497, nonché sempre T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 6 novembre 2006, n. 9381, in *Foro amm. (T.A.R.)*, 2006, P. 3606, e T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 11 febbraio 2003, n. 156, in *Foro amm. (T.A.R.)*, n. 156, in *Foro amm. (T.A.R.)*, p. 743.

<sup>139</sup> Per una ricostruzione più recente sulle decisioni amministrative complesse, cfr. F. CORTESE, *Decisioni amministrative complesse e hard cases*, in G. Arena, F. Cortese (a cura di), *Per governare insieme: il federalismo come metodo. Verso nuove forme della democrazia*, Cedam, Padova, 2011, pp. 267 ss. Secondo l'A., diversi sono i "sintomi" dai quali emerge che l'amministrazione dovrà rendere una decisione complessa: la pluralità di soggetti; l'eterogeneità degli interessi; le differenti norme applicabili; i diversi esiti possibili; la decisione assunta; le questioni amministrative da essa scaturenti. Quando questi fattori convergono in modo da indirizzare la scelta in una determinata direzione, la scelta dell'amministrazione viene definita "difficile".

introduce una norma (l'articolo 9) che impone alle pubbliche amministrazioni di favorire “ogni forma di uso delle nuove tecnologie per promuovere una maggiore partecipazione dei cittadini [...] al processo democratico [...] anche attraverso l'utilizzo, ove previsto [...] di forme di consultazione preventiva per via telematica sugli schemi di atto da adottare”<sup>140</sup>. Si tratta dell'unica disposizione nel panorama nazionale, quantomeno allo stato attuale, che, pur essendo considerata dai primi commentatori come una “norma di indirizzo”<sup>141</sup>, tenta di ancorare i nuovi processi decisionali ad una sorta di democrazia elettronica, al fine di una “riduzione del *digital divide*” tra amministrazione e privati<sup>142</sup>. Allargando la prospettiva all'ordinamento sovranazionale, il considerando 71 del Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 679 del 2016 dispone che un trattamento automatizzato - come i procedimenti amministrativi decisi sulla base di algoritmi informatici - dovrebbe essere comunque subordinato al rispetto di adeguate garanzie, riassumibili nella pretesa del privato a partecipare al procedimento, ad accedere agli atti e alle attività della pubblica amministrazione e ad ottenere una spiegazione della decisione conseguita dopo tale valutazione e di contestare eventualmente la decisione.

In linea di massima, dunque, il cittadino dovrebbe poter far valere le proprie pretese anche (e diremmo soprattutto) in un procedimento automatizzato, poiché sarebbe proprio la logica

---

<sup>140</sup> Sulla disposizione si possono richiamare i lavori di D.U. GALETTA, *Open Government, open data e azione amministrativa*, in *Ist. fed.*, 2019, pp. 663 ss., nonché di G. CARULLO, *Open data e partecipazione democratica*, in *Ist. fed.*, 2019, pp. 685 ss.; più recentemente, sono interessanti le considerazioni svolte da P. PIRAS, *Il tortuoso cammino verso un'amministrazione nativa digitale*, in *Dir. inf.*, 2020, pp. 43 ss., ove l'Autrice, nel mentre afferma che il processo di modernizzazione delle amministrazioni guardasse a politiche di *open government* basate sulla trasparenza e la partecipazione, “orientate a valorizzare il ruolo del cittadino attivo anche in funzione della modernizzazione e dell'utilizzo delle tecnologie informatiche”, nel passaggio successivo evidenzia (richiamando il rapporto curato da C.M. ARPAIA, P. FERRO, W. GIUIZIO, G. IVALDI, D. MONACELLI, *L'e-Government in Italia: situazione attuale, problemi e prospettive*, in *Questioni di economia e finanza, Banca d'Italia*, n. 309, febbraio 2016, p. 32) come il dato della partecipazione *online* risulti essere un tema tanto invocato, quanto inattuato, all'atto pratico. In argomento, si veda anche G. PESCE, *Digital first*, cit., pp. 86-87, ove viene operata una distinzione sul momento in cui viene avviata la consultazione (e, cioè, se avviene in un momento antecedente alla formalizzazione di uno schema di atto, ovvero se essa venga anticipata alla ‘fase zero’), ed inoltre si sostiene che i risultati della consultazione debbano essere raccolti, riassunti e raggruppati in modo da far emergere un numero limitato di orientamenti al fine di evitare che “la consultazione sia troppo dispersiva e che i suoi risultati siano inutilizzabili”.

<sup>141</sup> M. PIETRANGELO, *Le pubbliche amministrazioni sul web tra comunicazione, consultazione e partecipazione*, in S. Civitarese Matteucci, L. Torchia (a cura di), *La tecnificazione*, cit., p. 103.

<sup>142</sup> M. MANCARELLA, *Profili negoziali e organizzativi dell'amministrazione digitale*, Trento, 2009, p. 234. In termini generali, non costituisce certamente una novità l'idea per cui la natura collaborativa della partecipazione democratica sia funzionale al superamento del rapporto conflittuale tra Stato e società. Sul tema, tra gli altri, cfr. S. CASSESE, *Il cittadino e l'amministrazione pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, pp. 1015 ss., nonché G. PIZZANELLI, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, Milano, 2010, spec. pp. 71 ss.

del dialogo a costituire un ‘ponte d’oro’ per l’avvicinamento ad una amministrazione ‘spersonificata’ e per colmare i deficit di una istruttoria a distanza<sup>143</sup>.

Il coinvolgimento del cittadino potrebbe quindi svilupparsi non nel caso di algoritmo già programmato<sup>144</sup>, ma, al fine di provare a valorizzare il carattere proattivo della partecipazione nel processo decisionale<sup>145</sup>, le preferenze dei privati - titolari di interessi collettivi alla rimodulazione dello strumento di intelligenza artificiale - potrebbero svelarsi quando sia ancora possibile intervenire nella fase di determinazione dello stesso<sup>146</sup>. È proprio nella fase preistruttoria, nel caso di decisioni automatizzate, che dunque l’amministrazione dovrebbe garantire un livello minimo di partecipazione del privato, con lo scopo di recuperare il rapporto compromesso dalla relazione a distanza che si è andata generando tra potere pubblico e soggetti privati<sup>147</sup>. Se dovesse ammettersi - come risulta dalle più recenti pronunce della giurisprudenza - la collocazione del potere amministrativo nella fase di predeterminazione dell’algoritmo, il primo momento di interlocuzione con la collettività sarebbe previsto in sede processuale<sup>148</sup>, prefigurandosi sullo sfondo l’abdicazione dell’attività di amministrazione<sup>149</sup>.

---

<sup>143</sup> A detta di G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell’amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, 2017, p. 40, la fase della raccolta dei dati costituisce un momento importante di esercizio della funzione amministrativa. In termini generali, si possono recuperare le autorevoli opinioni di E. CASETTA, *La partecipazione dei cittadini alla funzione amministrativa nell’attuale ordinamento dello Stato italiano*, in AA. VV., *La partecipazione popolare alla funzione amministrativa e l’ordinamento dei consigli comunali. Atti del XXII° Convegno di Studi di scienza dell’amministrazione. Varenna 23-25 settembre 1976*, Milano, 1977, pp. 65 ss., per il quale la partecipazione costituirebbe un mezzo (per il miglior conseguimento del pubblico interesse), e non anche il fine ultimo da perseguire con il procedimento.

<sup>144</sup> Analizza il ruolo centrale della programmazione, segnalando anche come l’amministrazione sia titolare di una c.d. “discrezionalità programmatoria”, R. DIPACE, *L’attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, in *Dir. soc.*, 2017, pp. 647 ss.

<sup>145</sup> F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 135, con riferimento alla fase istruttoria, ritiene che il termine “comunicare” sia sinonimo di “partecipare”, nel senso di rendere comuni e noti - all’interessato ovvero alla collettività - fatti, situazioni o giudizi significativi rispetto ad un problema che impegna l’amministrazione pubblica nel processo decisionale.

<sup>146</sup> S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano*, cit., p. 40, parla di una decisione automatizzata “preliminare” che diviene definitiva solo a seguito di un contraddittorio con il privato interessato. In termini generali, A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., p. 19, nel sostenere come la scelta amministrativa non appartenga al monopolio dell’elemento burocratico, ma si realizza anche - e soprattutto - attraverso il richiamo all’elemento partecipativo, ritiene che l’interesse pubblico nasca dalla composizione tra i vari interessi pubblici e gli interessi privati e di gruppo.

<sup>147</sup> Nel senso di una partecipazione funzionale, da un lato, a prevenire i conflitti tra amministrazione e cittadino e, dall’altro lato, a recuperare il *vulnus* di trasparenza dei processi decisionali, cfr., tra gli altri, M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale*, cit., p. 38.

<sup>148</sup> F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2019.

<sup>149</sup> In tal senso, M.R. SPASIANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell’esercizio del potere: un’ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. amm.*, 2002, pp. 283 ss. L’A., infatti, ritiene raffigurabile una “sorta di rinuncia della p.a.” laddove l’amministrazione, in funzione di curatrice dei bisogni presenti in una comunità, non eserciti il proprio ruolo di indirizzo e vigilanza.

Le considerazioni svolte in ordine alla centralità della partecipazione democratica sembrano poter essere ulteriormente approfondite, soprattutto se dovesse accogliersi l'idea per la quale gli algoritmi siano qualificabili come strumenti utili a regolare determinati rapporti tra privati. La partecipazione alla formazione dello strumento informatico, in maniera analoga rispetto a quanto avviene nei procedimenti regolatori delle amministrazioni indipendenti, sarebbe funzionale al conseguimento di due obiettivi parimenti rilevanti: per un verso, il coinvolgimento del cittadino potrebbe ridurre le asimmetrie informative con l'amministrazione procedente<sup>150</sup>, garantendo una prospettiva certamente più ampia con riguardo all'inserimento degli *input* necessari per la decisione<sup>151</sup>; per altro verso, tenuto conto di un vuoto normativo che giustifichi lo svolgimento dell'attività amministrativa attraverso il ricorso agli algoritmi, la partecipazione democratica a tali strumenti di "regolazione" potrebbe colmare il *deficit* di legalità e, dunque, legittimare - su un piano meramente sostanziale, ma non anche su quello dell'opportunità - la funzione amministrativa esercitata mediante il ricorso agli algoritmi<sup>152</sup>. Non possiamo, tuttavia, evitare di segnalare che sussiste una netta distinzione tra i procedimenti interamente automatizzati e quelli di regolazione delle *Authorities*, ancorché abbiano la medesima finalità di "legittimazione procedurale"<sup>153</sup>: infatti, nel secondo caso, non solo gli operatori economici, proprio per l'elevata conoscenza che questi hanno della specifica area di mercato che l'Autorità deve regolare, svolgono una partecipazione qualificata - che potrebbe addirittura condurre alla c.d. "cattura del regolatore"<sup>154</sup> - ma, inoltre, non può sottacersi circa il carattere

---

<sup>150</sup> In termini simili, E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, p. 302, il quale afferma come le amministrazioni dovrebbero svolgere compiti di illustrazione preventiva del funzionamento degli algoritmi dei quali i poteri pubblici intendono avvalersi, garantendo una interlocuzione proattiva con esperti e soggetti interessati.

<sup>151</sup> Nell'ottica, come sottolinea condivisibilmente F. FRACCHIA, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1996, pp. 11 ss., della pertinenza delle manifestazioni all'oggetto del procedimento. Se l'A. svolgeva le proprie considerazioni in ordine alla soluzione migliore, si può sostenere sulla base di ciò che l'arricchimento del materiale cognitorio possa essere funzionale ad una migliore scelta degli *input* immessi nell'algoritmo.

<sup>152</sup> U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, p. 205, ritenendo che "perché l'ordinamento abbia carattere democratico è necessario che l'amministrazione sia democratica, proprio nel senso che non c'è democrazia senza che vi sia anche democraticità dell'amministrazione".

<sup>153</sup> In senso critico, sul punto, P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018, p. 305, il quale è dubbioso circa "l'effettiva adeguatezza della legalità-procedurale al "recupero" della legalità garanzia (e, quindi, della legittimazione democratica)". In passato, non condivideva l'assunto del ripristino della legalità attraverso le forme del giusto procedimento A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, p. 135, in ragione della utopistica realizzabilità di un contraddittorio paritario tra regolatore e regolato.

<sup>154</sup> Quello della cattura del regolatore è certamente un problema relativo al diritto pubblico dell'economia (su cui si rimanda a G. NAPOLITANO, M. ABBRESCIA, *Analisi economica*, cit., *passim*, nonché M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI, N. RANGONE (a cura di), *La qualità delle regole*, Bologna, 2011), ma che negli studi classici la partecipazione fosse intesa come attività volta a superare la relazione conflittuale tra Stato e

estremamente tecnico delle stesse Autorità regolatrici, motivo per il quale esse sono state introdotte nel nostro ordinamento, seppur con delle critiche circa la loro copertura costituzionale<sup>155</sup>. È altrettanto evidente come questo meccanismo non possa trovare applicazione con riferimento ai procedimenti automatizzati condotti dalle amministrazioni tradizionali nell’emanazione di provvedimenti nei confronti di cittadini tecnicamente non qualificati poiché, come è stato affermato, “senza un adeguato *background* scientifico sull’agire amministrativo mediante computer non risulterebbe agevole per la pubblica

---

società non costituisce una novità. Così, la teoria elaborata da Nigro tende ad includere la partecipazione e la dinamica collaborativa del cittadino senza, tuttavia, far venir meno “quella stabilità dei lineamenti organizzativi e quella distinzione dei ruoli che sono essenziali da una parte alla certezza e alla imparzialità dell’organizzazione, dall’altra alla esistenza stessa e alla fecondità della partecipazione” (M. NIGRO, *Il nodo*, cit., p. 231). Sulla stessa linea, M. D’ALBERTI, *La visione e la voce: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 31. Si condividono, infine, le riflessioni svolte da M. CALABRÒ, *Potere amministrativo*, cit., pp. 114-115, che sembra recuperare le preoccupazioni sollevate da Nigro in ordine ad una eventuale crisi dell’assetto democratico derivante dalla rottura del sistema dualistico tra Stato e società, in quanto sostiene che in alcune circostanze “la decisione finale finirebbe per essere facilmente *pilotabile* da parte di quei gruppi di amministrati più forti (e per questo capaci di esercitare un’attività partecipativa più incisiva), con le facilmente intuibili conseguenze di disuguaglianza e violazione dei principi di imparzialità e buon andamento”.

<sup>155</sup> Sul punto, mentre i primi studiosi che si occuparono del tema affermarono che “Negli Stati che dispongono di costituzioni rigide riesce difficile inserire le autorità amministrative indipendenti nell’ordinamento costituzionale” (G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *Scritti scelti*, Milano, 2009, p. 882), una recente ricostruzione sostiene che “nei casi in cui il diritto europeo, impone il modello organizzativo dell’autorità indipendente, la discussione circa la compatibilità dello stesso con l’art. 95 Cost. rischia di divenire “in larga parte oziosa”, perché la legittimazione costituzionale di tale modello “discende proprio dall’ordinamento dell’Unione e, quindi, secondo i nostri paradigmi, dall’art. 117 della Costituzione, che equipara i vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario ai vincoli che discendono dalla Costituzione” (S. BATTINI, *Indipendenza e amministrazione fra diritto interno ed europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, pp. 966-967). Ma, chiaramente, le opinioni menzionate non rappresentano un *unicum* nel panorama dottrinale: a sostegno della tesi per la quale le Autorità indipendenti faticano ancora a trovare un fondamento costituzionale, di recente, G. DE MINICO, *La regulation delle autorità indipendenti: dalla decisione amministrativa all’azione politica*, in A. Contieri, M. Immordino, F. Zammartino (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti tra garanzia e regolazione*, Napoli, 2020, p. 55, sostiene che se il diritto comunitario trova un limite insuperabile nell’art. 1 Cost., il ricorso al diritto sovranazionale “non servirà a introdurre un canale di legittimazione della decisione politica irresponsabile e alternativo all’unico consentito: quello politico-rappresentativo, riconducibile alla volontà del popolo sovrano”. Sostengono, invece, la tesi per la quale il potere di regolazione delle Autorità indipendenti si rinverrebbe nella normativa europea (regolamenti e direttive), in ragione del “primato” del diritto dell’Unione, cfr. F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2002, pp. 26-27. Il “rompicapo costituzionale” (come lo definiva E. CHELI, *L’innesto costituzionale delle autorità indipendenti: problemi e conseguenze*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it)) causato dall’inserimento delle autorità indipendenti nel nostro ordinamento è analizzato anche da M. RAMAJOLI, *L’attuale configurazione delle Autorità indipendenti di regolazione dei mercati: la natura giuridica delle funzioni e la tipologia degli atti*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che nel mentre ritiene ridimensionato il dibattito sulla legittimità costituzionale delle *Authorities* (non solo grazie ai vincoli posti dal diritto europeo, ma anche dal richiamo al principio di imparzialità), al tempo stesso sostiene come le garanzie procedurali rinforzate possano costituire uno strumento in grado di superare la mancata copertura costituzionale delle autorità. G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 663, nel richiamare il pensiero di Barbera, sosteneva in passato che “le libertà costituzionali, in ragione della pregnanza loro riconosciuta dalla Costituzione, avevano bisogno di garanzie non esaurite dai vincoli imposti alla legge dalle singole disposizioni da cui esse erano previste, ma evocavano ‘istituzioni delle libertà’, capaci di tenere sotto controllo i poteri che dovessero minacciarle. Le autorità indipendenti sembrano collocarsi su questa traccia, il che porta a dire che la loro ragione legittimante deve essere reperita nella prima parte della Costituzione”.

amministrazione valorizzare queste grandi potenzialità dell'elaboratore elettronico"<sup>156</sup> e, si aggiunge, senza una adeguata competenza tecnica i cittadini non sarebbero messi nelle condizioni di apportare il proprio contributo nel processo decisionale.

Il ripristino delle garanzie di partecipazione nella parentesi discrezionale del procedimento così come delineato, rischia, quindi, di risultare una conquista esclusivamente formale. Volendo ammettere un intervento degli interessati, diretto a formulare delle osservazioni in ordine alla coerenza e alla bontà dello strumento di intelligenza artificiale, sullo sfondo si può scorgere il pericolo che a queste consultazioni prendano parte esclusivamente i titolari di interessi, soprattutto "datoriali", estremamente rilevanti, tornando così di grande attualità la distinzione effettuata in tempi non troppo recenti da Franco Levi tra la "partecipazione dei dilettanti" e la "partecipazione dei professionisti"<sup>157</sup>.

Il ragionamento sviluppato lungo la traiettoria della relazione tra partecipazione democratica e procedimenti discrezionali automatizzati impone una ulteriore riflessione, che attiene segnatamente alla compatibilità delle decisioni algoritmiche con il principio di collaborazione, introdotto dalla legge n. 120 del 2020 (di conversione del d.l. n. 76 del 2020, c.d. "decreto semplificazioni), il quale dispone che i rapporti tra amministrazione e cittadini devono essere improntati al rispetto dei principi di collaborazione e buona fede. Non volendo soffermarsi sul secondo, sembra utile sottolineare come l'articolo 1, comma 2-bis, della legge n. 241 del 1990 abbia introdotto una regola di reciprocità nei rapporti tra amministrazione e cittadino<sup>158</sup>, che involge dunque un perimetro estremamente più ampio

---

<sup>156</sup> Sono le condivisibili parole di A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, cit., p. 15.

<sup>157</sup> F. LEVI, *Partecipazione e organizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, pp. 151 ss.; in termini, inoltre, cfr. M. D'ALBERTI, *La visione e la voce*, cit., p. 31, il quale afferma espressamente che "la pluralità degli interessi ha finito spesso per risolversi nella disegualianza fra amministrati, nella persistenza dei privilegi di pochi fra loro, nella maggiore capacità di negoziazione dei gruppi meglio organizzati, nel pregiudizio dell'amministrazione a favore di tali gruppi".

<sup>158</sup> Sulla equiparazione tra collaborazione e reciprocità, in termini generali, si veda U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità*, cit., p. 284, secondo il quale la reciprocità si fonda sul fatto che la certezza e la verità dell'ordinamento "sono richieste ad ogni soggetto e verso ogni soggetto, per cui non possono non riguardare entrambi i soggetti di un rapporto". Secondo F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 2006, sostiene che nell'ottica della reciprocità entrambi i soggetti concorrenti alla definizione alla definizione del procedimento "sono contemporaneamente collaboratori gli uni degli altri, venendo meno perciò ogni posizione di preordinata superiorità del pubblico e di subordinazione del privato". Molto incisive sono ad avviso di chi scrive le parole di M. CALABRÒ, *Potere amministrativo*, cit., il quale se in un primo momento sostiene come per *collaborazione* "non si vuole utopisticamente ipotizzare una realtà nella quale lo scontro tra gli interessi pubblici e privati possa sublimarsi in una velleitaria partecipazione disinteressata del privato tesa al raggiungimento del bene comune" (p. 105), successivamente in un certo senso chiude il cerchio rispetto al ruolo che il privato debba assumere nei confronti dell'amministrazione, richiedendo un mutamento della cultura amministrativa non solo dell'amministrazione, ma anche dei cittadini (p. 121). Sul punto, anche S. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale*, Torino, 2008, p. 280, ritiene che "la nozione di *collaborazione* implica l'adesione ad una idea di correttezza *reciproca* e *dinamica*".

rispetto a quello della partecipazione democratica<sup>159</sup>. Ed è proprio una considerazione di questo tipo che induce a ritenere che se è vero quel postulato circa l'impossibilità fattuale per i cittadini di partecipare al procedimento automatizzato in ragione di una scarsa conoscenza tecnica, ciò vale ancor di più con riferimento al principio di collaborazione, nella misura in cui anche le pubbliche amministrazioni non sono fornite di quel grado di conoscenza tale da poter avvicinare la collettività ed i diretti destinatari alla comprensione delle logiche sottese alla macchina. È emblematica in tal senso la sentenza n. 5008 del 2021 del Consiglio di Stato<sup>160</sup>, ove si sostiene - con riferimento allo stretto legame, già notato in passato dalla giurisprudenza, tra collaborazione e soccorso istruttorio - che "il principio di leale collaborazione tra l'amministrazione e il privato, ora scolpito nell'art. 1, comma 2-bis, l. 241/1990, evidente precipitato del principio costituzionale di cui all'art. 97 Cost., induce senza ombra di dubbio a ritenere applicabile l'istituto del soccorso istruttorio laddove un candidato incontri ostacoli oggettivamente non superabili nello svolgimento delle operazioni di presentazione della domanda di partecipazione ad una selezione quando queste siano, obbligatoriamente, eseguibili esclusivamente con modalità digitali, anche nel caso in cui egli

---

<sup>159</sup> A ben vedere, la giurisprudenza storicamente ha fatto rientrare il concetto di collaborazione nell'ambito della partecipazione procedimentale. Da ultimo, T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 10 giugno 2021, n. 3924, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ritiene che Il principio di leale collaborazione fra Amministrazione e cittadino, corollario del più generale principio del giusto procedimento, rende il procedimento amministrativo la sede deputata a chiarire le rispettive posizioni fra le parti. In passato, nel medesimo senso, T.A.R. Abruzzo, Sez. I, 3 novembre 2004, n. 1175, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), dove il giudice abruzzese ha osservato nel caso di specie sarebbe stato violato il principio di collaborazione che dovrebbe sussistere tra amministrazione e cittadini in quanto la revoca del provvedimento (per l'illuminazione votiva del cimitero) sarebbe stata effettuata in violazione degli articoli 7 e 8 della legge n. 241 del 1990. Condivide la lettura per cui la violazione delle norme sulla partecipazione corrisponda *ex se* alla violazione del principio di collaborazione, Cons. St., Sez. VI, 27 febbraio 2008, n. 714, in *Foro amm. (C.d.S.)*, 2008, p. 565. Non si condividono gli approdi di Cons. St., Sez. IV, 13 febbraio 2018, n. 4918, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), i quali sostengono che il fine dell'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento deve essere individuato nella necessità di provocare la collaborazione dell'interessato, proprio perché a nostro avviso si devono tenere distinti gli approdi collaborativi "senza interessi" e quelli nei quali il cittadino deve difendere la propria sfera giuridica soggettiva. Sulla valenza anche collaborativa dell'art. 7 della legge generale sul procedimento amministrativo, inoltre, T.A.R. Campania, Sez. II, 18 febbraio 2013, n. 425, in *Foro amm. (T.A.R.)*, 2013, p. 644; T.A.R. Basilicata, Sez. I, 11 maggio 2011, n. 298, in *Foro amm. (T.A.R.)*, 2011, p. 1730; Cass. civ., Sez. Un., 8 maggio 2007, n. 10367, in *Foro amm. (C.d.S.)*, 2007, p. 2070; T.A.R. Liguria, Sez. II, 27 maggio 2005, n. 747, in *Foro amm. (T.A.R.)*, 2005, p. 1454. In passato, nella stessa direzione dell'ultima pronuncia, cfr. Cons. St., Sez. V, 4 aprile 1991, n. 430, in *Foro amm. (C.d.S.)*, 1991, p. 1065, secondo il quale la partecipazione degli interessati all'istruttoria di un procedimento amministrativo è riferito alla normale attività di collaborazione tra privati ed amministrazione. Seppur sul tema della incompletezza documentale, T.A.R. Lombardia, Sez. III, 26 gennaio 2004, n. 86, in *Comuni Italia*, 2004, n. 4, p. 104, ritiene che l'articolo 7 della legge generale sul procedimento amministrativo disporrebbe un espresso principio di collaborazione tra amministrazione e cittadino. Addirittura, merita di essere menzionata anche solo per la leggerezza con la quale vengono attribuiti significati differenti ai principi dell'azione amministrativa, Cass. civ., Sez. I, 7 febbraio 2014, n. 2795 fa rientrare nell'articolo 7 della legge generale sul procedimento amministrativo i principi di collaborazione, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, norma che com'è noto regola la partecipazione al procedimento di coloro i quali possano ricevere un pregiudizio dal provvedimento dell'amministrazione.

<sup>160</sup> Cons. Stato, sez. VI, 1° luglio 2021, n. 5008, in *Eur. rev. dig. adm. law*, 2021, p...

non abbia dimostrato una brillante dimestichezza nell'utilizzo della metodologia digitale, ma l'amministrazione non abbia messo in campo idonei strumenti di accompagnamento alla procedura e di avvertenza in merito alle insidie che alcune dinamiche di avviamento della presentazione della candidatura avrebbero potuto evidenziare, laddove combinate con concomitanti operazioni di altri candidati idonee a determinare uno *stress* di sistema”.

La strada affinché la relazione tra amministrazione e cittadini nell'amministrazione per algoritmi si muova sul crinale della collaborazione è ancora lunga, non potendosi prevedere quando la collettività sarà in grado di leggere e comprendere le logiche sottese agli strumenti informatici di automazione, né tantomeno quando le amministrazioni pubbliche si doteranno di una quota rilevante di personale qualificato al quale spetterà il compito di agevolare il cittadino nel compimento di attività procedimentali tecnicamente complesse.

Spostando il discorso dal piano dei principi a quello degli istituti, e volendo provare a fornire una risposta in ordine ad un interrogativo sollevato da chi, di recente, si è occupato del rapporto tra azione amministrativa ed utilizzo di strumenti informatici<sup>161</sup>, si ritiene di dover sostenere che l'apertura della giurisprudenza ai procedimenti automatizzati di natura discrezionale non consenta di ritenere applicabile l'automazione per algoritmi alla conclusione di accordi *ex art. 11* della legge generale sul procedimento amministrativo. La natura degli accordi integrativi del provvedimento i quali, com'è noto, hanno per oggetto la negoziazione del contenuto discrezionale del provvedimento, e sono finalizzati a ricercare un miglior bilanciamento tra interessi pubblici e privati nella fase istruttoria, sembra incompatibile con l'esercizio della funzione amministrativa per algoritmi in ragione del fatto che, in tali circostanze, la discrezionalità amministrativa va ascritta al più ad un momento antecedente alla fase istruttoria, che involge proprio la programmazione degli strumenti informatici. L'esclusione di una fase istruttoria caratterizzata da un apporto umano renderebbe priva di qualsiasi effetto - se non addirittura di difficile realizzazione pratica - la presentazione di osservazioni, memorie e proposte, la cui cartina di tornasole sarebbe rappresentata dal superamento dell'idea di un “diritto amministrativo paritario”<sup>162</sup> e dal ritorno, in nome di un progressivo avanzamento e privilegio della tecnica, ad un rapporto di sovraordinazione tra amministrazione e cittadini.

---

<sup>161</sup> R. FERRARA, *Il giudice amministrativo*, cit., p. 791, ritiene che l'applicabilità degli algoritmi alla disciplina degli accordi *ex art. 11* della legge generale sul procedimento amministrativo, nonché a quella dettata dall'art. 21-*octies*, costituiscano degli “interrogativi senza risposta [...] ma che debbono essere affrontati [...] nel fermo rispetto dei principi fondamentali di garanzia del nostro diritto pubblico”.

<sup>162</sup> Sono parole di F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, pp. 807 ss.

Quanto detto induce a ritenere che l'apertura dell'amministrazione per algoritmi anche ai procedimenti discrezionali, tuttavia privi di momenti partecipativi tra amministrazione e privati, potrebbe comportare un notevole incremento del contenzioso dinanzi ai giudici amministrativi per violazioni delle norme di legge<sup>163</sup>, imponendo così il ripensamento di tale estensione nella misura in cui verrebbe scaricata al giudice la composizione di un conflitto nato, principalmente, dalla scelta dell'amministrazione di avvalersi di una 'regola tecnica' e restringendo l'area della discrezionalità amministrativa nella fase istruttoria<sup>164</sup>.

#### 6. Oltre l'accesso procedimentale: la crisi della trasparenza amministrativa al tempo degli algoritmi ed il predominio della tecnica.

La trasparenza dell'algoritmo, da intendersi come concreta ed effettiva conoscenza della 'regola tecnica' utilizzata dalla pubblica amministrazione, risulta essere il tema maggiormente invocato, seppur con diversa intensità, dalla giurisprudenza, dalla dottrina<sup>165</sup> e dal legislatore europeo<sup>166</sup> al fine di legittimare l'esercizio della azione amministrativa automatizzata<sup>167</sup>. Molto spesso, infatti, le dinamiche sottese all'algoritmo non sono facilmente intelleggibili non soltanto per il privato che non dispone delle competenze specifiche per tradurre la regola tecnica in un passaggio giuridico, ma neppure per l'amministrazione, sia laddove si prediliga lo strumento degli algoritmi di auto apprendimento, sia per il costante processo di aggiornamento dei *software* che non consente una conoscibilità nel lungo periodo del procedimento argomentativo della macchina, incidendo negativamente anche sulla stabilità del risultato<sup>168</sup> e generando una "drammatica carenza di trasparenza"<sup>169</sup>.

---

<sup>163</sup> Sul punto, diffusamente, A.G. OROFINO, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e elementi di tutela*, in *Foro amm. (C.d.S)*, 2002, pp. 2256 ss.

<sup>164</sup> Sempre in termini generali, sul punto, S. CASSESE, *Che cosa resta*, cit., pp. 5-6.

<sup>165</sup> Una conferma della pervasività delle nuove tecnologie nell'attività (e nell'organizzazione) amministrativa emerge anche dall'attenzione che la manualistica di riferimento inizi a ragionare sui temi della trasparenza (nonché della responsabilità) nei procedimenti automatizzati. Sul punto, G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo. L'attività*, Milano, 2020, spec. pp. 88 ss.

<sup>166</sup> Basti pensare al recente *Artificial Intelligence Act* del Parlamento europeo, approvato il 21 aprile 2021, in cui il termine "transparency" compare oltre 30 volte, a conferma della rilevanza (e della complessità) che attiene al tema della intelleggibilità degli strumenti di intelligenza artificiale.

<sup>167</sup> Si tratta di un tema che si è già posto con riferimento alla c.d. conoscibilità del *software*: sul punto, A.G. OROFINO, *Open source e pubblica amministrazione*, in G. Cassano (a cura di), *Diritto delle nuove tecnologie informatiche e dell'Internet*, Milano, 2002, p. 1317, nonché F. FRACCHIA, *Open source e pubblica amministrazione*, in M. Bertani (a cura di), *Open source*, Milano, 2005, p. 216.

<sup>168</sup> Così, si veda S. SASSI, *Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità*, in *An. giur. econ.*, 2019, p. 110.

<sup>169</sup> In questi termini, A. MASUCCI, *Vantaggi e rischi dell'automazione algoritmica delle decisioni amministrative*, in *Scritti in onore di E. Picozza*, Napoli, 2019. Sottolinea M.R. SPASIANO, *Trasparenza e*

Da ciò deriverebbe - destando non poche preoccupazioni - un progressivo avvicendamento di una tensione strutturale tra il principio di imparzialità e quello di trasparenza, sbilanciato evidentemente a favore del primo, i quali invece dovrebbero coesistere nella logica di un giusto procedimento, ancorché automatizzato. In particolare, nonostante gli ultimi approdi del Consiglio di Stato ritengano necessaria, sul piano del dover essere, la conoscenza effettiva dell'algoritmo da parte dei soggetti privati come chiave di volta per legittimare le decisioni interamente automatizzate, sul versante dell'essere è di tutta evidenza come il modello di amministrazione trasparente, in ragione della complessità tecnica sottesa a tali strumenti informatici, venga sacrificato sull'altare di una presunta efficienza ed imparzialità amministrativa che, tuttavia, nasconde pericolose insidie in ordine alla opacità degli algoritmi<sup>170</sup>.

Una conferma di quanto sostenuto si rinviene dall'interpretazione di alcuni passi delle recenti pronunce del Consiglio di Stato, le quali, nel ritenere centrale il principio di trasparenza nell'amministrazione per algoritmi, riflettono le distanze che vi sono tra la pubblicità dell'algoritmo e la garanzia effettiva della trasparenza, che involge specificamente il tema della intellegibilità di tali strumenti informatici. Anzitutto, va condivisa l'opinione di chi ritiene che nell'ambito di un procedimento robotizzato il privato incapperebbe non solo nell'opacità dell'algoritmo - in quanto ne verrebbe garantita la sola conoscibilità, e non la effettiva conoscenza<sup>171</sup> - ma soprattutto nell'impossibilità di

---

*qualità dell'azione amministrativa*, in *Nuove aut.*, 2005, p. 946, come nelle società ad alto tasso di tecnicismo ed informatizzazione, "l'eccesso di informazione finisce talora col rendere poco accessibile o incomprensibile ai più (ossia ai c.d. non addetti ai lavori) la sostanza delle problematiche e delle scelte - politiche e non - che hanno ricaduta sulla generalità dei consociati".

<sup>170</sup> Analizza la natura 'trifasica' dell'opacità algoritmica A. MASCOLO, *Gli algoritmi amministrativi*, cit., p. 371, dove si afferma che "il primo livello di opacità è di tipo *intenzionale*, e si tratta dell'imperscrutabilità appositamente creata dal titolare del *copyright* sul *software* [...] il secondo livello di opacità è di tipo *tecnico* e dipende dal fatto che il linguaggio macchina ha una sintassi del tutto avulsa da quella del linguaggio naturale. Anche quando esso è reso materialmente visibile, infatti, *il codice risulta comunque illeggibile per tutti coloro che non abbiano competenze informatiche avanzate*. L'opacità algoritmica è poi ulteriormente aggravata - e questo è il terzo livello, la c.d. opacità *intrinseca* - aggravata nel caso di algoritmi capaci di *machine learning* e di *deep learning*. In termini, anche A. COIANTE, *Il Giudice amministrativo delinea le regole del (nuovo) procedimento algoritmico? Riflessioni a margine di Cons. Stato, Sez. VI, n. 8472*, in F. Aperia Bella, A. Carbone, E. Zampetti (a cura di), *Dialoghi di diritto amministrativo. Lavori del laboratorio di diritto amministrativo 2019*, Roma, 2020, pp. 129 ss.

<sup>171</sup> G. AVANZINI, *Decisioni amministrative*, cit., p. 145. G. LO SAPIO, *La black box: l'esplicabilità delle scelte algoritmiche quale garanzia di buona amministrazione*, in *Federalismi.it*, 2021, p. 122, secondo la quale "la conoscibilità astratta della natura "robotica" della decisione e la comprensibilità del suo contenuto confluiscono nel principio composito della "esplicabilità". Un'indagine sulla differenza tra pubblicità e trasparenza è stata svolta da G. ARENA, *Trasparenza amministrativa* (voce), in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, pp. 5945 ss., spec. pp. 5947-5948. Secondo l'A., si parla di pubblicità ogni qualvolta l'atto sia conoscibile, ma la pubblicità assume le vesti della trasparenza quando, oltre alla conoscibilità - che è potenziale - viene assicurata la conoscenza reale, la comprensione ed il controllo. Inoltre, R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, ove l'A. ritiene che le esigenze della trasparenza siano

comprendere il processo decisionale che ha generato lo strumento informatico<sup>172</sup>, nella misura in cui la parte che intende richiedere accesso dovrà affidarsi all'interpretazione tecnica di un esperto ed accettarne passivamente l'esito, in una ottica contraria al carattere proattivo del principio di trasparenza<sup>173</sup>. Le zone d'ombra che derivano dall'utilizzo degli algoritmi non incidono esclusivamente nei confronti dei cittadini e dei giudici, come sostiene la giurisprudenza<sup>174</sup>, ma riguardano anche l'amministrazione stessa: a ben vedere, questo risulta essere il principale limite delle decisioni del Consiglio di Stato in ordine alla conformità dell'amministrazione per algoritmi al principio di trasparenza, nella misura in cui, in primo luogo, considera scontata - laddove, come si vedrà, non lo è affatto - la capacità dei funzionari pubblici di comprendere le regole tecniche contenute nell'algoritmo<sup>175</sup> e, in

---

quelle "di chiarezza, di comprensibilità, di non equivocità di una struttura [...] e del suo agire, anche al fine di garantire l'affidamento dei cittadini e di altre strutture organizzative pubbliche e private in ordine al rispetto dei principi della imparzialità, del buon andamento e della stessa legalità" (p. 419), mentre la pubblicità "si sostanzia in una semplice condizione, in un mero stato, di per sé neutro, dell'atto o dell'organizzazione o del procedimento amministrativo [...] non dotata in quanto tale di una sua autonoma pregnanza assiologica, ponendosi piuttosto come strumento per lo più necessario, ma non sempre sufficiente, per assicurare la realizzazione del valore "trasparenza". Nello stesso senso, M.R. SPASIANO, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 126, secondo il quale l'amministrazione "è obbligata ad assumere modelli organizzativi e forme comportamentali lineari, semplici, comprensibili e certi", nonché F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza*, in *Scritti in onore di Roberto Marrama*, Napoli, 2012, I, pp. 639 ss. Una approfondita analisi della distinzione, soprattutto alla luce dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 33 del 2013, viene svolta da A. SIMONATI, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*, in *Dir. amm.*, 2013, pp. 749 ss., la quale ritiene come il provvedimento sopra citato si caratterizzi per la scarsa chiarezza dell'uso del termine trasparenza effettuato dal legislatore che, di conseguenza, ha comportato una diminuzione della nozione rispetto a quella tradizionale. Per una più ampia analisi sulla differenza tra conoscibilità e conoscenza, su tutti, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 1024.

<sup>172</sup> In passato, vi era già chi riteneva che per assicurare la trasparenza nell'azione amministrativa - nel senso di predeterminare le scelte operate a monte dall'amministrazione - non fosse sufficiente garantire il mero accesso agli atti, bensì si riteneva necessario che le procedure fossero regolate in modo da rendere verificabile l'eshaustività del materiale acquisito, al fine di evitare "zone d'ombra nell'accordare indebite prevalenze a certe sfere di interesse, sacrificandone altri". In questi termini, A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., p. 41. Dello stesso avviso, ma ancor prima, F. LEDDA, *Problema amministrativo*, cit., p. 138, affermava come l'esibizione degli atti del procedimento consentisse non solo la conoscibilità dei risultati delle operazioni compiute, ma soprattutto "la ragion d'essere di queste e quindi i criteri ed obiettivi dell'indagine".

<sup>173</sup> Non si condivide per tale motivo l'interpretazione di G. LO SAPIO, *La trasparenza sul banco di prova dei modelli algoritmici*, in *Federalismi.it*, 2021, p. 247, ove sostiene che "il principio di trasparenza [...] qualora sia utilizzato un sistema algoritmico, si traduce nell'obbligo di garantire al destinatario la capacità di comprendere autonomamente, senza il ricorso ad esperti esterni dotati di competenza informatica [...] la ratio del processo decisionale". Questa lettura è stata smentita da A.G. OROFINO, *La trasparenza*, cit., p. 201, il quale ritiene che un tale affidamento a soggetti esperi sarebbe da rifiutare "per gli oneri evidenti che verrebbero posti in capo alle parti processuali ed allo stesso giudice".

<sup>174</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, punto 8.3; Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, punto 13.1; Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, punto 10.

<sup>175</sup> E ciò si inserirebbe in un percorso volto a ritenere che l'amministrazione per algoritmi, a prescindere dalla possibilità di accedere o meno al codice sorgente, non raggiunga l'obiettivo della piena trasparenza, poiché, come affermava un autorevole studioso, "una pubblica Amministrazione che intenda essere trasparente deve procedere anche alla istituzione di strutture organizzative istituzionalmente deputate ad offrire [...] informazioni ad altri settori dell'Amministrazione stessa e ai cittadini sulle finalità che si prefigge, sul modo in cui intende perseguirle, sull'attività che a tal scopo sta predisponendo o ha già predisposto, sui

secondo luogo, poiché non tiene in considerazione la possibilità di una c.d. opacità intrinseca, che rende complessa, anche per i programmatori dello strumento informatico, la comprensione del processo decisionale fondato sulla regola tecnica di autoapprendimento<sup>176</sup>.

Dagli insegnamenti di autorevole dottrina, anche straniera<sup>177</sup>, si evince come non sia più sufficiente garantire il semplice diritto di accesso all'atto amministrativo (o, invero, al "codice sorgente"), ma l'esigenza che sembrerebbe avvertirsi nei recenti studi, soprattutto nei procedimenti in cui l'utilizzo della tecnica - per utilizzare un eufemismo - indirizza la decisione finale da parte dei pubblici poteri, è quella per cui le amministrazioni pubbliche si muovano nella direzione di una "declinazione rafforzata" trasparenza dell'azione amministrativa<sup>178</sup>, rendendo così intellegibile non solo l'atto conclusivo del procedimento, ma anche l'intero processo decisionale in un'ottica di maggiore tutela degli interessati e della collettività<sup>179</sup>.

Questo passaggio, sebbene imprescindibile in un ragionamento che intende garantire un livello minimo di *accountability* all'esercizio della funzione amministrativa, sembra tuttavia scontrarsi con la complessità della elaborazione algoritmica che, combinata con la varietà di dati coinvolti nei calcoli, difficilmente potrebbe condurre ad un risultato informativo attraverso una semplice 'spiegazione dei passi dell'algoritmo', soprattutto nei casi in cui vengano utilizzati strumenti di *machine learning*<sup>180</sup>. Se la comprensione del comportamento degli algoritmi risulta essere un obiettivo particolarmente difficile da conseguire, ma che

---

provvedimenti, documenti ed atti a ciò strumentali". In tal senso, R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza*, cit., p. 432.

<sup>176</sup> Sul punto, si rimanda allo studio di J. COBBE, *Administrative Law and the Machines of Government: Judicial Review of Automated Public-Sector Decision-Making*, in *Legal Studies*, 2019, vol. 39, pp. 636 ss.

<sup>177</sup> Per ciò che concerne alle problematiche dell'azione amministrativa automatizzata nell'ordinamento spagnolo, si veda I.M. DELGADO, *Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada*, in *Revista de Administración pública*, 2009, pp. 353 ss., spec. pp. 376-377. Secondo l'A. risulta necessario consentire agli interessati i criteri e le modalità che guideranno il procedimento; se ciò non dovesse essere garantito, il provvedimento sarebbe assunto in violazione delle garanzie procedurali attribuite al cittadino dalla legge sul procedimento amministrativo spagnolo.

<sup>178</sup> G. MARCHIANÒ, *La legalità algoritmica nella giurisprudenza amministrativa*, in *Dir. econ.*, 2020, p. 252; M.R. SPASIANO, *Trasparenza e qualità*, cit., p. 962, sostiene condivisibilmente che la trasparenza si traduce "nell'obbligo, facente capo in chi agisce, di far comprendere, anche "facendo vedere" [...] a quanti siano interessati".

<sup>179</sup> D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0?*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 3, affermano come la pubblica amministrazione debba essere in grado di motivare e spiegare adeguatamente le decisioni assunte, non solo per ciò che attiene al contenuto finale (trasparenza dell'atto) ma soprattutto per rendere intellegibile il procedimento che ha condotto all'adozione della decisione. Ritiene invece che l'utilizzo degli algoritmi informatici nel procedimento amministrativo dovrebbe essere mediato da garanzie di trasparenza sul funzionamento degli strumenti di elaborazione e di imparzialità della loro applicazione, M. FALCONE, *Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, pp. 601 ss.

<sup>180</sup> AA. VV., *A governance framework for algorithmic accountability and transparency*, Bruxelles, 2019, pp. 76-77. In termini simili, A.G. OROFINO, *La semplificazione digitale*, in *Dir. econ.*, 2019, p. 108.

consentirebbe l'allentamento della tensione tra il principio di imparzialità e quello di trasparenza, entrare nelle logiche del funzionamento del sistema informatico avrebbe poco valore per la conoscenza e comprensione degli *output*<sup>181</sup>. Per una comprensione del sistema nel suo complesso, infatti, gli approcci comprendono una revisione del codice sorgente, l'analisi dei dati di *input*, l'analisi statistica dei risultati e, infine, l'analisi della sensibilità agli stessi dati di partenza<sup>182</sup>: passaggi che, evidentemente, oltre a non garantire una sufficiente quota di effettività al principio di trasparenza, sembrano di difficile svolgimento in assenza del coinvolgimento diretto degli sviluppatori del sistema<sup>183</sup>.

Pur nello scetticismo di garantire la trasparenza ad un meccanismo di per sé caratterizzato da una opacità strutturale, alla soluzione offerta dal Consiglio di Stato va riconosciuto quantomeno il pregio di superare l'orientamento della sentenza n. 3769 del 2020 del T.A.R. Lazio, che classificava il *software* quale atto amministrativo informatico in grado di costituire, modificare ed estinguere le situazioni giuridiche individuali<sup>184</sup>, in contrasto con chi già in passato riteneva che la "riduzione a formula matematica di alcune componenti della decisione può costituire un utile strumento istruttorio per la decisione, ma non sostituire la decisione stessa"<sup>185</sup>. L'accoglimento dell'interpretazione che sovrappone il *software* al provvedimento amministrativo, non qualificandolo, come si ritiene più plausibile, come una particolare tecnica che si colloca nel solco del processo decisionale, oltre ad entrare in contraddizione con le direttrici che hanno segnato l'evoluzione in sede normativa del principio di trasparenza, si caratterizzerebbe per l'illusione di poter garantire una conoscenza

---

<sup>181</sup> In termini simili, A.G. OROFINO, *La trasparenza*, cit.

<sup>182</sup> AA. VV., *A governance*, cit., p. 77.

<sup>183</sup> A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, p. 1184; con riferimento alla lettura straniera, cfr. M. ANANNY, K. CRAWFORD, *Seeing without knowing: limitations of the transparency ideal and its application to algorithmic accountability*, in *New media & soc.*, 2018, vol. 20, III, p. 981, i quali sostengono che "It may be necessary to access code to hold a system accountable, but seeing code is insufficient. System builders themselves are often unable to explain how a complex system works, which parts are essential for its operation, or how the ephemeral nature of computational representations are compatible with transparency laws".

<sup>184</sup> T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-bis, 14 febbraio 2017, n. 3769, punto 2, cit. Una ampia ricostruzione, seppure non pienamente condivisibile, viene svolta da I. FORGIONE, *Il caso dell'accesso al software*, cit., pp. 647 ss.; in termini generali, sono di questo avviso U. FANTIGROSSI, *Automazione*, cit., pp. 55 ss., sulla scorta di considerazioni volte a valorizzare l'anticipazione dell'esercizio del potere, in modo tale che "l'atto finale si configuri come il risultato delle determinazioni assunte in sede di predisposizione del programma per il calcolatore"; in una diversa prospettiva, A. USAI, *Le prospettive di automazione delle decisioni amministrative*, cit., p. 174, qualifica il software utilizzato per l'emanazione di atti automatici come atto interno. Non condividono tale interpretazione A.G. OROFINO, G. GALLONE, *L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione*, in *Giur. it.*, 2020, p. 1742, i quali ritengono che la circostanza in virtù della quale il contenuto di un atto amministrativo sia decifrabile da un numero ristretto di tecnici programmatori, e non anche da amministrazioni e cittadini, costituisca un elemento dirimente all'accoglimento della tesi che qualifica il *software* come atto amministrativo.

<sup>185</sup> F. MERUSI, *Conclusioni*, in *Analisi economica e diritto amministrativo, Annuario AIPDA 2006*, Milano, 2007, pp. 313 ss.

ed una comprensione piena della tecnica attraverso la semplice ‘visione’ del codice sorgente che dirige le diverse parentesi procedimentali. Nelle recenti pronunce e nell’interpretazione di una parte della dottrina, per i procedimenti amministrativi automatizzati si accoglie esclusivamente l’idea del diritto di accesso procedimentale, a spiccata tendenza difensiva, essendo lo stesso esercitabile esclusivamente in presenza di una lesione attuale del bene della vita cui il privato aspira. Tale lettura si pone in contrasto con una concezione a maglie più larghe dell’accesso generalizzato - l’unica che può essere accolta in una prospettiva evolutiva che si muova nel senso di una comprensione effettiva del comportamento dell’algoritmo - la quale consentirebbe al privato di conoscere in concreto i dati che riguardano le pubbliche amministrazioni e di partecipare consapevolmente alle decisioni pubbliche<sup>186</sup>.

Parlare di trasparenza potrebbe quindi risultare fuorviante, in presenza di una tecnologia caratterizzata da una complessità tale che difficilmente il destinatario delle informazioni potrà essere in grado di comprendere effettivamente tutti gli aspetti dell’operatività del sistema con cui interagisce, con il rischio di una tutela meramente formale<sup>187</sup>.

Alla luce di quanto brevemente sostenuto, è agevole sostenere come il tema della trasparenza algoritmica mette in luce un ennesimo momento di tensione tra “la funzione ordinatrice e di garanzia del diritto e il ruolo ancillare della tecnica”<sup>188</sup>. Non sembra operazione particolarmente complessa quella di cogliere i risvolti negativi della relazione, laddove si ritenga che l’amministrazione 4.0 si caratterizzi evidentemente per una ‘oscurità intrinseca’ non solo dell’algoritmo, bensì dei decisori politici stessi, che hanno traghettato i pubblici poteri in una “*black box society*”<sup>189</sup>, felice locuzione coniata negli Stati Uniti che indica sistemi il cui funzionamento rimane spesso oscuro e poco comprensibile.

Venticinque anni fa, vi era in dottrina chi si chiedeva se fosse possibile immaginare l’esistenza di un provvedimento amministrativo il cui contenuto potesse essere decifrato unicamente da un numero ristrettissimo di tecnici programmatori, e non anche dalle amministrazioni pubbliche e dai cittadini<sup>190</sup>. Oggi, invece, ci chiediamo se sia possibile

---

<sup>186</sup> In tal senso, G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell’arte di rendere oscure le cose semplici*, in *federalismi.it*, n. 1/2017.

<sup>187</sup> Esprime perplessità sulla possibilità di conseguire il risultato della piena trasparenza, nel senso di una spiegazione comprensibile del codice sorgente alla base dell’algoritmo, N. MUCIACCIA, *Algoritmi e procedimento discrezionale: alcuni arresti della giustizia amministrativa*, in *Federalismi.it*, 2020, p. 350.

<sup>188</sup> In questi termini, condivisibilmente, C. ACOCELLA, *Innovazione tecnologica e innovazione amministrativa. L’automazione delle decisioni nel quadro della riforma della P.A.*, in F. Liguori (a cura di), *Il problema amministrativo*, cit., p. 219.

<sup>189</sup> Il termine è di F. PASQUALE, *The Black Box Society*, Cambridge-London, 2015.

<sup>190</sup> G. SARTOR, *I linguaggi (e i sistemi) informatici: un vincolo per il giurista?*, in *Riv. not.*, 1998, p. 825.

ritenere che la decisione amministrativa possa essere il frutto dell'applicazione di un algoritmo informatico che neppure i tecnici programmatori sono in grado di comprendere. Fermo restando che pare evidente dalle perplessità manifestate dall'inizio del lavoro come la risposta non possa che essere negativa, l'ossimoro della comprensibilità dell'algoritmo certamente non può essere sciolto, poiché non può certo pretendersi che tutti i cittadini che richiedano l'esibizione del codice sorgente siano in grado di cogliere gli aspetti problematici sottesi ad esso. E ciò costituisce certamente un altro mancato obiettivo per il conseguimento della "buona amministrazione tecnica": in altre parole, da questo scenario emerge la resistenza e l'avanzamento esclusivamente della tecnica, che continuerà ad espandersi e predominare nei confronti del diritto, mentre la buona amministrazione e le garanzie ad essa sottese, come ad esempio quella del diritto a conoscere in concreto le logiche del processo decisionale<sup>191</sup>, continueranno a retrocedere<sup>192</sup>.

*7. Dall'opacità dell'algoritmo all'inspiegabilità del provvedimento. La motivazione delle decisioni algoritmiche.*

La prospettiva dalla quale emerge la concreta difficoltà di adeguare la decisione automatizzata ai canoni della trasparenza amministrativa svela, conseguentemente, un ulteriore punto debole della costruzione di uno statuto dell'amministrazione per algoritmi a legislazione invariata, rinvenibile in particolare nella retorica dell'obbligo di motivazione della decisione<sup>193</sup>. Invero, come è stato efficacemente sostenuto in passato, l'esigenza di

---

<sup>191</sup> Sono del tutto condivisibili le opinioni espresse da S. DEL GATTO, *Potere algoritmico, digital welfare state e garanzie per gli amministrati. I nodi ancora da sciogliere*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, pp. 846-848, ove l'A. sostiene che la trasparenza nel processo decisionale automatizzato svolge principalmente quattro finalità: la prima, per cui "il principio è funzionale al controllo dell'amministrazione sull'algoritmo al fine di ridurre il rischio di errori o pregiudizi legati alla progettazione dello stesso, e contribuisce a legittimare la regola algoritmica"; la seconda, in virtù della quale la trasparenza contribuirebbe a "garantire il principio di non esclusività della decisione amministrativa in quanto la conoscenza e l'intellegibilità dell'algoritmo valorizzano l'intervento umano preservandone l'autonomia nel processo decisionale non interamente automatizzato"; in terzo luogo, la trasparenza attuerebbe il principio di responsabilità, "in quanto mette l'amministrazione in grado di giudicare la correttezza dei risultati, di valutare se la decisione presa è adeguata e di motivarla in modo ragionevole"; infine, la trasparenza sarebbe funzionale al rispetto dei principi del giusto procedimento.

<sup>192</sup> In termini, A. MASCOLO, *Gli algoritmi amministrativi*, cit., p. 375.

<sup>193</sup> Vi è in dottrina chi ritiene la motivazione come un "autonomo diritto di informazione del privato", funzionale a ridurre le asimmetrie conoscitive tra l'amministrazione che decide ed il privato che ne subisce le externalità negative. In questi termini, G. MANNUCCI, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, p. 840. Tale lettura non è condivisa da A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013, il quale, dopo aver sostenuto che l'ambito applicativo dell'istituto della motivazione non coincida con quello della pubblicità e della trasparenza amministrativa - e ciò poiché la legge generale sul procedimento amministrativo impone di motivare anche gli atti riservati - (p. 244), aggancia la motivazione del provvedimento amministrativo ad una "responsabilità

trasparenza sottesa all'obbligo di motivazione, nel caso di un provvedimento deciso essenzialmente sulla scorta di uno strumento informatico conoscibile in concreto solo da una ristretta platea di soggetti, avrebbe lo scopo di "attutire la sensazione di oscurità e di anonimato che il privato avverte verso il procedimento amministrativo automatizzato"<sup>194</sup>. Su questo punto non sembrano emergere contrasti interpretativi nelle recenti pronunce della giurisprudenza<sup>195</sup>, sebbene le argomentazioni siano caratterizzate da una diversa prospettiva determinata dall'accettazione, o meno, di un procedimento interamente automatizzato.

Secondo una prima ricostruzione, che ritiene imprescindibile l'apporto umano, il T.A.R. Lazio, con la sentenza n. 9277 del 2018, afferma, come è già stato ricordato, che la ricaduta dal punto di vista sostanziale del ricorso ad algoritmi informatici (anche se in quella sede non si distingue qui la natura dello strumento informatico) si sostanzierebbe nella violazione di legge e, segnatamente, nella violazione dell'obbligo di motivazione del provvedimento amministrativo: ma oltre alla prospettiva della 'mera' annullabilità del provvedimento amministrativo, a detta del giudice di primo grado l'automazione dell'intero procedimento amministrativo implicherebbe addirittura una lesione del diritto fondamentale di difesa, costituzionalmente tutelato dall'art. 24, essendo compromessa la possibilità per il privato di agire in giudizio contestando l'iter logico-giuridico seguito dall'amministrazione<sup>196</sup>.

Un secondo orientamento, evidentemente più cauto nella misura in cui ritiene possibile - ed auspicabile - lo svolgimento dell'attività amministrativa (anche discrezionale) in assenza di un apporto umano, considera comunque imprescindibile - in controtendenza con chi ha affermato che "la salvezza del principio di motivazione passa forse per il suo

---

funzionale riferibile alla decisione ed agli effetti ad essa collegati" (p. 251). In termini generali, all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 241 del 1990, S. AGRIFOGLIO, *La trasparenza dell'azione amministrativa ed il principio del contraddittorio: tra procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, pp. 46 ss., sosteneva che l'antecedente logico della realizzazione della trasparenza amministrativa era rinvenibile, oltre che nel diritto di informazione e nel principio del contraddittorio, anche nel conseguente obbligo di motivazione del provvedimento amministrativo. Con riferimento alla necessità di un rapporto più intenso tra principio di trasparenza ed obbligo di motivazione nella costruzione di una cornice procedimentale per legittimare l'amministrazione per algoritmi, di recente, E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica*, cit., p. 291.

<sup>194</sup> La felice formulazione si deve ad A. MASUCCI, *Atto amministrativo informatico*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1977, p. 226.

<sup>195</sup> Anche se, come nota A.G. OROFINO, *La trasparenza*, cit., p. 230, in passato alcune pronunce del giudice amministrativo ritenevano che la meccanizzazione delle funzioni giustificasse l'omissione della motivazione. In termini, Cons. Stato, sez. IV, 18 ottobre 2002, n. 5758, in *Foro amm. (C.d.S.)*, 2002, p. 2384, ove il giudice amministrativo, chiamatosi a pronunciare su un provvedimento di chiamata alla leva militare, affermava che "la mancanza di motivazione della cartolina-precetto trova giustificazione nella meccanizzazione del servizio essendo sempre e solo possibile il riscontro tra il contenuto del "precetto" ed i c.d. tabulati d'ufficio, a disposizione degli interessati, presso i Distretti di Leva".

<sup>196</sup> T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-bis 10 settembre 2018, n. 9227, punto 3.2, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); sul punto, si vedano anche le considerazioni di L. CASINI, *Lo Stato nell'era di Google*, Milano, 2020, pp. 65-66.

ridimensionamento”<sup>197</sup> - la formulazione di passaggi esplicativi che consentano di tradurre “la regola tecnica nella regola giuridica”, necessari per fornire ai privati ed al giudice una motivazione adeguata del procedimento seguito dalla macchina<sup>198</sup>. Secondo il Consiglio di Stato, dunque, la motivazione è obbligatoria e non deve costituire un semplice richiamo *per relationem* all’algoritmo<sup>199</sup> - nel senso di una motivazione numerica, la cui applicabilità, come sostiene autorevole dottrina, contrasterebbe con la ragion d’essere della motivazione<sup>200</sup> - ma piuttosto deve dar conto del fondamento della ponderazione di interessi operata dall’amministrazione proprio alla stregua di una motivazione ‘tradizionale’<sup>201</sup>.

---

<sup>197</sup> B.G. MATTARELLA, *Il declino della motivazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, p. 622, il quale ha inoltre affermato che “Per interrompere il declino della motivazione, allora, forse occorre non solo difendere le garanzie formali, ma anche fare una valutazione dei suoi costi, oltre che dei suoi benefici”.

<sup>198</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, punto 8.3; Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, punto 13.1; Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, punto 10.

<sup>199</sup> Prospettiva che invece recentemente sembra essere condivisa da G. MARCHIANÒ, *La legalità algoritmica*, cit., p. 246, ove ritiene che “il divetto di motivazione derivante dall’uso del *software* potrebbe essere supplito a priori dall’amministrazione con una motivazione *per relationem*: motivazione derivante dal rinvio a ulteriori atti presupposti e pareri ottenuti dall’amministrazione dai quali si possa evincere che l’atto terminale è conforme ai principi dell’azione amministrativa e che, in tal modo, supplisce alla carenza di una specifica motivazione”, nonché da M.S. BONOMI, *La motivazione dell’atto amministrativo: dalla disciplina generale alle regole speciali*, Roma, 2020, p. 48, secondo la quale “La motivazione algoritmica, infatti, viene generata tramite un meccanismo automatico di reperimento, collegamento e giustapposizione di norme e dati”. Si tratta, a ben vedere, di un tema approfondito dalla prima letteratura che si è occupata anche delle patologie dell’atto amministrativo elettronico: in tal senso, e cioè sulla possibilità di motivare *per relationem* anche quest’ultimo, cfr. F. SAIITA, *Le patologie dell’atto amministrativo elettronico*, cit., p. 22; in termini, anche A. MASUCCI, *Atto amministrativo*, cit., p. 226, nonché U. FANTIGROSSI, *Automazione*, cit., p. 135.

<sup>200</sup> È possibile rinviare, sul punto, agli spunti di M. RAMAJOLI, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, pp. 894 ss., la quale esprime un netto dissenso rispetto all’orientamento giurisprudenziale il quale riteneva che l’obbligo di motivazione fosse correttamente adempiuto anche attraverso il ricorso ad un punteggio numerico. Secondo l’A., lo “svuotamento” dell’obbligo di motivazione si fonda su una interpretazione anomala del principio del buon andamento. Ritiene che la motivazione numerica non sia una vera e propria motivazione, ma costituisca espressione del giudizio finale e ritiene illogica (sotto il piano logico e giuridico) l’idea di combinare valutazione numerica e motivazione del provvedimento, F.G. SCOCA, *Punteggio numerico e principio di buon andamento*, in *Giur. cost.*, 2011, pp. 2279 ss.; l’A. prosegue affermando che nei riguardi delle valutazioni tecniche, “il dato numerico esprime il giudizio complessivo sull’elaborato, ma non ha nulla a che fare con la motivazione. Il numero misura una quantità (un valore), ma non esprime nulla sul modo in cui viene determinata la quantità (il valore)”. Ancora, sul punto, A. ROMANO TASSONE, *Motivazione nel diritto amministrativo* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1997, p. 688, secondo il quale la semplice apposizione del “numerale cardinale esprime la votazione attribuita alla prova [...] *non costituisce la motivazione della valutazione, bensì la valutazione stessa*” (corsivi nostri).

<sup>201</sup> G. AVANZINI, *Decisioni amministrative*, cit., p. 151, sostiene come “la motivazione non si esaurisce nella semplice trasmissione dei *files* con il programma, ma richiede un processo discorsivo ulteriore, un’enunciazione di cui si rivaluta la componente comunicativa, informativa e la dimensione relazionale dell’istituto”. In termini generali, si recuperano le considerazioni svolte da A. ANDREANI, *Idee per un saggio sulla motivazione obbligatoria dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, pp. 26-27, ove si ritiene che la motivazione *per relationem* non costituisca una “deroga ai requisiti della motivazione valida, ma piuttosto costituisce prescrizione di garanzia ai fini della utilizzazione *del richiamo a provvedimenti o pareri acquisiti nel corso dell’istruttoria*”. Si condividono le opinioni espresse da I.M. MARINO, *Giudice amministrativo, motivazione degli atti e «potere» dell’amministrazione*, in *Foro amm. (T.A.R.)*, 2003, p. 360, ove viene affermato che la motivazione “si riconduce a come la funzione è stata svolta in concreto e secondo il concreto gioco degli interessi in campo in quel procedimento [...] Non si tratta, quindi, soltanto di richiamare norme o fatti, bensì di valutare *palesamente* interessi, concretizzando l’interesse pubblico del caso specifico e le modalità della sua cura”.

In un tale contesto caratterizzato da un evidente vuoto normativo<sup>202</sup>, sembrerebbe soccorrere a garanzia dell'obbligo di motivazione l'art. 13, co. 2, lett. f), del Regolamento generale sulla protezione dei dati, n. 697 del 2016, il quale dispone che l'interessato, nell'ambito di un processo decisionale automatizzato, debba ricevere delle "informazioni significative sulla logica utilizzata". Deve, tuttavia, condividersi l'opinione di chi ritiene debole il richiamo alla disposizione da ultimo menzionata, e ciò non soltanto perché la semplice conoscenza delle informazioni non comporta alcun effetto se non si è in grado di comprendere la logica dell'algoritmo, ma anche perché, laddove l'amministrazione sia in grado di decifrare i contenuti della regola tecnica, sembra inadeguato il richiamo alle "informazioni significative" nella misura in cui sarebbe maggiormente opportuno che l'interessato venisse informato su tutte le informazioni relative alla logica utilizzata dalla macchina<sup>203</sup>.

In relazione alla difficoltà per l'amministrazione di comprendere le logiche dell'algoritmo, e tenendo conto del progressivo avanzamento del meccanismo del *machine learning*, che rende complessa l'intelligibilità dell'algoritmo anche ai progettatori, è davvero possibile sostenere che tutte le decisioni automatizzate debbano essere accompagnate da una motivazione? La risposta non può che essere negativa. Tuttavia, ritenere valida la prospettiva di un provvedimento senza motivazione comporterebbe delle conseguenze negative non solo in ordine alla prospettiva di una carenza del legittimo affidamento del privato<sup>204</sup>, il quale

---

<sup>202</sup> Più approfonditamente, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano*, cit., nell'affermare che il potere di ricorrere a decisioni automatizzate debba essere previsto dalla legge (p. 34), sostiene come la legalità espressa nei termini della tipicità prevalga su "un generale riconoscimento delle decisioni mediante IA" (p. 38). J.B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Ist. fed.*, 2019, pp. 640-641, in aggiunta a quanto definito da Civitarese Matteucci, sostiene come l'algoritmo possa essere contraddistinto da un livello normativo clandestino, nella misura in cui al momento della predisposizione dell'algoritmo viene elaborata "una sorta di quasi-legislazione complementare".

<sup>203</sup> A. SIMONCINI, *Profili costituzionali*, cit., p. 1184.

<sup>204</sup> A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., spec. pp. 50-73, ritiene che la partecipazione, il procedimento e l'accesso agli atti, pur costituendo un moltiplicatore dell'esigenza di comprendere le scelte dell'amministrazione, non sono sufficienti, in quanto l'A. ritiene che sia necessario garantire l'imparzialità e soprattutto il legittimo affidamento del cittadino. Questa prospettiva, quindi, accoglie l'interpretazione di chi ritiene che la motivazione contenga "il codice genetico per lo sviluppo futuro di uno statuto generale del provvedimento amministrativo ordinato secondo il punto di vista della garanzia dei singoli nei confronti dell'arbitrio del potere amministrativo": in questi termini, M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo*, cit., p. 282. M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione*, cit., ha ritenuto che, pur volendo ammettere che la procedura automatizzata possa condurre ad un esito corretto - e ciò, come si è visto, non accade sempre - resta comunque l'ombra di un provvedimento senza motivazione, "con grave pregiudizio per le aspettative di tutela dei privati, dal momento che nella vicenda considerata la decisione amministrativa ha un impatto significativo sulla vita lavorativa dei docenti". Anche la dottrina inglese che si è occupata del tema ha ritenuto che l'intelligibilità dell'algoritmo debba essere garantita per consentire al "lettore" - la cui posizione è stata circoscritta dall'A. esclusivamente con riferimento al privato interessato - di comprendere quali siano stati le conclusioni sulle questioni controverse. Così, M. OSWALD, *Algorithm-assisted decision-making in the public sector: framing the issues using administrative law rules governing discretionary power*, in *Phil. Trans. R. Soc.*, 2018, p. 5.

non potrebbe vedersi indicate le ragioni giuridiche sottese alla decisione amministrativa, ma soprattutto costituirebbe il definitivo tramonto della necessità per l'amministrazione di legittimare l'esercizio del proprio potere, tenuto conto della circostanza per la quale - richiamando gli insegnamenti di autorevole dottrina - la funzione democratica della motivazione non sarebbe in grado di "ostendere al sindacato di opinione pubblica [oltre che a quello giurisdizionale] la decisione autoritativa"<sup>205</sup>.

Merita di essere segnalata - per provare a smentirne immediatamente la portata - l'interpretazione di chi ha ritenuto possibile la sovrapposizione della motivazione dell'atto algoritmico a quella dell'atto amministrativo elettronico, sostenendo che fosse sufficiente "l'automatico reperimento, collegamento e giustapposizione di norme e dati" per rendere noto all'amministrazione, ai cittadini ed al giudice l'iter logico-giuridico seguito dalla macchina<sup>206</sup>. Tale ragionamento, senz'altro funzionale su un profilo teorico per non sganciare le decisioni automatizzate dal circuito democratico, non tiene tuttavia conto della presenza degli algoritmi di apprendimento - la cui possibilità di utilizzo nei procedimenti amministrativi si nega dall'inizio del lavoro, ma dei quali non si può contestare la tendenza espansiva - che possono condurre a decisioni non comprensibili neppure per coloro i quali hanno programmato lo strumento informatico e non rispondenti ad un determinato processo logico causale<sup>207</sup>.

---

<sup>205</sup> Sono parole di A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti*, cit., p. 70, il quale, sempre nella stessa opera, aggiunge che il potere pubblico aspira a legittimarsi di fronte ai soggetti privati quali "uti civis più che uti singulus", la cui obbedienza deve fondarsi "sulla credenza collettiva nella legittimità del comando" (p. 78). Sul punto, G. CORSO, *Motivazione degli atti amministrativi e legittimazione del potere negli scritti di Antonio Romano Tassone*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 463 ss., pur proponendo una ricostruzione critica del pensiero di Romano Tassone, soprattutto nella parte in cui ritiene che il comparto normativo della legge generale sul procedimento amministrativo sia rivolta esclusivamente ai destinatari potenziali del provvedimento (p. 471), ritiene altrettanto che la "validità giuridica dell'atto - ossia la sua conformità alla legge che stabilisce competenza e provvedimento - non basta a legittimare colui che adotta l'atto, a fondare la sua autorità agli occhi di chi dell'atto è destinatario: ma non è irrilevante in vista di quella fondazione, anzi non concorre a generarla" (p. 475). In passato, G. CORSO, F. TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti. Commento alle legge 241/1990*, Rimini, 1991, p. 60, secondo i quali "la motivazione si dirige non solo al privato destinatario dell'atto ed al giudice amministrativo, ma anche alla comunità dei cittadini (la motivazione «in funzione democratica»)». La funzione della motivazione nelle decisioni automatizzate quale momento di legittimazione del potere è condivisibilmente sottolineata da V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions*, Napoli, 2019, p. 143.

<sup>206</sup> C. GIURDANELLA, E. GUARNACCIA, *Elementi*, cit., p. 42. Si condivide l'interpretazione, in senso difforme rispetto a quella della equiparazione tra atto amministrativo elettronico ed atto algoritmico, di A. SIMONCINI, *Profili costituzionali*, cit., p. 1182.

<sup>207</sup> Si ritiene di non poter condividere l'idea di S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano*, cit., p. 39, il quale, nel richiamare la bozza di linee guida elaborata dal Gruppo di esperti sull'intelligenza artificiale della Commissione europea, sostiene come anche nei casi di algoritmi di apprendimento - i quali, come si è detto, sono in grado di condurre a decisioni senza seguire un determinato iter logico - possano essere specificate le ragioni del processo decisionale automatizzato ancorando a ciò dunque il rispetto al principio di trasparenza ed all'obbligo di motivazione.

Quanto detto costituisce una buona opportunità per ragionare sulla centralità della motivazione nel disegno dell'amministrazione per algoritmi orientata al perseguimento di un giusto procedimento automatizzato. Anche in questo caso, come è stato fatto per la partecipazione, sembra utile il richiamo all'acquisizione giurisprudenziale per cui anche l'obbligo di motivazione costituisce un tassello fondamentale per il conseguimento di quella legittimazione procedurale sostitutiva della legalità sostanziale perduta, nonostante nel caso di specie si discorra di atti amministrativi generali che, in quanto tali, sono di regola sottratti da tale obbligo in virtù dell'articolo 3, co. 2, della legge n. 241 del 1990. Con riguardo ai procedimenti di *rulemaking* delle Autorità indipendenti, infatti, la motivazione dell'atto avrebbe un senso nella misura in cui sia l'amministrazione indipendente, sia gli operatori economici che dovranno adeguarsi al regolamento, sono forniti di un *know-how* tale da non rendere impossibile agli attori la ricostruzione dell'*iter* logico seguito per l'adozione dell'atto. Con specifico riferimento all'attività amministrativa automatizzata, fermo restando che non si accoglie l'idea per cui gli algoritmi costituiscano degli atti amministrativi generali, la motivazione del provvedimento automatizzato, imposta dalla giurisprudenza amministrativa che vede come necessaria la traduzione della regola tecnica in regola giuridica, rischia di diventare un obbligo procedimentale già nato obsoleto nell'archetipo dell'amministrazione per algoritmi, perché sia le amministrazioni, sia i cittadini, non sono forniti delle relative competenze tecniche necessarie per rendere intellegibili le scelte dello strumento informatico.

In buona sostanza “tali algoritmi non sono costruiti alla domanda sul perché avverrà una certa cosa, ma solo ad indicare con la maggiore accuratezza possibile, la probabilità che essa avvenga”<sup>208</sup> e ciò non solo si pone in contrasto con l'autorevole interpretazione di chi ritiene che il principale problema non attenga l'*an* della motivazione, ma le modalità di esternazione della stessa<sup>209</sup>, ma non tiene neppure conto di come la motivazione assolva oggi ad una

---

<sup>208</sup> A. SIMONCINI, *Profili costituzionali*, cit., p. 1183. La circostanza per la quale gli algoritmi presentano spesso una portata predittiva e probabilistica rispetto ad una logica causale e deterministica è notata, inoltre, da J.B. AUBY, *Il diritto amministrativo*, cit., p. 639, e da V. BRIGANTE, *Evolving pathways*, cit., p. 135. L'impostazione così delineata richiama evidentemente la tesi di M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo* (voce), in *Enc. dir.*, 1977, p. 266, il quale, nel distinguere tra motivi e motivazione, affermava che era sufficiente dimostrare “ciò che si è fatto, non ciò che si è dichiarato di voler fare”.

<sup>209</sup> A. ROMANO TASSONE, *Motivazione*, cit., p. 683. Non si possono, dunque, condividere le opinioni di R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, cit., p. 316, il quale sostiene che “se l'algoritmo è capace di cavare il dispositivo può essere anche programmato anche affinché ne ponga la relativa motivazione”.

pluralità di funzioni, tra le quali la giustificazione della scelta alla luce dell'istruttoria<sup>210</sup> e la garanzia della trasparenza dell'azione amministrativa<sup>211</sup>.

**8. *Il potenziale cortocircuito del meccanismo di responsabilità in caso di utilizzo di algoritmi informatici. L'oggettivizzazione dell'azione comporta l'immunità dell'amministrazione?***

La deumanizzazione delle pubbliche amministrazioni, fenomeno che si palesa allorché queste ultime decidano di ricorrere ad algoritmi informatici di vario tipo, mette in luce questioni problematiche forse più gravi di quelle appena evidenziate, che abbracciano il tema della responsabilità della pubblica amministrazione in caso di procedimenti (e provvedimenti) interamente automatizzati<sup>212</sup>. Se è vero, come è stato efficacemente sottolineato, che “il principio di responsabilità per gli atti compiuti costituisce un fondamento di ogni vivere civile”<sup>213</sup>, e che una delle tre declinazioni di tale principio - quella cioè della responsabilità dei pubblici agenti nei confronti della collettività - assume le vesti di clausola di salvaguardia dello Stato di diritto nella logica della relazione tra amministrazione e cittadino<sup>214</sup>, risulta particolarmente importante, in una prospettiva di quadratura del sistema, tentare di stabilire se residuino aree di responsabilità da imputare all'amministrazione laddove questa si avvalga di algoritmi informatici nel processo decisionale, ovvero se la strada tracciata dall'evoluzione della tecnica suggerisce di orientare la risposta verso un preoccupante ritorno al dogma dell'immunità dei pubblici funzionari.

---

<sup>210</sup> È di questo avviso A. ANDREANI, *Idee per un saggio sulla motivazione obbligatoria*, cit., pp. 5-6, il quale afferma espressamente che “La motivazione non può quindi valutarsi come un semplice requisito formale dell'atto valido, ma estrinseca la sintesi operata nel provvedimento della funzione ordinatoria degli interessi secondari appresi nel procedimento; rispetto al momento in cui la funzione si materializza nell'esercizio dell'autorità, la motivazione esprime l'essenza giustificativa dell'assetto di interessi realizzato dall'autorità” (corsivo nostro).

<sup>211</sup> Tra gli altri, cfr. S. TUCCILLO, *Contributo*, cit., pp. 120-121. La giurisprudenza, sul punto, è sterminata: tra le più recenti, si segnalano Cons. Stato, sez. III, 13 gennaio 2021, n. 415, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 15 settembre 2020, n. 3824, in *Foro amm. (II)*, 2020, p. 1774; T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. II, 22 luglio 2020, n. 415, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 3 giugno 2020, n. 380, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 8 maggio 2020, n. 4886, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, sez. IV, 4 gennaio 2018, n. 41, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>212</sup> In tema, A.G. OROFINO, R.G. OROFINO, *L'automazione amministrativa: imputazione e responsabilità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, pp. 1310 ss., M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione*, cit., nonché M.C. CAVALLARO, *Imputazione e responsabilità delle decisioni automatizzate*, in *Eur. rev. dig. adm. law*, 2020, pp. 69 ss.

<sup>213</sup> Così, A. POLICE, *Il principio di responsabilità*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi*, cit., p. 195.

<sup>214</sup> Questo aspetto viene notato da V. BRIGANTE, *Evolving pathways*, cit., p. 163.

La delicatezza di questo tema emerge con evidenza dalla recente frequenza con cui prima il Parlamento europeo, e dopo l’Agenzia per l’Italia Digitale, hanno richiamato l’attenzione degli organi politici sulla possibilità di rinvenire tracce di responsabilità nell’utilizzo di strumenti di automazione.

Nel 2017, con la c.d. Carta della Robotica<sup>215</sup>, il Parlamento europeo ha sostenuto che “l’autonomia di un robot può essere definita come la capacità di prendere decisioni e metterle in atto nel mondo esterno, indipendentemente da un controllo o un’influenza esterna”. A detta del legislatore europeo, e ciò conferma le numerose perplessità nel consentire l’utilizzo da parte delle amministrazioni di tali strumenti informatici, “nell’ipotesi in cui un robot possa prendere decisioni autonome, le norme tradizionali non sono sufficienti per attivare la responsabilità per i danni causati da un robot, in quanto non consentirebbero di determinare qual è il soggetto cui incombe la responsabilità del risarcimento né di esigere da tale soggetto la riparazione dei danni causati”. C’è da sottolineare, tuttavia, che la Risoluzione del Parlamento europeo era funzionale a richiedere alla Commissione europea di formulare una proposta di direttiva relativa a disposizioni di diritto civile sulla robotica; ciò non vale a ridimensionare la portata delle affermazioni svolte in sede sovranazionale nell’economia del presente lavoro, ma anzi avvalorare le preoccupazioni in ordine al conflitto tra utilizzo dell’intelligenza artificiale ed esercizio del potere.

A distanza di poco più di un anno, l’AgID licenziava il *Libro bianco sull’Intelligenza artificiale al servizio del cittadino*<sup>216</sup>, in cui viene messo maggiormente a fuoco l’impatto che hanno gli strumenti di autoapprendimento sull’attività decisionale dei soggetti pubblici. Viene infatti affermato che sia laddove tali algoritmi agiscano come “assistenti di esseri umani”, sia come soggetti autonomi, l’intelligenza artificiale “genera degli effetti sulla vita delle persone in relazione ai quali è necessario poter configurare una responsabilità giuridica”. Tuttavia, nel Libro bianco vengono poste numerose domande sulla compatibilità del regime di responsabilità così come previsto nel nostro ordinamento con l’utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni di algoritmi informatici, che possono essere riassunte in questi termini: un decisore pubblico può essere ritenuto politicamente responsabile delle decisioni prese sulla base di algoritmi che processano dati affetti da alcune distorsioni tecniche? Quale tipo di responsabilità può essere configurata in capo alla pubblica

---

<sup>215</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL)).

<sup>216</sup> Libro bianco sull’Intelligenza artificiale al servizio del cittadino, marzo 2018, pubblicato in <https://ia.italia.it/assets/librobianco.pdf>.

amministrazione? Il decisore pubblico può trasferire la propria responsabilità politica ad un sistema di intelligenza artificiale che non risponde ad un chiaro principio di rappresentanza? E, infine, è eticamente sostenibile che, al fine di migliorare quindi l'efficienza e l'efficacia dei provvedimenti, alcune scelte possano essere prese delegando completamente l'intelligenza artificiale?

Prima di rispondere ai quesiti formulati dall'AgID, nonostante la traccia segnata nel lavoro lasci già presagire una risposta in termini negativi, per completezza dell'esposizione va segnalato che lo scorso anno il Parlamento europeo ha adottato una Risoluzione volta ad individuare un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale<sup>217</sup>, individuando, in una prospettiva di armonizzazione europea della disciplina, un doppio regime di responsabilità: oggettiva, per l'ipotesi di danno provocato da un sistema di intelligenza artificiale ad alto rischio; per colpa presunta, in caso di danno cagionato dagli altri sistemi di intelligenza artificiale.

Ritornando al tema che maggiormente interessa l'economia del presente lavoro, e cioè la previsione di attribuzioni di responsabilità per i funzionari pubblici che si avvalgono di algoritmi informatici, desta non poche perplessità la circostanza per cui il Consiglio di Stato, nel mentre nelle sentenze n. 8479 del 2019 e n. 881 del 2020 ammette l'utilizzo di tali strumenti informatici nei procedimenti discrezionali, si avvede poco dopo dell'aspetto problematico relativo all'imputazione degli esiti del provvedimento amministrativo, affermando che "al fine di applicare le norme generali e tradizionali in tema di imputabilità e responsabilità, occorre garantire la riferibilità della decisione finale all'autorità ed all'organo competente in base alla legge attributiva del potere"<sup>218</sup>. Il rinvio del giudice amministrativo è funzionale a richiamare il noto principio di immedesimazione organica<sup>219</sup>, criterio di imputazione dell'atto amministrativo (tradizionale), che consente di attribuire direttamente alla persona giuridica gli atti ed i relativi effetti nonché, più in generale, l'attività dei suoi organi.

Prima di comprendere se sia possibile agganciare (vincolare) l'amministrazione per algoritmi ad un modello di responsabilità compatibile con quelli che fornisce l'ordinamento, sembra necessario comprendere in primo luogo se i pubblici poteri, laddove ricorrano all'utilizzo di strumenti informatici così pervasivi, esercitino o meno un potere. Nel caso di

---

<sup>217</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale (2020/2014(INL)).

<sup>218</sup> Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, cit., punto 10.6.

<sup>219</sup> Sul tema, da ultimo, M.C. CAVALLARO, *Immedesimazione organica e criteri di imputazione della responsabilità*, in *Pers. amm.*, 2019, pp. 39 ss.

utilizzo di algoritmi deterministici e, cioè, ove si automatizzi un procedimento vincolato in quanto eterodiretto dalla legge, è opinione abbastanza consolidata che la pubblica amministrazione non eserciti un potere in senso sostanziale. L'unica prospettiva valida nel senso di una amministrazione responsabile in questo ambito potrebbe sembrare quella per cui il potere esercitato dai pubblici uffici si rinverrebbe nella scelta stessa di ricorrere ad un procedimento automatizzato e, inoltre, nei processi di 'educazione' dell'algoritmo.

Se, invece, le strutture organizzative dovessero avvalersi di algoritmi di autoapprendimento, in cui l'apporto umano viene del tutto *bypassato* anche nella fase di predeterminazione dell'algoritmo, neanche in questa circostanza potrebbe dirsi che il potere venga concretamente esercitato, in quanto il momento ponderativo degli interessi viene sostituito dall'attività della macchina, rendendo di fatto obsoleta la figura del responsabile del procedimento<sup>220</sup>. Nei procedimenti condotti sulla scorta di un algoritmo di autoapprendimento, infatti, non solo non sarebbe possibile cogliere quel ruolo che l'ordinamento gli attribuisce nel senso di essere "guida del procedimento, elemento di propulsione e coordinamento dell'istruttoria e, correlativamente, interlocutore unico, sicuro punto di riferimento, dei cittadini nei loro rapporti con l'amministrazione"<sup>221</sup>, ma non si potrebbe neppure immaginare il responsabile del procedimento con l'immagine in passato idealmente raffigurata da Frosini, in virtù del quale svolgerebbe compiti da "funzionario virtuale"<sup>222</sup>. In questi casi tale figura, infatti, allo stesso modo in cui si comporterebbe un funzionario "umano", sarebbe tenuta a predisporre una bozza di provvedimento da sottoporre al dirigente dell'unità organizzativa che, almeno in una prospettiva teorica, rimarrebbe il responsabile della decisione assunta<sup>223</sup>.

La ricostruzione formulata dalla dottrina che si è occupata di tale aspetto potrebbe reggere sul piano teorico ed essere funzionale ad ancorare le decisioni interamente automatizzate a profili di responsabilità<sup>224</sup>, ma non può non sottolinearsi come la realtà rappresentata

---

<sup>220</sup> In una prospettiva estremamente ottimistica, cfr. D-U. GALETTA, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione*, cit., p. 88, il quale vede nella figura del responsabile del procedimento il soggetto in grado di ridurre il *digital divide* che intercorre tra amministrazione e cittadini. Nello stesso senso, D. DONATI, *Digital divide e promozione della diffusione delle ICT*, in F. Merloni (a cura di), *Introduzione all'e-government: pubbliche amministrazioni e società dell'informazione*, Torino, 2005, pp. 209 ss.

<sup>221</sup> M. IMMORDINO, M.C. CAVALLARO, N. GULLO, *Il responsabile del procedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 550.

<sup>222</sup> V. FROSINI, *L'informatica e la pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, p. 484.

<sup>223</sup> In tal senso, A.G. OROFINO, R.G. OROFINO, *L'automazione amministrativa: imputazione e responsabilità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 1311, nonché M.C. CAVALLARO, *Imputazione e responsabilità*, cit., p. 72.

<sup>224</sup> Come viene sostenuto di recente da V. NERI, *Diritto amministrativo e intelligenza artificiale: un amore possibile*, in *Urb. app.*, 2021, p. 592; ma, in questi termini, già si era espressa M.C. CAVALLARO, *Imputazione e responsabilità*, cit., pp. 72-73.

dall'impatto dell'intelligenza artificiale nei processi decisionali sembra prospettarci una strada completamente diversa. Infatti, l'utilizzo del *machine learning* renderebbe del tutto inutile una figura così come quella delineata dagli articoli 5-6 della legge n. 241 del 1990, poiché non si comprenderebbe come il responsabile del procedimento sarebbe in grado, ad esempio, di accertare d'ufficio i fatti e adottare "ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria", in quanto il sollecito (e completo) svolgimento dell'istruttoria dovrebbe per definizione essere garantito dall' algoritmo.

Tuttavia, il principale nodo da sciogliere riguarda la possibilità, per l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, di discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal *responsabile del procedimento virtuale* fornendone una adeguata motivazione. In tale contesto emerge (o, meglio, riemerge) senza alcun dubbio una intensa relazione tra i principi di responsabilità e trasparenza e l'obbligo di motivazione al fine di adottare un provvedimento diverso non ritenendo valide le conclusioni raggiunte in sede istruttoria. Invero, anche sulla scorta di quanto già detto in precedenza, sarebbe estremamente complesso per un qualsiasi organo competente per l'adozione del provvedimento finale cogliere le dinamiche sottese all'algoritmo di autoapprendimento, laddove, proprio in queste circostanze, si è in presenza di strumenti informatici così "autonomi" che neppure i programmatori, talvolta, sono in grado di cogliere tutti i passaggi che la macchina ha fornito. Ancora una volta, la trasparenza potrebbe essere la chiave di risoluzione, poiché crea un collegamento con la responsabilità dell'amministrazione di dimostrare che l'*input* fornito ed il funzionamento dell'algoritmo siano conformi ai parametri imposti dall'ordinamento<sup>225</sup> in termini di ragionevolezza<sup>226</sup>.

Questa difficoltà intrinseca circa il ricorso a tali strumenti informatici rende evidente un altro profilo problematico, conseguente a quello della conoscenza piena delle dinamiche algoritmiche; si tratta di un aspetto già sottolineato ma che, tuttavia, merita di essere riproposto per esprimere un giudizio circa l'inapplicabilità delle regole procedurali dettate dall'articolo 6 della legge n. 241 del 1990. Sarebbe davvero ipotizzabile che l'organo competente all'adozione del provvedimento finale fornisca una adeguata motivazione sull'intenzione di non volersi adeguare alle risultanze dell'istruttoria automatizzata, laddove

---

<sup>225</sup> Ancora, sul punto, V. BRIGANTE, *Evolving pathways*, cit., p. 166.

<sup>226</sup> M.C. CAVALLARO, *Imputazione e responsabilità*, cit., pp. 73-74, che rinviene nella ragionevolezza "il criterio di discernimento, attraverso cui l'amministrazione può valutare gli esiti della procedura automatizzata e provvedere di conseguenza, ovvero se discostarsene", in quanto "Il compito dell'amministrazione è dunque quello di accertare che la decisione finale, frutto di una procedura automatizzata, non sia in palese contraddizione rispetto alla finalità intrinseca, e cioè rispetto all'interesse pubblico, che l'amministrazione intende perseguire attraverso la decisione medesima".

lo stesso non goda degli strumenti tecnici per poter comprendere le ‘motivazioni della macchina’?

La risposta è certamente negativa e, inoltre, richiama uno scenario tratteggiato all’inizio del presente lavoro, che attiene al più generale ruolo delle nuove tecniche nei processi decisionali delle pubbliche amministrazioni ed al ruolo delle competenze degli apparati burocratici. Infatti, solo laddove gli ‘amministratori’ saranno in grado di gestire l’evoluzione ed i progressi delle tecniche informatiche, l’utilizzo degli algoritmi nei processi decisionali costituirà un mezzo per il miglior perseguimento del pubblico interesse, rendendo così applicabili e nuovamente attuali (anche) regole come quelle di cui all’articolo 6 della legge generale sul procedimento amministrativo. In caso contrario, e cioè laddove si continui a non investire sull’incremento, quantitativo e qualitativo, della pianta organica dei pubblici funzionari, l’apporto intellettuale umano avrà un impatto sempre minore rispetto a quello della tecnica, che diventerà predominante in ogni fase del procedimento di formazione delle scelte amministrative e che non consentirà certamente alla tradizionale figura del responsabile del procedimento di apportare correttivi e miglioramenti rispetto all’istruttoria condotta dall’algoritmo.

Il tema della responsabilità, pur non essendo stato sinora approfondito dalla giurisprudenza con riguardo al caso specifico degli algoritmi informatici, ha tuttavia trovato applicazione in numerose pronunce del giudice amministrativo nel terreno parallelo delle procedure condotte mediante sistemi informatici.

Sul punto, a ben vedere, si registrano orientamenti ermeneutici contrastanti tra loro, che hanno di fatto rimandato l’attuazione dei percorsi di digitalizzazione dell’azione amministrativa.

Secondo una prima interpretazione, non è sufficiente dimostrare esclusivamente il malfunzionamento della piattaforma informatica al fine di affermare la responsabilità della pubblica amministrazione, ma sarebbe invece necessario giungere ad un esito positivo della c.d. prova di resistenza: in questi casi, quindi, il ricorrente non solo dovrà dimostrare la possibilità di ottenere un concreto vantaggio dall’accoglimento della censura formulata, ma anche il nesso di causalità tra la condotta della macchina e l’evento dannoso per il privato<sup>227</sup>.

La seconda soluzione ermeneutica, che consentirebbe di “responsabilizzare” la pubblica amministrazione nel nuovo processo di digitalizzazione ed informatizzazione della propria

---

<sup>227</sup> In questo senso, di recente, T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 20 settembre 2021, n. 9854, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 7 luglio 2020, n. 7788, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); nonché sempre T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 9 giugno 2020, n. 192, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

attività, si colloca invece sul versante opposto, per il quale sono le amministrazioni ad assumersi la responsabilità del cattivo funzionamento della piattaforma elettronica<sup>228</sup>. Le motivazioni a sostegno di tale orientamento sono diverse, e svariano dalla impossibilità a far ricadere sul cittadino e sull'operatore economico il cattivo funzionamento delle piattaforme elettroniche<sup>229</sup> - che evidentemente creerebbe una barriera insormontabile nella relazione tra amministrazione e cittadino<sup>230</sup> contraddicendo il dettato normativo di cui all'art. 1, comma 2-bis, della legge n. 241 del 1990<sup>231</sup> - fino all'idea per cui l'agevolazione che riceve la pubblica amministrazione mediante il ricorso a strumenti telematici costituisce la principale ragione per far ricadere il regime di responsabilità unicamente nei confronti dell'amministrazione stessa<sup>232</sup>.

Nonostante si intenda condividere la seconda prospettiva, e cioè quella per cui sia l'amministrazione a dover rispondere di eventuali 'stress di sistema' delle piattaforme di cui si avvale, è evidente l'applicazione pratica di tale responsabilità non possa prescindere da una valorizzazione del personale nella prospettiva di una nuova stagione tecnologica e digitale<sup>233</sup>.

A questo punto, possono essere svolte alcune considerazioni in ordine a 'quale' fattispecie di responsabilità possa applicarsi all'amministrazione che ricorre ad algoritmi informatici, partendo dalla considerazione che il principale rischio sotteso all'automazione delle decisioni amministrative può rinvenirsi nella "polverizzazione" della responsabilità amministrativa associata alla decisione adottata<sup>234</sup> in relazione alla presunta infallibilità del *software*.

In primo luogo, tra le poche soluzioni che, a dire il vero, sono state offerte dalla dottrina amministrativistica, può segnalarsi sicuramente quella per cui la decisione algoritmica potrebbe trovare una propria 'giustiziabilità' nell'ambito di una responsabilità oggettiva

---

<sup>228</sup> In tal senso, T.R.G.A., Trento, 15 aprile 2015 n. 149, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, pp. 393 ss., con nota di B. BARMANN, *La responsabilità della Amministrazione per il cattivo funzionamento dei sistemi informatici*. In precedenza, si vedano anche le pronunce citate dall'Autrice del T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 18 dicembre 2015, n. 1646, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), nonché T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 1° luglio 2011, n. 5788, sempre in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>229</sup> C.G.A. Sicilia, sez. giurisd., 1° ottobre 2020, n. 840, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>230</sup> T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 10 giugno 2019, n. 977, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>231</sup> Cons. Stato, sez. VI, 1° luglio 2021, n. 5008, cit.

<sup>232</sup> T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 17 settembre 2019, n. 11022, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>233</sup> Come sostenuto anche da G. NAPOLITANO, *Le riforme amministrative in Europa all'inizio del ventunesimo secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, pp. 611 ss.

<sup>234</sup> Il suggestivo ed altrettanto efficace termine viene utilizzato da M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione*, cit., p. 18.

della pubblica amministrazione<sup>235</sup>. Una tale ricostruzione prende le mosse dall'idea che, non essendo possibile, per la richiamata teoria della immedesimazione organica, imputare all'algoritmo (ovvero al produttore dello stesso) la decisione e, quindi, essere responsabile del provvedimento conclusivo, l'unico rimedio a disposizione del cittadino leso dalla decisione automatizzata si rinverrebbe esclusivamente nella tutela risarcitoria. Infatti, l'istituto della responsabilità civile, invero, oltre ad essere funzionale a rintracciare degli 'avanzi' di responsabilità in capo alla pubblica amministrazione laddove si avvalga di strumenti informatici di questo tipo, consente inoltre al cittadino di rendere estremamente più semplice gli aspetti relativi all'onere della prova, in quanto ciò che dovrà essere dimostrato è di aver subito un danno ingiusto e, ovviamente, gli aspetti relativi al dolo ed alla colpa dell'amministrazione procedente nel ricorrere ad algoritmi informatici per quel determinato processo decisionale. L'accoglimento della ricostruzione, a detta di alcuni, sarebbe senz'altro utile ad evitare un ritorno al passato e, più in particolare, ad un regime di immunità degli apparati amministrativi: in altre parole, l'utilizzo dell'algoritmo non deve rivelarsi uno strumento di fuga dalla responsabilità delle pubbliche amministrazioni e generare quello che autorevole dottrina definiva come "formalismo difensivo"<sup>236</sup>.

Ciò detto, si tratterebbe di individuare in base a quale fattispecie l'amministrazione potrebbe essere chiamata a rispondere. Alla luce della rinnovata lettura che dagli anni Sessanta viene data della responsabilità civile<sup>237</sup>, è ormai opinione pacifica che l'imputazione di una condotta ad un evento dannoso possa avvenire non solo in base al criterio della colpa, ma anche in base ad altri criteri, come ad esempio, per quanto qui interessa, alla luce della relazione che intercorre tra un soggetto ed una *res* (artt. 2051-2053 c.c.), ovvero sulla base di una particolare attività esercitata da un soggetto (artt. 2050 e 2054 c.c.).

---

<sup>235</sup> Su cui, si può richiamare il lavoro di S. VALAGUZZA, *Percorsi verso una «responsabilità oggettiva» della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, pp. 50 ss., spec. 91, ove afferma che "La responsabilità oggettiva rientra tra i concetti generali dell'ordinamento e [...] è intesa prevalentemente come un nuovo criterio di imputazione della responsabilità, costituendo, insieme alla responsabilità per colpa, il doppio binario dei criteri soggettivi di imputazione della responsabilità civile"; sul punto, estremamente interessante appare lo studio di G.D. COMPORTE, *Il cittadino viandante tra insidie e trabocchetti: viaggio alla ricerca di una tutela risarcitoria*, in *Dir. amm.*, 2009, pp. 663 ss.

<sup>236</sup> Ci riferiamo a N. IRTI, *Studi sul formalismo giuridico*, Padova, 2007, p. 3, secondo il quale "il formalismo ha condotto alla pura e severa oggettività dell'atto, nel diritto privato come nel diritto pubblico", e L. MORTARA, *Commentario al Codice civile e alle leggi di procedura civile*, vol. V, Milano, 1923, p. 77, ove l'illustre Autore ritiene come "il formalismo giuridico conduce alla tirannide burocratica".

<sup>237</sup> *Ex multis*, cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, pp. 277 ss.; P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano 1964; M. COMPORTE, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965; F.D. BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, pp. 41 ss.

Una prima norma applicabile a questo contesto potrebbe essere quella disciplinata dall'art. 2050 c.c., in virtù del quale “chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno”.

L'art. 2050 c.c. costituisce evidentemente una fattispecie aperta che introduce nell'ordinamento l'idea di atipicità delle attività pericolose, in quanto non sembra possibile predeterminare la pericolosità di una attività, ma è necessario che una tale operazione venga svolta dall'interprete. In dottrina è stato osservato come la pericolosità di un'attività si possa individuare non solo sulla base della probabilità per cui si verifichi un danno, ma anche sulla base della gravità e dell'entità dei danni minacciati. In tal senso, l'utilizzo di algoritmi o, comunque, di meccanismi fondati sull'intelligenza artificiale potrebbero essere ricondotti dal giudice amministrativo nella nozione di attività pericolosa per l'elevato tasso tecnico-scientifico che si ravvisa in tali strumenti informatici, ove un processo del genere possa produrre danni che non si sarebbero verificati ove la scansione procedimentale sarebbe stata guidata da una persona fisica<sup>238</sup>.

Nell'ambito di questi spiragli di oggettivizzazione della responsabilità, un'altra strada percorribile per il danneggiato (e, quindi, per il cittadino) sarebbe quella di agire nei confronti della pubblica amministrazione ai sensi dell'articolo 2051 c.c., secondo il quale “ciascuno è responsabile del danno cagionato dalle cose che ha in custodia, salvo che provi il caso fortuito”. Rispetto all'interpretazione più tradizionale che imponeva di dimostrare la colpa anche in questa fattispecie, è andata prevalendo la diversa ricostruzione per la quale la norma contempla un regime di responsabilità oggettiva, che consente di imputare l'evento dannoso ad un soggetto sulla base della particolare relazione che intercorre tra costui e la *res* custodita. Ad oggi, non si dubita che nel concetto di “cosa” debba rientrare non solo ciò che si può qualificare come bene materiale, ma anche tutti quei beni c.d. immateriali tra cui chiaramente anche gli algoritmi informatici.

Tale disposizione, invero, costituisce uno di quei casi in cui è dato ravvisarsi profili di *culpa in vigilando* che ben potrebbe attagliarsi alle logiche della relazione tra esercizio del potere amministrativo ed utilizzo di algoritmi informatici, in quanto, nonostante non si dubiti del fatto che la ‘redazione’ di questi ultimi sia devoluta a soggetti privati che vantino una

---

<sup>238</sup> Sull'idea che la funzione amministrativa possa costituire una sorta di attività pericolosa, cfr. F. FRACCHIA, *L'elemento soggettivo nella responsabilità dell'amministrazione*; in *Atti del Convegno di Varenna 2008*, Milano, 2009, pp. 211 ss.; ritiene, invece, di non poter aderire a questa interpretazione, S. VALAGUZZA, *Percorsi verso una «responsabilità oggettiva»*, cit., p. 89.

specifica competenza tecnica, alla pubblica amministrazione spetterebbe comunque l'esercizio del potere di controllo e verifica della correttezza dell'algoritmo. La questione della negligenza non deve, tuttavia, indurre a ritenere che per l'applicazione di tale modello di responsabilità sia necessario dimostrare il dolo o la colpa del custode (nel nostro caso, del pubblico amministratore), in quanto è assolutamente prevalente l'orientamento giurisprudenziale che delinea una particolare forma di responsabilità di natura oggettiva, scaturente dalla relazione di disponibilità tra il custode e la cosa lesiva<sup>239</sup>, con la sola esclusione del caso fortuito. Quindi, nonostante l'automazione amministrativa abbia condotto alla costruzione di una sorta di 'castello kafkiano informatizzato', tuttavia ciò non rende i pubblici poteri immuni in quanto sono comunque tenuti a risarcire il danno ingiusto in caso di provvedimento amministrativo illegittimo viziato dal mancato esercizio del potere di vigilanza sul corretto funzionamento dell'algoritmo.

Laddove, invece, si intenda accogliere quell'interpretazione in virtù della quale l'amministrazione per algoritmi sia comunque caratterizzata da una, seppur ristretta, parentesi umana, il modello di responsabilità potrebbe essere anche quello delineato dall'articolo 2043 c.c., ove il danneggiato sarà gravato dell'onere di dover dimostrare tutti gli elementi tipici dell'illecito extracontrattuale, incluso quello soggettivo, e cioè provare che è stata proprio la condotta dell'amministrazione (nella scelta, cioè, di ricorrere ad un procedimento automatizzato) a costituire un elemento pregiudizievole rispetto al conseguimento del bene della vita cui aspirava. Si tratta, come è evidente, di un profilo estremamente problematico se proiettato all'atto pratico, e ciò poiché sembrerebbe difficile dimostrare che il pubblico amministratore sia incorso in un comportamento negligente o imprudente per il solo fatto di voler automatizzare il processo decisionale; invero, ciò si porrebbe in contrasto con l'idea stessa dell'algoritmizzazione dei procedimenti amministrativi, ed in sostanza l'amministrazione risponderebbe di un danno che, come spesso è accaduto nella prassi, costituisce il frutto di un errore del *software*.

In passato, Pietro Trimarchi scriveva che "il principio della responsabilità per colpa si è spesso rivelato insufficiente ad assicurare la riparazione del danno"<sup>240</sup>, e le parole formulate dall'autorevole studioso tornano attuali laddove si applichino le coordinate di un nuovo modello di responsabilità fondato principalmente sull'ingiustizia del danno subito all'automazione dei processi decisionali. In altre parole, l'oggettivizzazione del processo decisionale non sembra comportare uno scudo di immunità dei pubblici funzionari, sui quali

---

<sup>239</sup> Per una ricostruzione difforme, cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. V, 2021.

<sup>240</sup> P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.

graverà il dovere di controllare e vigilare circa la correttezza, fattuale e giuridica, dei contenuti informatici inseriti nell'algoritmo in una prospettiva di obiettivizzazione dell'attività<sup>241</sup>.

---

<sup>241</sup> Sono molto interessanti le notazioni svolte da E. SCOTTI, *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza*, in *Dir. amm.*, 2009, pp. 521 ss., ove l'A. sostiene che se la prospettiva che emerge per l'agire dell'amministrazione è tendenzialmente oggettiva, il criterio di imputazione della sua responsabilità non può che essere inteso in termini oggettivi, "sia che si intenda la responsabilità più schiettamente come responsabilità oggettiva sia che, in ossequio a ragioni formali, si tenga fermo il criterio attribuendo tuttavia una conformazione completamente oggettivata della colpa dell'amministrazione".

## CAPITOLO III

### TECNICA, AMMINISTRAZIONE PER ALGORITMI ED ESTERNALIZZAZIONE DELLA FUNZIONE AMMINISTRATIVA

**SOMMARIO:** **1.** Tecnica e diritto nella costruzione degli algoritmi. Il problema delle competenze organizzative tecniche. La necessità di un nuovo ‘corpo tecnico’ per fronteggiare il predominio dei privati. **2.** Le carenze dei saperi ed il potere di controllo sugli algoritmi informatici. Critica alla concezione esclusivamente riparatoria della funzione di controllo. L’impossibilità di ritenere i controlli interni strumentali all’accrescimento della trasparenza e della legittimazione delle decisioni algoritmiche. La crisi annunciata della ‘nuova amministrazione’. **3.** La costruzione della decisione amministrativa automatizzata tra pubblico e privato. Il banco di prova dell’art. 1, co. 1-ter, l. n. 241 del 1990. L’amministrazione di garanzia come limite all’esercizio privato della funzione amministrativa. **4.** L’amministrazione per algoritmi tra l’esternalizzazione della realizzazione dello strumento informatico ed esternalizzazione della funzione amministrativa. La nuova amministrazione tra l’applicazione della teoria dell’autolimita e quella della rinuncia al potere. L’esternalizzazione della funzione come celebrazione del predominio della tecnica. **5.** Tecnica, amministrazione per algoritmi, certezza, risultato: alcuni indici dell’evoluzione amministrativa. Considerazioni conclusive.

*1. Tecnica e diritto nella costruzione degli algoritmi. Il problema delle competenze organizzative tecniche. La necessità di un nuovo ‘corpo tecnico’ per fronteggiare il predominio dei privati.*

L’indagine sullo stato attuale dell’amministrazione per algoritmi, dalla quale sono emersi numerosi - e difficilmente superabili, almeno al momento - limiti sul piano della compatibilità degli strumenti informatici con principi e regole del diritto amministrativo, non può certamente arrestarsi sul versante dell’attività, rendendosi necessaria una proiezione sugli aspetti, altrettanto problematici, relativi all’organizzazione amministrativa, che come noto non costituisce un “mero congegno materiale per fare volere e agire gli enti, né un complesso strumentale idoneo a costituire [...] la sede dell’attività giuridica dell’amministrazione”, ma rispetto a tale attività ne rappresenta “una componente essenziale e da rappresentarne la misura”<sup>1</sup>.

Senza voler svolgere un approfondimento che si allontanerebbe dall’oggetto dello studio, non si può evitare di segnalare che la crisi dell’amministrazione si debba (anche) ad una

---

<sup>1</sup> In questi termini, G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, p. 66.

drastica riduzione<sup>2</sup> (o secondo alcuni alla totale scomparsa<sup>3</sup>), nell'ultimo secolo, di corpi tecnici all'interno del proprio organico, soprattutto in virtù di istanze di contenimento della spesa pubblica<sup>4</sup>. L'abbandono delle figure tecniche nelle strutture amministrative costituisce l'esito di un'indebita prassi politico-amministrativa<sup>5</sup> che ha condotto - in virtù del dominio del formalismo giuridico caratterizzante l'intera storia repubblicana - ad una "fuga dall'amministrazione"<sup>6</sup> da parte di soggetti titolari di saperi tecnico-scientifici, e che, come conseguenza, ha comportato un notevole incremento della "pratica dell'outsourcing, per cui si fa ricorso (e si dipende) sempre più alle competenze esterne all'amministrazione"<sup>7</sup>.

Il tema della "detecnicizzazione" dei principali attori deputati a curare il pubblico interesse, che secondo Cassese "provoca la perdita del *quid proprium* del funzionario, e quindi lo rende facilmente fungibile"<sup>8</sup> è un aspetto relativo alla "organizzazione pubblica della tecnica"<sup>9</sup>, sul quale si tornerà più in avanti al fine di valutare se l'affidamento di compiti tecnici a soggetti esterni alle strutture pubbliche possa, in qualche modo, mettere in crisi la riserva di funzione amministrativa.

Proprio a questi fenomeni di detecnicizzazione che hanno comportato un passo indietro rispetto ad ambiti strategici nelle amministrazioni pubbliche<sup>10</sup> possono essere affiancati, evidentemente, percorsi volti alla tecnologizzazione che non sono mai decollati, come risulta in termini netti dalla Relazione della Commissione parlamentare di inchiesta sul livello di

---

<sup>2</sup> Anche se, di recente, L. SALTARI, *Che resta delle strutture tecniche*, cit., pp. 289-290, ha sostenuto come siano numerose le strutture tecniche (oltre alle Autorità amministrative indipendenti) che sono principalmente strutturate nella amministrazione per ministeri.

<sup>3</sup> Infatti, secondo A. ZUCARO, *La crisi dei Corpi Tecnici della Pa nel quadro della crisi delle politiche pubbliche*, in *Riv. giur. mezz.*, 2019, p. 303, "i Corpi Tecnici della Pa centrale non esistono più".

<sup>4</sup> Secondo G. MELIS, *I corpi tecnici della pubblica amministrazione centrale*, in *Riv. giur. mezz.*, 2019, pp. 291 ss., le esigenze di *spending review* hanno rappresentato "il grande idolo al quale sarebbero stati sacrificati di lì a poco i tecnici dello Stato". Per una recente disamina sulla centralità dei corpi tecnici nell'organizzazione amministrativa, cfr. F. SAVO AMODIO, *Il Genio civile. La competenza perduta?*, in *St. parl. pol. cost.*, 2019, nn. 203/204, pp. 47 ss.

<sup>5</sup> Che, secondo quanto emerge dall'editoriale di A. SANDULLI, *Quali riforme per la pubblica amministrazione?*, in *Munus*, 2019, V, costituisce uno dei principali nodi che necessitano di un intervento riformatore.

<sup>6</sup> La celebre espressione è di S. CASSESE, *L'amministrazione dello stato liberal-democratico*, in S. Cassese, *La formazione dello stato amministrativo*, Milano, 1974, pp. 11 ss.

<sup>7</sup> G. MELIS, *La fuga dall'amministrazione. Ascesa e declino dei tecnici nell'amministrazione dell'Italia unita*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, p. 477. A detta di L. FIORENTINO, *I corpi tecnici nelle amministrazioni*, cit., p. 485, conferma l'idea per cui "le esternalizzazioni possono essere considerate causa ed effetto dell'indebolimento complessivo dell'apparato tecnico".

<sup>8</sup> Così, S. CASSESE, *Questione amministrativa e questione meridionale*, Milano, 1977, p. 18, ove pure si nota come, da una ricostruzione quantitativa, l'illustre Autore ritiene che "la burocrazia diviene, dunque, una struttura interamente governata da giuristi" (p. 20).

<sup>9</sup> Su questi aspetti, si vedano gli interessanti studi di F. MERLONI, *Le attività conoscitive e tecniche delle amministrazioni pubbliche. Profili organizzatori*, in *Dir. pubbl.*, 2013, pp. 481 ss., nonché, più recentemente, di C. CUDIA, *Pubblica amministrazione e valutazioni tecniche: profili organizzativi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, pp. 1 ss.

<sup>10</sup> S. CASSESE, *Questione amministrativa*, cit., pp. 20 ss.

digitalizzazione ed innovazione delle pubbliche amministrazioni del 2017. In particolare, le principali criticità espresse attengono alla mancanza di “un Ruolo tecnico che non è mai nato”<sup>11</sup>, a testimonianza della “mancanza di consapevolezza dell’importanza del digitale [che] ha portato la PA, negli anni, a non dotarsi delle competenze tecnologiche, manageriali e di informatica giuridica necessarie”<sup>12</sup>.

La scarsa attenzione alla ‘rivoluzione digitale’ emerge, tra i vari aspetti, dalla sostanziale inattuazione dell’articolo 17, comma 1, del Codice dell’amministrazione digitale, il quale dispone che ogni pubblica amministrazione “affida ad un unico ufficio dirigenziale generale, la transizione alla modalità operativa digitale e i conseguenti processi di riorganizzazione finalizzati alla realizzazione di un’amministrazione digitale e aperta”. Una indagine quantitativa e qualitativa relativa alla figura del c.d. *Chief digital officer*<sup>13</sup>, ha infatti dimostrato non solo come le nomine di tali soggetti, sia per le amministrazioni centrali che per quelle locali, abbiano una portata estremamente ridotta rispetto all’obiettivo che si intende(va) perseguire<sup>14</sup>, ma soprattutto che l’inserimento nella pianta organica delle amministrazioni dei ‘responsabili alla transizione digitale’ sia stato l’esito di numerosi solleciti svolti dalla Commissione di inchiesta, a conferma della scarsa consapevolezza della pervasività dei fenomeni di informatizzazione e digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche che investe il “mondo nuovo”.

Un ulteriore aspetto che merita di essere analizzato, soprattutto perché consente di avvicinarsi al tema della necessità di competenze diverse da quelle giuridiche per le pubbliche amministrazioni, riguarda l’articolo 17, comma 1-ter, del Codice dell’amministrazione digitale, con il quale si prevede che “il responsabile dell’ufficio di cui al comma 1 è dotato di adeguate competenze tecnologiche, di informatica giuridica e manageriale”<sup>15</sup> e, al fine di valutare il livello di adempimento della disposizione, sono stati forniti tre criteri indicativi: l’iscrizione all’ordine degli ingegneri informatici, la laurea in informatica e, infine, l’esperienza almeno quinquennale nel settore pubblico (o privato) nel campo dell’ICT.

---

<sup>11</sup> A. ZUCARO, *La crisi dei Corpi Tecnici della Pa*, cit., p. 308.

<sup>12</sup> È quello che emerge dalla Relazione della Commissione parlamentare di inchiesta sul livello di digitalizzazione e innovazione delle pubbliche amministrazioni e sugli investimenti complessivi riguardanti il settore pubblico delle tecnologie e della comunicazione, p. 153, in *www.camera.it*.

<sup>13</sup> In tema, cfr. A. CONTALDO, *Il responsabile per la transizione al digitale anche alla luce degli ultimi piani triennali per l’informatica nella P.A.*, in *Riv. amm.*, 2018, pp. 393 ss.

<sup>14</sup> Relazione della Commissione parlamentare, cit., p. 101.

<sup>15</sup> Come modificato dal d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179.

La relazione formulata dalla Commissione parlamentare d'inchiesta ha consegnato, tuttavia, uno scenario assolutamente distante rispetto ai criteri poc' anzi richiamati: degli otto responsabili *ex* articolo 17 nominati dai Ministeri, uno solamente è risultato essere in possesso di una laurea idonea al ruolo ricoperto, nel caso specifico in ingegneria informatica; negli altri sette casi, cinque sono in possesso di una laurea in giurisprudenza, uno in medicina e chirurgia ed uno in ingegneria civile. Con riferimento, invece, alle amministrazioni regionali, solo due nomine delle sette totali presentano i requisiti sul possesso della laurea informatica richiesta dal Codice dell'amministrazione digitale, mentre delle cinque nomine relative alle città metropolitane, soltanto una rispetta i requisiti.

Il richiamo alla prassi relativa alle nomine ministeriali e locali di un responsabile per la transizione digitale conferma, dunque, non solo che “la risposta organizzativa sarà fondamentale per il potere pubblico”, poiché “senza di essa, non si avranno metodi efficaci di governo del fenomeno”<sup>16</sup>, ma soprattutto che l'avvento della digitalizzazione e degli strumenti di automazione negli ingranaggi della macchina pubblica impone un ripensamento delle tradizionali categorie professionali da impiegare negli apparati burocratici<sup>17</sup>.

Tali considerazioni hanno indotto la dottrina a ragionare su nuove modalità di reclutamento del personale, ritenendo quelle attuali insufficienti a soddisfare il bisogno tecnologico nelle pubbliche amministrazioni. La provenienza dei soggetti che partecipano ai concorsi continua, infatti, ad essere di stampo giuridico-economica<sup>18</sup>, laddove invece sarebbero necessarie - anche per il tramite di selezioni che valorizzino in concreto le preparazioni tecnico-scientifiche funzionali al miglior esercizio dell'attività amministrativa<sup>19</sup> - “competenze di tipo tecnico e fortemente specialistiche, cioè derivanti da una formazione, possibilmente universitaria, focalizzata [tra altri] nel campo dell'informatica e dell'ingegneria dell'informazione”<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> B. CAROTTI, *Algoritmi e pubblici poteri: un rapporto incendiario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, p. 10.

<sup>17</sup> S. STACCA, *La selezione del personale pubblico al tempo delle tecnologie digitali*, in [www.aipda.it](http://www.aipda.it); negli stessi termini, A. LALLI, *Il sapere e la professionalità dell'amministrazione pubblica nell'era dei big data e dell'intelligenza artificiale*, in [www.aipda.it](http://www.aipda.it)., ove si sostiene che non è sufficiente la c.d. ‘assunzione dei tecnici’ all'interno dell'organico amministrativo, ma occorre soprattutto che le amministrazioni acquisiscano “una più matura consapevolezza sui cambiamenti qualitativi che dovranno caratterizzare i propri processi decisionali e i propri interventi per essere adeguati alle nuove sfide che la società di oggi presenta”.

<sup>18</sup> Ancora S. STACCA, *La selezione del personale*, cit., p. 8.

<sup>19</sup> Analizzano criticamente l'aspetto della carenza di saperi tecnici all'interno delle amministrazioni pubbliche, correlandolo al tema delle modalità di svolgimento dei pubblici concorsi e all'accesso ai pubblici uffici, A. AVERARDI, L.F. SAN MAURO, *Ragionare per reclutare: la logica nei (e dei) concorsi pubblici*, in [www.aipda.it](http://www.aipda.it).

<sup>20</sup> In questi termini, si veda lo studio condotto dal Consiglio Nazionale degli Ingegneri, *Le figure tecniche nella pubblica amministrazione. Il caso delle posizioni apicali nella direzione dei sistemi IT*, 2016, p. 30, consultabile sul sito [www.fondazioneconi.it](http://www.fondazioneconi.it). In dottrina, cfr. D-U. GALETTA, *La pubblica amministrazione nell'era delle ICT: sportello digitale unico e intelligenza artificiale al servizio della trasparenza e dei*

Quanto appena detto assume certamente maggior rilievo ove si consideri che oggi l'amministrazione per algoritmi rappresenta una realtà ormai consolidata, che impone una tecnificazione dell'organico pubblico in virtù della centralità che va assumendo sempre più la *data science* come nuovo sapere tecnico delle amministrazioni pubbliche<sup>21</sup>. La *data science* costituisce un processo analitico di dati, fondati sul metodo scientifico e su altre discipline (come la matematica, informatica, la statistica, ecc...) che può essere idealmente scomposto in tre momenti. Nel primo momento, si analizzerà il contesto in cui i dati verranno utilizzati ed i 'problemi' che si intendono affrontare con tali dati; il secondo momento, già intrinsecamente più complesso, attribuisce rilievo centrale alla fase di progettazione dell'algoritmo - momento centrale in quanto il corretto inserimento dei criteri di funzionamento eviterà errori ovvero fattori confondenti nei risultati algoritmici -; infine, la terza fase riguarderà la fase della interpretazione dei risultati algoritmici e l'inserimento degli stessi nel processo decisionale.

In buona sostanza, all'amministrazione della complessità - che evidentemente è il risultato del nuovo modo di esercitare la funzione amministrativa ricorrendo sempre più spesso a dati<sup>22</sup>, rendendo tanto complessa, quanto cruciale, l'attività conoscitiva<sup>23</sup> - deve necessariamente rispondere una complessità dell'amministrazione sul versante del personale che, in ragione di quanto detto poc'anzi, non potrà più fare a meno di accogliere il c.d. *data scientist*, o quantomeno figure affini in grado di governare il progresso della tecnica nelle amministrazioni. Tale figura professionale deve essere, quindi, non solo "capace di progettare gli algoritmi, di costruire il set di dati che deve essere elaborato dall'algoritmo, di leggere e interpretare i risultati", ma anche in grado di maneggiare conoscenze giuridiche, "conoscere le regole dell'organizzazione e dell'azione amministrativa, il funzionamento delle amministrazioni pubbliche"<sup>24</sup>.

---

*cittadini?*, in *Cybersp. dir.*, 2018, p. 322, ha sostenuto come sia necessario "investire risorse pubbliche in tecnologia e formazione: da un lato, perché è necessario sviluppare le competenze digitali interne dei dipendenti pubblici; dall'altro, perché i cittadini devono anche maturare la capacità di interagire con gli strumenti ICT per poter beneficiare pienamente dei vantaggi della digitalizzazione".

<sup>21</sup> Sul punto, sono molto interessanti le notazioni svolte da M. FALCONE, *La data science come nuovo sapere dei funzionari pubblici*, in [www.aipda.it](http://www.aipda.it). Si veda, inoltre, il lavoro di P. FORTE, *Diritto amministrativo e data science. Appunti di intelligenza amministrativa artificiale (AAI)*, in *Pers. amm.*, 2020, pp. 247 ss.

<sup>22</sup> Sul punto, si richiama il lavoro monografico di G. CARULLO, cit.

<sup>23</sup> Su cui, recentemente, E. CARLONI, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2019, pp. 389-390, chiude il proprio lavoro sostenendo come emerga l'immagine di un ritardo dell'amministrazione rispetto alle realtà private più attive nello scenario digitale, "legato in particolare a un approccio al patrimonio conoscitivo, ai dati e alle informazioni detenute da pubbliche amministrazioni, perfino alle soluzioni tecnologiche e ai sistemi informativi, di tipo essenzialmente proprietario [...] il che contribuisce a rendere complesse le dinamiche di integrazione".

<sup>24</sup> Entrambi i virgolettati sono di M. FALCONE, *La data science come nuovo sapere*, cit., p. 8.

Sul piano del dover essere, il programma politico-amministrativo e culturale relativo al rinnovamento dei funzionari e dirigenti pubblici è estremamente ambizioso e, inoltre, sicuramente in linea con le numerose richieste del sistema rivolte all'accoglimento di figure tecnicamente preparate ad affrontare il cambiamento amministrativo.

Tuttavia, il versante dell'essere, caratterizzato dall'inattuazione delle numerose politiche di digitalizzazione ed automazione, risulta essere estremamente debole per due motivi. Il primo attiene ai ritardi nella concretizzazione di strategie e modelli per la formazione della c.d. "amministrazione 4.0", in quanto "quando l'attuazione tarda per decenni e i cambiamenti avvengono nell'arco di mesi, il rischio è quello di politiche di innovazione che sono vecchie prima di essere attuate"<sup>25</sup>. Il secondo, più preoccupante ad avviso di chi scrive, attiene alla conseguenza del mancato reclutamento di professionalità tecnologicamente pronte ad affrontare il passaggio delle ICT da strumento a modo d'essere dell'amministrazione, rendendo così necessaria l'esternalizzazione della realizzazione dell'algoritmo in capo a soggetti privati tecnicamente competenti<sup>26</sup>. Tale processo, come ha provocatoriamente sostenuto qualcuno, nasconde insidie pericolose, poichè perpetua la condizione di "essere schiav[i] del settore privato per tutto ciò che riguarda l'uso delle tecnologie"<sup>27</sup>.

Nell'ambito di un recente studio sulla progressiva crisi della pubblica amministrazione, Cassese ha efficacemente affermato che, allo stato attuale, "l'amministrazione, più che fare, fa fare", e ciò si dovrebbe al fatto che "la fuga dei tecnici da uffici pubblici costringe questi ultimi a far ricorso sempre di più ad esterni"<sup>28</sup>. A ben vedere, per ciò che attiene il presente studio e, quindi, la costruzione e la realizzazione di algoritmi informatici, si tratterebbe di una esternalizzazione che non costituirebbe l'esito di una scelta consapevole della pubblica amministrazione, ma che piuttosto si 'imporrebbe' al corpo amministrativo in ragione di una tendenza volta a restringere il campo delle competenze tecniche nell'organico delle amministrazioni. Quanto detto non vuole certamente confortare una cesura nelle relazioni tra pubblico e privato, che restano necessarie in ordine all'impiego delle nuove tecnologie,

---

<sup>25</sup> In questi termini, cfr. E. CARLONI, *Algoritmi su carta*, cit., p. 390.

<sup>26</sup> Su tale aspetto, si vedano i recenti lavori di A. SANDULLI, *Pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, pp. 513 ss., nonché M. CARDONE, D. FOÀ, *La valorizzazione del patrimonio informativo nell'ambito delle strategie di digitalizzazione della pubblica amministrazione*, in *Munus*, 2020, pp. 585 ss.

<sup>27</sup> In questo senso, cfr. I.M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione*, cit., p. 662.

<sup>28</sup> S. CASSESE, *Che cosa resta*, cit., p. 7.

ma certamente intende evidenziare la indispensabilità di alcuni momenti di funzionalizzazione nel disegno dell'amministrazione per algoritmi<sup>29</sup>.

L'attualità delle parole pronunciate da chi riteneva come la fuga dei tecnici dalla burocrazia rischiasse di trasformarsi in fuga dall'amministrazione è considerevole. Dunque, per fronteggiare tali problematiche, una soluzione potrebbe essere quella di istituire un nuovo corpo tecnico, diverso dal Garante dei dati personali, ed attribuirgli due specifiche funzioni: vigilare e regolare i nuovi percorsi di informatizzazione ed automazione delle pubbliche amministrazioni, nonché accompagnare il percorso volto al cambiamento amministrativo a partire dai singoli funzionari e dirigenti pubblici<sup>30</sup>.

La grande sfida dei sistemi amministrativi contemporanei è, infatti, quella di “far funzionare la macchina amministrativa mentre la si cambia”, accettando che tale passaggio “può avvenire solo a pezzi e bocconi”<sup>31</sup>. In virtù di questa considerazione, nel mentre il percorso da tracciare sul lungo periodo impone, come si è detto, un ripensamento della formazione dei pubblici dipendenti, al fine di cercare di (in)seguire, con successo, i progressi della tecnica e delle tecnologie<sup>32</sup>, nel breve periodo è proprio la creazione di un nuovo corpo tecnico l'unico strumento per tentare di legittimare, quantomeno formalmente, l'amministrazione per algoritmi nel nostro ordinamento.

Le competenze tecniche specialistiche, la capacità di dialogo con altri contesti istituzionali europei ed internazionali, la propensione al cambiamento, la capacità di

---

<sup>29</sup> I.M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione*, cit., p. 662, ritiene necessario il rafforzamento della capacità di creare algoritmi pubblici. Tale preoccupazione è anche sottolineata da A. ZUCARO, *La crisi dei Corpi Tecnici della Pa*, cit., p. 308, il quale sostiene che “per gli apparati amministrativi i software sono oggetti misteriosi, posseduti e gestiti da aziende private che li impiegano in nome e per conto degli apparati stessi. La necessità di questo impiego e conseguentemente del ruolo delle aziende che lo controllano fa sì che il prezzo, le singole modalità di impiego ed alla fine le modalità di impatto sull'utenza siano sostanzialmente nelle mani delle aziende”.

<sup>30</sup> Spinge per la creazione di “organismi specializzati di controllo in via amministrative di carattere indipendente che abbiano una funzione di sorveglianza e di approvazione degli algoritmi come codici e del loro modo generale di operare, nonché di garanzia del loro corretto funzionamento, I.M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione*, cit., p. 661. Secondo A. CELOTTO, *Algoritmi e algoretica: quali regole per l'intelligenza artificiale*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, disponibile in [www.consultaonline.it](http://www.consultaonline.it), 2020, p. 9, il custode del percorso di algoritmizzazione potrebbe rinvenirsi in una Autorità “originante dalla fusione dell'Autorità per le telecomunicazioni e quella di protezione dei dati, una autentica Autorità della Società Digitale”.

<sup>31</sup> In questi termini, efficacemente, cfr. L. TORCHIA, *Le prospettive*, in L. Torchia (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009, p. 516. Su una direzione simile si assestano anche le posizioni di D-U. GALETTA, *La pubblica amministrazione nell'era delle ICT*, cit., p. 325, ove critica “quella logica di ragionamento che immagina l'amministrazione all'epoca delle ICT come un'amministrazione che, invece di servirsi della macchina da scrivere, semplicemente si serve di computer e di altri strumenti digitali, senza tuttavia modificare il modo stesso in cui è strutturata la sua organizzazione e, di conseguenza, anche il procedimento amministrativo”.

<sup>32</sup> In quanto, come ha recentemente affermato M.A. SANDULLI, *Cultura e carattere nella formazione. Spunti per una riflessione*, in *Dir. soc.*, 2018, p. 347, “saranno le *character skills* dei lavoratori a fare la differenza nell'applicazione degli strumenti tecnici in continuo sviluppo”.

adeguare continuamente la propria formazione tecnica e le proprie conoscenze per poter fronteggiare problematiche sempre più difficili e complesse, costituiscono senza dubbio l'unico strumento di cui il diritto, ancorché tecnicizzato, gode per fronteggiare l'assoluto predominio della tecnica e di soggetti privati in luogo di attori pubblici<sup>33</sup>.

*2. Le carenze dei saperi ed il potere di controllo sugli algoritmi informatici. Critica alla concezione esclusivamente riparatoria della funzione di controllo. L'impossibilità di ritenere i controlli interni strumentali all'accrescimento della trasparenza e della legittimazione delle decisioni algoritmiche. La crisi annunciata della 'nuova amministrazione'.*

Le soluzioni che sono state prospettate sulle carenze strutturali dell'attuale organizzazione amministrativa dal punto di vista delle competenze tecniche, tuttavia, non intendono esclusivamente - anche poiché ciò costituirebbe una operazione forse troppo semplicistica - affrontare un tema di bilanciamento di ordine quantitativo nella relazione tra tecnica e diritto. L'attuale predominio della tecnica, che emerge in ragione dell'assenza di esperti all'interno delle amministrazioni pubbliche, è poi confermato ove si tenga conto che uno dei precipitati pratici della carenza di saperi è la totale dissoluzione della funzione di controllo<sup>34</sup>, che, come ha sostenuto Cammeo, uno dei primi studiosi del tema, costituisce una delle principali garanzie di qualsiasi ordinamento liberale<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> V.M. SBRESCIA, *Nuovi corpi tecnici delle amministrazioni indipendenti: i tecnici della regolazione*, in *Riv. giur. mezz.*, 2019, pp. 397 ss.

<sup>34</sup> La bibliografia sui poteri di controllo è densissima. Tra i primi studiosi sul tema, cfr. U. FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1915, pp. 608 ss.; F. CAMMEO, *Commentario*, cit.; R. RESTA, *Natura ed effetti del controllo preventivo*, in *Foro it.*, 1935, pp. 282 ss.. Tra gli anni '50 e gli anni '70, si segnalano degli importantissimi studi che hanno il pregio di estendere la funzione del controllo da momento per valutare la 'mera' legittimità a spazio procedurale nel quale veniva valorizzato il bilanciamento degli interessi: in questo senso, F. BENVENUTI, *Il controllo mediante richiesta di riesame*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, pp. 378 ss.; L. SALVI, *Premessa ad uno studio sui controlli giuridici*, Milano, 1957; G. BERTI, L. TUMIATI, *Controlli amministrativi (voce)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, vol. X, pp. 298 ss.; ma soprattutto, M.S. GIANNINI, *Controllo: nozioni e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, pp. 1263 ss.. Inoltre, l'articolazione dell'organizzazione amministrativa, le riforme in termini di valorizzazione dell'efficienza (e, quindi, del 'risultato') nonché il ciclico ritorno della crisi economica hanno indotto, a partire dagli anni '90, una nuova stagione di studi sulle diverse tipologie di controllo delle amministrazioni pubbliche: G. DE GIORGI CEZZI, *I controlli nell'amministrazione moderna*, Bari, 1990; S. CASSESE (a cura di), *I controlli nella pubblica amministrazione*, Bologna, 1993; M. CARABBA, *La nuova disciplina dei controlli nella riforma amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, pp. 955 ss.; U. ALLEGRETTI (a cura di), *I controlli amministrativi*, Bologna, 1995; più recentemente, si segnalano gli importanti lavori monografici di R. LOMBARDI, *Contributo allo studio della funzione di controllo*, Milano, 2003, nonché di P. TANDA, *Controlli amministrativi e modelli di governance della Pubblica Amministrazione*, Torino, 2012.

<sup>35</sup> F. CAMMEO, *Commentario*, cit., p. 149, secondo il quale il controllo è una delle garanzie della "unità del volere statale". Vi è addirittura chi sostiene come "Il controllo - e con esso talune sue forme - è più antico

A ben vedere, si può osservare come tale aspetto costituisca una delle principali note dolenti dell'amministrazione per algoritmi, poiché la spersonificazione delle fasi procedurali dovrebbe essere colmata, anche in una prospettiva che vada ad equilibrare 'semplificazione' e 'garanzia'<sup>36</sup>, da una parentesi doverosa di controllo umano, quale momento principale di ripristino della primazia delle scelte politico-amministrative su quelle tecniche.

Tuttavia, per cercare di comporre questa frizione, sembra utile partire da due questioni, con l'obiettivo di risolverle: in primo luogo, è ragionevole chiedersi come potrebbe un funzionario pubblico al giorno d'oggi controllare la correttezza di un algoritmo se, proprio in virtù del divario digitale che soffre l'organico amministrativo, quest'ultimo è tenuto tendenzialmente ad esternalizzarne la realizzazione. In secondo luogo, ulteriore nodo da sciogliere si rinverrebbe nell'individuazione di una tipologia di controllo utile ad ancorare l'amministrazione per algoritmi al fine di legittimare le proprie decisioni.

Per cercare di fornire una risposta a tali interrogativi, appare utile sciogliere i nodi di uno dei maggiori problemi che il controllo ha sollevato nel dibattito dottrinale, vale a dire la difficoltà di individuarne una nozione unitaria. Assumendo tale difficoltà, l'analisi verterà solo su alcuni aspetti messi in luce dal relativo dibattito, utili ad illuminare una prospettiva che tenti a valorizzare il controllo quale momento di legittimazione della decisione automatizzata.

Nella configurazione più classica, e cioè quella che si deve ad Ugo Forti, il potere di controllo presuppone anzitutto una differenziazione tra il controllato e il controllore<sup>37</sup>, è "implicito nell'idea di riesame il presupposto di una precedente attività o, almeno, di un

---

degli ordinamenti liberali": in tal senso, U. ALLEGRETTI, *I controlli sull'amministrazione dal sistema classico all'innovazione: le problematiche generali*, in U. Allegretti (a cura di), *I controlli amministrativi*, Bologna, 1995, p. 16.

<sup>36</sup> Sul punto, notazioni interessanti vengono svolte da M.A. SANDULLI, *Semplificazione e garanzia: due strade talvolta confliggenti*, in AA. VV., *Studi in onore di E. Casetta*, vol. I, Milano, 2001, pp. 592 ss.

<sup>37</sup> U. FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale*, cit. p. 609. In termini diversi, sul punto, cfr. G. BERTI, L. TUMIATI, *Controlli amministrativi*, cit., p. 298, ritengono ammissibile nell'ordinamento una sorta di 'autocontrollo'. Non condivide tale ricostruzione, R. LOMBARDI, *Contributo*, cit., pp. 35-36, secondo la quale "si preferisce aderire all'opinione più tradizionale secondo cui, perché si abbia un'operazione di tal genere, è necessaria la presenza di due distinte figure soggettive (il controllore e il controllato), una delle quali sia debitamente abilitata dall'ordinamento a svolgere le proprie funzioni di riesame sul comportamento dell'altra". Si tratta, ovviamente, di letture formulate in passato e che difficilmente possono essere calate nel contesto attuale, caratterizzato, da ultimo, da una forte attenzione del legislatore sui controlli interni in materia di prevenzione della corruzione, attribuiti all'Autorità Nazionale Anticorruzione. Sul punto, in ordine al rapporto tra controlli anticorruzione e responsabilizzazione delle amministrazioni, cfr. E. D'ALTERIO, *I controlli "anticorruzione" nelle pubbliche amministrazioni*, in *St. parl. pol. cost.*, 2014, nn. 183-184, pp. 7 ss., nonché V. BRIGANTE, *Critical assessments on the role and on the acts adopted by "ANAC". The requirement to restore system coherence*, in *Dir. econ.*, 2019, pp. 423 ss.

precedente comportamento (positivo o negativo), che a questo riesame venga sottoposto”<sup>38</sup> e, soprattutto, esso è espressione di volontà in ordine alla conformità dell’attività vagliata ai parametri imposti dalle norme di riferimento. È stato notato come tale tipologia di controllo, agevolmente qualificabile come controllo di legittimità, non sia sostanzialmente difforme da quello giurisdizionale<sup>39</sup>, in quanto i controlli amministrativi, come segnalano gli studi avviati dalla dottrina tedesca<sup>40</sup>, rientravano nelle attribuzioni delle amministrazioni finalizzate alla sicurezza ed alla certezza giuridica.

La prospettiva così delineata, evidentemente anche figlia dei retaggi dell’epoca, si inseriva nel solco di quell’orientamento che considerava l’esercizio del potere di controllo essenzialmente strumentale alla riduzione dei casi di illegalità ed inopportunità dell’attività dei pubblici poteri, attraverso un’attività di sorveglianza e correzione sugli atti stessi che costituiva la modalità ritenuta più efficace per ristabilire la legittimità dell’azione amministrativa<sup>41</sup>.

A questa lettura sul potere di controllo, definita da alcuni anche come una attività “colorata di giurisdizione”<sup>42</sup>, si affianca (tra le altre) quella di Giannini, il quale, come è stato notato<sup>43</sup>, nel ritenere il giudizio e la misura i momenti essenziali del controllo amministrativo, disegna una parabola evolutiva di tali attività ritenendo che la funzione di controllo sia strumentale ad una composizione tra gli interessi amministrativi. In tale prospettiva, il controllo non dovrebbe rinvenirsi “all’emissione di un giudizio, come farebbe un giudice, ma ad un’azione successiva, mediante la quale l’autorità controllante elimina l’errore - nel senso di inesatto agire - compiuto dall’autorità controllata, o quantomeno

---

<sup>38</sup> Sempre U. FORTI, *I controlli dell’amministrazione comunale*, cit., p. 609, ma su cui anche F. BENVENUTI, *Il controllo mediante richiesta di riesame*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, pp. 376 ss.

<sup>39</sup> In questo senso, si esprime R. LOMBARDI, *Contributo*, cit., p. 37, che tuttavia richiama l’autorevole opinione di F. CAMMEO, *Commentario*, cit., p. 136, secondo il quale dal punto di vista formale “può sempre distinguersi ciò che attiene all’amministrazione o alla giurisdizione, dal modo con cui il controllo si inizia cioè d’ufficio o su ricorso di un interessato, dall’esistenza o meno di un contraddittorio, in quanto contro il diritto dello Stato fatto sempre valere per utilità collettiva, si contrapponga il diritto subiettivo dell’organo autarchico, del funzionario come individuo, o di un singolo cittadino”.

<sup>40</sup> Su cui, per tutti, si veda lo studio di G. JELLINEK, *La dottrina generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1949, pp. 303 ss.

<sup>41</sup> U. ALLEGRETTI, *I controlli sull’amministrazione*, cit., nel mentre sostiene (p. 21) come “l’obiettivo essenziale dei controlli era sostenere il sistema di legittimità dell’azione amministrativa, vero perno dell’ordinamento dell’amministrazione nell’età sorgiva dello stato di diritto” (corsi nostri), poco dopo si sofferma sul fallimento del sistema dei controlli di legittimità e sulla scarsa efficacia di questi ultimi, considerata “esperienza assolutamente comune a qualunque cittadino, osservatore od operatore: i controlli accompagnano con elevatissima generalità tutti gli atti amministrativi, eppure l’illegalità investe in maniera massiccia tutto l’agire dell’amministrazione italiana”.

<sup>42</sup> G. FERRARI, *Gli organi ausiliari*, Milano, 1956, p. 322.

<sup>43</sup> R. LOMBARDI, *Contributo*, cit., p. 58.

elimina le conseguenze dell'errore [...] onde può dirsi che funzione dei controlli è l'eliminazione di un conflitto che sorgerebbe da inesatto agire del controllato”<sup>44</sup>.

L'idea che emerge dal pensiero dell'illustre Autore, poi sviluppata ed argomentata nel noto saggio del 1974<sup>45</sup>, è quella secondo la quale il potere di controllo non deve essere strumentale alla mera regolarità di una funzione, limitato cioè “ad impedire al controllato di sbagliare”<sup>46</sup>, ma serve a svolgere una funzione comparativa di tutti gli interessi dal formarsi della volontà di agire fino al suo estendersi attraverso gli atti di esecuzione<sup>47</sup>.

Il passaggio, dunque, è netto e consente di giungere all'affrancamento della visione meramente ‘repressiva’ e riparatoria del potere di controllo per far spazio a nuove modalità di esercizio di tale potere, fondate sull'integrazione procedimentale, sul raccordo tra interessi e sulla funzione di indirizzo rispetto all'attività da svolgere, al fine di garantire un più corretto esercizio del potere<sup>48</sup>.

In altri termini, sulla scorta delle notazioni svolte, si intende superare l'approdo che intende i caratteri di accertamento e misura come gli unici (ed indefettibili) momenti del controllo giuridico. Tale ricostruzione, invero, non considererebbe adeguatamente che il principale scopo (del controllo) non debba rinvenirsi esclusivamente nella correzione, ovvero nella eliminazione, di un provvedimento quanto, piuttosto, nella volontà di inserirsi nel processo decisionale per incentivarne il funzionamento e l'efficienza in una prospettiva “incentivante e dialettica”.

La sommaria ricostruzione dell'evoluzione della funzione di controllo - che tuttavia non ha tenuto in considerazione l'evoluzione dei controlli di gestione, in quanto non funzionali all'economia del presente lavoro - consente a questo punto di svolgere alcune considerazioni

---

<sup>44</sup> M.S. GIANNINI, *Lezioni*, cit., p. 198.

<sup>45</sup> M.S. GIANNINI, *Controllo: nozione e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, pp. 1254 ss.

<sup>46</sup> O. SEPE, *Relazione introduttiva*, in AA. VV., *La ponderazione degli interessi nell'esercizio dei controlli. Atti del XXXIV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 23-24 settembre 1988*, Milano, 1991, p. 19.

<sup>47</sup> In termini simili, cfr. R. LOMBARDI, *Contributo*, cit., p. 45, secondo la quale “Si delinea, in altri termini, una serie di ipotesi in cui l'esito di tale operazione non è rappresentato da una misura di controllo in senso proprio, ma piuttosto da un provvedimento di cura dell'interesse pubblico”.

<sup>48</sup> O. SEPE, *Relazione introduttiva*, cit., pp. 20-21, sostiene che “il controllore, allorché riesamina, anche nei limiti del solo controllo di legittimità, un'attività amministrativa discrezionale, non si limita a verificare meccanicamente la conformità alle norme ma compie intellettualmente una valutazione dell'esercizio dell'attività discrezionale del controllato [...] per venire ad un *giudizio di valore* che servirà anche come indirizzo per l'attività futura da svolgere”. Nello stesso senso, M. SCIASCIA, *La funzione di controllo nell'ordinamento amministrativo italiano*, Napoli, 1991, pp. 21-22, il quale ha affermato che “in ogni attività di controllo è sempre insita una individuazione, una ponderazione ed una gradazione degli interessi presenti nella fattispecie. [...] anche il controllo di legittimità si interessa dell'esercizio del potere discrezionale sotto il profilo del suo mantenimento nei limiti formali e sostanziali indicati dalla legge e/o dalla stessa Amministrazione in via preventiva. [...] per verificare il rispetto dei limiti sostanziali, ossia il perseguimento del fine istituzionale nonché la logicità di comportamento, l'autorità controllante deve effettuare essa stessa la ponderazione degli interessi nella fattispecie”.

in ordine alla possibilità di individuare (nonché all'opportunità di prevedere), nell'attuale prassi dell'amministrazione per algoritmi, momenti di controllo orientato al migliore svolgimento dell'attività amministrativa.

Questa riflessione non può certamente prescindere dal richiamo agli approdi cui si è giunti in precedenza, che per un verso riguardano l'assunta incompatibilità del manifestarsi dell'amministrazione automatizzata con i principi di imparzialità e buon andamento, ma che non può neppure prescindere, per altro verso, dalla circostanza che esistono diverse tipologie di algoritmi di cui i pubblici poteri possono avvalersi per un determinato processo decisionale. Ciò in quanto, come è stato evidenziato esattamente trenta anni fa, "la funzione di controllo che si avvia ad utilizzare nuove forme e recenti ritrovati del mondo della tecnica si distacca quindi sempre più da quella tradizionale e merita di essere considerata ed approfondita", in quanto il fine di tali attività è "quello di assicurare la rispondenza ad alcune regole o canoni, di salvaguardare valori [...] che il controllore ha il dovere di tutelare"<sup>49</sup>.

Muovendo dunque verso l'indagine sul rapporto tra potere di controllo e differenti classificazioni di algoritmi, va osservato che nel caso in cui le amministrazioni pubbliche si avvalgano di strumenti informatici deterministici, e sempre dando per presupposta l'esternalizzazione della realizzazione dello strumento informatico a soggetti privati in ragione di una quota di competenze tecnologiche 'interne' insufficiente ed insoddisfacente, non può che sostenersi come l'accertamento sulla correttezza degli *input* immessi potrebbe essere svolto esclusivamente dallo stesso soggetto che ha formulato l'algoritmo. Tale ipotesi, dunque, è idonea a generare una tensione con quell'interpretazione della dottrina che, registrando peraltro alcune censure, riteneva come elemento indefettibile della funzione di controllo la circostanza secondo la quale "l'organo controllante è *sempre*, per la stessa natura dell'istituto, *diverso* dall'organo cui si riferisce il comportamento sottoposto a controllo"<sup>50</sup>.

Nei procedimenti interamente automatizzati in cui le amministrazioni ricorrono ad algoritmi che seguono la logica "*if, then*", il controllo si sostanzierebbe in una mera valutazione della conformità dello strumento informatico e delle informazioni inserite con la norma attributiva del potere, che, ove il giudizio su quest'ultima dovesse risultare negativo, farebbe emergere esclusivamente l'attitudine meramente sanzionatoria della funzione di controllo<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> O. SEPE, *Relazione introduttiva*, cit., p. 17.

<sup>50</sup> Il riferimento va ad U. FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale*, cit., p. 609.

<sup>51</sup> In giurisprudenza, sul punto, cfr. T.A.R. Toscana, Firenze, sez. III, 20 aprile 2016, n. 642, in *Foro amm. (II)*, 2016, p. 991; Cons. Stato, sez. V, 20 aprile 2012, n. 2320, in *Foro amm. (C.d.S.)*, 2012, p. 956; Cons.

Si è ben lontani, dunque, da quelle ipotesi nelle quali il controllo dei pubblici poteri costituisce una doverosa parentesi delimitata nei modi e nei tempi rispetto alle attività economiche dei privati, volta a costituire un presidio di garanzia nei confronti di questi ultimi<sup>52</sup>, come avviene, ad esempio, nella segnalazione certificata di inizio attività.

Invero, mentre nell'articolo 19 della legge n. 241 del 1990, la libertà del privato di avviare la propria attività è controbilanciata dalla previsione di un potere-dovere all'amministrazione di verificare la corrispondenza ai dettami normativi dell'iniziativa intrapresa, tale da intestare all'amministrazione un ruolo di "garante delle regole"<sup>53</sup>, questo carattere di custode delle regole del gioco viene evidentemente a mancare nel disegno dell'amministrazione per algoritmi.

In sostanza, nel campo dell'attività interamente automatizzata, il creatore dello strumento informatico assolverebbe le funzioni di controllore di sé stesso, facendo svanire così quella funzione di garanzia che assiste il potere di controllo, ancorché riguardi procedimenti vincolati.

Sicuramente più problematica è la possibilità di esercitare concretamente la funzione di controllo laddove le amministrazioni ricorrano ad algoritmi non deterministici e di autoapprendimento, soprattutto alla luce dell'orientamento giurisprudenziale inaugurato con la sentenza 8472 del 2019 del Consiglio di Stato che ne ha ammesso l'utilizzo anche nei procedimenti discrezionali. In tali circostanze, infatti, si è certamente distanti dalle logiche del mero controllo di legittimità (e, potremmo dire, di compatibilità algoritmica dell'*input* inserito), in quanto l'evoluzione dei controlli amministrativi ha riconosciuto a questo potere-dovere l'affidamento e la cura degli interessi pubblici per la composizione operativa degli stessi, identificandolo quale momento ideale per la concretizzazione del principio di buon andamento<sup>54</sup>.

---

Stato, sez. IV, 8 aprile 2004, n. 1992, in *Foro amm. (C.d.S.)*, 2004, p. 1070; Cons. Stato, 30 settembre 2002, n. 4983, in *Foro amm. (C.d.S.)*, 2002, p. 2026.

<sup>52</sup> Ci si riferisce alla importante pronuncia di Corte cost., 13 marzo 2019, n. 45, in *Riv. giur. edil.*, 2019, pp. 303 ss., con commento di F. LIGUORI, *La "parentesi amministrativa" della s.c.i.a. e le tutele del terzo*, pp. 281 ss.; la pronuncia è stata inoltre commentata da F. SAVO AMODIO, *S.c.i.a. e tutela del terzo: la complessa ricerca di un equilibrio*, in *Riv. giur. edil.*, 2020, pp. 14 ss. In termini simili, Corte cost., 20 luglio 2020, n. 153, in *cortecostituzionale.it*, con commento di L. GIZZI, *SCIA e tutela del terzo (Note a margine di Corte costituzionale, sentenza n. 153 del 2020)*, in *Federalismi.it*, 2020, pp. 71 ss.; ma sulla decisione della Consulta si è anche espresso, soprattutto per sottolineare le distinzioni tra le due pronunce dei giudici rimettenti con riferimento alla posizione del terzo leso dalla s.c.i.a., F. LIGUORI, *La segnalazione certificata di inizio attività*, in A. Contieri (a cura di), *Approfondimenti di diritto amministrativo*, Napoli, 2021, pp. 89 ss.

<sup>53</sup> In questi termini si esprime S. TUCCILLO, *Contributo*, cit., p. 144.

<sup>54</sup> Per una ricostruzione dei controlli in una direzione volta a garantire l'imparzialità ed il buon andamento dell'azione amministrativa, per tutti, si veda U. ALLEGRETTI, *I controlli sull'amministrazione*, cit., pp. 23-24, ove, nel ritenere insufficienti i soli controlli sulla mera legittimità e, al contempo, necessario un riorientamento nei suoi contenuti, afferma specificamente che i "controlli sull'imparzialità dunque dell'azione amministrativa

Si tratta di un approdo estremamente rilevante, soprattutto per l'oggetto del presente studio, in quanto tale assunto conferma che “non tutte le deviazioni e le inefficienze, infatti, possono essere segnalate *ex ante* dagli interessati in sede di partecipazione al procedimento o sanzionate *ex post* in sede giurisdizionale”<sup>55</sup>: di talché, emerge con tutta evidenza la necessità di istituire un presidio di controllo durante il suo “farsi”, e non esclusivamente in sede di giudizio di annullamento.

Vi è da chiedersi, quindi, se il potere di controllo sia concretamente esercitabile durante il procedimento automatizzato che involge valutazioni discrezionali, o se si tratti della ennesima lacuna che sembra caratterizzare lo statuto dell'amministrazione per algoritmi.

A ben vedere, nessuna delle pronunce del giudice amministrativo, dalle quali si è cercato di inferire uno statuto della decisione amministrativa algoritmica, ha messo in luce questo aspetto, ma attraverso un ragionamento di tipo deduttivo, che recupera le argomentazioni critiche in precedenza esposte in punto di trasparenza, sembra possibile giungere ad una conclusione negativa sulla possibilità di instaurare una parentesi di controllo in un momento antecedente all'adozione di decisioni automatizzate. Non si può, infatti, evitare di ricordare come l'utilizzo di algoritmi informatici nei procedimenti amministrativi, oltre che mettere a nudo l'insufficiente grado di *expertise* dei funzionari pubblici, nasconda ulteriori insidie, che riguardano specificamente l'impossibilità di comprendere talvolta l'*iter* 'logico' seguito dalla macchina anche per gli stessi ideatori.

Dunque, in un primo caso, e cioè laddove l'algoritmo non presenti difficoltà di comprensione intrinseca, è la frattura conoscitiva che intercorre tra le spinte tecnologiche e le riserve giuridiche a costituire il principale ostacolo all'esercizio della funzione di controllo. Un funzionario carente delle competenze ingegneristiche necessarie non sarebbe in grado di verificare, ad esempio, il rispetto delle regole procedurali, la completezza dell'istruttoria e, dunque, la conformità al buon andamento durante il suo “farsi”. La tipologia di algoritmo utilizzato assume, ad avviso di chi scrive, particolare importanza ove si consideri che negli algoritmi 'tradizionali' - non incomprensibili anche per i programmatori stessi - l'apporto umano, seppur esclusivamente in fase di programmazione, viene garantito e potrebbe riemergere all'atto dell'esercizio della funzione di controllo, ma

---

e controlli sull'efficacia e sull'efficienza dovrebbero assumere ruolo e dominanza rispetto ai controlli di mero presidio della pur persistente legalità amministrativa”.

<sup>55</sup> Si recupera l'efficace interpretazione fornita da G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, p. 301.

solo allorché le strutture interne all'amministrazione si dirigano verso una riorganizzazione interna ispirata alla tecnificazione.

Il quadro appena delineato, dal quale si manifesta una potenziale (ma condizionata) apertura alla possibilità dell'amministrazione di esercitare il potere di controllo nell'ambito di un procedimento automatizzato, vacilla laddove i pubblici poteri facciano uso degli algoritmi di *machine learning*.

In queste circostanze, invero, più che porsi il problema di una amministrazione inconsapevole, ritorna l'idea della decadenza dell'esercizio del controllo e, segnatamente, della funzione amministrativa. Ove, infatti, un algoritmo fornisca autonomamente un assetto di interessi da realizzare, compia una indagine istruttoria sino a giungere alla decisione senza apporto umano in fase di programmazione dello strumento informatico, non si comprende come possa essere garantita una parentesi procedimentale nella quale l'amministrazione svolgerebbe un controllo interno, funzionale, come si è detto, non solo a garantire il principio del buon andamento quanto, piuttosto, a divenire momento di legittimazione della decisione algoritmica<sup>56</sup>.

Possono essere recuperate, con l'intenzione di adeguarle al contesto attuale, le notazioni di chi, in passato, ha ritenuto che "non esiste programmazione se non esiste controllo che consenta la comparazione tra ciò che è stato programmato e ciò che si è verificato; non esiste controllo senza programmazione, ovvero senza aver predeterminato obiettivi, programmi [...] che devono essere realizzati durante la gestione"<sup>57</sup>. La realizzazione di tali obiettivi e programmi, seguendo quindi la logica efficientistica volta al perseguimento del risultato, non può tuttavia prescindere dal rispetto dei principi fondamentali dell'azione amministrativa e dall'osservanza delle regole procedimentali che costituiscono presidi di garanzia per il cittadino che subisce la decisione. Tuttavia, dalla ricostruzione svolta soprattutto in ordine alla tenuta democratica dell'amministrazione per algoritmi, sembra evidente come la trasformazione delle regole predeterminate in operazioni algoritmiche non consenta una adeguata verifica comparativa sulla coerenza tra risultato raggiunto e dati immessi<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> In una prospettiva volta a valorizzare il controllo in forma di legittimazione della decisione amministrativa, soprattutto attraverso la presenza di "una griglia di regole oggettive e predeterminate" (richiamando il più volte citato lavoro monografico di A. POLICE, *La predeterminazione*, cit.), si veda R. LOMBARDI, *Contributo*, cit., spec. pp. 253 ss.

<sup>57</sup> In questi termini, cfr. F. PICA, L. D'ALESSIO, N. GIUDICEPIETRO, *L'ordinamento contabile degli enti locali*, Torino, 1999, p. 195.

<sup>58</sup> In termini generali, M. CAMMELLI, *Amministrazione e mondo nuovo*, cit., p. 21, sostiene che "La discrezionalità non esercitata e non verificata in modo appropriato apre un vuoto enorme e un trasferimento

Le considerazioni svolte sulla difficoltà delle attuali pubbliche amministrazioni circa lo svolgimento del potere di controllo sull'algorithmo elaborato da un soggetto privato, tuttavia, non sembrano a maggior ragione neppure colmabili attraverso un controllo diretto del cittadino sull'operato dei pubblici poteri, confermando così quello che Romano Tassone definiva "il crescente *deficit* di capacità decisionale della politica"<sup>59</sup>. La presunzione della c.d. opacità algoritmica, infatti, è tanto più evidente ove ci si allontani dallo spazio procedimentale all'interno del quale, come si è visto, la partecipazione e la trasparenza costituiscono momenti funzionali tutt'altro che garantiti<sup>60</sup>.

Dunque, se è vero che, in una prospettiva generale, l'effettiva conoscenza delle regole predeterminate si muove nella prospettiva di aumentare l'*accountability* delle amministrazioni, nel caso dell'amministrazione per algoritmi è evidente come vi sia in atto un percorso diretto ad un sostanziale ridimensionamento della rilevanza, giuridica e fattuale, del controllo del cittadino, in quanto la comprensibilità delle regole algoritmiche è ragionevolmente al di fuori della portata del comune cittadino, il quale difficilmente riesce a risalire alle cognizioni ingegneristiche e matematiche necessarie per la leggibilità dell'algorithmo.

D'altronde, se è vero che il controllo democratico sull'attività contribuisce alla creazione del consenso nei processi decisionali della pubblica amministrazione<sup>61</sup>, è altrettanto vero come l'affermazione di una amministrazione di risultato comporta, dal punto di vista del cittadino, "la concreta impossibilità di esercitare il controllo se non su aspetti estremamente circoscritti e puntuali di un'azione amministrativa dai larghi orizzonti, della quale il cittadino stesso ignora (o non comprende) i risvolti operative e le finalità complessive"<sup>62</sup>.

In conclusione, ciò determina, quindi, il decadimento della qualità del controllo del cittadino e la sua trasformazione in una sorta di "interferenza fastidiosa ed inutile"<sup>63</sup>, tanto più in una nuova logica di amministrare che intende fare a meno di qualsiasi apporto umano che, quand'anche se ne preveda uno spazio, assume certamente un ruolo recessivo rispetto a quello imposto dalla tecnica.

---

all'esterno [...] in chiave di supplenza di valutazioni e controlli non esercitati all'interno e non esercitabili da sedi non adeguatamente attrezzate".

<sup>59</sup> A. ROMANO TASSONE, *Il controllo del cittadino sulla nuova amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 269.

<sup>60</sup> Sulla circostanza per cui il controllo sociale costituisca uno dei quattro pilastri sul quale si poggia la costruzione di una attività amministrativa trasparente, cfr. G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, cit.

<sup>61</sup> In questo senso, cfr. R. LOMBARDI, *Contributo*, cit., p. 256.

<sup>62</sup> L'efficace pensiero è di A. ROMANO TASSONE, *Il controllo del cittadino*, cit.

<sup>63</sup> A. ROMANO TASSONE, *Il controllo del cittadino*, cit.

3. *La costruzione della decisione amministrativa automatizzata tra pubblico e privato. Il banco di prova dell'art. 1, co. 1-ter, l. n. 241 del 1990. L'amministrazione di garanzia come limite all'esercizio privato della funzione amministrativa. Profili critici ed evolutivi nell'ambito dell'amministrazione per algoritmi.*

Dalla ricostruzione effettuata, emerge con nettezza come in molti casi l'esercizio della funzione amministrativa mediante il ricorso ad algoritmi informatici sia interamente esercitata dai soggetti privati.

Sono due le cause che generano tale disfunzione. In primo luogo, accade spesso che le attuali strutture organizzative pubbliche non sono dotate di quei "saperi giusti"<sup>64</sup> per governare l'impatto delle nuove tecnologie nei procedimenti amministrativi. Ulteriore circostanza dalla quale si evince un trasferimento indiretto dell'esercizio delle funzioni amministrative ad organismi privati coincide con l'ipotesi in cui, ove i pubblici poteri si avvalgano di algoritmi di *machine learning*, l'amministrazione non esercita il momento ponderativo di interessi neppure in sede di programmazione dell'algoritmo, mettendo in risalto i numerosi (e già richiamati) problemi di legittimazione della decisione amministrativa automatizzata.

Al fine di rendere compatibile l'amministrazione per algoritmi con la trama di principi generali che regola l'azione e l'organizzazione amministrativa, sembra opportuno richiamare l'articolo 1, comma 1-ter, della legge n. 241 del 1990, il quale dispone che "i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto 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"<sup>65</sup>. La disposizione, come è noto, intercetta un tema di centrale importanza del diritto amministrativo - quello appunto della relazione tra pubblico e privato con riferimento

---

<sup>64</sup> Sono parole di B.G. MATTARELLA, *Conclusioni*, in *Annuario AIPDA 2019. Quali saperi servono alla pubblica amministrazione? Selezione, valorizzazione e tutela della professionalità pubblica. Atti del convegno annuale, Pisa, 10-12 ottobre 2019*, Napoli, 2020, p. 299.

<sup>65</sup> La disposizione è stata, come noto, integrata dalla legge n. 15 del 2005, con l'obiettivo di cercare un equilibrio tra esercizio delle attività amministrative dei privati e rispetto dei principi sottesi alle stesse nella prospettiva dell'amministrazione dell'efficienza. Per un commento alla disposizione, su tutti, si vedano D. MARRAMA, *Principi generali dell'attività amministrativa*, in N. Paolantonio, A. Police, A. Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, pp. 117 ss., nonché più recentemente R. DIPACE, *I privati e il procedimento amministrativo*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., pp. 226 ss. e F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell'attività amministrativa*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, cit., pp. 95 ss.

all'esercizio dell'attività amministrativa<sup>66</sup> - che tuttavia ha una genesi ben più risalente rispetto alla disposizione entrata in vigore nel 1990 e poi modificata nel 2005, con la quale il legislatore - si è detto - ha imposto una logica di "funzionalizzazione debole"<sup>67</sup> dell'attività amministrativa svolta da privati.

Non può essere certamente questa la sede per recuperare i numerosi e datati apporti forniti dalla dottrina sul tema dell'esercizio privato di funzioni pubbliche (e di servizi pubblici)<sup>68</sup>, né tantomeno si può indulgiare sulle ragioni che hanno determinato un progressivo aumento dell'esercizio di attività amministrative da parte di soggetti privati, rinvenibili, come è noto, nei processi di privatizzazione per motivi di contenimento della spesa e nell'incidenza del diritto europeo.

---

<sup>66</sup> Va tuttavia sottolineato come la dottrina che si è occupata dei rapporti tra pubblico e privato nell'esercizio di attività amministrative si sia soffermata più sull'articolo 1, co. 1-bis, che sulla disposizione che in questa sede si analizza, soprattutto al fine di sciogliere il nodo relativo al concetto di atti di natura non autoritativa. La letteratura su questo aspetto è dunque vastissima: oltre al fondamentale studio di A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, Padova, 1938, che parlava di "attività amministrativa di diritto privato" (p. 489) - classificazione recuperata da C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, spec. pp. 57 ss. - si possono richiamare i seguenti studi: V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90*, in *www.giustamm.it*, 2005, pp. 9 ss.; G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, pp. 69 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'Amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, pp. 661 ss.; F. LIGUORI, *L'attività non autoritativa tra diritto privato e diritto pubblico. A proposito del comma 1 bis*, in F. Liguori (a cura di), *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo*, Bologna, 2007, pp. 7 ss.; N. PAOLANTONIO, *Articolo 1, comma 1-bis*, in N. Paolantonio, A. Police, A. Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, cit., pp. 78 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; L. TORCHIA, *L'attività amministrativa fra diritto privato e diritto amministrativo, nazionale ed europeo*, in G. Sciuillo (a cura di), *Le nuove regole dell'azione amministrativa*, Bologna, 2006, pp. 37 ss.; P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2005. Di recente, si vedano i lavori monografici di A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016, nonché di L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Napoli, 2018, nonché M. GOLA, *L'applicazione delle norme di diritto privato*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., pp. 208 ss.

<sup>67</sup> È di questo avviso R. DIPACE, *I privati e il procedimento*, cit., p. 229.

<sup>68</sup> La dottrina sul punto è vastissima. Tra gli studi principali, cfr. G. ZANOBINI, *L'esercizio privato di funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, cit., pp. 235 ss.; M.S. GIANNINI, *Esercizio privato di pubbliche attività*, in *Enc. dir.*, vol. XV, 1966, pp. 685 ss.; A. AZZENA, *Esercizio privato di pubbliche funzioni e di pubblici servizi*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1991, pp. 165 ss.; F. SATTA, *Esercizio privato di funzioni e servizi pubblici*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIII, 1989; F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000; ID, *Esercizio privato di pubbliche funzioni e pubblici servizi*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., pp. 2296 ss.; A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005, spec. cap. I; ID, *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, in *Enc. dir.*, *Annali*, Milano, 2007, pp. 570 ss.; ID, *Considerazioni in tema di attività procedurali a regime privatistico delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2011, pp. 97 ss.; N. PECCHIOLO, *Soggetti privati ed esercizio di funzioni amministrative*, in AA. VV., *Studi in onore di Alberto Romano*, cit., pp. 611 ss.

Nondimeno sembra utile nell'economia del lavoro soffermarsi su alcuni problemi che potrebbero emergere dalla combinazione tra la natura privata dei soggetti che elaborano l'algoritmo e la natura pubblica della funzione svolta<sup>69</sup>.

In termini generali, affrontare il tema dell'esercizio di funzioni amministrative da parte dei privati vuol dire tentare la ricerca di un approccio in virtù del quale la commistione funzionale tra pubblico e privato non comporti una diminuzione delle tutele e delle garanzie in capo ai cittadini. Tra l'altro, non potrebbe essere diversamente poiché risulta essere acquisizione comune e ben nota quella per cui la legge n. 241 del 1990, pur modificata più volte sotto la spinta di logiche efficientistiche, abbia comportato una inversione di tendenza nel rapporto tra amministrazione e cittadini, riconoscendo a questi ultimi garanzie sostanziali come la partecipazione al procedimento e la trasparenza amministrativa quali paradigmi applicativi dei più generali principi di imparzialità, buon andamento e giusto procedimento.

La disposizione in analisi, tuttavia, presenta tratti di ambiguità importanti, sottolineati dalla dottrina e dalla giurisprudenza che hanno espresso posizioni contrastanti sull'applicabilità ai privati dei soli principi disciplinati dall'articolo 1, comma 1, della legge n. 241 del 1990, ovvero anche delle regole applicative degli stessi.

Con la sentenza n. 1617 del 2014<sup>70</sup>, la Sesta sezione del Consiglio di Stato ha infatti sostenuto che con riferimento all'esercizio di funzioni pubbliche da parte dei soggetti privati debbano applicarsi “non le forme procedurali dell'azione amministrativa, ma le garanzie sostanziali che esse intendono esprimere”. Secondo il giudice amministrativo, infatti, la disposizione non intenderebbe “prevedere o introdurre la proceduralizzazione di una attività che [...] rimane pur sempre di diritto comune”, quanto piuttosto assicurare “quegli obiettivi di garanzia sostanziale”, che nel caso di attività amministrativa tradizionale viene garantita attraverso una rigida e formale proceduralizzazione. A conferma di tale lettura, parte della dottrina ha sostenuto come la disposizione esonererebbe i privati “dall'integrale osservanza delle singole regole del procedimento amministrativo con le relative formalità”,

---

<sup>69</sup> Sul tema, alcune considerazioni interessanti e condivisibili sono state formulate da I. PIAZZA, *La disciplina dell'attività amministrativa di soggetti privati tra autonomia organizzativa e garanzie degli amministrati*, in *Dir. amm.*, 2015, pp. 541 ss.

<sup>70</sup> Cons. Stato, sez. VI, 25 marzo 2014, n. 1617, in *Riv. giur. edil.*, 2014, pp. 1009 ss., con commento di R. LEONARDI, *Il principio della partecipazione e la dichiarazione di p.u., indifferibilità ed urgenza mediante atto di diritto privato di una S.p.A.: il Consiglio di Stato riafferma il primato delle garanzie sostanziali previste dalla l. n. 241 del 1990*, pp. 1018 ss., nonché in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), da N. PECCHIOLI, *La delibera di approvazione del progetto di un'opera da parte di Ferrovie S.p.A.: effetti preordinati all'esproprio e soggezione alle garanzie di partecipazione procedimentale*, che rileva profili di contraddittorietà nella decisione del Consiglio di Stato ove nel mentre afferma che non si debba proceduralizzare l'attività dei privati, giunge ad estendere le garanzie partecipative anche nella circostanza (come nel caso di specie) in cui l'approvazione del progetto dell'opera sia stata posta in essere da una delibera di una società per azioni.

in quanto il legislatore avrebbe imposto ai soggetti privati solo l'adozione di "comportamenti coerenti con il nucleo essenziale" delle regole procedimentali, ove "ciò sia necessario a garantirne la conformità ai principi di trasparenza, imparzialità e non discriminazione"<sup>71</sup>.

Da tale interpretazione, che evidentemente più si avvicina al dato normativo, si discosta la visione di una certa giurisprudenza - tra l'altro, della medesima sezione - nonché l'opinione del relatore stesso della legge n. 15 del 2005, che, come si è detto, ha integrato l'articolo 1, comma 1-*ter*, della legge n. 241 del 1990. Invero, con la sentenza n. 269 del 2009, il Consiglio di Stato ha espressamente sostenuto che l'attività amministrativa, ove anche svolta dai soggetti privati, debba essere "assoggettata alle regole generali proprie [del procedimento amministrativo]"<sup>72</sup>. Tale approdo, a ben vedere, risulta accogliere le intenzioni di Cerulli Irelli, il quale ha sostenuto che attraverso l'articolo 1, comma 1-*ter*, il legislatore abbia inteso riferirsi alla sottoponibilità dei soggetti privati al rispetto "delle norme e dei principi del diritto amministrativo, nonché al sindacato giurisdizionale"<sup>73</sup> al fine di creare quel doveroso bilanciamento tra esigenze di efficienza dell'azione amministrativa e rispetto delle garanzie dei cittadini.

Ma le ragioni maggiormente condivisibili che dovrebbero svalutare quel passaggio testuale che, riferendosi ai soli principi, dequoterebbe il vincolo in capo ai privati, si devono ad una ulteriore lettura volta a superare la rigidità del primo approccio sia per la difficoltà di distinguere le garanzie sostanziali - "che sono peraltro procedimentali" - e le garanzie essenziali, sia perché sarebbe impossibile ammettere l'obbligo di motivazione ove i privati siano tenuti a svolgere anche una ponderazione tra gli interessi dei soggetti potenzialmente incisi dagli atti di natura privatistica<sup>74</sup>. D'altronde, ulteriori ragioni per le quali si ritiene di dover aderire a questa seconda interpretazione si rinvergono, inoltre, nel noto assunto per cui molti principi che attengono all'esercizio del potere amministrativo siano di derivazione giurisprudenziale<sup>75</sup>, nonché nell'idea per cui il solo richiamo dell'articolo 1, comma 1, operato dal comma 1-*ter*, non terrebbe in considerazione alcune "norme-principio" - come quelle relative alla partecipazione procedimentale<sup>76</sup> - e non farebbe rientrare novero dei

---

<sup>71</sup> In tal senso, G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 487.

<sup>72</sup> Si tratta di Cons. Stato, sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 269, in *Foro amm. (C.d.S.)*, 2009, p. 263.

<sup>73</sup> V. CERULLI IRELLI, *Introduzione*, in N. Paolantonio, A. Police, A. Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione*, cit., p. 5.

<sup>74</sup> In questo senso, condivisibilmente, A. MALTONI, *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, in *Enc. dir. (Annali)*, 2007, p. 588.

<sup>75</sup> Come infatti rileva, tra gli altri, G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, p. 196, "la disciplina del potere amministrativo si è formata per la massima parte in via pretoria, attraverso i principi elaborati in sede di sindacato giurisdizionale".

<sup>76</sup> Così, A. MALTONI, *Esercizio privato*, cit., p. 591.

principi che il privato dovrebbe rispettare quelli di collaborazione e buona fede, disciplinati dal neo introdotto comma 2-*bis* dell'articolo 1.

Al fine, dunque, di attuare la visione del “nuovo cittadino” promossa da Benvenuti all'inizio degli anni Novanta<sup>77</sup>, la citata (in coerenza con quello che viene definito “guazzabuglio definitorio”<sup>78</sup> dovuto a previsioni non coordinate sul punto) funzionalizzazione debole dovrebbe lasciare spazio ad una “funzionalizzazione forte”, garantendo così non solo il rispetto dei principi di cui all'articolo 1, comma 1, della legge n. 241 del 1990, ma anche di regole procedurali ed istituti previsti dalla medesima<sup>79</sup>.

In altre parole, i soggetti privati che esercitano una attività amministrativa non potranno esimersi, ad esempio, dall'obbligo di motivazione, dal rispetto di attribuzioni e compiti tipici del responsabile del procedimento e, inoltre, dagli istituti partecipativi. Solo in tal modo, infatti, potrà essere legittimata la funzione amministrativa svolta da privati e, al contempo, evitata una rimessione all'organo giurisdizionale al quale verrebbe demandata una valutazione in ordine al rispetto delle garanzie dei cittadini.

L'inquadramento della disposizione nella duplice prospettiva ora richiamata può, a questo punto, consentire di essere sottoposto ad uno *stress test* con riferimento all'attività amministrativa svolta da algoritmi informatici che, nella prassi, sono realizzati da soggetti privati.

Volendo operare questa indagine muovendo dal secondo approccio ermeneutico sopra richiamato, è di tutta evidenza, anche in virtù della ricostruzione critica mossa all'attuale statuto dell'amministrazione automatizzata, la sostanziale violazione dell'articolo 1, comma 1-*ter*, soprattutto allorquando le pubbliche amministrazioni ricorrano ad algoritmi di *machine learning*, per tutte le ragioni evidenziate l'assenza di controllo è la conferma di come i privati agiscano in spregio dei principi e degli istituti della legge n. 241 del 1990 cui sarebbero sottoposti i privati secondo la lettura dell'articolo 1, comma 1-*ter*, alla quale si intende aderire.

Invero, ove si intenda accogliere l'idea per cui l'impossibilità a maneggiare tali strumenti informatici da parte dei pubblici poteri comporti una devoluzione *de facto* dell'attività amministrativa automatizzata<sup>80</sup>, i programmatori degli algoritmi dovrebbero garantire, in virtù del comma 1-*ter*, una effettiva partecipazione democratica, garantire il diritto di

---

<sup>77</sup> F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, cit.

<sup>78</sup> In questo senso, ancora, R. DIPACE, *I privati e il procedimento*, cit., p. 229.

<sup>79</sup> In termini simili, cfr. I. PIAZZA, *La disciplina dell'attività amministrativa di soggetti privati*, cit.

<sup>80</sup> Sul punto, sia consentito il rinvio ad A. DI MARTINO, *L'amministrazione per algoritmi ed i pericoli del cambiamento in atto*, in *Dir. econ.*, 2020, pp. 599 ss.

accesso al codice sorgente, attivare una eventuale parentesi per il soccorso istruttorio e motivare adeguatamente la decisione algoritmica.

Ma si tratta di guarentigie procedimentali che, nonostante costituiscano pilastri fondamentali nella prospettiva di una amministrazione doverosa, sono tutt'altro che vicine dall'essere rispettate.

A ben vedere, anche l'interpretazione statica dell'articolo 1, comma 1-ter, della legge n. 241 del 1990, per la quale sarebbe sufficiente il mero rispetto dei principi di cui al comma 1 dello stesso articolo, presta il fianco a diversi profili di censura in ordine all'attività amministrativa algoritmizzata esercitata da programmatori privati.

In questa circostanza, sarebbe estremamente complicato, ad esempio, ravvisare il rispetto dell'accezione positiva del principio di imparzialità, in quanto non si comprende come la macchina possa essere in grado di prendere in considerazione gli interessi di tutti gli attori del procedimento amministrativo, specialmente dei controinteressati. Ancora, si farebbe fatica a ritenere concretamente applicabile il principio di trasparenza con riguardo alla decisione algoritmica, ravvisandosi al contrario l'immagine di una amministrazione rinchiusa all'interno di una *black box*. Infine, sembra particolarmente oneroso giustificare la rispondenza della decisione amministrativa imposta dalle tecniche informatiche al principio di proporzionalità, poiché è nel procedimento - ovvero in alcune parentesi informali ad esso esterne<sup>81</sup>, che certamente non implicano il trasferimento di attribuzioni decisionali a soggetti privati, neppure in termini di 'coamministrazione'<sup>82</sup> - che si realizza il pubblico interesse attraverso un momento ponderativo che tenga conto anche degli interessi privati<sup>83</sup>.

Le considerazioni fino a questo punto svolte inducono a ritenere, nella prospettiva di costituire uno statuto dell'amministrazione per algoritmi in linea con i principi generali del diritto amministrativo, quali punti fermi, l'irrelevanza della natura del "pubblico come

---

<sup>81</sup> Il tema della amministrazione informale è un argomento di derivazione tedesca, che viene recuperata principalmente dall'importante studio di M. PROTTO, *L'amministrazione informale*, in *Studi in onore di Roberto Marrama*, vol. II, 2012, Napoli, pp. 858-859. Ma già in precedenza, sul tema, cfr. G. BERTI, *Stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, p. 5; G. PUTNER, *Lo stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, p. 42.; G. CORSO, *Attività amministrativa informale*, in *Nuove aut.*, 1995, pp. 5 ss.

<sup>82</sup> Come sosteneva F. BENVENUTI, *Introduzione ai lavori del convegno*, cit.; in termini difformi, S. COGNETTI, *La tutela delle situazioni soggettive*, cit., p. 59, ove l'Autore afferma che "spetta esclusivamente all'amministrazione la decisione del bene bene comune".

<sup>83</sup> Si intendono recuperare gli autorevoli approdi di M. NIGRO, *Il nodo*, cit., il quale sostiene che il procedimento amministrativo costituisce la forma organizzativa ideale per l'emersione degli interessi dei partecipanti in quanto idoneo a dare elasticità alle strutture, mantenendo al tempo stesso quella distinzione dei ruoli che sono essenziali "da una parte alla certezza e alla imparzialità dell'organizzazione, dall'altra alla esistenza e alla fecondità della partecipazione".

soggetto”, e la prevalenza invece del “pubblico come regola” nella più ampia prospettiva di legittimazione dell’attività svolta da soggetti privati<sup>84</sup>.

Del resto, lo stesso autore che aveva teorizzato la necessità del superamento di una tale impostazione formale, ancorché con riferimento alla determinazione delle prestazioni nell’ambito della privatizzazione del pubblico impiego, in maniera lungimirante poneva (retoricamente) la questione della necessità, in presente o in futuro, di interrogarsi sulla natura pubblica o privata dell’elaboratore elettronico<sup>85</sup>. Nel fornire una risposta evidentemente negativa, è possibile giungere alla conclusione per cui, al fine di superare l’*empasse* creata dall’ibridazione delle figure soggettive ed oggettive<sup>86</sup>, “il rimedio [...] potrebbe essere una più diffusa cultura delle regole (anziché del soggetto)”<sup>87</sup>.

Si tratterebbe di un disegno non solo conforme a quanto previsto dalla legge n. 241 del 1990, che si è preoccupata di prevedere regole ed attribuire diritti ai cittadini, ma che inoltre, mettendo fine alla discussione su ciò che è pubblico e su ciò che è privato, finirebbe per orientare l’azione verso l’obiettivo di creare apparati organizzativi con competenze meglio definite e concentrate, attraverso le quali coniugare le esigenze di efficienza nella soddisfazione dei bisogni della collettività con le garanzie procedurali che assistono il diritto amministrativo<sup>88</sup>.

#### 4. *L’amministrazione per algoritmi tra l’esternalizzazione della realizzazione dello strumento informatico e l’esternalizzazione della funzione amministrativa. Il cambiamento amministrativo in mezzo al guado tra teoria dell’autolimita e rinuncia (di*

---

<sup>84</sup> Ci si riferisce all’importante lavoro di C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni tra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, pp. 393 ss.

<sup>85</sup> C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni*, cit., p. 432.

<sup>86</sup> Tanto da indurre S. CASSESE, *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, pp. 901 ss., a ritenere che dall’intreccio tra pubblico e privato sia sorto un “diritto misto, in cui convivono principi dell’uno e dell’altro ramo”.

<sup>87</sup> C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni*, cit., p. 432. In termini simili, A. TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, V, 1997, p. 178, sostiene come sia proprio la specialità del diritto amministrativo a non poter essere “condizionata dalla tipologia degli strumenti giuridici utilizzati dall’amministrazione per il raggiungimento dei suoi fini”.

<sup>88</sup> In termini simili, cfr. F. LIGUORI, *Notazioni sulla presunta fine del dualismo tra pubblico e privato*, in *www.giustamm.it*, 30 marzo 2014. Sono pienamente condivisibili, con riguardo alla necessità di sottoporre lo statuto dell’attività amministrativa svolta dai privati ad un vincolo funzionale, le opinioni espresse da E. ZAMPETTI, *Riflessioni in tema di soggettività e attività amministrativa di diritto privato e principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Pers. amm.*, 2019, p. 363, il quale sostiene che “in presenza di nuovi bisogni progressivamente emergenti nel tessuto sociale, resta infatti pur sempre necessaria una sintesi dell’apparato pubblico, affinché quei bisogni assurgano realmente ad interesse generale e non si risolvano in una situazione di vantaggio di cui possano beneficiare soltanto i singoli o la formazione sociale che li abbia proposti o rappresentati”.

*fatto) all'esercizio del potere. L'esternalizzazione della funzione come celebrazione del predominio della tecnica.*

Giunti a questo punto della trattazione, l'immagine dell'amministrazione "che fa fare", per dirla con Cassese<sup>89</sup>, rende necessari ulteriori ed indispensabili chiarimenti in ordine a cosa possa essere, in linea di massima, esternalizzato a soggettività private. In particolare, è proprio in virtù delle decisioni 'innovative' del Consiglio di Stato del 2019 e del 2020 - le quali, è bene ricordare, hanno ammesso l'utilizzo indiscriminato degli algoritmi di vario tipo anche all'interno dei procedimenti discrezionali - che l'indagine non può proseguire senza svolgere preliminarmente alcuni chiarimenti in ordine alla possibilità di esternalizzare attività amministrative discrezionali.

In primo luogo, si può sostenere che se è vero come il fenomeno delle esternalizzazioni debba essere considerato come un fattore che intercetta le vicende dei pubblici poteri - soprattutto quelli che attengono alla c.d. "riduzione della sfera pubblica"<sup>90</sup> - va anche detto che il modello di "amministrazione leggera" che verrebbe a generarsi, oltre a non essere un "toccasana per tutti i mali dell'amministrazione"<sup>91</sup>, intenderebbe devolvere all'esterno le "cose non indispensabili"<sup>92</sup>.

Volendo già dare per consolidato il fenomeno in costante espansione dalla datificazione della funzione amministrativa, e l'idea per cui i pubblici poteri si avvarranno sempre più di algoritmi di autoapprendimento, che escludono l'esercizio della discrezionalità anche in fase programmatica, può ben sostenersi che l'esternalizzazione dell'algoritmo comporterà, inevitabilmente, anche l'esternalizzazione del momento ponderativo dei vari interessi in gioco. A ben vedere, sembrerebbe paradossale sostenere come la discrezionalità possa

---

<sup>89</sup> Affermazione che trova un autorevole sostenitore in M. CAMMELLI, *Amministrazione e mondo nuovo*, cit., p. 15, il quale sottolinea come "uno dei fenomeni più sorprendenti e squisitamente domestico sia quello di una amministrazione pubblica a cui si chiede sempre di più [...] ma che amministra sempre meno, se per amministrare si intende la disponibilità del potere decisionale sufficiente per stabilire la misura adatta al caso concreto".

<sup>90</sup> Il termine si recupera dal lavoro monografico di M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000. In termini critici, rispetto alla nettezza delle conclusioni del precedente autore, cfr. M. DUGATO, *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. amm.*, 2002, pp. 169 ss., ove si sostiene che la tendenza alla riduzione costituisca invero più apparenza che sostanza, poiché l'utilizzabilità di strumenti diversi di azione non ha condotto "né all'arretramento del pubblico come soggetto, né all'arretramento del pubblico come interesse" (p. 171). Anche S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, pp. 389 ss., segnala tale processo di 'riduzione', sebbene con un approccio più mite rispetto a quanto fatto da Mazzamuto.

<sup>91</sup> In questi termini, R. SALOMONE, M. TIRABOSCHI, *Enti locali, dismissioni di attività pubbliche e rapporti di lavoro*, in *Lav. nelle p.a.*, 2000, p. 1038.

<sup>92</sup> Così, M. CAMMELLI, *Intervento al convegno Meccanismi di mercato nei servizi offerti dalle Amministrazioni Pubbliche*, in *Atti del Forum P.A. '99*, 1999, citato da G. PIPERATA, *Le esternalizzazioni del settore pubblico*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 964.

costituire una “cosa non indispensabile” da poter esternalizzare ove, al contrario, si è storicamente sostenuto che il potere discrezionale costituisca un carattere essenziale ed indefettibile della pubblica amministrazione in una prospettiva funzionale.

Quanto detto sembrerebbe sufficiente per sostenere che tutto ciò che è discrezionale non è esternalizzabile.

Nondimeno, possono esser svolte ulteriori considerazioni ripercorrendo le traiettorie disegnate da due autori, i quali, partendo da considerazioni tendenzialmente analoghe, giungono a conclusioni radicalmente opposte proprio sull’aspetto relativo all’esternalizzabilità di momenti ponderativi degli interessi pubblici e privati.

Il comune denominatore di queste due ricostruzioni attiene alla circostanza per cui, laddove la pubblica amministrazione intenda esternalizzare la propria attività a soggetti privati, la convenienza dell’operazione dal punto di vista economico - che costituisce la ragione principale per cui le strutture pubbliche sono oggi sempre più propense al ricorso a tale meccanismo nella prospettiva di una amministrazione efficiente - deve essere bilanciata da una valutazione di compatibilità con la “soddisfazione dei diritti/interessi riconosciuti agli amministrati”<sup>93</sup>, allo scopo di non trasformare tale tecnica in un *escamotage* pensato per giungere ad un “sistema a garanzie leggere”<sup>94</sup>.

In altre parole, nelle esternalizzazioni è comunque necessario “che siano rispettati i principi costituzionali che presiedono alla singola funzione e alla tutela dei diritti dei cittadini”<sup>95</sup>.

Tuttavia - e giungiamo ai tratti distintivi - mentre una di queste ricostruzioni sostiene che “le amministrazioni pubbliche possono ricorrere al loro potere di autoorganizzazione [...] per esternalizzare con le forme più adeguate l’esercizio di funzioni che non implicano scelte discrezionali”<sup>96</sup>, l’altra ammette la devoluzione del potere discrezionale a soggetti privati sulla scorta della parificazione dell’atto discrezionale a quello vincolato<sup>97</sup>, in quanto entrambi connaturati dal carattere autoritativo<sup>98</sup>. Quest’ultima ricostruzione, dopo aver

---

<sup>93</sup> A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche*, cit., p. 443

<sup>94</sup> G. PIPERATA, *Le esternalizzazioni del settore pubblico*, cit., p. 982.

<sup>95</sup> G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato*, cit., p. 118

<sup>96</sup> G. PIPERATA, *Le esternalizzazioni del settore pubblico*, cit., p. 974.

<sup>97</sup> A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche*, cit., p. 450

<sup>98</sup> In questi termini, si veda F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento*, cit. p. 28, il quale nonostante non disconosca “la profonda differenza esistente tra l’atto discrezionale e l’atto vincolato”, nondimeno giunge a ritenere che “anche l’atto vincolato ha (o, se si preferisce, può avere) il carattere dell’autoritatività (e dell’imperatività). Per una completa ricostruzione critica sul concetto di imperatività, ritenuta come “un peso, che inganna sui caratteri del potere amministrativo, produce confusione concettuale e aborti legislativi, lascia in vita un simulacro di supremazia dell’amministrazione sul cittadino, di cui non si sente bisogno”, cfr. B.G. MATTARELLA, *Fortuna e decadenza dell’imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir.*

affermato la legittimità dell'esternalizzazione dell'attività amministrativa discrezionale, nondimeno giunge ad affermare come l'unico limite rispetto a tale prassi di deviazione all'esterno si rinverrebbe in ragioni di opportunità. Invero, sarebbe infatti "ben difficile immaginare [...] che i decisori pubblici, pur legittimati da specifiche disposizioni normative, siano, in molti casi, propensi a cedere l'esercizio di funzioni amministrative, allorquando ciò significhi rimettere ai privati rilevanti scelte ponderative di interessi pubblici e privati"<sup>99</sup>.

La strada che ha intrapreso il presente studio impone di propendere per la prima ricostruzione per due ragioni.

La prima, di natura prettamente sostanziale, perché si ritiene difficilmente concepibile un esaurimento della discrezionalità della pubblica amministrazione ancor prima del suo esercizio, ed è ciò che avviene soprattutto allorquando i pubblici poteri si avvalgano di algoritmi di *machine learning*.

La seconda, con cui si cerca di calare le ricostruzioni teoriche nell'attuale disegno dell'amministrazione per algoritmi e sconfessare la seconda tesi menzionata, poiché si ritiene che sia proprio l'influenza del fenomeno relativo all'amministrazione difensiva - una delle ragioni che ha stimolato la creazione delle decisioni automatizzate - ad indurre a ritenere come l'esercizio del potere discrezionale possa ben essere sacrificato sull'altare di presunte esigenze di certezza e stabilità dell'azione amministrativa.

Prima di svolgere alcune considerazioni in ordine alla possibilità di ritenere esternalizzata di fatto la funzione amministrativa nei casi in cui gli algoritmi informatici sviluppino anche ragionamenti che rientrano nell'esercizio del potere discrezionale<sup>100</sup>, sembra utile richiamare l'interpretazione di autorevole dottrina che sostiene come la funzione amministrativa sia inscindibilmente legata al concetto di discrezionalità. È stato infatti affermato che "se è la

---

*pubbl.*, 2012, pp. 1 ss. Per una lettura difforme rispetto a quella fornita da Scoca, cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata*, cit., p. 70, il quale ritiene che solo l'atto discrezionale goda del carattere dell'autoritatività, mentre l'atto vincolato non costituiscono esercizio di un potere autoritativo, ma mero adempimento di un obbligo. Condivide questa ultima interpretazione anche F. LIGUORI, *La funzione amministrativa, l'autoritatività e il diritto privato*, in F. Liguori, *Liberalizzazione, diritto comune, responsabilità*, Napoli, 2019, p. 93, ove si sostiene (in un ragionamento più ampio che involge l'ambito di applicazione dell'articolo 1, comma 1-bis, della legge n. 241 del 1990), che "sono perciò autoritativi tutti gli atti che contengono scelte circa l'assetto degli interessi, e cioè tutti gli atti discrezionali".

<sup>99</sup> A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche*, cit., p. 451.

<sup>100</sup> Il tema non sembra essere stato fino ad ora approfondito in dottrina, ad eccezione del lavoro di C. NAPOLI, *Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria*, in *Rivista AIC*, 2020, pp. 318 ss., ove a ben vedere si sostiene esclusivamente (con riferimento al rapporto tra amministrazione per algoritmi e funzione amministrativa) che è necessario come le autorità pubbliche sappiano "bilanciare le ragioni che inducono ad accedere alle tecnologie intelligenti con le caratteristiche proprie (dell'esercizio) della funzione amministrativa".

potestà o il potere a contraddistinguere propriamente la funzione, si spiega come ogni funzione dovrebbe essere caratterizzata dall'agire discrezionale”<sup>101</sup>.

Ricostruire i percorsi interpretativi che hanno riguardato il tema della funzione amministrativa non costituisce, evidentemente, il principale obiettivo di questo lavoro<sup>102</sup>; nondimeno, di fianco alle già indicate tesi di Modugno e Giannini in ordine alla corrispondenza biunivoca tra discrezionalità e funzione, si possono affiancare quelle proposte da Benvenuti e da una parte della dottrina poco successiva. In buona sostanza, la soluzione proposta da quest'ultimo allarga la prospettiva evidenziata in precedenza e palesa un nesso di strumentalità triangolare tra discrezionalità, procedimento e funzione amministrativa<sup>103</sup>.

In effetti, se la funzione del procedimento amministrativo è quella di essere la sede per individuare la migliore decisione pubblica al fine di perseguire il pubblico interesse, obiettivo evidentemente raggiungibile attraverso l'esercizio del potere discrezionale, il procedimento amministrativo costituisce quindi il momento principale per lo svolgimento e la realizzazione della funzione amministrativa.

Questa lettura, che vede nel rapporto tra procedimento-discrezionalità-funzione un reticolo indistruttibile nella più ampia logica del diritto amministrativo di garanzia, viene poi ribadito da chi ha individuato nell'esercizio della funzione il “momento dinamico della particolare attività che della funzione costituisce oggetto”, riferendosi “al modo con cui viene a realizzarsi la soddisfazione degli interessi strettamente collegata alla funzione medesima”<sup>104</sup>.

In altre parole, come viene meglio esplicitato qualche anno dopo, la funzione deve essere concepita come quella “attività che si esprime nella forma del procedimento”<sup>105</sup>.

Alla luce della sommaria ricostruzione svolta in ordine al significato attribuibile alla funzione amministrativa, possono essere svolte alcune considerazioni sulla potenziale esternalizzazione della funzione nel caso dell'amministrazione per algoritmi (ri)prendendo le mosse dalla carenza di conoscenza diverse da quelle giuridiche in capo ai pubblici funzionari. Si è detto, infatti, che l'esercizio del controllo ad opera delle amministrazioni

---

<sup>101</sup> In questi termini, cfr. F. MODUGNO, *Funzione*, voce, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 309.

<sup>102</sup> Per una ampia ricostruzione delle tesi dottrinali sul concetto di funzione, cfr., su tutti, M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa*, cit., spec. cap. 1.

<sup>103</sup> F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa*, cit., p. 134. In termini, G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., p. 280, sottolineava come “la funzione risponde al come il potere si trasforma; il procedimento alla forma della trasformazione stessa”.

<sup>104</sup> G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, 1951, p. 57.

<sup>105</sup> M.A. CARNEVALE VENCHI, *Contributo allo studio della nozione di funzione pubblica*, I, Padova, 1969, p. 400.

costituisce la linea di demarcazione affinché il potere amministrativo possa ritenersi misurabile - e ciò avverrà allorché l'amministrazione ridurrà il *digital divide* rispetto alle cognizioni informatiche ed ingegneristiche - ovvero ingovernabile, situazione che si realizza a causa della difficoltà ad entrare nelle logiche del calcolo algoritmico.

La risposta non può che dirigersi verso la seconda categoria, la quale oltre a nascondere insidie che attengono all'opportunità di guidare l'intero processo decisionale mediante algoritmi, palesa un ulteriore profilo estremamente problematico che riguarda la ipotizzabile violazione del principio di legalità quante volte i pubblici poteri ricorrano al metodo algoritmico al fine di condurre il procedimento amministrativo, non essendo conforme ai principi costituzionali e generali del diritto amministrativo - come è stato evidenziato - l'attività di creazionismo giurisprudenziale volta a dar vita ad una sorta di legalità algoritmica<sup>106</sup>.

In buona sostanza, la mancanza della fase di controllo consentirebbe (indirettamente) al provato di sostituirsi alla pubblica amministrazione nell'esercizio del potere amministrativo, ancorché in assenza di una disposizione di legge, anch'essa attribuzione indefettibile della funzione amministrativa<sup>107</sup>. La considerazione ora esposta, inoltre, ben si collega ad una interpretazione, assolutamente condivisibile, che crea uno spazio di connessione (da indagare in termini negativi) tra il principio di legalità e quello di doverosità: la legge, infatti, non si preoccupa solo di prevedere il fine da raggiungere attraverso il procedimento (legalità), ma "dota la p.a. del potere di adempiere attraverso l'attribuzione"<sup>108</sup>.

L'accoglimento di tale prospettiva farebbe venir meno non solo le peculiarità del potere amministrativo, da rinvenirsi in un fondamento legislativo e nella permanenza di un margine

---

<sup>106</sup> G. CORSO, *Principio di legalità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, dopo aver sostenuto che "Non ci può essere una amministrazione che non sia individuata dalla legge; né tale amministrazione può essere investita di un potere amministrativo indifferenziato" (p. 45), sostiene condivisibilmente che "il principio di legalità non è solo un principio regolatore del sistema delle fonti, ma prima di tutto una garanzia del privato contro il potere amministrativo" (p. 49). Negli stessi termini, F. LEDDA, *L'attività amministrativa*, cit., p. 88, il quale affermava che il fondamento del potere amministrativo dovesse rinvenirsi nella norma di legge, attributiva del potere stesso all'amministrazione per il perseguimento di un determinato scopo.

<sup>107</sup> La letteratura sul principio di legalità è vastissima. Si vedano, tra gli altri, V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, pp. 904 ss.; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969; F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità*, cit., pp. 303 ss.; F. MERUSI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Dir. amm.*, 2007, pp. 429 ss.; con riferimento alle voci enciclopediche, si segnalano S. FOIS, *Legalità (principio di)*, voce, in *Enc. Dir.*, Milano, 1973, XXIII, pp. 659 ss., nonché F. LEVI, *Legittimità (dir. amm.)*, voce, in *Enc. Dir.*, Milano, 1974, XXIV, pp. 124 ss..

<sup>108</sup> In questi termini, S. TUCCILLO, *Contributo*, cit., p. 33. Inoltre, sul tema, si veda anche A. POLICE, *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Le riforme della legge 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzie della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008, pp. 15 ss.

di discrezionalità nella produzione dell'effetto<sup>109</sup>, ma consentirebbe di sostenere che l'esternalizzazione della realizzazione dell'algoritmo coincida, a ben vedere, con l'esternalizzazione della funzione amministrativa, da intendersi come esercizio dei poteri amministrativi attribuiti dalla legge ad un apparato amministrativo al fine di curare il pubblico interesse attraverso lo schema procedimentale.

Pur non essendo questa la sede per riprendere (con l'intenzione di svolgerle) le posizioni che ancora oggi ritengono centrale la distinzione tra servizio pubblico e funzione pubblica<sup>110</sup>, il cui rapporto sembra muoversi invece nel senso della creazione di uno statuto unico dell'amministrazione per il perseguimento del pubblico interesse<sup>111</sup>, si ritiene comunque di confermare la posizione assunta in precedenza e ritenere che la funzione amministrativa non sia esternalizzabile ogni qualvolta l'attività da compiere presenti profili discrezionali<sup>112</sup>.

---

<sup>109</sup> La letteratura sul potere giuridico e sul potere amministrativo è sconfinata. Tra gli altri, sul potere giuridico, si segnala la contrapposizione della nozione di potere operata da G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli, 1949, p. 11, che considera il potere come “fattispecie normativa del negozio”, e quella delineata da S. ROMANO, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, pp. 173-174, il quale, pur facendo rientrare il potere in senso stretto ed il diritto soggettivo nel “*commune genus* dei poteri in senso largo”, sostiene che il potere “non avrebbe oggetti singolarmente determinati, non si risolverebbe in pretese verso altri soggetti e perciò non sarebbe correlativo ad obblighi”. L’accezione monista del potere giuridico attribuibile a S. Romano costituisce, secondo S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. pubbl.*, 2009, p. 744, costituisce il fondamento teorico attraverso il quale si giunge a definire il potere giuridico come “energia giuridica”. Tale concezione è sposata anche da M. CLARICH, *Manuale*, cit., p. 109, il quale, dopo aver fatto emergere un elemento dinamico del potere, ritiene che lo stesso possa essere considerato come “un’energia giuridica che si sprigiona dalla norma, che viene incanalata nel procedimento e che è diretta a modificare la sfera giuridica dei soggetti destinatari del provvedimento”. Nello stesso senso, F.G. SCOCA, *Attività amministrativa* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 2002, il quale ritiene che il potere sia una “energia diretta al raggiungimento di un risultato”, e F.G. SCOCA, M.R. SPASIANO, *Nozioni introduttive*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, 2019, p. 21, per i quali “il potere è la situazione soggettiva dinamica per eccellenza”. Di recente, una lettura volta a qualificare il carattere doveroso del potere amministrativo, dopo aver passato in rassegna le principali coordinate evolutive del concetto di potere giuridico, è fornita da S. Tuccillo, *Contributo*, cit., pp. 29 ss.

<sup>110</sup> Analizza tale profilo, seppur su altro tema, F. LIGUORI, *I servizi culturali come servizi pubblici*, in *federalismi.it*, n. 1/2018. In termini generali, per una indagine sulla necessità di distinguere la funzione amministrativa dal servizio pubblico, e questo soprattutto per la valenza “verticale” della prima e “orizzontale” della seconda, si veda G. CAIA, *I servizi pubblici*, in AA. VV. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, pp. 143 ss.; ma già in passato, tra gli altri, F. MODUGNO, *Funzione*, cit., pp. 312-313, in cui l’A., nel richiamare gli artt. 357 e 358 c.p., ritiene sussistente la distinzione tra funzione e servizio pubblico nella misura in cui nell’ultimo manca “la presenza del potere o della potestà intesi, ancora una volta, nel senso di posizione fondamentale dell’autorità e, al tempo stesso [...], della concretizzazione del potere in atti sottoposti dall’ordinamento ad un particolare regime”.

<sup>111</sup> M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa*, cit., pp. 56 ss.

<sup>112</sup> In tal senso, F. LIGUORI, *I servizi culturali*, cit., p. 3. Ciò perché, come affermava M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., p. 101, la valutazione “dell’interesse essenziale che forma oggetto della sua cura, al lume degli interessi secondari ad esso ordinati”, non può certamente essere demandata ad un soggetto privato. Su questo punto, il pensiero di V. SIMI, *Il potere discrezionale come carattere essenziale della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, p. 879, risulta essere ancor più incisivo in quanto se in un primo momento del lavoro qualifica il potere discrezionale quale “attributo essenziale e particolare della pubblica amministrazione”, successivamente predica la non estendibilità della discrezionalità ai soggetti privati, affermando che il potere discrezionale è “esclusivo della persona giuridica pubblica” (p. 914). Di recente, S. VINTI, *La circolarità logica del diritto amministrativo*, Torino, 2014, p. 170, dopo aver messo a

L'accoglimento di tale interpretazione, oltre a costituire un profilo ulteriore attraverso il quale censurare l'orientamento innovativo della giurisprudenza - in forza del quale, come si è detto, viene stimolato il ricorso agli algoritmi anche nei procedimenti in cui si rinvenga l'esercizio del potere discrezionale da parte dell'amministrazione - consente di muovere una critica nei confronti di coloro i quali ritengono di salutare con favore il superamento della distinzione tra attività vincolata e discrezionale nei procedimenti automatizzati nei quali l'amministrazione si avvalga di algoritmi deterministici<sup>113</sup>.

La conversione ad una cultura della indistinzione tra le due categorie, spinte dalla logica di garantire efficienza e tendenziale univocità delle decisioni amministrative, non sembra poter essere condivisa. Invero, non pare possibile affidare ad un privato la potestà pubblica di imperio, che la legge attribuisce all'amministrazione per l'esercizio della funzione amministrativa in senso stretto, soprattutto laddove emergano dei procedimenti il cui esito positivo è subordinato esclusivamente ad un corretto bilanciamento degli interessi.

Il ricorso agli algoritmi, da inquadrarsi quale modulo organizzativo dell'azione amministrativa<sup>114</sup>, ovvero come archetipo di un modello sostitutivo della decisione amministrativa, passerà certamente dalla futura ed auspicabile comprensione delle regole algoritmiche e, contestualmente, dalla loro traduzione in regola giuridica tale da garantire un controllo sull'*output* generato ed una motivazione soddisfacente per il cittadino leso dalla decisione automatizzata.

Un simile approdo consentirebbe, altresì, di risolvere le attuali questioni teoriche in ordine all'esternalizzazione del servizio ovvero della funzione, in quanto è proprio attraverso l'esercizio del potere di controllo da parte dell'amministrazione che sarebbe possibile effettuare una valutazione in concreto sulle finalità di interesse pubblico che si perseguono attraverso il ricorso agli algoritmi, prescindendo dalla gestione pubblica ovvero privata.

Tuttavia, non possiamo sfuggire dal ricordare come nel novero degli strumenti informatici dei quali l'amministrazione può avvalersi rientrano - e sembrano assumere con

---

sistema le ricostruzioni in ordine al rapporto potere discrezionale ed autoritatività della pubblica amministrazione, ritiene che di discrezionalità amministrativa possa parlarsi solo se "in presenza di un soggetto pubblico che deve ponderare un pubblico interesse istituzionalmente affidato alla sua cura".

<sup>113</sup> I.A. NICOTRA, V. VARONE, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *Rivista AIC*, 2019, p. 102, le quali, inoltre, affermano come il ricorso all'elaboratore elettronico non comporti la dismissione della funzione amministrativa, da intendersi quale momento di composizione degli interessi; in termini simili, N. MUCIACCIA, *Algoritmi e procedimento decisionale*, cit., p. 365, e M. TIMO, *Il procedimento di assunzione del personale*, cit., p. 1196.

<sup>114</sup> Di tale avviso sono le sentenze del Consiglio di Stato n. 9472 del 2019 e n. 881 del 2020, già ampiamente citate, ove si sostiene che "il ricorso all'algoritmo va correttamente inquadrato in termini di modulo organizzativo".

il tempo maggior rilievo - gli algoritmi di apprendimento<sup>115</sup>. È proprio adottando gli strumenti del *machine learning*, per i quali neppure i programmatori hanno contezza della logica sottesa all'algoritmo che ha condotto a quel determinato esito, che potrebbe emergere prepotentemente il rischio di una moltitudine di ipotesi nelle quali ravvisare una esternalizzazione della funzione amministrativa.

L'idea per cui il ricorso agli algoritmi, soprattutto quelli di autoapprendimento, possa comportare l'esternalizzazione della funzione amministrativa può essere giustificato cercando di (ri)orientare la classica visione teorica che la dottrina ha fornito alla teoria della predeterminazione del contenuto discrezionale delle decisioni amministrative e, inoltre, recuperando alcune considerazioni svolte sul concetto di rinuncia al potere nel diritto amministrativo<sup>116</sup>, applicandole alla prospettiva dei provvedimenti amministrativi interamente automatizzati.

Non v'è dubbio, infatti, che la dottrina e la giurisprudenza abbiano chiaramente sostenuto come l'autovincolo costituisca “un limite al successivo esercizio della discrezionalità, che l'amministrazione pone a sé stessa in forza di una determinazione frutto dello stesso potere che si appresta ad esercitare”<sup>117</sup>. Tuttavia, è proprio una tale demarcazione terminologica, per cui la predeterminazione comporti una anticipazione del momento ponderativo degli interessi, che impone una valutazione in termini negativi sulla possibile compatibilità tra algoritmi di *machine learning* e teoria dell'autovincolo alla discrezionalità.

Nel caso di specie, infatti, mancherebbe del tutto l'esercizio del potere da predeterminare - venendo meno un ulteriore elemento di “doverosità nella fattispecie, consistente nel divieto di discostarsi dal vincolo autonomamente imposto”<sup>118</sup> - ma, soprattutto, non vi sarebbe alcun riferimento al momento in cui il potere si esprime, poiché gli algoritmi di autoapprendimento prescindono da ogni tipologia di apporto umano e, quindi, dall'esercizio della discrezionalità amministrativa come tradizionalmente intesa.

---

<sup>115</sup> Ed è per questo motivo che non si può condividere pienamente la tesi di M. TIMO, *Algoritmi e potere amministrativo*, cit., il quale afferma che gli algoritmi informatici possano applicarsi anche ai procedimenti di matrice discrezionale, sempreché garantita l'attività umana di verifica, poiché, come affermato in più riprese nel corso del lavoro, vi sono alcune tipologie di algoritmi che non sono riconducibili ad alcun controllo umano sin dalla fase della programmazione dello strumento informatico.

<sup>116</sup> Il primo studio nella dottrina amministrativistica italiana sul tema della rinuncia si deve a G. TREVES, *Il problema della rinuncia nel diritto amministrativo*, in *Studi in onore di Guido Zanobini*, vol. II, Milano, 1964, pp. 571 ss.; più nel dettaglio, una ricostruzione di taglio monografico è stata operata da N. PAOLANTONIO, *Contributo sul tema della rinuncia in diritto amministrativo*, Napoli, 2003, spec. pp. 54 ss., cui si rimanda anche per il denso apparato bibliografico sul tema.

<sup>117</sup> Sulla teoria dell'autovincolo alla discrezionalità, oltre alla letteratura già citata nel cap. 1, anche la giurisprudenza si è espressa a più riprese; tra le varie decisioni, si segnala, di recente, Cons. Stato, sez. III, 22 dicembre 2020, n. 8209, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>118</sup> In termini generali, sul punto, cfr. N. PAOLANTONIO, *Contributo sul tema della rinuncia*, cit., p. 114.

Dunque, in virtù del fatto che in determinate circostanze non possa applicarsi la teoria dell'anticipazione delle scelte discrezionali in una fase programmatoria, ci si chiede se non si voglia nascondere dietro lo scudo della teoria dell'autovincolo una (più preoccupante) rinuncia all'esercizio del potere amministrativo, nella quale "si assiste ad una vicenda di completo abbandono del potere"<sup>119</sup>. La totale devoluzione ad un algoritmo di autoapprendimento per l'esercizio della funzione in un caso, e la impossibilità ad esercitare un controllo adeguato sull'attività svolta da soggetti privati tecnicamente specializzato in un altro caso, costituiscono proiezioni che inducono a ritenere che i pubblici poteri non siano nella disponibilità del potere che la legge gli attribuisce.

Le considerazioni svolte sino ad ora consentono, inoltre, di chiarire ed applicare al contesto concreto le parole di Giannini, il quale in apertura del suo studio sui controlli inquadrava quali indefettibili elementi costitutivi della fattispecie "l'esserci una funzione e l'esserci regole per lo svolgersi della funzione"<sup>120</sup>. Invero, la prospettata dimostrazione della circostanza per cui il precipitato dell'esternalizzazione della realizzazione dello strumento informatico sia, appunto, la devoluzione all'esterno dell'esercizio della funzione rende possibile sostenere che la funzione di controllo, così come intesa, non possa essere valorizzata nella prospettiva dell'amministrazione per algoritmi in ragione della mancanza di uno degli elementi essenziali sopra enunciati, vale a dire la previsione di un corpo di regole che vada ad indirizzare l'esercizio della funzione amministrativa.

L'esternalizzazione della funzione amministrativa al privato creatore degli algoritmi comporta, dunque, non solo la rinuncia di fatto all'esercizio del potere, ma consente di chiudere il cerchio della ricostruzione relazionale tra tecnica e diritto, dalla quale si ricava un evidente predominio delle cognizioni scientifiche ed una lenta, ma costante, decadenza delle scelte politico-amministrative nella futura regolazione dell'assetto degli interessi<sup>121</sup>.

##### *5. Tecnica, amministrazione per algoritmi, certezza, risultato: alcuni indici dell'evoluzione amministrativa. Considerazioni conclusive.*

---

<sup>119</sup> N. PAOLANTONIO, *Contributo sul tema della rinuncia*, cit., p. 114.

<sup>120</sup> M.S. GIANNINI, *Controllo: nozioni e problemi*, cit., p. 1264.

<sup>121</sup> In termini generali, R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Amministrare la complessità, complessità di amministrare. Una introduzione*, in S. Tuccillo (a cura di), *Semplificare e liberalizzare. Amministrazione e cittadini dopo la legge 124 del 2015*, Napoli, 2016, p. 61, afferma che "una amministrazione troppo orientata alla logica del risultato può tradursi in una amministrazione che vanifica il complesso sistema di garanzia e di tutela offerta dai principi generali".

L'indagine condotta fino a questo momento consente di svolgere alcuni rilievi conclusivi sull'amministrazione per algoritmi e, contestualmente, esprimere un bilancio in ordine alla relazione tra tecnica e diritto. Il punto di partenza di tali riflessioni è, quindi, il frutto delle considerazioni che hanno percorso questo lavoro, e che qui si cerca di compendiare in pochi passaggi.

Si è tentato, anzitutto, di dimostrare come l'amministrazione per algoritmi non si presenti nei fatti compatibile con il regime di garanzia disegnato dalla legge n. 241 del 1990, e ciò soprattutto perché l'attuale organico amministrativo non è in grado di affrontare le sfide lanciate dai processi di digitalizzazione e di automazione. Inoltre si è sostenuto come il mancato rispetto dei principi dell'azione amministrativa da parte dei programmatori privati dell'algoritmo, l'impossibilità delle amministrazioni di esercitare una effettiva funzione di controllo ed il sempre più frequente ricorso agli algoritmi di *machine learning*, rischino di concretizzarsi in una vera e propria esternalizzazione della funzione amministrativa.

Nello studio di questi temi si è cercato dunque di mettere in luce i limiti che incontra l'attuale modo di amministrare quando si snoda nel solco della algoritmizzazione.

Ragionare come se la digitalizzazione (nonché l'automazione) fosse data - cosa che qualcuno di recente ha sostenuto<sup>122</sup> - avrebbe condotto a ritenere, ad esempio, che gli algoritmi massimizzino le logiche partecipative e dialogiche, che rendono le decisioni ragionevoli e proporzionate, e che inoltre forniscono profili di coerenza con il modello tradizionalmente inteso - e al quale si è scelto di aderire nel lavoro - di funzione amministrativa come contenitore di decisioni discrezionali, conformi ad un paradigma normativo e che rinviene la sua sede naturale di attuazione nel procedimento.

Smentire queste affermazioni, nonostante la letteratura e la giurisprudenza prevalenti si collochino su un versante opposto a quello qui prescelto, ha comportato la necessità di indagare un ulteriore aspetto, quello concernente i destinatari dell'esercizio della funzione e del potere. A tal riguardo è apparso opportuno riprendere alcuni passaggi del pensiero di Cammelli che, a ben vedere, sembrano stati scritti per il tema oggetto della presente indagine. Nel ragionare delle cure necessarie al mondo nuovo del quale l'amministrazione costituisce parte integrante, si è osservato che "uno dei fenomeni più sorprendenti e squisitamente domestico sia quello di una amministrazione pubblica a cui si chiede sempre di più [...] *ma che amministra sempre meno, se per amministrare si intende la disponibilità del potere*

---

<sup>122</sup> R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, cit.

*decisionale sufficiente per stabilire la misura adatta al caso concreto, il che ci porta al cuore del fenomeno: l'illusione di amministrare senza amministrazione*"<sup>123</sup>.

Epperò, gli avvenimenti che hanno contraddistinto il periodo di emergenza pandemica hanno dimostrato che, in concreto, è possibile amministrare senza amministrazione, e cioè per il tramite della tecnica.

Che la tecnica voglia dominare il diritto e, quindi, che i tecnici vogliano sostituirsi al decisore politico è emerso con estrema evidenza nel momento di individuazione dei parametri che avrebbero dovuto costruire l'algoritmo, al fine di stabilire in quale "zona" dovesse collocarsi una determinata Regione. L'approccio interdisciplinare (o, comunque, contaminato anche dai saperi tecnico-scientifici) impone di prendere in considerazione le opinioni non solo del giurista, ma anche quelle di soggetti forniti di elevata *expertise* nella creazione di tali strumenti informatici. Numerosi ingegneri informatici, infatti, hanno sottolineato le criticità dell'algoritmo utilizzato non tanto per aver privilegiato alcuni indicatori in luogo di altri, ma per aver imposto eccessivi margini di discrezionalità che metterebbero in crisi i canoni di certezza di cui ricorso agli algoritmi stessi intenderebbe porsi come rappresentazione paradigmatica.

Va detto, per fugare ogni dubbio, che gli spazi di manovra che l'algoritmo avrebbe imposto rimandavano di fatto ad altre discipline tecnico-scientifiche, al di fuori della competenza tradizionale del decisore politico, come la "evidenza di trasmissione diffusa" dell'epidemia.

Le riflessioni svolte sulle relazioni tra tecnica e diritto nell'amministrazione per algoritmi intercettano un ulteriore profilo che è stato colto nelle pieghe dell'evoluzione amministrativa, e che come noto si riferisce all'attesa certezza dei risultati, nel solco del modello Weberiano di economia capitalista, il quale richiede "un diritto che possa venir calcolato al pari di una macchina"<sup>124</sup>. Tuttavia, anche in questo caso, le recenti applicazioni di algoritmi di vario tipo hanno dimostrato che la tecnica è tutt'altro che munita della patente di produzione di certezza (come dimostra, ad esempio, il noto algoritmo sulla Buona scuola), per cui la sostituzione dei pubblici poteri - ritenuti ormai dall'opinione pubblica come un

---

<sup>123</sup> M. CAMMELLI, *Amministrazione e mondo nuovo*, cit., p. 15 (corsi nostri).

<sup>124</sup> M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922, trad. it. *Economia e società*, Milano, 1995, p. 472. Una rilettura dell'opera viene riproposta da A. SANDULLI, *Ordine giuridico ed ordine economico in Max Weber*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, pp. 949 ss.

ostacolo<sup>125</sup> - con macchine di cui si fatica ad avere il controllo ha creato molti più problemi di quelli che intendeva risolvere<sup>126</sup>.

Infine, venendo all'ultimo indice che contraddistingue il cambiamento amministrativo, le esigenze di certezza del diritto, influenzate dal presunto carattere di infallibilità della tecnica, possono ben essere sovrapposte con le riflessioni teoriche, avviate all'indomani degli anni 2000, sul concetto di amministrazione di risultato.

Nonostante i rilievi critici sulla capacità identificativa della formula<sup>127</sup>, la dottrina prevalente ha rinvenuto profili di affinità tra l'amministrazione di risultati e la certezza del diritto, sul duplice versante oggettivo e soggettivo. Come è stato infatti sostenuto, quanto al primo "entrambe richiedono tempestività, chiarezza, comprensibilità, conoscibilità, dell'atto esercizio di un pubblico potere"; quanto al secondo, "entrambe soddisfano una aspettativa dei singoli di prevedibilità delle conseguenze delle proprie azioni, da un lato; di prevedibilità e controllabilità delle decisioni provenienti da una pubblica amministrazione, dall'altro lato"<sup>128</sup>.

Vi è da chiedersi, a questo punto, se le caratteristiche dell'amministrazione di risultati siano compatibili con la struttura dell'amministrazione per algoritmi per come oggi si presenta alla luce delle considerazioni svolte sino a questo momento.

La risposta, ad avviso di chi scrive, non può che essere negativa, e ciò in particolare per due ragioni.

In primo luogo, è stato dimostrato come sia estremamente complesso garantire chiarezza, comprensibilità e conoscenza della decisione algoritmica.

In secondo luogo, la formula non sembra rappresentativa di tale modo di amministrare perché anche la prevedibilità della decisione automatizzata vacilla sia in ragione dei

---

<sup>125</sup> In questi termini, M. RAMAJOLI, *Quale cultura per l'amministrazione pubblica?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, pp. 187 ss. Sulla marginalizzazione nel lungo periodo dell'amministrazione, circostanza che consente di attribuire al diritto amministrativo esclusivamente una "funzione di limite dell'azione amministrativa", S. CASSESE, *Che cosa resta*, cit., p. 9. Più recentemente, sempre S. CASSESE, *Amministrazione pubblica e processo civile*, cit., p. 151, afferma condivisibilmente che "l'amministrazione dovrebbe essere il punto di raccordo tra Stato e società; viene invece oggi ritenuta una «zavorra» per il Paese. C'è un difetto di coesione, un distacco tra autorità e cittadini, sospetto della classe politica nei confronti della burocrazia". Definisce, invece, "indolente" la reciproca diffidenza tra cittadino e pubblica amministrazione, F. FRACCHIA, *L'amministrazione come ostacolo*, in *Dir. econ.*, 2013, pp. 357 ss.

<sup>126</sup> Di recente, cfr. A. BARONE, *The "reflexive" Public Administration*, in *Dir. soc.*, 2019, pp. 1 ss., il quale, nel ricordare come il principio di precauzione sia il principio base dell'azione dei pubblici poteri nel caso di incertezza scientifica, sottolinea come la tecnica non riesca a dare "certezze" su come affrontare e neutralizzare al meglio i rischi che essa stessa crea.

<sup>127</sup> Si segnala, in particolare, la velata critica di S. CASSESE, *Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati?»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 941, il quale sostiene come tali formule "possono incantare, ma anche portare sulla strada sbagliata".

<sup>128</sup> In questi termini, M. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, in M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, cit., p. 25.

malfunzionamenti (eventualità non remota) della macchina, sia, soprattutto, per il fatto che ove ci si rivolga ad algoritmi non deterministici, la scelta finale stabilita dall'algoritmo risulterà essere tutt'altro che prevedibile, sia dall'amministrazione che dal cittadino.

In buona sostanza, l'amministrazione per algoritmi così strutturata finisce per esibire un modo di amministrare che si affianca all'immagine della "macchina dell'obbedienza" – descrittiva ancora, ad esempio, dell'amministrazione finanziaria e dell'ordinamento della pubblica sicurezza – e concreta una forma di obbedienza (da parte dell'amministrazione) alla macchina. La prospettiva sistematica del diritto amministrativo con cui si vuole "riordinare la realtà attraverso un codice di riferimento"<sup>129</sup>, è del tutto inammissibile in un sistema amministrativo, come il nostro, il cui fulcro è rappresentato dall'esercizio di un potere di scelta discrezionale, non negoziabile né sostituibile ricorrendo a calcoli matematici.

Passando, invece, al piano delle proposte, la totale assenza di un reticolato normativo che legittimi l'amministrazione per algoritmi, rende necessario il richiamo a quelle che sono state definite "influenze esogene"<sup>130</sup>, e cioè verificare come gli altri Stati membri dell'Unione europea hanno affrontato il tema delle decisioni automatizzate.

L'ordinamento francese, con il *Code des relations entre le public et l'administration* francese - innovato dal decreto 14 marzo 2017, n. 330 - ha dedicato due articoli all'amministrazione algoritmica. L'art. L331-3-1, prevede che, nel caso in cui le decisioni individuali vengano prese sulla base di una elaborazione algoritmica, il soggetto privato debba essere informato della natura automatizzata della decisione e, a sua richiesta, l'amministrazione sia tenuta a fornire maggiori informazioni circa le modalità di adozione della stessa da parte del software. L'art. R311-3-1-2 dispone che, in caso di richiesta di accesso, l'amministrazione debba fornire in forma intellegibile il grado e le modalità di contributo dell'elaborazione algoritmica al processo decisionale, i dati trattati e le loro fonti, i parametri di trattamento applicati alla situazione della persona interessata, la loro ponderazione e, infine, le operazioni eseguite dall'algoritmo.

L'automazione delle decisioni amministrative, che si poggia evidentemente sulla valorizzazione del principio di trasparenza, non può essere accolta *sic et simpliciter*, avendo il presente lavoro individuato proprio nell'opacità dell'algoritmo, e contestualmente nella difficoltà per amministrazione e cittadini di conoscere, comprendere e controllare il codice

---

<sup>129</sup> S. CASSESE, *Lo stato presente del diritto amministrativo italiano*, in S. Cassese, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, 2010, pp. 549 ss.

<sup>130</sup> Così, M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 2019.

sorgente, il principale limite per una più veloce diffusione dell'algorithmizzazione dell'azione amministrativa.

A tal proposito, sarebbe più opportuno, come è stato fatto in passato dalle Commissioni Nigro e Cerulli Irelli, recuperare gli approdi della legislazione tedesca, che appaiono applicabili al nostro ordinamento senza creare problemi di compatibilità con il sistema a diritto amministrativo che caratterizza il nostro ordinamento. Infatti, il § 35 del *Verwaltungsverfahrensgesetz*, ammette l'algorithmizzazione delle decisioni amministrative nel caso in cui il procedimento non comporti un momento ponderativo degli interessi in gioco e non si caratterizzi per la presenza di concetti giuridici indeterminati di natura opinabile.

È solo questa, a nostro avviso, l'unica strada che il legislatore interno può percorrere nella prospettiva di rendere ammissibile il ricorso all'algorithmizzazione delle decisioni amministrative. Inoltre, una tale soluzione valorizzerebbe l'articolo 3-*bis* della legge n. 241 del 1990, non solo consentendole di trasformarsi da norma manifesto in un precitato di diritto positivo che giustifica il ricorso - a certe condizioni - a strumenti informatici per improntare i rapporti tra amministrazione e cittadini, ma anche chiarendo come sia proprio lo spostamento del momento ponderativo di interessi alla tecnica, e la centralità di questa dimensione, a comportare un danno della riserva di funzione amministrativa.

Ma il ragionamento da cui si invita a prendere le mosse impone, inevitabilmente, che il legislatore si convinca che il principale problema di tollerabilità delle decisioni algoritmiche involge la questione della discrezionalità amministrativa, nonché di tutte le regole e degli istituti che ne circondano l'esercizio.



## INDICE DEGLI AUTORI CITATI

- AA. VV., *A governance framework for algorithmic accountability and transparency*, Bruxelles, 2019
- ACOCELLA C., *Ancora su diritto e tecnica. Le valutazioni tecnicoscientifiche come premessa delle decisioni politico-amministrative assunte per fronteggiare l'emergenza pandemica da Covid-19*, in *Pers. amm.*, 2020, pp. 269 ss.
- ACOCELLA C., *Innovazione tecnologica e innovazione amministrativa. L'automazione delle decisioni nel quadro della riforma della P.A.*, in F. Liguori (a cura di), *Il problema amministrativo*, Napoli, 2021, pp. 185 ss.
- AGRIFOGLIO S., *La trasparenza dell'azione amministrativa ed il principio del contraddittorio: tra procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, pp. 46 ss.
- ALBERTI I., *La partecipazione procedimentale per legittimare gli algoritmi nel procedimento amministrativo*, in R. Cavallo Perin (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Torino, 2021, pp. 283 ss.
- ALESSI R., *Principii di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1974
- ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965
- ALLEGRETTI U., *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, pp. 205 ss.
- ALLEGRETTI U., *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. Disc. pubbl.*, VIII, 1993, pp. 131 ss.
- ALLEGRETTI U., *I controlli sull'amministrazione dal sistema classico all'innovazione: le problematiche generali*, in U. Allegretti (a cura di), *I controlli amministrativi*, Bologna, 1995, pp. 7 ss.
- ALLEGRETTI U. (a cura di), *I controlli amministrativi*, Bologna, 1995
- AMATO G., *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, pp. 645 ss.
- AMORTH A., *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, Padova, 1938
- ANANNY M., CRAWFORD K., *Seeing without knowing: limitations of the transparency ideal and its application to algorithmic accountability*, in *New media & soc.*, 2018, vol. 20, III, pp. 973 ss.
- ANDREANI A., *Funzione amministrativa, procedimento, partecipazione nella l. 241/90*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, pp. 660 ss.

- ANDREANI A., *Idee per un saggio sulla motivazione obbligatoria dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, pp. 1 ss.
- ANDREANI A., *La valutazione del fatto nel giudizio amministrativo e gli apprezzamenti tecnici della pubblica amministrazione nel pensiero di F. Cammeo*, in *Quad. fior. st. pens. giur.*, 1993, pp. 475 ss.
- ANGIOLINI V., *Attività «tecniche» della pubblica amministrazione e riparto delle competenze tra Stato ed autonomie: in margine alla giurisprudenza costituzionale sulle «omologazioni» industriali*, in P. Andreini, G. Caia, G. Elias, F.A. Roversi-Monaco (a cura di), *La normativa tecnica industriale*, Bologna, 1995
- ARENA G., *Trasparenza amministrativa* (voce), in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, pp. 5945 ss.
- ARMIENTO M.B., *La polizia predittiva come strumento di attuazione amministrativa delle regole*, in *Dir. amm.*, 2020, pp. 983 ss.
- ARPAIA C.M., FERRO P., GIUIZIO W., IVALDI G., MONACELLI D., *L'e-Government in Italia: situazione attuale, problemi e prospettive*, in *Questioni di economia e finanza, Banca d'Italia*, n. 309, febbraio 2016
- ASTONE F., *Il principio di ragionevolezza*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, pp. 371 ss.
- AUBY J.B., *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Ist. fed.*, 2019, pp. 619 ss.
- AVANZINI G., *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, 2019
- AVERARDI A., SAN MAURO L.F., *Ragionare per reclutare: la logica nei (e dei) concorsi pubblici*, in [www.aipda.it](http://www.aipda.it)
- AZZARITI G., *Brevi note su tecnici, amministrazione e politica*, in *Giur. cost.*, 1990, pp. 2713 ss.
- AZZENA A., *Spunti per una riflessione su «regole tecniche» e merito amministrativo in relazione alla possibilità di sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità*, in *Studi in ricordo di Enzo Capaccioli*, Milano, 1988, pp. 595 ss.
- AZZENA A., *Esercizio privato di pubbliche funzioni e di pubblici servizi*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1991, pp. 165 ss.
- BACHELET V., *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, pp. 904 ss.
- BACHELET V., *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967
- BARMANN B., *La responsabilità della Amministrazione per il cattivo funzionamento dei sistemi informatici* in *Giorn. dir. amm.*, 2016, pp. 393 ss.

- BARONE A., *The “reflexive” Public Administration*, in *Dir. soc.*, 2019, pp. 1 ss.
- BARTOLOMEO M., *La localizzazione dei terminali di rigassificazione: le compensazioni sono davvero la panacea?* in *www.lavoce.info*, 9 febbraio 2007
- BASSI F., *La norma interna*, Milano, 1963
- BASSI F., *Note sulla discrezionalità amministrativa*, in AA. VV., *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1995, pp. 49 ss.
- BATTINI S., *Indipendenza e amministrazione fra diritto interno ed europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, pp. 947 ss.
- BATTINI S., DE CAROLIS F., *L’amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, pp. 293 ss.
- BENEDETTI A., *Certezze pubbliche e «certezze» private*, Milano, 2011
- BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 118 ss.
- BENVENUTI F., *Il controllo mediante richiesta di riesame*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, pp. 376 ss.
- BENVENUTI F., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, pp. 807 ss.
- BENVENUTI F., *L’amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1978, pp. 6 ss.
- BENVENUTI F., *L’azione amministrativa tra garanzie ed efficienza*, Napoli, 1981
- BENVENUTI F., *Introduzione ai lavori del convegno sul L’azione amministrativa fra garanzia ed efficienza*, in *Quaderni Formez*, 1981, p. 7
- BENVENUTI F., *Caso e incertezza del diritto*, in AA.VV., *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. II, Milano, 1988, pp. 27 ss.
- BENVENUTI F., *Il nuovo cittadino*, in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 2006, pp. 869 ss.
- BENVENUTI L., *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986
- BERTI G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968
- BERTI G., *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, pp. 779 ss.
- BERTI G., *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Padova, 1979
- BERTI G., *Stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, pp. 3 ss.
- BERTI G., TUMIATI L., *Controlli amministrativi (voce)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, vol. X, pp. 298 ss.

- BIANCA C.M., *Diritto civile*, vol. V, Milano, 2021
- BIN R., «Coordinamento tecnico» e poteri regolamentari del Governo: spunti per un'impostazione 'posteuclidea' della difesa giudiziale delle Regioni, in *Le Regioni*, 1992, pp. 1449 ss.
- BOIX-PALOP A., *Algorithms as Regulations: Considering Algorithms, when Used by the Public Administration for Decision-making, as Legal Norms in order to Guarantee the proper adoption of Administrative Decisions*, in *Eur. rev. dig. adm. law*, 2020, pp. 75 ss.
- BOMBARDELLI M., *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996
- BONOMI M.S., *La motivazione dell'atto amministrativo: dalla disciplina generale alle regole speciali*, Roma, 2020
- BOTTINO G., *Amministrazione e funzione organizzatrice*, Milano, 2008
- BOTTINO G., *La burocrazia «difensiva» e la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, in *An. giur. econ.*, 2020, pp. 117 ss.
- BRIGANTE V., *Evolving pathways of administrative decisions*, Napoli, 2019
- BRIGANTE V., *Critical assessments on the role and on the acts adopted by "ANAC". The requirement to restore system coherence*, in *Dir. econ.*, 2019, pp. 423 ss.
- BRIGANTE V., *Digitalization and public services: critical notes concerning emerging ways of administrating*, in *It. journ. publ. law*, 2021, pp. 203 ss.
- BUOSO E., *La pubblica amministrazione in Germania nell'era dell'intelligenza artificiale: procedimenti completamente automatizzati e decisioni amministrative robotiche*, in *Pers. amm.*, 2021, pp. 496 ss.
- BURRIS B., *Technocracy at work*, New York, 1993
- BUSCEMA V., *Discrezionalità amministrativa e reti neurali artificiali*, in *Foro amm.*, 1993, pp. 620 ss.
- BUSNELLI F.D., *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, pp. 41 ss.
- CAIA G., *I servizi pubblici*, in AA. VV. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, pp. 143 ss.
- CAIA G., ROVERSI-MONACO F.A., *Amministrazione e privati nella normativa tecnica e nella certificazione dei prodotti industriali*, in P. Andreini, G. Caia, G. Elias, F.A. Roversi-Monaco (a cura di), *La normativa tecnica industriale*, Bologna, 1995, pp. 13 ss.
- CALABRÒ M., *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale*, Napoli, 2004
- CALABRÒ M., *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012

- CALABRÒ M., *Appalti pubblici e semplificazione della procedura di presentazione delle offerte. Alla ricerca di un bilanciamento tra fiducia e controllo*, in *Dir. econ.*, 2017, pp. 219 ss.
- CALANDRA P., *Il buon andamento dell'amministrazione pubblica*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, vol. I, Milano, 1987, pp. 155 ss.
- CALDARELLI S., *L'uso della tecnologia blockchain nel settore delle pubbliche amministrazioni: tra "mito" e realtà giuridica*, in *Dir. inf.*, 2020, pp. 857 ss.
- CAMERLENGO Q., *Coordinamento tecnico e autonomia regionale speciale*, in *Le Regioni*, 1997, pp. 639 ss.
- CAMERLENGO Q., *Indizi di perdurante asimmetria tra legge statale e regionale. La primazia delle valutazioni scientifiche*, in *Ist. fed.*, 2002, pp. 685 ss.
- CAMMAROTA G., *L'erogazione on line di servizi pubblici burocratici*, in *Inf. dir.*, 2002, pp. 45 ss.
- CAMMELLI M., *Amministrazione di risultato*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, pp. 561 ss.
- CAMMELLI M., *Amministrazione e mondo nuovo: medici, cure, riforme*, in *Dir. amm.*, 2016, pp. 9 ss.
- CAMMEO F., *Le competenze di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento di fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it.*, 1902, pp. 275 ss.
- CAMMEO F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1910
- CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914
- CAMMEO F., *Nota a Cons. St., Sez. IV, 30 maggio 1919*, in *Giur. it.*, III, 1919, 231-232
- CANALINI V., *L'algoritmo come "atto amministrativo informatico" e il sindacato del giudice*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, pp. 781 ss.
- CAPACCIOLI E., *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983
- CAPORALE F., *L'esaurimento della discrezionalità amministrativa e le valutazioni tecniche dell'amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, pp. 499 ss.
- CARABBA M., *La nuova disciplina dei controlli nella riforma amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, pp. 955 ss.
- CARBONE A., *Il contraddittorio procedimentale*, Torino, 2016.
- CARDARELLI F., *Art. 3-bis. Uso della telematica*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, pp. 374 ss.
- CARDI E., *L'istruttoria nel procedimento: effettività delle rappresentazioni ed elaborazioni delle alternative*, in *Atti del convegno di Messina-Taormina 1998*, Milano, 1990, pp. 108 ss.

- CARDONE M., FOÀ D., *La valorizzazione del patrimonio informativo nell'ambito delle strategie di digitalizzazione della pubblica amministrazione*, in *Munus*, 2020, pp. 585 ss.
- CARLASSARE L., *L'applicabilità dell'art. 113 della Costituzione agli atti normativi di autorità amministrative*, in *Giur. cost.*, 1964, pp. 522 ss.
- CARLONI E., *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2019, pp. 363 ss.
- CARLONI E., *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, pp. 275
- CARNEVALE VENCHI M.A., *Contributo allo studio della nozione di funzione pubblica*, I, Padova, 1969
- CAROTTI B., *Algoritmi e pubblici poteri: un rapporto incendiario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, pp. 5 ss.
- CARULLO G., *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, 2017
- CARULLO G., *Open data e partecipazione democratica*, in *Ist. fed.*, 2019, pp. 685 ss.
- CASSETTA E., *La partecipazione dei cittadini alla funzione amministrativa nell'attuale ordinamento dello Stato italiano*, in AA. VV., *La partecipazione popolare alla funzione amministrativa e l'ordinamento dei consigli comunali. Atti del XXII° Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione. Varenna 23-25 settembre 1976*, Milano, 1977, pp. 65 ss.
- CASSETTA E., *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1993, pp. 3 ss., ora in *Scritti scelti*, Napoli, 2015, pp. 337 ss.
- CASSETTA E., *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Scritti scelti*, Napoli, 2015, pp. 433 ss.
- CASINI L., *Lo Stato nell'era di Google*, Milano, 2020
- CASATELLA A., *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013
- CASSESE S., *L'amministrazione dello stato liberal-democratico*, in S. Cassese, *La formazione dello stato amministrativo*, Milano, 1974, pp. 11 ss.
- CASSESE S., *Questione amministrativa e questione meridionale*, Milano, 1977
- CASSESE S. (a cura di), *I controlli nella pubblica amministrazione*, Bologna, 1993
- CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1998
- CASSESE S., *Il cittadino e l'amministrazione pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, pp. 1015 ss.
- CASSESE S., *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, pp. 389 ss.

- CASSESE S., *Lo spazio giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, pp. 323 ss.
- CASSESE S., *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, pp. 901 ss.
- CASSESE S., *Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati»?* , in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 941
- CASSESE S., *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, pp. 331 ss.
- CASSESE S., *Nel labirinto delle globalizzazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, pp. 921 ss.
- CASSESE S., *Lo stato presente del diritto amministrativo italiano*, in S. Cassese, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, 2010, pp. 549 ss.
- CASSESE S., *Il diritto alla buona amministrazione*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, pp. 105 ss.
- CASSESE S., *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, pp. 1 ss.
- CASSESE S., *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, pp. 141 ss.
- CASSESE S., TORCHIA L., *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna, 2014
- CASTIELLO F., *Il principio del giusto procedimento. Dalla sentenza n. 13 del 1962 alla sentenza n. 104 del 2007 della Corte costituzionale*, in *Foro amm. (C.d.S.)*, 2008, pp. 269 ss.
- CAVALLARO M.C., *Il giusto procedimento come principio costituzionale*, in *Foro amm.*, 2001, pp. 1829 ss.
- CAVALLARO M.C., *Immedesimazione organica e criteri di imputazione della responsabilità*, in *Pers. amm.*, 2019, pp. 39 ss.
- CAVALLARO M.C., *Imputazione e responsabilità delle decisioni automatizzate*, in *Eur. rev. dig. adm. law*, 2020, pp. 69 ss.
- CAVALLARO M.C., SMORTO G., *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *federalismi.it*, n. 16/2019
- CAVALLO PERIN R., *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2020, pp. 305 ss.
- CECCHETTI M., *Note introduttive allo studio delle normative tecniche nel sistema delle fonti a tutela dell'ambiente*, in U. De Siervo (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2006*, Milano, 2006, pp. 145 ss.
- CECCHETTI M., *La produzione pubblica del diritto dell'ambiente: tra expertise tecnico-scientifico, democrazia e responsabilità politica*, in *DPCE online*, 2020, p. 3399 ss.

- CELOTTO A., *Algoritmi e algoretica: quali regole per l'intelligenza artificiale*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, disponibile in [www.consultaonline.it](http://www.consultaonline.it), 2020
- CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, p. 463 ss.
- CERULLI IRELLI V., *Corso di diritto amministrativo. Parte III. Attività e tutela*, Torino, 1991
- CERULLI IRELLI V., *Introduzione*, in N. Paolantonio, A. Police, A. Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione*, Torino, 2005, pp. 1 ss.
- CERULLI IRELLI V., *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2005, pp. 9 ss.
- CHELI E., *L'innesto costituzionale delle autorità indipendenti: problemi e conseguenze*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it)
- CHIRULLI P., *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2005
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *La forma presa sul serio*, Torino, 2006
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. pubbl.*, 2009, pp. 739 ss.
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2019, pp. 3 ss.
- CIVITARESE MATTEUCCI S., TORCHIA L., *La tecnificazione dell'amministrazione*, in S. Civitarese Matteucci, L. Torchia (a cura di), *La tecnificazione*, in L. Ferrara, D. Sorace (diretto da), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, 2016, pp. 7 ss.
- CLARICH M., *Istituzioni, nuove tecnologie e sviluppo economico*, Napoli, 2017
- CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019
- COBBE J., *Administrative Law and the Machines of Government: Judicial Review of Automated Public-Sector Decision-Making*, in *Legal Studies*, 2019, vol. 39, pp. 636 ss.
- COGLIANESE C., LEHR D., *Transparency and Algorithmic Governance*, in *Adm. Law Rev.*, 2019, pp. 1 ss.
- COGNETTI S., *La tutela delle situazioni soggettive tra procedimento e processo*, Napoli, 1987
- COGNETTI S., *Quantità e qualità della partecipazione*, Torino, 2000
- COGNETTI S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011
- COIANTE A., *Il Giudice amministrativo delinea le regole del (nuovo) procedimento algoritmico? Riflessioni a margine di Cons. Stato, Sez. VI, n. 8472*, in F. Aperio Bella, A.

- Carbone, E. Zampetti (a cura di), *Dialoghi di diritto amministrativo. Lavori del laboratorio di diritto amministrativo 2019*, Roma, 2020, pp. 129 ss.
- COMPORTE G.D., *Il cittadino viandante tra insidie e trabocchetti: viaggio alla ricerca di una tutela risarcitoria*, in *Dir. amm.*, 2009, pp. 663 ss.
- COMPORTE M., *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965
- CONTALDO A., *Il responsabile per la transizione al digitale anche alla luce degli ultimi piani triennali per l'informatica nella P.A.*, in *Riv. amm.*, 2018, pp. 393 ss.;
- CONTALDO A., MAROTTA L., *L'informatizzazione dell'atto amministrativo: cenni sulle problematiche in campo*, in *Dir. inf.*, 2002, pp. 571 ss.
- CONTIERI A., *Le norme «tecniche»: suggestioni del pensiero di Aldo M. Sandulli*, in *Aldo M. Sandulli (1915-1984). Attualità del pensiero giuridico del Maestro*, Milano, 2004, pp. 483 ss.
- CORSO G., *Attività amministrativa informale*, in *Nuove aut.*, 1995, pp. 5 ss.
- CORSO G., *Le norme costituzionali sull'organizzazione*, in *La pubblica amministrazione nella Costituzione: riflessioni e indicazioni di riforma: atti del XXXIX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione Varenna, Villa Monastero, 16-18 settembre 1993*, Milano, 1995, pp. 26 ss.
- CORSO G., *Il cittadino e l'amministrazione pubblica: nuove tendenze del sistema italiano*, in *Ist. fed.*, 2010, pp. 197 ss.
- CORSO G., *Motivazione degli atti amministrativi e legittimazione del potere negli scritti di Antonio Romano Tassone*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 463 ss.
- CORSO G., *Principio di legalità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, pp. 43 ss.
- CORSO G., TERESI F., *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti. Commento alla legge 241/1990*, Rimini, 1991
- CORTESE F., *Decisioni amministrative complesse e hard cases*, in G. Arena, F. Cortese (a cura di), *Per governare insieme: il federalismo come metodo. Verso nuove forme della democrazia*, Cedam, Padova, 2011, pp. 267 ss.
- CORTESE F., *Costituzione e nuovi principi del diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, pp. 329 ss.
- COSTANTINO F., *L'uso della telematica nella Pubblica Amministrazione*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2017, pp. 246 ss.
- COSTANTINO F., *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, in *Dir. pubbl.*, 2019, pp. 43 ss.

- CRISAFULLI V., *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. cost.*, 1962, pp. 126 ss.
- CUDIA C., *Pubblica amministrazione e valutazioni tecniche: profili organizzativi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, pp. 1 ss.
- D'ALBERTI M., *Il diritto amministrativo di Giannini*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2015, p. 381 ss.
- D'ALBERTI M., *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 2019.
- D'ALTERIO E., *I controlli "anticorruzione" nelle pubbliche amministrazioni*, in *St. parl. pol. cost.*, 2014, nn. 183-184, pp. 7 ss.
- D'ANGELOSANTE M., *La consistenza del modello dell'amministrazione 'invisibile' nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, in S. Civitarese Matteucci, L. Torchia (a cura di), *La tecnificazione*, in L. Ferrara, D. Sorace (diretto da), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, 2016, pp. 155 ss.
- DAHL R., *Democrazia o tecnocrazia?*, Bologna, 1987, pp. 155 ss.
- DE BENEDETTO M., MARTELLI M., RANGONE N. (a cura di), *La qualità delle regole*, Bologna, 2011
- DE GIORGI CEZZI G., *I controlli nell'amministrazione moderna*, Bari, 1990
- DE LEONARDIS F., *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000
- DE LEONARDIS F., *Esercizio privato di pubbliche funzioni e pubblici servizi*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, pp. 2296 ss.
- DE LEONARDIS F., *I principi generali dell'attività amministrativa*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2017, pp. 95 ss.
- DE LEONARDIS F., *Big data, decisioni amministrative e "povertà" di risorse della pubblica amministrazione*, in *Munus*, 2020, pp. 367 ss.
- DE MINICO G., *La regulation delle autorità indipendenti: dalla decisione amministrativa all'azione politica*, in A. Contieri, M. Immordino, F. Zammartino (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti tra garanzia e regolazione*, Napoli, 2020, pp. 43 ss.
- DE PRETIS D., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995
- DE VALLES A., *Norme giuridiche e norme tecniche*, in *Raccolta di scritti in onore di Carlo Arturo Jemolo*, vol. III, Milano, 1963, pp. 177 ss.
- DEL GATTO S., *Potere algoritmico, digital welfare state e garanzie per gli amministrati. I nodi ancora da sciogliere*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, pp. 829 ss.
- DELGADO I.M., *Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada*, in *Revista de Administración pública*, 2009, pp. 353 ss.
- DELGADO I.M., *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, in *Ist. fed.*, 2019, pp. 643 ss.

- DELL'ANNO P., *Contributo allo studio dei procedimenti autorizzatori*, Padova, 1989
- DELSIGNORE M., *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, pp. 740 ss.
- DELSIGNORE M., RAMAJOLI M., *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, pp. 61 ss.
- DI GASPARE G., *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992
- DI MARTINO A., *Intelligenza artificiale, garanzie dei privati e decisioni amministrative: l'apporto umano è ancora necessario? Riflessioni a margine di Cons. Stato 8 aprile 2019, n. 2270*, in *Riv. giur. eur.*, 2019, pp. 47 ss.
- DI MARTINO A., *L'amministrazione per algoritmi ed i pericoli del cambiamento in atto*, in *Dir. econ.*, 2020, pp. 599 ss.
- DI MARTINO A., *The relationship between Law and Technique in the construction of Administration by algorithms*, in *Eur. rev. dig. adm. law*, 2021, pp. 199 ss.
- DIPACE R., *I privati e il procedimento amministrativo*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, pp. 226 ss.
- DIPACE R., *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, in *Dir. soc.*, 2017, pp. 647 ss.
- DONATI D., *Digital divide e promozione della diffusione delle ICT*, in F. Merloni (a cura di), *Introduzione all'e-government: pubbliche amministrazioni e società dell'informazione*, Torino, 2005, pp. 209 ss.
- DUGATO M., *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. amm.*, 2002, pp. 169 ss.
- DUNI G., *La teleamministrazione come terza fase della informatica amministrativa. Dalla "informazione automatica" sulle procedure burocratiche al procedimento in forma elettronica*, in G. Duni (a cura di), *Dall'informatica amministrativa alla teleamministrazione*, Roma, 1992
- DUNI G., *Teleamministrazione*, in *Enc. giur.*, Milano, XXX, 1993, pp. 2 ss.
- ELLUL J., *Tecnica*, in *Enc. giur. Treccani*
- ESPOSITO G.M., *Al confine tra algoritmo e discrezionalità. Il pilota automatico tra procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, pp. 39 ss.
- FALCON G., *Osservazioni sul d.d.l. A.S. n. 4860*, in *Bollettino dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, n. 12, 2000
- FALCON G., *Lezioni di diritto amministrativo. L'attività*, Milano, 2020
- FALCONE M., *Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, pp. 601 ss.

- FALCONE M., *La data science come nuovo sapere dei funzionari pubblici*, in [www.aipda.it](http://www.aipda.it);
- FALZONE G., *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, 1951
- FANTIGROSSI U., *Automazione e pubblica amministrazione*, Bologna, 1993
- FARALLI C., *Diritto, diritti e nuove tecnologie*, Napoli, 2018
- FARANO A., MARZOCCO V., *Expertise tecniche e decisori politici. Razionalità legislativa e uso dell'argomento scientifico nella produzione del diritto emergenziale*, in S. Staiano (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio*, Napoli, 2020, pp. 149 ss.
- FASANO G., *Le decisioni automatizzate nella pubblica amministrazione: tra esigenze di semplificazione e trasparenza algoritmica*, in *Riv. dir. media*, 2019, pp. 234 ss.
- FELIZIANI C., *Quanto costa non decidere? A proposito delle conseguenze delle mancate o tardive decisioni della Pubblica amministrazione*, in *Dir. econ.*, 2019, pp. 155 ss.
- FERRARA L., *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, 1996
- FERRARA R., *Introduzione al diritto amministrativo*, 2004
- FERRARA R., *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. amm.*, 2019, pp. 773 ss.
- FERRARIS G., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione e l'autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, pp. 210 ss.
- FIGORILLI F., *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (dal processo al procedimento con pluralità di parti)*, Perugia, 1996
- FINOCCHIARO G., *Riflessioni su diritto e tecnica*, in *Dir. inform.*, 2012, pp. 831 ss.
- FIORENTINO L., *I corpi tecnici nelle amministrazioni: problemi attuali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, pp. 479 ss.
- FIORITTO A., *La funzione di certezza pubblica*, Padova, 2003
- FISICHELLA D., *Tecnocrazia (voce)*, in N. Bobbio, N. Matteucci (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, 1976, pp. 1028 ss.
- FLORIDI L., *Infosfera. Filosofia e etica dell'informazione*, Torino, 2009
- FOIS S., *Legalità (principio di)*, voce, in *Enc. Dir.*, Milano, 1973, XXIII, pp. 659 ss.
- FOLLIERI F., *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *federalismi.it*, n. 7/2017
- FORGIONE I., *Il caso dell'accesso al software MIUR per l'assegnazione dei docenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, pp. 647 ss.
- FORTE P., *Diritto amministrativo e data science. Appunti di intelligenza amministrativa artificiale (AAI)*, in *Pers. amm.*, 2020, pp. 247 ss.
- FORTI U., *I controlli dell'amministrazione comunale*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1915, pp. 608 ss.

- FRACCHIA F., *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1996, pp. 11 ss.
- FRACCHIA F., *L'elemento soggettivo nella responsabilità dell'amministrazione*; in *Atti del Convegno di Varenna 2008*, Milano, 2009, pp. 211 ss.
- FRACCHIA F., *Open source e pubblica amministrazione*, in M. Bertani (a cura di), *Open source*, Milano, 2005
- FRACCHIA F., *L'amministrazione come ostacolo*, in *Dir. econ.*, 2013, pp. 357 ss.
- FRACCHIA F., PANTALONE P., *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, in *Federalismi.it*, n. 36/2020, pp. 33 ss.
- FRAENKEL-HAEBERLE C., *Fully Digitalized Administrative Procedures in the German Legal System*, in *Eur. rev. dig. adm. law*, 2020, pp. 105 ss.
- FREDIANI E., *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al «preavviso di rigetto»*, in *Dir. amm.*, 2005, pp. 1003 ss.
- FROSINI V., *La giuritecnica: problemi e proposte*, in *Amm. e pol.*, 1976, pp. 187 ss.
- FROSINI V., *Il diritto nella società tecnologica*, Milano, 1981
- FROSINI V., *L'informatica e la pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, pp. 483 ss.
- FROSINI V., *Telematica e informatica giuridica*, in *Enc. giur.*, XLIV, Milano, 1992
- FUZIO R., *Il bilanciamento di interessi costituzionalmente protetti nella nuova normativa sull'inquinamento atmosferico*, in *Foro it.*, 1991, pt. I, pp. 39 ss.
- GALETTA D-U., *Discrezionalità amministrativa e principio di proporzionalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, pp. 142 ss.
- GALETTA D.U., *Open Government, open data e azione amministrativa*, in *Ist. fed.*, 2019, pp. 663 ss.
- GALETTA D-U., *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, pp. 501 ss.
- GALETTA D-U., *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione (il procedimento amministrativo, fra diritto UE e tecnologie ICT)*, in R. Cavallo Perin, D-U. Galetta (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020, pp. 85 ss.
- GALETTA D-U., *La pubblica amministrazione nell'era delle ICT: sportello digitale unico e intelligenza artificiale al servizio della trasparenza e dei cittadini?*, in *Cybersp. dir.*, 2018, p. 322

- GALETTA D.U., CORVALÀN J.G., *Intelligenza artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0?*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 3
- GALIMBERTI U., *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, 2019
- GALLONE G., *Blockchain, procedimenti amministrativi e prevenzione della corruzione*, in *Dir. econ.*, 2019, pp. 189 ss.
- GARDINI G., *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in *federalismi.it*, n. 1/2017
- GATTI A., *Istituzioni e anarchia nella rete. I paradigmi tradizionali della sovranità alla prova di internet*, in *Dir. inf.*, 2019, pp. 711 ss.
- GIANI L., *Il problema amministrativo tra incertezza della tecnica ed esigenze di tutela sostanziale del cittadino (il contributo di Franco Ledda)*, in L. Giani, A. Police (a cura di), *Itinerari interrotti. Il pensiero di Franco Ledda e di Antonio Romano Tassone per una ricostruzione del diritto amministrativo*, Napoli, 2017, pp. 135 ss.
- GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della p.a.*, Milano, 1939
- GIANNINI M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950
- GIANNINI M.S., *Esercizio privato di pubbliche attività*, in *Enc. dir.*, vol. XV, 1966, pp. 685 ss.
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1970
- GIANNINI M.S., *Controllo: nozione e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, pp. 1254 ss.
- GIANNINI M.S., *Motivazione dell'atto amministrativo (voce)*, in *Enc. dir.*, 1977, pp. 257 ss.
- GIANNINI M.S., *Rapporto sui principali problemi della amministrazione dello Stato*, in *Foro amm.*, 1979, pp. 2667 ss.
- GIANNINI M.S., *Discrezionalità amministrativa e pluralismo* (intervista a cura di M. D'Alberti), in *Quaderni del pluralismo*, 1984, pp. 104 ss.
- GIGANTE M., *Alcune osservazioni sull'evoluzione dell'uso del concetto di tecnica nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1997, pp. 647 ss.
- GIGANTE M., *Effetti giuridici nel rapporto tra tecnica e diritto: il caso delle «norme armonizzate»*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, pp. 313 ss.
- GIGANTE M., *L'attribuzione allo Stato della normazione tecnica tra neutralità e attuazione vincolata*, in *Giur. cost.*, 2003, pp. 1744 ss.
- GIGANTE M., *Norma tecnica (voce)*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, pp. 3806 ss.
- GIGLIONI F., LARICCIA S., *Partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa*, in *Enc. dir. agg.*, IV, 2000, pp. 943 ss.

- GIURDANELLA C., GUARNACCIA E., *Elementi di diritto amministrativo elettronico*, Matelica, 2005
- GIUSTI A., *Contributo allo studio di un concetto giuridico ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007
- GIUSTI A., *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente "attenta ricostruzione giurisprudenziale"*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, pp. 335 ss.
- GIZZI L., *SCIA e tutela del terzo (Note a margine di Corte costituzionale, sentenza n. 153 del 2020)*, in *Federalismi.it*, 2020, pp. 71 ss.
- GOLA M., *L'applicazione delle norme di diritto privato*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, pp. 208 ss.
- GRAZIOSI B., *Note critiche sui regolamenti comunali concernenti le sanzioni pecuniarie e paesaggistiche e sulla relativa giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *Riv. giur. edil.*, 2017, pp. 3 ss.
- GRECO G., *L'azione amministrativa secondo il diritto privato*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, pp. 69 ss.
- GUARDAMAGNA C., *Aggregazione e digitalizzazione nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2018, pp. 993 ss.
- GUARINO G., *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli, 1949
- GUARINO G., *I tecnici e i politici nello Stato contemporaneo*, Milano, 1966
- GUARINO G., *Atti e poteri amministrativi*, in G. Guarino (a cura di), *Dizionario amministrativo*, Milano, 1983
- GUARINO G., *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994
- GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, III ed., Padova, 1954
- HEIDEGGER M., *La questione della tecnica*, Firenze, 2017
- HOLLATZ J., *Rules and precedents in legal reasoning*, in *Inf dir.*, 1993, pp. 75 ss.
- IANNOTTA L., *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative*, in M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del convegno di Palermo 27-28 febbraio 2003*, Torino, 2004, pp. 433 ss.
- IANNUZZI A., *Caratterizzazione della normazione tecnica nell'ordinamento italiano. Il campo di analisi e di verifica della materia ambientale*, in *Studi parl. e di pol. cost.*, 2006, nn. 151-152, pp. 137 ss.
- IMMORDINO M., *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, in M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del convegno di Palermo 27-28 febbraio 2003*, Torino, 2004, pp. 15 ss.

- IMMORDINO M., CAVALLARO M.C., GULLO N., *Il responsabile del procedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 550.
- IRTI N., *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007
- IRTI N., *Studi sul formalismo giuridico*, Padova, 2007
- IRTI N., SEVERINO E., *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001
- JELLINEK G., *La dottrina generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1949
- LALLI A., *Il sapere e la professionalità dell'amministrazione pubblica nell'era dei big data e dell'intelligenza artificiale*, in [www.aipda.it](http://www.aipda.it);
- LAVIOLA F., *La decisione politica science-based e il ruolo del Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza Covid-19 tra arbitrarie pretese di segretezza e riaffermazione del diritto alla trasparenza*, in *Federalismi.it*, 2021, pp. 127 ss.
- LEDDA F., *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80. Atti del XXX° Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna - Villa Monastero 1984*, Milano, 1987
- LEDDA F., *Dal principio di legalità al principio d'infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm. (II)*, 1997, pp. 3303 ss.
- LEDDA F., *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, pp. 133 ss.
- LEDDA F., *Determinazione discrezionale e domanda di diritto*, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, Modena, 1996, 95 ss., ed ora pubblicato in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, pp. 365 ss.
- LEDDA F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, pp. 365 ss.
- LEONARDI R., *Il principio della partecipazione e la dichiarazione di p.u., indifferibilità ed urgenza mediante atto di diritto privato di una S.p.A.: il Consiglio di Stato riafferma il primato delle garanzie sostanziali previste dalla l. n. 241 del 1990*, in *Riv. giur. edil.*, 2004, pp. 1018 ss.
- LEVI F., *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967
- LEVI F., *Legittimità (dir. amm.)*, voce, in *Enc. Dir.*, Milano, 1974, XXIV, pp. 124 ss.
- LEVI F., *Partecipazione e organizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, pp. 151 ss.
- LIGUORI F., *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, Napoli, 1999
- LIGUORI F. (a cura di), *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo*, Bologna, 2007

- LIGUORI F., *L'attività non autoritativa tra diritto privato e diritto pubblico. A proposito del comma 1 bis*, in F. Liguori (a cura di), *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo*, Bologna, 2007, pp. 7 ss.
- LIGUORI F., *“Politica” e “amministrazione” nelle aziende sanitarie*, in *Dir. lav. merc.*, 2009, pp. 49 ss.
- LIGUORI F., *Libertà economiche e funzione amministrativa*, in F. Liguori, *La funzione amministrativa*, Napoli, 2013
- LIGUORI F., *Notazioni sulla presunta fine del dualismo tra pubblico e privato*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 30 marzo 2014
- LIGUORI F., *I servizi culturali come servizi pubblici*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), n. 1/2018
- LIGUORI F., *La funzione amministrativa, l'autoritatività e il diritto privato*, in F. Liguori, *Liberalizzazione, diritto comune, responsabilità*, Napoli, 2019, pp. 82 ss.
- LIGUORI F., *La “parentesi amministrativa” della s.c.i.a. e le tutele del terzo*, in *Riv. giur. edil.*, 2019, pp. 281 ss.
- LIGUORI F., *Appunti sul sindacato del giudice amministrativo in tema di valutazioni tecniche delle autorità indipendenti*, in AA. VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, 2020, vol. III, pp. 3063 ss.
- LIGUORI F., *Il problema amministrativo in trent'anni di fermento normativo: dalla legge sul procedimento del 1990 al decreto semplificazioni del 2020. Una introduzione*, in F. Liguori (a cura di), *Il problema amministrativo*, Napoli, 2021, pp. 11 ss.
- LIGUORI F., *La segnalazione certificata di inizio attività*, in A. Contieri (a cura di), *Approfondimenti di diritto amministrativo*, Napoli, 2021, pp. 89 ss.
- LO SAPIO G., *La black box: l'esplicabilità delle scelte algoritmiche quale garanzia di buona amministrazione*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 2021, pp. 114 ss.
- LO SAPIO G., *La trasparenza sul banco di prova dei modelli algoritmici*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 2021, pp. 239 ss.
- LOLLI I., *Norme tecniche ambientali e ‘remore’ del legislatore. Quando il diritto si misura con la scienza*, in *DPCE online*, 2020, pp. 3483 ss.
- LOMBARDI R., *Contributo allo studio della funzione di controllo*, Milano, 2003
- LORENZONI L., *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Napoli, 2018
- LOSANO M., *Giuscibernetica*, in R. Treves (a cura di), *Nuovi sviluppi della sociologia del diritto*, Milano, 1968, pp. 307 ss.
- LOSANO M., *Per un diritto compatibile con l'elaborazione elettronica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, pp. 1823 ss.

- LOSANO M., *Information technology, the law and fuzzy logic*, in *Inf. dir.*, 1993, pp. 7 ss.
- LUCIANI M., *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 2018, pp. 872 ss.
- LUCIANI M., *Dal chàos all'ordine e ritorno*, in *Riv. fil. dir.*, 2019, pp. 349 ss.
- MALINCONICO C., *Il principio di proporzionalità*, in AA. VV., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del 47° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2001*, Milano, 2002, pp. 49 ss.
- MALTONI A., *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005
- MALTONI A., *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, in *Enc. dir. (Annali)*, 2007, p. 570 ss.
- MALTONI A., *Considerazioni in tema di attività procedimentali a regime privatistico delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2011, pp. 97 ss.
- MANCARELLA M., *Profili negoziali e organizzativi dell'amministrazione digitale*, Trento, 2009
- MANETTI M., *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994
- MANGANARO F., *L'evoluzione del principio di trasparenza*, in *Scritti in onore di Roberto Marrama*, Napoli, 2012, I, pp. 639 ss.
- MANGANARO F., *Trasparenza e digitalizzazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2019, pp. 25 ss.
- MANGIA A., *Presentazione*, in E. FORSTHOFF, *Lo Stato della società industriale*, Milano, 2011
- MANNUCCI G., *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, pp. 837 ss.
- MARCHIANÒ G., *La legalità algoritmica nella giurisprudenza amministrativa*, in *Dir. econ.*, 2020, pp. 252
- MARINO I.M., *Giudice amministrativo, motivazione degli atti e «potere» dell'amministrazione*, in *Foro amm. (T.A.R.)*, 2003, pp. 338 ss.
- MARONGIU D., *L'attività amministrativa automatizzata*, Rimini, 2005
- MARRA A., *L'amministrazione imparziale*, Milano, 2019
- MARRAMA D., *Principi generali dell'attività amministrativa*, in N. Paolantonio, A. Police, A. Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, pp. 117 ss.
- MARRAMA R., *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, pp. 416 ss.
- MARZUOLI C., *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985
- MARZUOLI C., *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982
- MARZUOLI C., *Le privatizzazioni tra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, pp. 393 ss.

- MARZUOLI C., *Recensione a D. De Pretis, Valutazioni amministrative e discrezionalità tecnica, 1995*, in *Dir. pubbl.*, 1995, pp. 707 ss.
- MASCOLO A., *Gli algoritmi amministrativi: la sfida della comprensibilità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, pp. 366 ss.
- MASUCCI A., *Atto amministrativo informatico*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1977, pp. 221 ss.
- MASUCCI A., *L'atto amministrativo informatico*, Napoli, 1993
- MASUCCI A., *Digitalizzazione dell'amministrazione e servizi pubblici "online". Lineamenti del disegno normativo*, in *Dir. pubbl.*, 2019, pp. 117 ss.
- MASUCCI A., *Vantaggi e rischi dell'automazione algoritmica delle decisioni amministrative*, in *Scritti in onore di E. Picozza*, Napoli, 2019, pp. 5 ss.
- MASUCCI A., *L'algoritmizzazione delle decisioni amministrative tra Regolamento europeo e legge degli Stati membri*, in *Dir. pubbl.*, 2020, pp. 963 ss.
- MATTARELLA B.G., *L'attività*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, I, Milano, 2006, pp. 699 ss.
- MATTARELLA B.G., *Il declino della motivazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, pp. 618 ss.
- MATTARELLA B.G., *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, pp. 1 ss.
- MATTARELLA B.G., *Conclusioni*, in *Annuario AIPDA 2019. Quali saperi servono alla pubblica amministrazione? Selezione, valorizzazione e tutela della professionalità pubblica. Atti del convegno annuale, Pisa, 10-12 ottobre 2019*, Napoli, 2020, pp. 293 ss.
- MATTERA R., *Decisioni algoritmiche. Il Consiglio di Stato fissa i limiti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, pp. 815 ss.
- MAZZAMUTO M., *Legalità e proporzionalità temporale dell'azione amministrativa: prime osservazioni*, in *Foro Amm.*, 1993, pp. 1739 ss.
- MAZZAMUTO M., *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000
- MAZZARESE T., *Fuzzy logic and judicial decision-making: a new perspective on the alleged norm-irrationism*, in *Inf. dir.*, 1993, pp. 13 ss.
- MELIS G., *La fuga dall'amministrazione. Ascesa e declino dei tecnici nell'amministrazione dell'Italia unita*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, pp. 469 ss.
- MELIS G., *I corpi tecnici della pubblica amministrazione centrale*, in *Riv. giur. mezz.*, 2019, pp. 291 ss.
- MELIS G., *Un episodio dello Stato liberale: la sconfitta dei tecnici e l'emarginazione degli "economisti"*, in *An. giur. econ.*, 2020, pp. 13 ss.
- MENGONI L., *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 1 ss.

- MERLONI F., *Le attività conoscitive e tecniche delle amministrazioni pubbliche. Profili organizzatori*, in *Dir. pubbl.*, 2013, pp. 481 ss.
- MERUSI F., *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2002
- MERUSI F., *Conclusioni*, in *Analisi economica e diritto amministrativo, Annuario AIPDA 2006*, Milano, 2007
- MERUSI F., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Dir. amm.*, 2007, pp. 429 ss.
- MERUSI F., *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011
- MEYNAUD J., *La tecnocrazia*, Roma-Bari, 1966
- MICELLO A., *La tecnologia “blockchain” al servizio della gestione delle informazioni ambientali: verso un “Blockchain Green Public Procurement”?*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2018, pp. 83 ss.
- MINERVA M., *L'attività amministrativa in forma elettronica*, in *Foro amm.*, 1997, pp. 1300 ss.
- MINERVA M., *Verso l'integrazione dei sistemi informativi pubblici: la rete unitaria della pubblica amministrazione*, in *Dir. inf.*, 1998, pp. 623 ss.
- MOCAVINI G., *Il prezzo del consenso*, Milano, 2020
- MODUGNO F., *Funzione*, voce, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 301 ss.
- MOLASCHI V., *Algoritmi e nuove schiavitù*, in *Federalismi.it*, 2021, pp. 205 ss.
- MOLITERNI A., *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016
- MOLITERNI A., *Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell'ordinamento*, in A. Moliterni (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice*, Napoli, 2021, pp. 5 ss.
- MORBIDELLI G., *Il giudizio di ragionevolezza nel procedimento amministrativo*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Vol. III, Milano, 1998, pp. 89 ss.
- MORRONE A., *Verso un'amministrazione democratica. Sui principi di imparzialità, buon andamento e pareggio di bilancio*, in *Dir. amm.*, 2019, pp. 381 ss.
- MORTARA L., *Commentario al Codice civile e alle leggi di procedura civile*, vol. V, Milano, 1923, p. 77 ss.
- MORTATI C., *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, in *Raccolta di scritti*, vol. II, Milano, pp. 473 ss.
- MUCIACCIA N., *Algoritmi e procedimento discrezionale: alcuni arresti della giustizia amministrativa*, in *Federalismi.it*, 2020, pp. 344 ss.
- NAPOLI C., *Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria*, in *Rivista AIC*, 2020, pp. 318 ss.

- NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003
- NAPOLITANO G., *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, pp. 481 ss.
- NAPOLITANO G., *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014
- NAPOLITANO G., *Le riforme amministrative in Europa all'inizio del ventunesimo secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, pp. 611 ss.
- NAPOLITANO G., ABBRESCIA M., *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009
- NATOLI M., *L'attività informatizzata della pubblica amministrazione*, in *Riv. amm.*, 2003, pp. 957 ss.
- NERI V., *Diritto amministrativo e intelligenza artificiale: un amore possibile*, in *Urb. app.*, 2021, pp. 581 ss.
- NICOTRA I.A., VARONE V., *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *Rivista AIC*, 2019, pp. 86 ss.
- NIGRO M., *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, pp. 225 ss.
- NIGRO M., *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1986, pp. 703 ss.
- OROFINO A.G., *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e elementi di tutela*, in *Foro amm. (C.d.S)*, 2002, pp. 2256 ss.
- OROFINO A.G., *Open source e pubblica amministrazione*, in G. Cassano (a cura di), *Diritto delle nuove tecnologie informatiche e dell'Internet*, Milano, 2002, p. 1317
- OROFINO A.G., *Forme elettroniche e procedimenti amministrativi*, Bari, 2008
- OROFINO A.G., *Sull'invio telematico di istanze e dichiarazioni alla pubblica amministrazione*, in *Riv. internet*, 2005, pp. 66 ss.
- OROFINO A.G., *La semplificazione digitale*, in *Dir. econ.*, 2019, p. 108.
- OROFINO A.G., *La trasparenza oltre la crisi*, Bari, 2020
- OROFINO A.G., GALLONE G., *L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione*, in *Giur. it.*, 2020, pp. 1738 ss.
- OROFINO A.G., OROFINO R.G., *L'automazione amministrativa: imputazione e responsabilità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, pp. 1310 ss.
- ORSI BATTAGLINI A., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, pp. 3 ss.
- ORSO F., *Ancora sugli effetti del giudicato: un passo avanti e due indietro*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, pp. 1236 ss.

- OSWALD M., *Algorithm-assisted decision-making in the public sector: framing the issues using administrative law rules governing discretionary power*, in *Phil. Trans. R. Soc.*, 2018, pp. 1 ss.
- OTRANTO P., *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in *federalismi.it*, n. 2/2018
- OTTAVIANO V., voce *Merito (diritto amministrativo)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. X, Torino, 1964, pp. 575 ss.
- OTTAVIANO V., *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, vol. II, Milano, 1987, pp. 403 ss.
- PANTALONE P., *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018
- PAOLANTONIO N., *Interesse pubblico specifico ed accertamento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1996, pp. 413 ss.
- PAOLANTONIO N., *Contributo sul tema della rinuncia in diritto amministrativo*, Napoli, 2003
- PAOLANTONIO N., *Articolo 1, comma 1-bis*, in N. Paolantonio, A. Police, A. Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, pp. 78 ss.
- PAOLANTONIO N., POLICE A., ZITO A. (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005.
- PASQUALE F., *The Black Box Society*, Cambridge-London, 2015
- PASTORI G., *L'amministrazione da potere a servizio*, in M.R. Spasiano (a cura di), *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, Napoli, 2012, pp. 47 ss.
- PATRONI GRIFFI F., *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2019
- PECCHIOLI N., *La delibera di approvazione del progetto di un'opera da parte di Ferrovie S.p.A.: effetti preordinati all'esproprio e soggezione alle garanzie di partecipazione procedimentale*, in *www.giustamm.it*, 2004
- PECCHIOLI N., *Soggetti privati ed esercizio di funzioni amministrative*, in AA. VV., *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, pp. 611 ss.
- PELAGATTI G., *Valutazioni tecniche dell'amministrazione pubblica e sindacato giudiziario. Un'analisi critica dei recenti sviluppi della dottrina giuspubblicistica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, pp. 158 ss.
- PERICU G., *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *Scritti scelti*, Milano, 2009, pp. 881 ss.
- PESCE G., *Digital first*, Napoli, 2018

- PIAZZA I., *La disciplina dell'attività amministrativa di soggetti privati tra autonomia organizzativa e garanzie degli amministrati*, in *Dir. amm.*, 2015, pp. 541 ss.
- PICA F., D'ALESSIO L., GIUDICEPIETRO N., *L'ordinamento contabile degli enti locali*, Torino, 1999
- PICOZZA E., *Politica, diritto amministrativo and Artificial Intelligence*, in *Giur. it.*, 2019, pp. 1761 ss.
- PIETRANGELO M., *Le pubbliche amministrazioni sul web tra comunicazione, consultazione e partecipazione*, in S. Civitarese Matteucci, L. Turchia (a cura di), *La tecnificazione dell'amministrazione*, in S. Civitarese Matteucci, L. Turchia (a cura di), *La tecnificazione*, in L. Ferrara, D. Sorace (diretto da), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, 2016, pp. 95 ss.
- PINELLI C., *Politica e amministrazione: una distinzione per l'ordine convenzionale*, in *Giur. cost.*, 1990, pp. 2720 ss.
- PINELLI C., *Il buon andamento dei pubblici uffici e la sua supposta tensione con l'imparzialità. Un'indagine sulla recente giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, pp. 726 ss.
- PIPERATA G., *Le esternalizzazioni del settore pubblico*, in *Dir. amm.*, 2005, pp. 963 ss.
- PIRAS P., *Il tortuoso cammino verso un'amministrazione nativa digitale*, in *Dir. inf.*, 2020, pp. 43 ss.
- PIZZANELLI G., *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, Milano, 2010
- POLICE A., *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, Napoli, 1997
- POLICE A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007
- POLICE A., *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Le riforme della legge 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzie della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008, pp. 15 ss.
- POLICE A., *Il principio di responsabilità*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, pp. 195 ss.
- POPPER K., *Logica della scoperta scientifica*, Torino, 1970
- POPPER K., *Congetture e confutazioni*, Bologna, 1972
- PREDIERI A., *Gli elaboratori elettronici nell'amministrazione dello Stato*, Bologna, 1971
- PREDIERI A., *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Dir. econ.*, 1996, pp. 251 ss.
- PREDIERI A., *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997
- PRESUTTI E., *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911

- PRESUTTI E., *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1920
- PROTTO M., *L'amministrazione informale*, in *Studi in onore di Roberto Marrama*, vol. II, 2012, Napoli, pp. 841 ss.
- PUGLIESE F.P., *Il contraddittorio nel procedimento*, in F. Trimarchi (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, 1990, pp. 25 ss.;
- PUTTNER G., *Lo stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, pp. 31 ss.
- RACCA G.M., *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, in R. Cavallo Perin, D-U. Galetta (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020, pp. 321 ss.
- RACCA G.M., *La Corte di giustizia e le scelte nazionali per una efficiente e trasparente aggregazione dei contratti pubblici: una sfida per l'evoluzione digitale della "funzione appalti" nazionale, regionale e locale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, pp. 185 ss.;
- RACCA G.M., PONZIO S., *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2019, pp. 33 ss.;
- RADAELLI C.M., *Technocracy in the European Union*, Londra, 1999
- RAGANELLI B., *Decisioni pubbliche e algoritmi: modelli alternativi di dialogo tra forme di intelligenza artificiale diverse nell'assunzione di decisioni amministrative*, in *Federalismi.it*, 2020, pp. 242 ss.
- RAMAJOLI M., *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, pp. 459 ss.
- RAMAJOLI M., *Inconferibilità e incompatibilità di incarichi nelle pubbliche amministrazioni*, in *Nuove Autonomie*, 2014, pp. 577 ss.
- RAMAJOLI M., *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, pp. 347 ss.
- RAMAJOLI M., *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, pp. 894 ss.
- RAMAJOLI M., *Quale cultura per l'amministrazione pubblica?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, pp. 187 ss.
- RAMAJOLI M., *L'attuale configurazione delle Autorità indipendenti di regolazione dei mercati: la natura giuridica delle funzioni e la tipologia degli atti*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)
- RANELLETTI O., *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1912
- RANELLETTI O., *Attività amministrativa e attività tecnica*, in *Riv. Corte Conti*, 1911, pp. 4 ss., ora in *Scritti giuridici scelti*, Roma, 1992, pp. 693 ss.

- RASELLI A., *Il potere discrezionale del giudice civile*, Milano, 1975
- RENNA M., *Vincoli alla proprietà e diritto dell'ambiente*, in *Dir. econ.*, 2005, pp. 715 ss.
- RESTA E., *Il diritto, la libertà, la tecnica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, pp. 79 ss.
- RESTA R., *Natura ed effetti del controllo preventivo*, in *Foro it.*, 1935, pp. 282 ss.
- RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano 1964
- ROEHRSEN G., *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in *Dir. amm.*, 1987, pp. 47 ss.
- ROMAGNOSI G. D., *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Prato, 1835
- ROMANO A., *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, vol. I, Milano, 1987, pp. 521 ss.
- ROMANO A., *Commento all'art. 26 T. U. Consiglio di Stato*, in A. Romano (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 1992, pp. 220 ss.
- ROMANO S., *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983
- ROMANO TASSONE A., *Motivazione del provvedimento amministrativo e sindacato di legittimità*, Milano, 1987
- ROMANO TASSONE A., *L'azienda sanitaria tra democrazia e tecnocrazia*, in *San. pubbl.*, 1997, pp. 388 ss.;
- ROMANO TASSONE A., *Motivazione nel diritto amministrativo (voce)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1997, pp. 683 ss.
- ROMANO TASSONE A., *Situazioni giuridiche soggettive (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1998, pp. 974 ss.
- ROMANO TASSONE A., *Il controllo del cittadino sulla nuova amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2002, pp. 269 ss.
- RUBECHINI P., *"Blockchain" e pubblica amministrazione italiana: i primi passi di un cammino ancora lungo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, pp. 298 ss.
- SAITTA F., *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. dir. amm. elettr.*, 2003, pp. 1 ss.
- SALMONI F., *Le norme tecniche*, Milano, 2001
- SALMONI F., *Gli atti statali di coordinamento tecnico e la ripartizione di competenze Stato-Regioni*, in *Giur. cost.*, 2003, pp. 1735 ss.
- SALOMONE R., TIRABOSCHI M., *Enti locali, dismissioni di attività pubbliche e rapporti di lavoro*, in *Lav. nelle p.a.*, 2000, pp. 1035 ss.

- SALTARI L., *Che resta delle strutture tecniche nell'amministrazione italiana?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, pp. 249 ss.
- SALVI L., *Premessa ad uno studio sui controlli giuridici*, Milano, 1957
- SALVIA F., *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, pp. 685 ss.
- SALVIA F., *Considerazioni su tecnica e interessi*, in *Dir. pubbl.*, 2002, pp. 603 ss.
- SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998
- SANDULLI A., *Proporzionalità*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, pp. 4643 ss.
- SANDULLI A., *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009
- SANDULLI A., *Ordine giuridico ed ordine economico in Max Weber*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, pp. 949 ss.
- SANDULLI A., *Quali riforme per la pubblica amministrazione?*, in *Munus*, 2019, V
- SANDULLI A., *Pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, pp. 513 ss.
- SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1966
- SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I, Napoli, 1973
- SANDULLI A.M., *Le norme tecniche nell'edilizia*, in *Studi in onore di Agostino D'Avack*, vol. IV, Milano, 1976, pp. 567 ss.
- SANDULLI M.A., *Cultura e carattere nella formazione. Spunti per una riflessione*, in *Dir. soc.*, 2018, pp. 345 ss.
- SANDULLI M.A., *Semplificazione e garanzia: due strade talvolta confliggenti*, in AA. VV., *Studi in onore di E. Casetta*, vol. I, Milano, 2001, pp. 592 ss.
- SARTOR G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale. La rappresentazione della conoscenza*, Milano, 1990
- SARTOR G., *I linguaggi (e i sistemi) informatici: un vincolo per il giurista?*, in *Riv. not.*, 1998, pp. 825 ss.
- SASSI S., *Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità*, in *An. giur. econ.*, 2019, pp. 109 ss.
- SATTA F., *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969
- SATTA F., *Esercizio privato di funzioni e servizi pubblici*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIII, 1989
- SAU A., *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi*, Milano, 2013

- SAVO AMODIO F., *Il Genio civile. La competenza perduta?*, in *St. parl. pol. cost.*, 2019, nn. 203/204, pp. 47 ss.
- SAVO AMODIO F., *S.c.i.a. e tutela del terzo: la complessa ricerca di un equilibrio*, in *Riv. giur. edil.*, 2020, pp. 14 ss.;
- SBRESCIA V.M., *Nuovi corpi tecnici delle amministrazioni indipendenti: i tecnici della regolazione*, in *Riv. giur. mezz.*, 2019, pp. 397 ss.
- SCHMITT C., *Dottrina della Costituzione*, trad. it. di A. Caracciolo, Milano, 1984
- SCHMITT C., *Le categorie del politico*, Bologna, 1998
- SCIASCIA M., *La funzione di controllo nell'ordinamento amministrativo italiano*, Napoli, 1991
- SCOCA F.G., *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, pp. 1 ss.
- SCOCA F.G., *Attività amministrativa* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 2002, pp. 75 ss.
- SCOCA F.G., *Punteggio numerico e principio di buon andamento*, in *Giur. cost.*, 2011, pp. 2279 ss.
- SCOCA F.G., *L'interesse legittimo*, Torino, 2017
- SCOCA F.G., SPASIANO M.R., *Nozioni introduttive*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, 2019, pp. 10 ss.
- SCOGNAMIGLIO R., *Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, pp. 277 ss.
- SCOTTI E., *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza*, in *Dir. amm.*, 2009, pp. 521 ss.
- SELLERI B., *Gli atti amministrativi in forma elettronica*, in *Dir. soc.*, 1982, pp. 139 ss.
- SEPE O., *Relazione introduttiva*, in AA. VV., *La ponderazione degli interessi nell'esercizio dei controlli. Atti del XXXIV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 23-24 settembre 1988*, Milano, 1991, pp. 11 ss.
- SERRA M.T., *Contributo ad uno studio sull'istruttoria del procedimento amministrativo*, Milano, 1991
- SEVERINO E., *Il destino della tecnica*, Milano, 1998
- SIMI V., *Il potere discrezionale come carattere essenziale della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, pp. 879 ss.
- SIMONATI A., *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato nell'analisi giurisprudenziale*, Padova, 2009
- SIMONATI A., *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*, in *Dir. amm.*, 2013, pp. 749 ss.

- SIMONCINI A., *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, pp. 1149 ss.
- SIMONCINI M., *L'agire provvedimentoale dell'amministrazione e le slide dell'innovazione tecnologica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, pp. 529 ss.
- SPAGNUOLO VIGORITA V., *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959
- SPAGNUOLO VIGORITA V., *Sulla necessaria proporzione tra area espropriata e pubblica utilità*, in *Riv. giur. edil.*, 1961, pp. 825 ss.
- SPAGNUOLO VIGORITA R., *Amministrare la complessità, complessità di amministrare. Una introduzione*, in S. Tuccillo (a cura di), *Semplificare e liberalizzare. Amministrazione e cittadini dopo la legge 124 del 2015*, Napoli, 2016, pp. 60 ss.
- SPANTIGATI F., *Il valore giuridico delle norme tecniche*, in *Jus*, 2001, pp. 279 ss.
- SPASIANO M.R., *L'organizzazione comunale. Paradigmi di efficienza pubblica e buona amministrazione*, Napoli, 1995
- SPASIANO M.R., *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. amm.*, 2002, pp. 283 ss.
- SPASIANO M.R., *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Napoli, 2003
- SPASIANO M.R., *Trasparenza e qualità dell'azione amministrativa*, in *Nuove aut.*, 2005, pp. 945 ss.
- SPASIANO M.R., *Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, in [www.ius-publicum.com](http://www.ius-publicum.com), 2011
- SPASIANO M.R., *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, pp. 117 ss.
- SPASIANO M.R., *Potere amministrativo e interesse pubblico nell'evoluzione del pensiero giuridico e filosofico*, in L. Giani, M. Immordino, F. Manganaro (a cura di), *Temi e questioni di diritto amministrativo*, Napoli, 2019, pp. 11 ss.
- SPASIANO M.R., *Il conflitto giurisdizionale fra interessi pubblici nel prisma del sindacato dell'eccesso di potere*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, pp. 207 ss.
- STACCA S., *La selezione del personale pubblico al tempo delle tecnologie digitali*, in [www.aipda.it](http://www.aipda.it)
- TALLACHINI M., *La costruzione giuridica dei rischi e la partecipazione del pubblico alla decisioni science-based*, in G. Comandè, G. Ponzanelli (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004, pp. 339 ss.

- TANDA P., *Controlli amministrativi e modelli di governance della Pubblica Amministrazione*, Torino, 2012
- TARULLO S., *Il principio di collaborazione procedimentale*, Torino, 2008
- TERRACCIANO G., *L'applicazione in campo giuridico delle reti neurali artificiali. Il programma "GiuriNet"*, in *I T.A.R.*, 1998, pp. 497 ss.
- TIMO M., *Algoritmi e potere amministrativo*, in *Dir. econ.*, 2020, pp. 753 ss.
- TIMO M., *Il procedimento di assunzione del personale scolastico al vaglio del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2020, pp. 1191 ss.
- TORCHIA L., *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992
- TORCHIA L., *Le norme costituzionali sull'attività*, in *Aa.Vv.*, *La Pubblica amministrazione nella Costituzione. Riflessi e indicazioni di riforma. Atti del XXXIV convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna 16-18 settembre 1993*, Milano, 1995
- TORCHIA L., *L'attività amministrativa fra diritto privato e diritto amministrativo, nazionale ed europeo*, in G. Scialoja (a cura di), *Le nuove regole dell'azione amministrativa*, Bologna, 2006, pp. 37 ss.
- TORCHIA L., *Le prospettive*, in L. Torchia (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009
- TORCHIA L., *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali. Atti del LVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, Villa Monastero, 23-25 settembre 2010*, Milano, 2011, pp. 337 ss.
- TORCHIA L., *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 1 ss.
- TORCHIA L., *La responsabilità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, pp. 763 ss.
- TORCHIA L., *Tre priorità per una nuova disciplina degli appalti pubblici (e una postilla)*, in [www.irpa.eu](http://www.irpa.eu), 2020
- TRANQUILLI S., *Rapporto pubblico-privato nell'adozione e nel controllo della decisione amministrativa "robotica"*, in *Dir. soc.*, 2020, pp. 281 ss.
- TRAVI A., *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, V, 1997, p. 178.
- TREVES G., *Il problema della rinuncia nel diritto amministrativo*, in *Studi in onore di Guido Zanobini*, vol. II, Milano, 1964, pp. 571 ss.
- TRIMARCHI BANFI F., *Il diritto privato dell'Amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, pp. 661 ss.

- TRIMARCHI BANFI F., *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 361 ss.
- TRIMARCHI M., *L'art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali e la disciplina dell'attività amministrativa in Italia*, in *Dir. amm.*, 2011, pp. 537 ss.
- TRIMARCHI M., *La validità del provvedimento amministrativo*, Pisa, 2013
- TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961
- TUCCILLO S., *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016
- TURING A., *Intelligenza meccanica*, Torino, 1994
- USAI A., *Le prospettive di automazione delle decisioni amministrative in un sistema di teleamministrazione*, in *Dir. inform.*, 1993, pp. 163 ss.
- VACCARI S., *Il Consiglio di Stato e la 'riduzione progressiva della discrezionalità'. Verso un giudicato a 'spettanza stabilizzata'?*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, pp. 1172 ss.
- VACCARI S., *Note minime in tema di Intelligenza Artificiale e decisioni amministrative*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2019
- VALAGUZZA S., *Percorsi verso una «responsabilità oggettiva» della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, pp. 50 ss.
- VALAGUZZA S., *La contaminazione come metodo di conoscenza per la scienza giuridica. Una sperimentazione a partire dal diritto processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, pp. 1285 ss.
- VERNILE S., *Verso una decisione amministrativa algoritmica?*, in *Media Laws*, 27 maggio 2020
- VIDETTA C., *L'amministrazione della tecnica*, Napoli, 2008
- VIDETTA C., *Tecnica e buona amministrazione*, in A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, II, Napoli, 2010, pp. 271 ss.
- VILLATA R., RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017
- VINTI S., *La circolarità logica del diritto amministrativo*, Torino, 2014
- VIOLA L., *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *federalismi.it*, n. 21/2018
- VIOLINI L., *Sui contrasti tra valutazioni giuridiche e valutazioni scientifiche nella qualificazione della fattispecie normativa: la Corte compone il dissidio ma non innova l'approccio*, in *Giur. cost.*, 1998, pp. 975 ss.
- VIPIANA P.M., *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Milano, 1990
- VIPIANA P.M., *Introduzione al principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993
- VIRGA P., *Eccesso di potere per mancata prefissione di parametri di riferimento*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. III, Milano, 1988, pp. 587 ss.

- VITTA C., *Diritto amministrativo*, Torino, 1948
- WEBER M., *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tubingen, 1922, trad. it. *Economia e società*, Milano, 1995,
- ZAFFARONI E., *L'informatizzazione della pubblica amministrazione*, in *Foro amm. (II)*, 1996, pp. 2516 ss.
- ZAMPETTI E., *Riflessioni in tema di soggettività e attività amministrativa di diritto privato e principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Pers. amm.*, 2019, pp. 339 ss.
- ZANOBINI G., *L'esercizio privato di funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1915, vol. III, pp. 235 ss.
- ZEI A., *Tecnica e diritto tra pubblico e privato*, Milano, 2008
- ZELLINI P., *La dittatura del calcolo*, Milano, 2018
- ZITO A., *Il "diritto ad una buona amministrazione" nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, pp. 425 ss.
- ZITO A., *La nuova disciplina degli acquisti centralizzati ad oggetto "informatico", introdotta dalla legge di stabilità per il 2016: dalla ricognizione dei problemi ad un primo inquadramento sistematico*, in *Nuove aut.*, 2016, pp. 341 ss.
- ZUCARO A., *La crisi dei Corpi Tecnici della Pa nel quadro della crisi delle politiche pubbliche*, in *Riv. giur. mezz.*, 2019, pp. 303 ss.