

DOTTRINA

## IL GIUDICE AMMINISTRATIVO E GLI ALGORITMI. NOTE ESTEMPORANEE A MARGINE DI UN RECENTE DIBATTITO GIURISPRUDENZIALE

Fonte: **Diritto Amministrativo**, fasc.4, 1 DICEMBRE 2019, pag. 773

Autori: **rosario ferrara**

Sommario: 1. Premessa. — 2. Gli algoritmi e il giudice amministrativo. — 3. Spunti conclusivi.

1. *Premessa.* — Non posso esordire senza ammettere un mio clamoroso errore: l'espressione algoritmo mi era subito sembrata più accattivante e suggestiva di quanto in realtà sia, quasi dichiaratamente e manifestamente ideologica, in quanto allusiva di un ritmo freddo, algido, e pertanto asettico e neutralizzato, per l'appunto freddo. Nulla di più errato e fuorviante, a quanto risulta (1), trattandosi invece della trascrizione, dal persiano al latino, del nome di un grande studioso mediorientale che per primo aveva teorizzato, e dunque scoperto, una determinata procedura, su base matematica, capace di organizzare e gestire alcuni processi decisionali il cui esito conclusivo sarebbe in qualche modo scontato o comunque calcolabile e prevedibile in qualche misura *ex ante*.

E cioè il mondo dei *Big Data* (2) troverebbe quasi le sue radici in un tempo lontano allorché, con un'indubbia levata d'ingegno (e con straordinaria capacità profetica), viene già costruita e teorizzata, nei suoi elementi costitutivi di base, la nozione di algoritmo.

Non compete certamente a me parlare del momento attuale, e pertanto del ruolo vieppiù rilevante oggi giocato dall'informatica, in ogni sua variante sostantiva e procedurale (da Internet, per le mille e più abilità che gli sono proprie, alla digitalizzazione della pubblica amministrazione), essendo ad ogni buon conto sotto gli occhi di tutti la crescita esponenziale, per qualità e quantità, delle modalità d'impiego e di utilizzo delle nuove tecnologie, anche al servizio della pubblica amministrazione in funzione della miglior cura degli interessi generali (3). Si tratta, a ben vedere, di rilevanti dati di fatto, la cui importanza non può essere in alcun modo negata, o anche solo sottovalutata, e il cui impatto su ogni aspetto della nostra vita quotidiana, sia professionale che di relazione, è ormai davvero considerevole, e anzi persino più incidente e considerevole di quanto talora ci possa sembrare.

E tuttavia, dalla mera narrativa dei fatti non si può non passare alle conseguenze, di ordine sistematico e sicuramente di elevata problematicità, che i processi in corso, ai quali ho appena accennato, sembrano materializzare, e il cui *focus* è emblematicamente rappresentato dalla (forse nuova) declinazione del potere discrezionale, al limite dalla riscrittura stessa della nozione di discrezionalità amministrativa al tempo della "scienza incerta" (4), in ragione, fondamentalmente, della penetrazione, massiccia e condizionante, della scienza (della tecnica e della tecnologia) nel mondo della gestione e della regolazione degli interessi (5).

Ed è anche su questo terreno che il giudice amministrativo elabora e diffonde importanti "semi di verità", forse perché si trova davvero posizionato là ove si incontrano i poteri e le funzioni dello Stato, e quindi là ove l'ampiezza, per qualità e quantità, del sindacato giurisdizionale sulle forme concrete di esercizio del potere discrezionale degli apparati politico-amministrativi costituisce in qualche modo la cartina di tornasole capace di farci testare e misurare la capacità

di tenuta e di positiva evoluzione del nostro ordinamento generale.

2. *Gli algoritmi e il giudice amministrativo.* — Mi sembra essere, proprio sotto questo più generale profilo, di particolare interesse il recente dibattito, tutto interno alla giurisprudenza del giudice amministrativo, intorno al ruolo giocato dai sistemi informatici, e segnatamente dall'impiego di algoritmi impostati e predefiniti onde gestire al meglio, celermente e con margini ridottissimi di errore, procedimenti selettivi caratterizzati (a quel che pare!) dall'assenza di un significativo potere di apprezzamento discrezionale.

Le vicende, nelle quali, ad avviso dei primi commentatori (6), si registrerebbe una sensibile divergenza di opinioni fra il T.A.R. del Lazio e il Consiglio di Stato (7), riguardano il mondo della scuola e può essere in qualche modo sintetizzata, con una prima importante avvertenza, tuttavia: la decisione del Consiglio di Stato non è resa, in qualità di giudice d'appello rispetto a quella del T.A.R. per il Lazio alla quale farò fundamentalmente riferimento. Si tratta infatti di processi che affrontano problematiche in larga parte simili, se non addirittura identiche, ma con parti e vicende di vita diverse, secondo quanto disvela il semplice fatto che la sentenza del giudice d'appello è cronologicamente antecedente quella del T.A.R. per il Lazio.

I ricorsi hanno comunque ad oggetto l'annullamento della procedura di mobilità straordinaria di cui all'ordinanza ministeriale n. 241 dell'8 aprile 2016 nonché di ogni altro provvedimento in materia di trasferimento, o comunque di collocazione degli interessati, docenti della scuola secondaria di primo e di secondo grado, in ambiti territoriali non richiesti o richiesti soltanto in via subordinata e residuale (8).

A questo riguardo, si contesta che il processo selettivo e decisionale sia stato gestito esclusivamente da un algoritmo preimpostato e predefinito onde tener conto in automatico delle posizioni personali, e dunque dei punteggi e dei titoli degli interessati, in difetto di "...una vera e propria attività amministrativa, essendosi demandato ad un impersonale algoritmo lo svolgimento dell'intera procedura di assegnazione dei docenti alle sedi disponibili nell'organico dell'autonomia della scuola" (9).

È sul terreno dei principi di diritto, ovviamente, che si verifica poi il contrasto (parziale e quasi più apparente che reale, a mio avviso) fra il giudice di prime cure e il Consiglio di Stato.

Infatti, ad avviso del T.A.R. del Lazio, "un algoritmo, quantunque preimpostato in guisa da tener conto di posizioni personali, di titoli e punteggi, giammai può assicurare la salvaguardia delle garanzie procedurali che gli artt. 2,6,7,8,9,10 della legge 7 agosto 1990, n. 241, hanno apprestato, tra l'altro in recepimento di un inveterato percorso giurisprudenziale e dottrinario,... istituti di partecipazione, di trasparenza e di accesso, in sintesi di relazione del privato con i pubblici poteri...". Sicché, i suddetti principi che sono, in verità, fondamentali valori dell'ordinamento democratico, in piena sintonia con il diritto originario e derivato dell'Unione europea (10), "...non possono essere legittimamente mortificati e compressi soppiantando l'attività umana con quella impersonale, che poi non è attività, ossia prodotto delle azioni dell'uomo, che può essere svolta in applicazione di regole o procedure informatiche o matematiche" (11).

E cioè, "a essere inoltre vulnerato non è solo il canone di trasparenza e di partecipazione procedimentale, ma anche l'obbligo di motivazione delle decisioni amministrative, con il risultato di 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 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" (12).

Questo, riportandone ovviamente solo per sommi capi le argomentazioni e le conclusioni, il punto di vista del giudice di primo grado.

E vengo subito al Consiglio di Stato, la cui *ratio decidendi* parrebbe essere in contrasto, quantomeno parziale, con quanto sostenuto dal T.A.R. Lazio.

Il “punto logico di partenza” da cui prendono le mosse le riflessioni del giudice d'appello è quasi a carattere pratico-utilitaristico, nel senso che, anche alla luce della Comunicazione della Commissione europea del 26 settembre 2003 sull'Agenza digitale europea (e del nostro Codice dell'amministrazione digitale) (13), “...devono sottolinearsi gli indiscutibili vantaggi derivanti dall'automazione del processo decisionale dell'amministrazione mediante l'utilizzo di una procedura digitale ed attraverso un algoritmo — ovvero di una sequenza ordinata di operazioni di calcolo — che in via informatica sia in grado di valutare e graduare una moltitudine di domande” (14). E cioè, nei procedimenti di massa, nei quali sia coinvolta una vasta “folla” di partecipanti e interessati all'esito del procedimento amministrativo, il ricorso a “...procedure seriali e 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” può rivelarsi estremamente utile, proprio in vista del ragionevole ed equo contemperamento degli interessi pubblici e di quelli privati. Ossia, il ricorso a siffatte procedure standardizzate può risolversi, in qualche modo, in un esemplare modello di semplificazione amministrativa, in quanto vengono “tagliati” i tempi del procedimento, e, del tutto contestualmente, può contribuire a far raggiungere più elevati standard di imparzialità amministrativa, nel solco dell'art. 97 Cost., e pertanto importanti obiettivi di giustizia in senso sostanziale.

Mi sembra importante sottolineare questo aspetto del discorso, in quanto è verosimilmente su questo terreno che deve essere misurato il contrasto (e quale contrasto, per qualità e quantità), fra le argomentazioni del giudice di primo grado e quelle del Consiglio di Stato, in primo luogo proprio allo scopo di accertare se di vero e proprio antagonismo concettuale si tratti, e non (eventualmente) di semplici variazioni sullo stesso tema, e quindi di differenti sfumature argomentative.

E, infatti, “...l'assenza di intervento umano in una attività di mera classificazione automatica di istanze numerose, secondo regole predeterminate (che sono queste sì elaborate dall'uomo), e l'affidamento di tale attività a un efficiente elaboratore elettronico appaiono come doverose declinazioni dell'art. 97 Cost. coerenti con l'attuale evoluzione tecnologica”. Il che sarebbe ampiamente e definitivamente confermato dal fatto che la messa in campo di “...operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità...” determinerebbe la esclusione, o comunque la limitazione, di “...interferenze dovute a negligenza (o peggio a dolo) del funzionario (essere umano) e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata”.

È proprio su questo terreno che si evidenzia, in forme e con caratteri che non è tuttavia semplice intercettare in tutta la loro valenza, un certo contrasto fra le motivazioni e le riflessioni del giudice di primo grado e il Consiglio di Stato. In che rapporto si pone infatti l'algoritmo, che può quasi essere assunto come il modello totemico e paradigmatico di un'amministrazione dematerializzata, con il potere discrezionale degli apparati amministrativi, o con quel poco che ancora ne resta, sia che si tratti, secondo i canoni ermeneutici della nostra tradizione (15), di discrezionalità pura o tecnica (oppure verosimilmente mista)?

Non voglio certo concludere, con un'enfasi che mi parrebbe certamente esagerata, che ci si trova al cospetto di opposte “visioni del mondo”, o comunque di antagoniste, e non componibili, narrazioni del mondo che cambia, e cioè di fronte alla rappresentazione, da un lato, di una variante sistemica di quel capitalismo “immateriale” (16) dal quale ogni residua *Humanitas* verrebbe voracemente fagocitata, e alla riaffermazione, dall'altro lato, del ruolo fondamentale e irrinunciabile della volontà dell'uomo, quasi del libero arbitrio, in nome proprio di quella stessa *Humanitas* che si vorrebbe soppiantare, o comunque ridurre ai minimi termini.

Il conflitto di opinioni che così si manifesta è, a mio avviso, meno radicale di quanto possa sembrare, come meglio si vedrà, ma certo è comunque che esso si evidenzia in modo per così dire solido e plastico, almeno ad una prima lettura.

Il giudice di primo grado ci ricorda infatti che è pur sempre l'uomo il *dominus* di un procedimento amministrativo, al cui servizio le tecnologie debbono essere attivate (e non il contrario), nel senso che le procedure informatizzate “...seppur precise e maggiormente analitiche rispetto alla decisione umana non possono mai soppiantare appieno l'attività, cognitiva, acquisitiva e di giudizio che soltanto un'istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica è in grado di

svolgere” (17).

Pensiero, nitido, profondo, e del tutto condivisibile, a mio avviso, al quale il Consiglio di Stato parrebbe contrapporre, come già visto, un ordine di riflessioni “moderniste” nel segno della contemporaneità, in quanto la gestione informatizzata di procedure seriali o standardizzate, dalle quali esulerebbe ogni residua potestà di apprezzamento discrezionale, sarebbe addirittura veicolo di una reale semplificazione amministrativa contribuendo soprattutto ad arginare la corruzione delle amministrazioni pubbliche in piena sintonia con i principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.

In questo senso, il nucleo duro del contrasto giurisprudenziale in questione si focalizza intorno al ruolo stesso (e persino intorno alla nozione) di potere discrezionale, e cioè del potere discrezionale al tempo del capitalismo “immateriale”, del capitalismo “di sorveglianza” (18), al tempo del diritto della “scienza incerta”, ossia agli albori di un'era che viene dai più positivamente salutata, talora forse acriticamente, senza il supporto del necessario *esprit de finesse* (e dunque alla luce del semplice *esprit géométrique*) ma che, del pari acriticamente, viene anche da taluni svalutata e segnalata nei suoi profili critici, quasi nel segno di un aprioristico e “ideologico” rifiuto della modernità (19).

E il potere discrezionale — si sa! — è il sistema nervoso degli ordinamenti giuridici contemporanei, sia di *civil Law* che di *common Law* (20), con i correlati principi di ragionevolezza e di proporzionalità, essendo la cartina di tornasole capace di misurare, da un lato, l'estensione quali-quantitativa del potere di valutazione e decisione delle amministrazioni pubbliche, e di misurare, egualmente, dall'altro lato, l'ampiezza e la significatività (per qualità e quantità, ancora) del sindacato giudiziale sul “modo di farsi del potere”, e dunque non meramente sui provvedimenti amministrativi in senso stretto, soprattutto ad opera del giudice amministrativo.

Ed è proprio su questa via che il Consiglio di Stato avvia un importante processo di riflessione a conclusione del quale gli elementi di differenziazione che sembravano quasi contrapporlo al giudice amministrativo di primo grado vengono in qualche modo decantati e sfumati, finendo quasi col diventare parte di uno stesso ragionamento complessivo nel quale tutta la giurisprudenza amministrativa (e non soltanto essa!) può verosimilmente riconoscersi e identificarsi.

Il dato di sostanza da cui prendere le mosse è così efficacemente messo in evidenza dal Consiglio di Stato: “l'utilizzo di procedure robotizzate non può, tuttavia, essere motivo di elusione dei principi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa” (21).

In questo senso, e quasi collocandosi sul terreno solido della nostra tradizione (anziché su quello decisamente più “liquido” della civiltà dell'informatica!), il giudice d'appello si muove alla ricerca della “regola tecnica che governa ciascun algoritmo”, in quanto si tratta pur sempre di una “regola amministrativa generale”, elaborata dal pensiero dell'uomo che ne è e ne resta, sempre e comunque, il *dominus* laddove alla “macchina” ne viene rimessa la semplice applicazione sul terreno, quando pure ciò avvenga in via “esclusiva”, ossia senza la cooperazione attiva dell'uomo.

E poi, a seguire, il punto di snodo e di sviluppo di un ragionamento elegante, fondato e — persino — non privo di un certo fascino: “Questa regola algoritmica quindi:

— possiede una piena valenza giuridica e amministrativa, anche se viene declinata in forma matematica, e come tale... deve soggiacere ai principi generali dell'attività amministrativa, quali quelli di pubblicità e trasparenza... di ragionevolezza e proporzionalità;

— non può lasciare spazi applicativi discrezionali (di cui l'elaboratore elettronico è privo), ma deve prevedere con ragionevolezza una soluzione definita per tutti i casi possibili...”.

Il che comporta, come logica conseguenza, che la discrezionalità amministrativa non possa essere demandata al *software*, dovendo essere invece rintracciata, e pertanto collocata, al

momento dell'elaborazione e della messa in esercizio dello strumento digitale.

Il che porta, ad avviso del Consiglio di Stato, ad un doppio ordine di conseguenze.

Innanzitutto, la procedura e il meccanismo grazie ai quali la decisione robotizzata (ossia, l'algoritmo) assume carattere di definitività e concretezza, debbono risultare "conoscibili", alla luce di una "declinazione rafforzata del principio di trasparenza". E questo perché la "formula tecnica" rappresentata dall'algoritmo deve essere, sempre e comunque, opportunamente spiegata onde potersi efficacemente tradurre nella "regola giuridica" che le è sottesa.

In secondo luogo, la regola algoritmica è (*rectius*, deve essere) non soltanto conoscibile, ma egualmente sottoposta alla piena cognizione e al pieno sindacato della giurisdizione amministrativa. Ovverosia, "la decisione amministrativa automatizzata impone al giudice di valutare in primo luogo la correttezza del processo informatico in tutte le sue componenti: dalla costruzione, all'inserimento dei dati, alla loro validità, alla loro gestione...", in quanto che "il giudice deve poter sindacare la stessa logicità e ragionevolezza della decisione amministrativa robotizzata, ovvero della regola che governa l'algoritmo...".

Mi sembra del tutto evidente l'obiettivo fondamentale coerentemente perseguito dal giudice amministrativo, anche prescindendo dall'esito del processo con il quale il ricorso viene accolto e la sentenza di primo grado conseguentemente riformata in ragione dell'accertata violazione dei principi di imparzialità, pubblicità e trasparenza.

Punto logico di arrivo (in coerenza con il punto logico di partenza, come prima ricordavo) è infatti certamente l'obiettivo di ricondurre in qualche modo a sistema una realtà complessa e caotica (quella dei *big data*, dei processi informatizzati, delle decisioni robotizzate, ecc.), a conferma di come e quanto la penetrazione massiccia e pervasiva della tecnica e delle (nuove) tecnologie nel mondo della gestione e della regolazione degli interessi possa sospingere (e forse addirittura imporre) la cauta rivisitazione dei principi tradizionali e delle nostre più radicate convinzioni, onde testarne la perdurante sostenibilità (se ancora sussistente) oppure per decretarne il parziale, o totale, accantonamento.

Il diritto non procede per salti, ma secondo linee evolutive che paiono piuttosto di tipo dialettico, nel segno di positivi processi di autopoiesi, secondo regole di affastellamento e di adeguamento piuttosto che di insanabile contrapposizione (22).

E tuttavia, la penetrazione delle "regole della tecnica nel diritto" (23), mi sembra essere un fenomeno di portata addirittura epocale capace di imporre un rinnovato ordine di riflessioni, e forse di conclusioni di valore sicuramente sistemico.

Il giudice amministrativo ha senza dubbio intercettato, in tutte le sue più recenti pronunzie, tale emersione problematica e ne ha sicuramente messo a nudo gli angoli più scoperti e sensibili.

E quale "angolo", nella dimensione del diritto amministrativo, può manifestarsi con maggior rilevanza e spessore della discrezionalità amministrativa, ossia del potere discrezionale degli apparati amministrativi, sia per la sua definizione in generale che per le forme concrete del suo esercizio?

Sia ben chiaro: anche se il tema non viene deliberatamente affrontato la discrezionalità di cui si parla è quella convenzionalmente definita come tecnica, nel senso che i "fatti complessi" (24), dei quali debbono essere investigati e chiariti tutti i molteplici e più riposti aspetti, sono per l'appunto complessi perché implicati con la necessaria conoscenza di campi disciplinari che rinviano alle scienze c.d. dure, presupponendo comunque, anche se in funzione strumentale e servente, la padronanza delle nuove tecnologie e, segnatamente, delle discipline informatiche. E, su questo terreno, il giudice amministrativo non si interroga soltanto sulla natura, e sulla dimensione quali-quantitativa, del potere discrezionale delle amministrazioni pubbliche al tempo del "diritto della scienza incerta" ma anche sulla sua collocazione spazio-temporale allorché l'esercizio delle facoltà discrezionali vada a intrecciarsi e ad implicarsi con l'esercizio di poteri c.d. vincolati e/o di un potere dal quale esulerebbe comunque ogni pur residuale potestà di apprezzamento discrezionale dei fatti, sia semplici che complessi, che rilevano in un

procedimento amministrativo.

È forse proprio sotto questo riguardo che si manifesta quel certo antagonismo di posizioni fra il giudice di primo grado ed il Consiglio di Stato che è stato opportunamente messo in luce dai primi commentatori della giurisprudenza che sto passando in rassegna (25), sebbene si tratti, a mio avviso, di un contrasto più apparente che reale, più un contrasto tra diverse sfumature di colore che l'irriducibile antagonismo di differenti campi visivi.

E, infatti, se le riflessioni del giudice di primo grado sono certamente volte a riconoscere, e quasi ad enfatizzare, il ruolo giocato dagli operatori (dall'*homo sapiens*, verrebbe da dire!) anche nei procedimenti amministrativi contrassegnati da un elevato livello di vincolatività, in quanto standardizzati, e anzi robotizzati, non mi sembra comunque che il punto di vista affermato, e sapientemente argomentato, dal Consiglio di Stato sia irrimediabilmente diverso o peggio inconciliabile.

Il giudice amministrativo è sempre e comunque alla ricerca del potere discrezionale, consapevole del fatto che è attraverso la sua definizione, ed in conseguenza della sua allocazione nel tempo e nello spazio, che il suo sindacato potrà risultare più o meno esteso e pieno, per qualità e quantità, riuscendo, se del caso, ad abbracciare il "modo di farsi del potere", e non soltanto il provvedimento conclusivo della procedura.

È del tutto ovvio, sotto questo profilo, che la pienezza dei poteri di cognizione e di decisione è soprattutto in funzione della tutela delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte in giudizio (e già prima nel procedimento amministrativo), in sintonia con i principi di garanzia già declinati dalla nostra legge generale sul procedimento amministrativo (in merito alla motivazione dei provvedimenti, alla partecipazione procedimentale, ecc.) (26), ed in piena consonanza con i principi di ragionevolezza e proporzionalità.

Ma, allora, su cosa si fonda, e soprattutto si materializza, la (supposta o reale) situazione di contrasto fra i T.A.R. e il Consiglio di Stato, visto che entrambi pongono al centro delle proprie riflessioni l'investigazione, necessaria e non eliminabile, che deve comunque essere condotta, in sede di sindacato giurisdizionale, sulle forme concrete di esercizio del potere discrezionale, di un potere discrezionale che è pur sempre possibile intercettare, anche quando l'amministrazione operi nel contesto di procedure standardizzate e informatizzate?

Sarei tentato di rispondere che il giudice di primo grado manifesta un più accorato e convinto riconoscimento del ruolo che la persona, ossia il funzionario, il responsabile del procedimento, alla luce dell'art. 4 e ss. della l. n. 241/1990, è comunque chiamato a giocare, nel senso che anche nelle procedure robotizzate e informatizzate, quali sono quelle che hanno originato la casistica *sub judice*, sarà pur sempre sussistente un certo potere di apprezzamento discrezionale dei fatti e degli interessi coinvolti che non può essere espunto dai processi volitivi e deliberativi in quanto sono l'informatica e la digitalizzazione delle procedure al servizio dell'Uomo, e non viceversa.

E, se questo fosse vero, non potrei non condividere il pensiero del giudice amministrativo di primo grado che esattamente coglie, e risolve, un problema che appartiene certamente al mondo del diritto ma che è soprattutto quasi esistenziale e rilevante sul piano della sociologia generale (e forse della nostra psicologia collettiva).

E, tuttavia, il discorso è infinitamente più complicato in quanto il Consiglio di Stato non mi sembra sottovalutare (o peggio ignorare) il ruolo obiettivamente giocato dal potere discrezionale nei procedimenti informatizzati e robotizzati sempre più diffusamente utilizzati dalle nostre amministrazioni, semmai ne viene ipotizzata una diversa collocazione, nel tempo e nelle fasi del procedimento amministrativo, senza che ciò debba necessariamente comportare la sua (non ammissibile) svalutazione. È anzi forse vero l'esatto contrario, se solo si rammentano le argomentazioni del nostro giudice d'appello, prima sinteticamente riportate, ed alle quali integralmente rinvio.

La "regola tecnica" che governa un algoritmo è comunque pur sempre una regola giuridica, ossia una "formula tecnica" che assume la forma e la caratterizzazione materiale di un regola

giuridica in senso proprio.

Il che significa che è nel momento alto e definitorio nel quale la regola tecnica viene concretamente elaborata e messa in campo che il potere discrezionale dell'amministrazione si manifesta in tutta la sua persistente attualità e rilevanza, nelle forme contemporanee e suggestive della discrezionalità tecnica, la quale sembra quasi ormai costituire, a mio avviso, il modello fondamentale e paradigmatico del potere discrezionale *tout court* (27).

E tale attività di elaborazione e definizione della “formula tecnica” destinata a governare l'algoritmo è certamente sindacabile da parte del giudice amministrativo, soprattutto laddove si evidenzierà, in occasione degli esiti concreti determinati dall'impiego degli strumenti digitali, l'esercizio di potestà per così dire neutre e a contenuto vincolato, vista l'automaticità (o quasi) delle decisioni alle quali conducono le procedure standardizzate e robotizzate dell'amministrazione digitale.

Viene quasi da pensare che la “regola giuridica” che governa l'algoritmo possa essere in qualche modo assimilata ad un atto amministrativo presupposto nei confronti del quale le decisioni attuative/esecutive che originano dall'utilizzo delle procedure informatizzate si configurano come meri atti di esecuzione di “regole del gioco” in altra sede e in altro momento (ossia, in un altro *step* procedimentale) proposte ed elaborate.

3. *Spunti conclusivi*. — Mi sembra importante una prima considerazione che riguarda sia la giurisprudenza dei T.A.R che del Consiglio di Stato: in ogni caso le procedure informatizzate e robotizzate non possono azzerare del tutto il potere discrezionale che è tipico e proprio degli apparati amministrativi, per così dire *in re ipsa*, e cioè consustanziale all'esercizio delle funzioni amministrative, anche quando il processo decisionale sia governato “a monte” da una formula tecnica di origine e natura matematica (un algoritmo). E questo modo di ragionare, con il quale viene in qualche modo enfatizzato il ruolo giocato dalla discrezionalità tecnica, se da un lato non comporta (almeno sul piano della sistematica generale) il superamento del tradizionale approccio al tema del potere discrezionale *tout court* (e quindi non mette formalmente in discussione il suo articolarsi, e quasi spacchettarsi, nelle tre varianti classiche ben note) (28), intercetta, dall'altro lato, lo straordinario rilievo della Scienza, della Tecnica e della Tecnologia al tempo del “diritto della scienza incerta”.

In qualche modo, l'affermazione della (inevitabile e non eliminabile) persistenza di un pur residuo margine di apprezzamento discrezionale, anche “a valle”, là ove ci si confronti con gli esiti finali e conclusivi delle procedure informatizzate (ossia con i provvedimenti che chiudono la procedura), sembra quasi ricordarci quanto uno studioso del valore di Max Weber sosteneva circa il ruolo e la collocazione degli apparati politico-amministrativi: ossia l'amministrazione è libera... e soggetta alla legge oppure — se si preferisce — è soggetta alla legge... e comunque libera (29).

Ed è proprio in tale apparente antagonismo — che in realtà scherma una realtà duale, una sorta di vera e propria endiadi concettuale — che può essere trovato, a mio modo di vedere, il nocciolo duro del potere discrezionale e, del tutto coerentemente, la conseguente declinazione della pubblica amministrazione come potere sempre in qualche modo autoreferenziale, ossia come potere molto spesso capace di manifestarsi come una “forza” irriducibile, tanto più irriducibile quanto più sia animata e sospinta da una prepotente pulsione centrifuga (30).

Si comprende pertanto come e perché (soprattutto in difetto di un'adeguata capacità conformativa del potere amministrativo messa in campo dalla legge, o comunque dalle fonti del diritto) il giudice amministrativo rivendichi il suddetto ruolo di controllo conformativo, in funzione della tutela delle situazioni giuridiche soggettive delle parti e delle stesse garanzie del “giusto procedimento”, e comunque anche — *last but not least!* — quasi nell'interesse della legge, e pertanto in funzione dell'obiettivo legalità dell'azione amministrativa (31).

E, sotto questo riguardo, come già detto, il giudice d'appello individua il momento strategico nel quale il suo sindacato verrà esercitato in tutta la sua pienezza “a monte”, là ove la “formula tecnica” viene elaborata assumendo conseguentemente la struttura e la natura formale/sostanziale di regola giuridica, mentre il giudice di primo grado ritiene comunque che,

anche quando il potere selettivo e conformativo degli operatori venga esercitato “a valle”, con la messa in campo di decisioni finali (*rectius*, di provvedimenti), è comunque possibile intercettare, anche in quel momento, la presenza di un residuo potere di apprezzamento discrezionale che si radica in capo agli operatori.

E sempre di potere discrezionale, e del suo esercizio nel concreto, si tratterà, a ben vedere, con un intreccio di posizioni e di argomentazioni che, in realtà, non vede davvero contrapposti il Consiglio di Stato e il giudice di primo grado. È infatti indubitabile che anche il T.A.R., non dissimilmente dal giudice d'appello, non voglia (o, meglio, non possa) rinunciare ad esercitare un sindacato pieno sul modo d'essere della “formula tecnica”, e pertanto sul suo materializzarsi come formula giuridica preordinata al governo degli algoritmi.

In questo modo, se mi è consentita una constatazione davvero estemporanea, viene contestualmente celebrato il ruolo viepiù crescente e significativo giocato dalla discrezionalità tecnica, nel quadro dei processi deliberativi del decisore pubblico, ed il mutato valore, per qualità e quantità, del sindacato del giudice amministrativo la cui fondamentale *mission* sembra davvero essere quella di cogliere, con sapienza e competenza, il peso occupato dalle “regole della tecnica nel diritto”, e pertanto di avviare percorsi di ristrutturazione, anche profonda, del sistema, sia dal punto di vista processuale che sul terreno “costituzionale” del rapporto fra poteri dello Stato (32).

È in qualche modo soltanto sul ruolo giocato dagli operatori che agiscono “a valle”, allorché la “formula tecnica” costituita da un algoritmo sia chiamata a produrre i risultati finali cui è preordinata, che si verifica, comunque, una certa divergenza di ragionamento fra il Consiglio di Stato e il giudice di primo grado, anche se forse più che di un vero contrasto si tratta piuttosto di una diversa sensibilità manifestata dal T.A.R. del Lazio.

Mi sembra opportuno ricordare che il Consiglio di Stato sembra affermare che le procedure informatizzate e robotizzate al centro del giudizio d'appello si caratterizzano per un esito finale scontato, per così dire costruito in automatico, in quanto gli operatori “a valle” sarebbero privati di qualsivoglia potere di apprezzamento discrezionale. Ad avviso del giudice di primo grado, invece, le procedure informatiche sono al servizio degli operatori, ossia dell'*Homo sapiens*, il cui ruolo è sempre e comunque fondamentale in quanto le formule tecniche non possono mai soppiantare appieno “l'attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che soltanto un'istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica è in grado di svolgere...”, come già visto.

Mi sembra altrettanto opportuno precisare che le riflessioni del giudice amministrativo si riferiscono a fattispecie concrete e delimitate relative alle procedure di mobilità dei docenti ed alla loro collocazione presso sedi che possono essere anche non gradite ma che vengono comunque assegnate per l'appunto in automatico. Ossia, non è affatto detto (e anzi mi parrebbe sostenibile l'esatto contrario) che possa essere sempre e comunque ravvisata una totale, assoluta mancanza di potere discrezionale in ogni operazione e/o attività robotizzata che si svolga “a valle”: gli straordinari progressi che si sono registrati nelle discipline chirurgiche grazie all'impiego dei robot non hanno assolutamente privato gli operatori sanitari del loro fondamentale potere di apprezzamento e valutazione discrezionale dei fatti complessi rilevanti nelle procedure, a quel che è dato di arguire.

E ci mancherebbe ancora!

In altre parole, i problemi su cui si interroga la nostra giurisprudenza amministrativa sarebbero tipici e propri, a quel che pare, soltanto (o principalmente) delle procedure sì robotizzate e informatizzate ma soprattutto standardizzate e quindi, per così dire, a carattere seriale.

Giungo ora a toccare un ultimo punto, sul quale sarebbe certamente necessario un maggior approfondimento concettuale che tuttavia esula dai confini di queste “noterelle estemporanee”.

Forse è bene introdurre il tema con una domanda: ma davvero lo straordinario edificio di principi, di regole e di istituti della nostra tradizione (e, in verità, sia dei sistemi di *civil Law* che di *common Law*) (33) non presenta qualche crepa, ossia non deve fare i conti con la contemporaneità? E, in particolare, è davvero ancora fondata la distinzione/contrapposizione

fra il potere discrezionale e quello c.d. vincolato?

Perché anche di questo ci parla il giudice amministrativo nelle sentenze passate in rassegna, magari per implicito e con un tocco leggero, ma finendo col delineare scenari ed orizzonti estremamente suggestivi.

E, infatti, nel momento in cui i tribunali amministrativi regionali, pur con sfumature argomentative variate, affermano che è l'uomo, il funzionario "...il *dominus* del procedimento...che deve dominare le procedure informatiche predisposte in funzione servente, e mai sostitutiva...", e che ciò è sempre e comunque evidente anche nelle procedure informatizzate e robotizzate governate da un algoritmo, in vista della del raggiungimento in automatico di risultati certi e scontati, allora ci si trova, a mio modo di vedere, al cospetto di un punto di vista se si vuole inatteso e soprattutto oggettivamente innovativo.

Senza voler assolutamente forzare — o peggio stravolgere — le riflessioni del giudice amministrativo di primo grado, e cogliendone tuttavia gli spunti di maggior interesse, è forse possibile pervenire ad una provvisoria conclusione, provvisoria in quanto dovrebbe essere opportunamente corroborata da un più robusto apparato argomentativo: il potere amministrativo assolutamente vincolato, o comunque vincolato *tout court*, sulla cui base molte teorie generali con importanti ricadute sul piano pratico sono state costruite (34), in realtà forse non esiste in quanto tale oppure è comunque merce assai rara.

Se tutto ciò traspare abbastanza nitidamente nel percorso motivazionale delle sentenze di primo grado — e rammentando che il Consiglio di Stato colloca "a monte" il potere discrezionale *de quo*, allorché la "formula tecnica" dell'algoritmo viene elaborata — allora la conclusione, sempre parziale e provvisoria, alla quale si può pervenire, è forse la seguente. E cioè: se anche nelle procedure ultramoderne governate da un algoritmo la persona, l'*homo sapiens* con il suo raziocinio operativo non può essere espunto dalla procedura, della quale è anzi il *dominus*; se comunque, anche quando si vogliono enfatizzare i profili di vincolatività di un potere il cui esercizio determina esiti e risultati finali per così dire in automatico, il momento alto della discrezionalità è anticipato "a monte", come si è visto, allora ciò che appare, a mio avviso, affermato e confermato è la piena centralità del potere discrezionale e la conseguente residualità di quello c.d. vincolato, della cui sopravvivenza come categoria di diritto sostanziale è forse anche possibile dubitare (35).

Ancora due constatazioni minime: la discrezionalità nella quale in genere ci imbattiamo è, ovviamente, quella tecnica, tipica e propria del "diritto della scienza incerta", e ciò contribuisce a sfumare e a decantare la stessa tradizionale contrapposizione fra il potere discrezionale *tout court* e quello c.d. vincolato; il carattere residuale del potere vincolato, quando pure non si voglia decretarne il definitivo accantonamento, può essere in qualche misura foriero di conseguenze, anche sistemiche, di un certo peso.

Ad esempio, in che modo si gestisce la fattispecie degli accordi di cui all'art. 11 della l. n. 241/1990, la cui conclusione può riguardare soltanto il contenuto discrezionale del provvedimento finale che si vuole integrare quando l'accordo non sia addirittura volto a sostituirlo? E, infine, come ci si rapporterà alla fattispecie di cui all'art. 21-*octies* della l. n. 241/1990, ove si fa indubbiamente leva sul tradizionale antagonismo fra potere discrezionale e potere vincolato, con importanti conseguenze anche per quel che concerne la collocazione, di straordinario rilievo strategico, della giurisdizione amministrativa (36) ?

Interrogativi senza risposta, a ben vedere, ma che debbono essere affrontati in piena sintonia con quanto affermato dalla giurisdizione amministrativa, anche nelle pronunzie passate in rassegna, e cioè nel fermo rispetto dei principi fondamentali di garanzia del nostro diritto pubblico, e segnatamente del nostro diritto amministrativo, alla luce dei principi di ragionevolezza e proporzionalità.

#### Abstract

Il contributo affronta criticamente la tematica, di indubbia attualità, dell'ammissibilità nell'ordinamento italiano di decisioni amministrative assunte da sistemi informatici mediante

l'utilizzo di algoritmi. Muovendo dall'esame della recente giurisprudenza (in particolare: T.A.R. Lazio n. 6606/2019 e Cons. Stato n. 2270/2019), che da un lato non ammette l'esistenza di procedimenti amministrativi completamente automatizzati per violazione delle garanzie procedurali e dall'altro, in apparente contraddizione, ritiene talvolta positivo un minor intervento umano che può inficiare, per errore o dolo, la correttezza delle decisioni, l'Autore richiama come chiave di interpretazione la dottrina classica sul carattere essenzialmente discrezionale del potere amministrativo. Richiedendo il rispetto dei fondamentali principi di imparzialità, logicità e trasparenza per l'utilizzo degli algoritmi, il giudice amministrativo non fa che ridare centralità al ruolo del funzionario che, pur avvalendosi degli strumenti tecnologici più avanzati, rimane in ultimo l'autentico e insostituibile responsabile del procedimento amministrativo.

*The article addresses under a critical standpoint the issue of the admissibility of administrative decisions taken by computer systems by means of algorithms within the Italian legal system. The analysis starts from the recent jurisprudence (in particular, sentences of T.A.R. Lazio n. 6606/2019 and Consiglio di Stato n. 2270/2019), which on the one hand does not admit fully automated administrative procedures given the violation of procedural guarantees, and on the other hand considers to be positive a minor human intervention, which can affect the correctness of the decisions. On this basis, the Author provides, as interpretation key, the classical doctrine on the discretionary nature of administrative power. The requirement of compliance with the fundamental principles of impartiality, reasonability and transparency for the use of algorithms by the administrative judges restores centrality to the role of public official, who remains the authentic and irreplaceable manager of the administrative procedure even while making use of the most advanced technological tools.*

**Note:**

(1) E, infatti, l'espressione algoritmo deriverebbe ([www.wikipedia.org](http://www.wikipedia.org)) dalla trascrizione latina del nome del matematico persiano Al-Khwarimi, vissuto nel IX secolo d.C., autore, fra l'altro, del libro Regole di ripristino e riduzione.

(2) L'interesse dei giuristi, sia dei privatisti che dei pubblicisti, per il mondo dei Big Data è già disvelato dagli incontri di studio, convegni, seminari, ecc. dedicati a tale problematica, fra i quali si segnalano il convegno organizzato a Roma dall'Accademia dei Lincei, 5 luglio 2018, sulla Decisione robotica, il convegno tenutosi a Torino, 20-21 maggio 2019, organizzato da R. Cavallo Perin, su L'amministrazione pubblica e i Big Data, con relazioni, fra gli altri, oltre che di R. Cavallo Perin, di C. Barbati, J.B. Auby, F. Merloni, U. Pagallo, A. Pioggia, A. Simoncini (Atti in corso di pubblicazione) e il convegno nazionale dell'AIPDA, Pisa, 10-12 ottobre 2019, sul tema Quali saperi servono alla pubblica amministrazione, spec. in riferimento al panel su Competenze e fabbisogni della pubblica amministrazione: la digitalizzazione. In dottrina, nel quadro di una letteratura ormai piuttosto nutrita, cfr. F. Bassan, Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati in Italia, Soveria Mannelli, 2018, passim, gli autorevoli contributi contenuti nella prima parte del fascicolo n. 1 del 2019 di Diritto pubblico, dedicata a Big Data e democrazia nonché, soprattutto nell'ottica civilistica, F. Mastroberardino, Il patrimonio digitale, Napoli, 2019, passim. D'altro canto, i problemi affrontati dalla giurisprudenza ci rappresentano un tema tanto nuovo quanto, in qualche misura, "antico", secondo quanto già disvela il denso volume di A. Masucci, L'atto amministrativo informatico, Napoli, 1993. Di particolare interesse, il saggio di C. Notarmuzi, Il procedimento informatico, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

(3) Ancora supra, alla nota immediatamente precedente, cui adde due importanti e recenti saggi, il primo in chiave sociologica e il secondo di taglio prevalentemente economico: S. Quintarelli, Capitalismo immateriale. Le tecnologie digitali e il nuovo conflitto sociale, Torino, 2019; S. Zuboff, The Age of Surveillance Capitalism, Profile Books, Londra, 2019.

(4) Nel senso messo efficacemente in luce da M.C. Tallacchini, in più contributi, e segnatamente nel saggio Ambiente e diritto della scienza incerta, in AA.VV., Ambiente e diritto, Firenze, 1999, vol. I, 57 ss.

(5) Sia consentito rinviare, anche per un più nutrito corredo di riferimenti bibliografici, a R. Ferrara, Introduzione al diritto amministrativo, Roma-Bari, 2014, passim. Si consideri anche il denso volume di G. Pizzanelli, Conciliare interessi amministrando, nel dialogo tra scienza e diritto, Pisa, 2016, passim, e ivi egualmente la Introduzione di A. Massera, Il diritto dell'ambiente e il dialogo con la scienza, 7 ss.

(6) Cfr., esaustivamente, V. Vescio Di Martirano, Pa digitale, perché il dietrofront del TAR Lazio nell'utilizzo dell'algoritmo, in [www.key4biz.it](http://www.key4biz.it), del 12 giugno 2019, e S.S. Di Veroli, Il TAR e il

Consiglio di Stato in disaccordo sulla querelle dell'utilizzo dell'algoritmo nel meccanismo decisionale, in *Diritto di internet*, in data 17 giugno 2019.

(7) Il riferimento è, in primo luogo, alla sentenza del T.A.R. Lazio, sez. III-bis, del 27 maggio 2019, n. 6606, (che conferma la precedente decisione n. 9224/20189), in *Diritto di internet*, cit., ed alla pronuncia di Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it). Altri precedenti giurisprudenziali meno recenti sono riportati da V. Vescio Martirano, op. loc. cit., al quale si rinvia.

(8) Cfr. nuovamente, anche per la ricostruzione dei presupposti e delle dinamiche fattuali delle vicende processuali esaminate dal giudice di primo grado e dal Consiglio di Stato, i cit. commenti di V. Vescio Martirano e S.S. Di Veroli.

(9) Così la cit. decisione del T.A.R. Lazio, sez. III-bis n. 6606/2019, che conferma la precedente sua sentenza n. 9224/ 2018 e anche, sebbene con un lessico più sfumato, la meno recente n. 8312/2016.

(10) Ancora T.A.R. Lazio, sez. III-bis, n. 6606/2019, cit.

(11) *Ibidem*.

(12) *Ibidem*.

(13) Trattasi, come è noto, del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, così come successivamente modificato ed integrato, soprattutto ad opera della l. 30 dicembre 2018, n. 145. In argomento, ex multis, F. Trojani, *Il nuovo codice dell'amministrazione digitale*, Rimini, 2016.

(14) Così la cit. sentenza di Cons. Stato, sez. VI, n. 2270/2019, con la quale, in accoglimento dell'appello, viene riformata la sentenza del T.A.R. per il Lazio, sede di Roma, n. 12026 del 2016.

(15) La letteratura sulla discrezionalità amministrativa è addirittura sterminata, in quanto il potere discrezionale è davvero il sistema nervoso dei modelli (teorici ed effettuali) di Stato e di amministrazione con i quali ogni amministrativista deve in qualche modo cimentarsi. Sicché, mi limito a rinviare, se si vuole, a R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., passim, ma spec. al primo capitolo, soprattutto per un più completo corredo di riferimenti bibliografici. Importante, a conferma dell'assoluta centralità del tema della discrezionalità amministrativa in ogni realtà ed esperienza spazio/temporale, il recente saggio di P. Chirulli, *L'evoluzione del controllo giurisdizionale sulla discrezionalità nel Regno Unito: dalla ragionevolezza alla proporzionalità?*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 71 ss.

(16) Cfr., diffusamente, S. Quintarelli, op. cit., passim.

(17) Così, ancora, la cit. sentenza del T.A.R. per il Lazio, sez. III-bis, n. 6606/2019.

(18) S. Quintarelli, op. loc. cit. e S. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism*, cit., passim.

(19) Il rinvio è, naturalmente, a M.C. Tallacchini, op. loc. cit. cui adde G. Pizzanelli, op. loc. cit., ove si passano in rassegna le posizioni "moderniste" e quelle maggiormente critiche e dubbiose. Di interesse i contributi di S. Quintarelli, op. cit. e di S. Zuboff, op. cit. Sia anche consentito rinviare a R. Ferrara, *Etica, ambiente e diritto: il punto di vista del giurista*, in R. Ferrara-M.A. Sandulli (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014, tomo, I, 19 ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

(20) In questo senso, recentemente e del tutto esaustivamente, P. Chirulli, op. cit.

(21) Ancora la più volte cit. sentenza di Cons. Stato, sez. VI, n. 2270/2019.

(22) In ordine a tale problematica di teoria generale, cfr. per tutti, nel quadro di una pubblicistica molto vasta, N. Luhmann, *Sociologia del diritto*, Roma-Bari, 1977, passim e, spec., G. Teubner, *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano, 1996, passim.

(23) Secondo quanto illustra, magistralmente, e quasi con una certa capacità divinatoria, P. Marburger, *Die Regeln der Technik im Recht*, Colonia-Berlino, 1979, passim.

(24) Magistralmente, e per tutti, il contributo di un grande Maestro: F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 2018 (ristampa anastatica), passim.

(25) Cfr., nuovamente, S.S. Di Vieroli, op. loc. cit. nonché V. Vescio Di Martirano, op. loc. cit.

(26) Il che è davvero estremamente chiaro sia nelle riflessioni e nelle motivazioni del giudice di primo grado che del Consiglio di Stato, alle cui sentenze faccio rinvio. D'altro canto, i principi di ragionevolezza e di proporzionalità sono, a tutti gli effetti, principi e regole generali del diritto, e sia nei paesi di civil Law che di common Law (oltre che nell'ordinamento dell'Unione europea: cfr. il protocollo n. 2 al Trattato UE e al TFUE, su sussidiarietà e proporzionalità), secondo quanto ci segnala, anche recentemente, la migliore dottrina: P. Chirulli, op. loc. cit.. Sia anche consentito rinviare, per un più nutrito corredo di riferimenti bibliografici, a R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., spec. al secondo capitolo del volume.

(27) Cfr., per tutti, i contributi già riportati di M.C. Tallacchini, G. Pizzanelli, F. Levi, P. Marburger ed Altri. A ben vedere, e proprio esplorando il ruolo giocato dai c.d. fatti complessi nel

procedimento amministrativo, F. Levi, op. loc. cit. aveva aperto nuovi e suggestivi percorsi in merito alla qualità del potere discrezionale e, segnatamente, circa la sua connotazione come attività di studio e di valutazione, ai fini della decisione finale, di esperienze e realtà fattuali e cognitive oggettivamente implicate con i saperi tecnici e specialistici.

(28) Nel senso messo in luce, fra gli altri, ancora una volta nei contributi riportati supra, alla nota immediatamente precedente.

(29) Tale convinzione è diffusa e ricorrente in tutti, o quasi, gli scritti di M. Weber e, segnatamente, nel classico studio *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, 1948, passim nonché nella sua opera di maggior spessore: *Economia e società*, Milano, 1968, passim.

(30) Il riferimento d'obbligo è nuovamente a M. Weber, supra, alla nota immediatamente precedente cui adde, peraltro, il più weberiano dei nostri maggiori studiosi (F. Levi, op. cit. nonché Id., *Partecipazione e organizzazione*, in Riv. trim. dir. pub., 1977, 1625 ss.) per un approccio analogamente molto realistico al tema del potere degli apparati amministrativi e delle forme concrete del suo esercizio.

(31) Non affronto, ovviamente, il problema del carattere della giurisdizione amministrativa, e del suo oggetto, in merito al quale già la lettura dei molti, ottimi manuali di diritto amministrativo può aiutarci a mettere insieme un adeguato bagaglio informativo grazie al quale poter affrontare i molti temi sul tappeto. È comunque mia ferma convinzione che il giudice amministrativo eserciti, del tutto oggettivamente, pienezza di funzioni con il suo sindacato, in vista del risultato, oggettivamente rilevante, di consentire la tutela equilibrata delle situazioni giuridiche soggettive delle parti, collocandosi tuttavia in un certo angolo visuale (esso stesso oggettivamente rilevante, e anzi fondamentale), ossia quello dell'interesse pubblico, e quindi operando per il ripristino della legalità violata (allorché tale violazione venga accertata nel processo) e comunque per l'equo, necessario contemperamento degli interessi pubblici e privati: secondo ragionevolezza e proporzionalità.

(32) Il che è quanto viene colto, ad esempio, dalla migliore dottrina tedesca (P. Marburger, op. loc. cit.) ove si analizza il ruolo giocato dalla giurisdizione allorché sia chiamata a sindacare i "vizi della discrezionalità libera" (i freie Ermessen Fehler) e dalla pubblicistica francese, ad esempio da D. Loscschak, *Le rôle politique du juge administratif français*, Parigi, 1972, passim. Per la Gran Bretagna, cfr. ancora P. Chirulli, op. loc. cit.

(33) Sul punto ancora, diffusamente, P. Chirulli, op. loc. cit.

(34) Almeno tendenzialmente, in quanto l'alternativa potere vincolato/potere discrezionale mi sembra più rilevante sul piano dell'utilità strumentale che ne deriva, là ove si tratti di qualificare come diritto soggettivo piuttosto che come interesse legittimo le pretese di cui si invoca la tutela giudiziale, con tutto quanto ne consegue, anche sul terreno materiale/sostanziale della identificazione/definizione del potere che viene esercitato. Tema, questo stesso, della cui complessità sono ben consapevole, e relativamente al quale, per ulteriori cenni, mi permetto di rinviare a R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., passim, ma spec. al primo capitolo, anche per riferimenti bibliografici.

(35) Rinvio a quanto appena argomentato nella nota che precede.

(36) È, infatti, lo stesso meccanismo, a mio avviso non perspicuo, messo in piedi con l'art. 21-octies della l. n. 241/1990 a collocare, per così dire, il giudice amministrativo in una posizione di splendido isolamento, quasi sulla classica "torre d'avorio"; invero, è sì l'amministrazione a dover provare che il provvedimento sarebbe stato comunque lo stesso, anche quando siano stati violati i principi del "giusto procedimento" (perché di questo si tratta!) o perché il provvedimento era comunque a carattere vincolato, ma è il giudice stesso a trovarsi, drammaticamente solo, sul perimetro esterno della legalità ed a dover pronunciare l'ultima, definitiva parola. Ossia, a rappresentare, in un sistema caratterizzato, fra l'altro, dalla forte dequotazione dei controlli preventivi di stretta legittimità, l'ultimo baluardo posto a presidio della legalità, della legalità senza aggettivi, sia formale che sostanziale.