



24 LUGLIO 2024

Decisione algoritmica, discrezionalità e sindacato del giudice amministrativo

di Giovanni Botto

Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo
Università degli Studi di Genova



Decisione algoritmica, discrezionalità e sindacato del giudice amministrativo*

di Giovanni Botto

Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo
Università degli Studi di Genova

Abstract [It]: il presente contributo si pone l'obiettivo, una volta analizzata la principale giurisprudenza in materia di attività amministrativa automatizzata, di svolgere alcune riflessioni concernenti l'utilizzo degli algoritmi nell'ambito dell'attività discrezionale della pubblica amministrazione. A partire da tale ricostruzione e dedotte le necessarie conclusioni concernenti il sindacato del giudice amministrativo, è indagata, inoltre, la possibilità di applicare in questo campo le riflessioni condotte in dottrina e giurisprudenza in tema di *full jurisdiction*, per rispondere al problema della compressione delle garanzie procedurali dovute al processo di automazione senza, però, che si vengano a costituire forme di sindacato estese al c.d. "merito amministrativo".

Title: Algorithmic decision, discretion and review of the administrative judge

Abstract [En]: the present contribution aims, once the main jurisprudence in the field of automated administrative activity has been analyzed, to carry out some reflections concerning the use of algorithms within the discretionary activity of the public administration. Starting from this reconstruction and deducing the necessary conclusions concerning the administrative judge's review, the possibility of applying in this field the reflections conducted in doctrine and jurisprudence on the subject of full jurisdiction, in order to respond to the problem of the compression of procedural guarantees due to the process of automation without, however, constituting forms of review extended to the so-called "administrative merit" is investigated.

Parole chiave: Decisione amministrativa, algoritmi, sindacato, giudice amministrativo, full jurisdiction

Keywords: Administrative decision, algorithms, judicial review, administrative judge, full jurisdiction

Sommario: 1. Premessa: la decisione algoritmica nel segno della semplificazione amministrativa. 2. La decisione amministrativa automatizzata nella giurisprudenza del Consiglio di Stato: il pieno sindacato del giudice amministrativo e i principi della c.d. "legalità algoritmica". 3. Algoritmi e discrezionalità: una ricostruzione ed una necessaria distinzione. 4. Discrezionalità tecnica, automazione e *full jurisdiction* del giudice amministrativo. 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa: la decisione algoritmica nel segno della semplificazione amministrativa

Il presente contributo¹ si inserisce all'interno del filone di studi e riflessioni, fortunato quanto all'attenzione che gli è stata recentemente dedicata², che si occupa di comprendere quali siano le

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ This work was partially funded by the NextGenerationEU project "Security and Rights in CyberSpace" (SERICS).

² Si richiamano, *ex multis*, P. Otranto, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.A.*, in *Questa Rivista*, 2018, 2; Id., *Riflessioni in tema di decisione amministrativa, intelligenza artificiale e legalità*, in *Questa Rivista*, 2021, 7; E. Picozza, *Politica, diritto amministrativo and Artificial Intelligence*, in *Giur. it.*, 2019; M. Luciani, *La decisione giudiziaria robotica*, in A. Carleo (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, 2019; A. Carcaterra, *Machinae autonome e decisione robotica*, in A. Carleo, cit., 42; J.B. Auby, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Istituzioni del federalismo*, 2019; N. Muciaccia, *Algoritmi e procedimento decisionale: alcuni recenti arresti della giustizia amministrativa*, in *Questa Rivista*, 2020, 10; G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, 2019; L. Musselli, *La decisione amministrativa nell'età degli algoritmi: primi spunti*, in *Media Laws*, 2020, nonché gli altri contributi che si avrà modo di richiamare nel prosieguo della presente trattazione.

opportunità e i rischi legati al fenomeno della c.d. “automazione” dell’attività amministrativa – *genus* particolare di quella più ampia *specie* che va sotto il nome di “digitalizzazione” –, ponendo in luce il modo in cui il contatto tra le potenzialità e le caratteristiche dei più avanzati strumenti informatici e le categorie classiche del diritto amministrativo plasmi quest’ultime, inducendone una ristrutturazione.

Più specificamente, dal momento che il tema in questione è assai ampio e complesso, ben potendosene individuare svariati aspetti meritevoli d’interesse, chi scrive ha ritenuto di limitare la trattazione ad un argomento particolare, che, a ben vedere, si scinde a formare un ideale dittico: l’automazione dell’attività amministrativa discrezionale ed il relativo sindacato da parte del giudice amministrativo. La duplicità della dimensione trattata è inevitabile, in ragione del rapporto che, sul confine della discrezionalità, si costituisce tra attività amministrativa e processo amministrativo. Comprendere in quale maniera l’intelligenza artificiale possa influenzare il “farsi” della discrezionalità significa anche comprendere l’estensione e i limiti della cognizione che il giudice amministrativo potrà esercitare su di essa e, pertanto, sull’operato di quella che, oggi, viene definita “Amministrazione 4.0”³.

Ciò posto dal punto di vista finalistico, pare opportuno, prima di procedere alle riflessioni anticipate, conferire maggiore definizione a due elementi preliminari: la nozione di decisione algoritmica e le ragioni del grande interesse che ha suscitato.

Circa la prima questione, in linea di estrema sintesi, è sufficiente distinguere tra l’atto amministrativo “in forma elettronica”, creato dall’operatore umano tramite supporto informatico e valido a prescindere da una sua trasposizione cartacea, e l’atto amministrativo “ad elaborazione elettronica”⁴, il cui contenuto è determinato dalla macchina stessa grazie alle sue capacità di incrocio ed analisi dei dati che le vengono messi a disposizione. In altre parole, la decisione algoritmica altro non è che una determinazione

³ Sul punto, si richiama l’espressione utilizzata da D.U. Galetta, J.G. Corvalan, *Intelligenza artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Questa Rivista*, 2019, 3, 2, ove si afferma che «Nel XX secolo, l’evoluzione delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione (ICT) ha modellato una combinazione asimmetrica fra tre paradigmi della Pubblica Amministrazione: la Pubblica Amministrazione 1.0, che corrisponde al classico modello di Pubblica Amministrazione del diciannovesimo secolo, caratterizzato dall’utilizzo di carta, stampa e macchina da scrivere. La Pubblica Amministrazione 2.0, che incorpora computer, processori di testo, stampante e fax. La Pubblica Amministrazione 3.0 verso cui, nel XXI secolo, il settore pubblico ha iniziato a migrare grazie all’uso di internet, dei portali digitali, delle applicazioni mobili e dei social network. Attualmente la Pubblica Amministrazione si trova, tuttavia, già in una quarta fase di evoluzione. Questa quarta fase è collegata alla c.d. Quarta Rivoluzione Industriale ed ha come minimo comun denominatore un alto grado di automazione e di interconnessione».

⁴ Si è ripresa la distinzione effettuata da F. Saitta, *Le patologie dell’atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Rivista di diritto amministrativo elettronico*, 2003, 18 ss.: «Il c.d. atto amministrativo ad elaborazione elettronica, infine, si pone ad un terzo livello in quanto è il computer a predisporre il contenuto, con tutte le implicazioni che ne derivano in ordine allo studio dei relativi elementi, delle connesse patologie e degli strumenti di tutela giurisdizionale». Tempo addietro, in merito alla questione definitoria, si è efficacemente espresso anche A. Masucci, *Atto amministrativo informatico*, in *Encicl. dir.*, Milano, 1997; Id., *L’atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, 1993; Id., *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Torino, 2011. Si rimanda anche a A.G. Orofino, *La patologia dell’atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, in *Foro amm.: CdS*, 2002, 2257.

amministrativa adottata da un sistema di intelligenza artificiale più o meno complesso, nell'ambito della quale l'uomo ricopre un ruolo a monte, in sede di costruzione della regola tecnica e di inserimento dei dati ed un ruolo, a valle, di controllo del risultato raggiunto.

Con riferimento, invece, ai motivi che rendono tale forma di digitalizzazione dell'azione amministrativa così interessante ed appetibile, deve tenersi in considerazione che il concreto buon operare della pubblica amministrazione – oltre a rappresentare una componente essenziale della sfera dei diritti di ciascun cittadino – ricopre un ruolo di primaria importanza per l'economia del Paese⁵. In effetti, l'avvento, alla fine degli anni duemila, della crisi finanziaria ha fatto emergere con maggiore evidenza rispetto al passato le criticità legate ad una macchina amministrativa vetusta e inefficace; specularmente, però, ha reso possibile intravedere la possibilità di sfruttare la sua rinnovazione come volano per la ripresa⁶ economica⁷.

In primo luogo, infatti, i moderni sistemi d'intelligenza artificiale presentano (quantomeno nella teoria) alcune caratteristiche, che ben si prestano a soddisfare le necessità della pubblica amministrazione del presente, quali: straordinarie capacità computazionali; possibilità di garantire maggiore tracciabilità delle attività svolte; idoneità a prevenire o evitare fenomeni di *mal-administration*; oggettività ed, auspicabilmente, maggiore prevedibilità delle decisioni assunte; più ampie modalità di istruzione dei procedimenti amministrativi e via dicendo.

In secondo luogo, vi è poi un ulteriore profilo, estremamente interessante, che non è direttamente legato alle possibilità tecniche dei nuovi strumenti informatici, ma risulta invece derivante da una sorta di effetto conformativo che le tecnologie dell'automazione potrebbero esprimere nei confronti dell'attività amministrativa: una pubblica amministrazione (anche solo parzialmente) automatizzata presuppone un esercizio sostanziale di semplificazione, di spoglio, nel limite del possibile, da tutti quegli elementi di indeterminatezza, di ambiguità e di oscurità che ne caratterizzano l'agire.

Taluni⁸, infatti, hanno evidenziato che l'esercizio del potere di auto-limite da parte della p.a., inteso come sforzo di auto-organizzazione volto all'uniforme applicazione del diritto, sia di fatto essenziale e geneticamente legato all'effettivo uso dell'intelligenza artificiale nell'ambito dei procedimenti decisionali dell'amministrazione. Come è stato affermato, «la categoria dell'atto amministrativo ad elaborazione

⁵ *Ex multis*, F. Benvenuti, *Mondo economico e Pubblica Amministrazione* (1960), ora in Id., *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 2006, 1907.

⁶ A. G. Orofino, *La semplificazione digitale, in Il diritto dell'economia*, 2019, 100, 88.

⁷ Risulta molto chiaro, infatti, che una pubblica amministrazione competitiva debba oggi confrontarsi con le esigenze di un mercato che varca i confini nazionali e con la necessità di garantire una certa "appetibilità" al mercato degli investimenti interni ed esteri. Con ciò non si vuol suggerire, chiaramente, un asservimento dell'amministrazione pubblica alle sole ragioni economiche, ma l'opportunità della ricerca di un equilibrio reciprocamente strumentale: è proprio a tal fine che la digitalizzazione può svolgere un ruolo fondamentale ed, in particolare, nella forma dell'automazione.

⁸ L. Viola, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *www.federalismi.it*, 2018, 21, 4.

informatica ha potuto affermarsi nel diritto amministrativo senza sostanziali scossoni sistematici per effetto del legame con l'istituto dell'autolimita della p.a., che ha permesso l'inserimento del programma nella sequenza di emanazione del provvedimento amministrativo»⁹.

Perciò, attraverso l'istituto dell'auto-limite¹⁰ – ove tale procedimento di “riduzione” del tasso di discrezionalità sia possibile – la pubblica amministrazione potrebbe efficacemente eliminare vasti spazi di indeterminatezza, addivenendo alla creazione di criteri generali di valutazione suscettibili di essere automatizzati¹¹.

Tale doppio processo – di efficientamento tecnico e di auto limitazione sostanziale – indotto dall'utilizzo degli algoritmi in sede amministrativa può definirsi, come è stato fatto da parte della dottrina¹², un processo di semplificazione (*rectius*, di semplificazione digitale) che si sviluppa secondo due direttrici complementari, introducendo sistemi che non si limitino a rendere più veloce e performante l'agire della p.a., ma che, grazie alla loro forza persuasiva, la conducano ad una semplificazione sostanziale fondata sul suo legittimo potere di autodeterminarsi nella direzione della determinatezza e della chiarezza dei procedimenti valutativi¹³.

Posto, pertanto, che il tema dell'automazione della decisione amministrativa consiste idealmente in un processo di semplificazione (digitale) volto, come dovrebbe, al perseguimento del buon andamento della pubblica amministrazione, in ossequio a quanto disposto dall'art. 97 della Costituzione¹⁴ – e tenuto debitamente conto del fatto che accanto alle positive potenzialità appena descritte convivono criticità

⁹ *Ivi*, cit., 27.

¹⁰ P. M. Vipiana, *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, 1990.

¹¹ L. Viola, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, cit., 28. Sulla questione inerente al rapporto tra automatizzazione dell'attività amministrativa ed autolimita si richiamano anche le interessanti considerazioni, miranti ad evidenziare alcune criticità, di A. Di Martino, *Tecnica e potere nell'amministrazione per algoritmi*, Napoli, 2023, ove viene posto in evidenza il rischio «di spingere le esigenze di predeterminazione e di autolimita del potere discrezionale, nella prospettiva di quella che Benvenuti definiva “amministrazione oggettivata”, sino ad esiti improvvidi nel senso della incapacità delle amministrazioni di governare gli strumenti tecnici in uso, e del conseguente passaggio da un potere misurabile ad un potere incontrollabile»; nonché Id., *L'amministrazione per algoritmi ed i pericoli del cambiamento in atto*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, 3.

¹² A. G. Orofino, *La semplificazione digitale*, cit., ove, acutamente, si afferma che «L'amministrazione digitale, dunque, viene ad innovare soprattutto con riferimento agli strumenti di svolgimento dell'attività e di interazione con le pubbliche amministrazioni e tra di esse: in questo sta la sua peculiarità e la sua diversità rispetto agli altri istituti di semplificazione sino ad oggi adoperati», nonché «che la corretta informatizzazione sia ritenuta strumento fondamentale di semplificazione è chiaramente affermato nell'art. 3 bis della l. n. 241/1990, in cui si fa esplicito riferimento alla telematica per il conseguimento di una maggiore efficienza amministrativa».

¹³ Per ulteriori approfondimenti sul tema del legame tra auto-limite e automazione amministrativa si veda anche F. Saitta, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Rivista di diritto amministrativo elettronico*, cit.; A. Masucci, *Atto amministrativo informatico*, cit.; in cui si sostiene anche l'effetto positivo che l'auto-limite della p.a. può avere sull'uniformità e congruità dell'azione amministrativa in generale.

¹⁴ Sul tema in questione, si richiamano, *ex multis*, R. Ursi, *Il paradigma europeo dell'efficienza delle pubbliche amministrazioni*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3-4, 2018; U. Allegretti, *Imparzialità e buon andamento*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993; A. Andreani, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979; S. Cassese, *Il diritto alla buona amministrazione*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, I, Napoli, 2011, 105; R. Ferrara, *L'interesse pubblico al buon andamento della pubblica amministrazione tra forma e sostanza*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, I, Napoli 2011, 335.

notevoli che debbono indurre l'interprete ad una giusta cautela – deve rilevarsi come un aspetto pregiudiziale delle trattazione che seguirà consista nell'assunzione che l'utilizzo degli algoritmi nell'ambito dell'attività discrezionale sia ritenuta ammissibile dall'ordinamento e che esso non imponga, invece, di confinare tale fenomeno nella sfera della sola attività vincolata¹⁵. Per tale ragione, è necessario innanzitutto procedere, seppur brevemente, alla trattazione dell'ormai ben nota giurisprudenza del Consiglio di Stato in materia.

2. La decisione amministrativa automatizzata nella giurisprudenza del Consiglio di Stato: il pieno sindacato del giudice amministrativo e i principi della c.d. “legalità algoritmica”

Come noto, il Consiglio di Stato si è espresso per la prima volta in materia di decisioni algoritmiche nell'ambito della vicenda riguardante la procedura di mobilità straordinaria di cui alla l. n. 105/2017¹⁶, già decisa, in sede di prime cure, dal T.A.R. Lazio¹⁷.

Il Collegio ha, con diversa motivazione, confermato la decisione del giudice di primo grado in ragione della palese oscurità del procedimento decisionale seguito dall'algoritmo in questione e dell'irrazionalità delle soluzioni raggiunte. Infatti, la procedura in oggetto presentava violazioni tali da rendere indubbio che le doglianze dei ricorrenti dovessero trovare conferma, posto che «l'utilizzo di procedure robotizzate non può [...] essere motivo di elusione dei principi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa»¹⁸.

Tuttavia l'argomentazione del Giudice d'appello si sviluppa diversamente da quella del T.A.R., nel segno di una maggiore apertura all'innovazione.

¹⁵ Su tale questione, peraltro, si deve ricordare che il processo di riduzione della discrezionalità cui si è fatto testé riferimento incoraggia la p.a. a trasformare, ove possibile, l'attività discrezionale in attività vincolata. Tuttavia, è evidente come l'aspetto più interessante rimanga quello della possibilità di utilizzare la potenza degli algoritmi per effettuare il miglior bilanciamento possibile degli interessi pubblici e privati in gioco. Il punto, chiaramente, non è sollevare la p.a. dal compito di esercitare la discrezionalità, ma di metterle a disposizione strumenti che ne migliorino l'espletamento, a favore di tutti i consociati.

¹⁶ Legge 3 luglio 2017, n. 105; anche conosciuta come “Buona scuola”, aveva previsto un piano straordinario di assunzione in ruolo di docenti su posti di potenziamento, di sostegno o su posto comune nella scuola secondaria di primo grado. L'assegnazione delle sedi agli insegnanti idonei era stata demandata ad un algoritmo specificamente programmato, ma il *software* aveva assegnato i docenti alle rispettive sedi senza tener in alcun conto le preferenze da essi espresse collocandoli a molti chilometri di distanza, pur essendo disponibili posti nell'ambito delle province segnalate come preferite. Pertanto, essi si dolevano dell'avvenuta mancanza di una vera e propria attività amministrativa in quanto l'intera procedura di determinazione della sede di insegnamento era stata affidata ad un algoritmo, in violazione del principio di strumentalità dell'informatica nelle procedure amministrative.

¹⁷ T.A.R. Lazio, Sez. III-*bis*, 10 settembre 2018, n. 9227.

¹⁸ Cons. Stato, Sez. VI, 2019, n. 2270, par. 8.2.

Le sentenze del Consiglio di Stato in materia sono essenzialmente tre: la n. 2270/2019¹⁹, la n. 8472/2019²⁰ e, infine, la n. 881/2020²¹, la quale, di fatto, ribadisce e chiarifica quanto già enucleato nelle precedenti statuizioni. Il rapporto tra le prime due, invece, è duale: di evoluzione da un lato e di integrazione dall'altro.

In primo luogo, nella sentenza n. 2270 del 2019, il Collegio, pur conscio dei rischi insiti nella questione, non condivide la posizione a tratti “distopica” del T.A.R. e preferisce assumere un atteggiamento più aperto e meno “timoroso”. Il punto di partenza, infatti, è molto chiaro: si sottolineano «gli indiscutibili vantaggi derivanti dall'automazione del processo decisionale dell'amministrazione [...] attraverso un algoritmo [...] che in via informatica sia in grado di valutare e graduare una moltitudine di domande»²² in particolare «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»²³.

A partire da tale assunto di base, il Giudice individua nella formula tecnica dell'algoritmo una vera e propria regola amministrativa (pienamente valida dal punto di vista giuridico) e nel *software* un atto amministrativo informatico²⁴. Il Collegio prosegue evidenziando come all'algoritmo non possa essere lasciato alcuno spazio di autonomo discernimento e che quindi l'attività discrezionale del funzionario debba spostarsi a monte della procedura attraverso lo svolgimento di una completa istruttoria.

Il Giudice d'appello, ancora, evidenzia come la possibilità di utilizzare l'intelligenza artificiale nell'ambito del procedimento amministrativo dipenda essenzialmente da un fattore basilare: la piena conoscibilità del processo decisionale della macchina. In particolare, secondo la Sezione decidente, «il meccanismo attraverso il quale si concretizza la decisione robotizzata (ovvero l'algoritmo) deve essere “conoscibile”, secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che implica anche quello della piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico». La conoscibilità dell'algoritmo «deve essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti»²⁵.

¹⁹ V. Canalini, *L'algoritmo come “atto amministrativo informatico” e il sindacato del giudice*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2019, 6, 781 (nota a sentenza).

²⁰ R. Mattera, *Processo – Decisioni algoritmiche. Il Consiglio di Stato fissa i limiti*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2020, 4, 809 (nota a sentenza); A. Mascolo, *Gli algoritmi amministrativi: la sfida della comprensibilità*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2020, 3, 366 (nota a sentenza); M. Timo, *Algoritmo – il procedimento di assunzione del personale al vaglio del Consiglio di Stato*, in *Giur. It.*, 2020, 5, 1190 (nota a sentenza).

²¹ A. Valsecchi, *Algoritmo, discrezionalità amministrativa e discrezionalità del giudice*, in *www.iusinitinere.it*, 2020 (nota a sentenza).

²² *Ivi*, par. 8.1.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*, par. 8.2.

²⁵ *Ivi*, par. 8.3.

Inoltre – e si tratta di elemento di notevole importanza ai nostri fini – il Consiglio di Stato fa derivare da tale principio anche la necessità che la regola tecnica sia soggetta al pieno sindacato del giudice amministrativo, che deve poter controllare «la correttezza del processo informatico in tutte le sue componenti: dalla sua costruzione, all’inserimento dei dati, alla loro validità, alla loro gestione», nonché «la stessa logicità e ragionevolezza della decisione amministrativa robotizzata»²⁶.

In via di estrema sintesi, la sentenza in oggetto risulta interessante quantomeno sotto due profili principali. In primo luogo, poiché pare aprire alla possibilità di usare gli algoritmi anche al di là della attività strettamente vincolata dell’amministrazione (il che verrà poi affermato dalla giurisprudenza successiva), purché la tecnologia utilizzata sia compatibile con l’obbligo di conoscibilità cui soggiace. Accidentalmente, deve notarsi come ciò rappresenti, al contempo, un atto di apertura e di chiusura, in quanto, in potenza, prefigura effetti dirompenti²⁷ sull’attuale assetto dell’attività amministrativa, ma impone pure un obbligo che, ad oggi, molti dei sistemi avanzati di intelligenza artificiale non sono in grado di soddisfare. Infatti, al di fuori dei c.d. “algoritmi *rule-based*”, gli altri sistemi di IA sono notoriamente oscuri nel loro agire; non a caso, in proposito, si parla della c.d. “*black-box*”²⁸.

In secondo luogo, la sentenza afferma l’opportunità di un pieno sindacato del giudice amministrativo sulle decisioni automatizzate²⁹, richiamando alla mente di chi scrive l’intervento del Presidente del Consiglio di Stato, Filippo Patroni Griffi, tenutosi all’Accademia dei Lincei nel 2018. In tale occasione, infatti, l’autorevole giurista manifestava alcune perplessità in merito al possibile spostamento a favore del giudice amministrativo dell’attività di valutazione e mediazione degli interessi in campo nelle procedure decisionali della pubblica amministrazione. Se ciò non pone particolari problemi in relazione all’attività vincolata della medesima, fa invece emergere importanti interrogativi ove si tratti di quella discrezionale³⁰.

²⁶ *Ibidem*, par. 8.4.

²⁷ V. Canalini, *L’algoritmo come “atto amministrativo informatico” e il sindacato del giudice*, cit.

²⁸ Tuttavia, laddove l’avanzamento tecnologico permettesse di applicare tecnologie più complesse e purtuttavia conoscibili e ripercorribili nel loro *iter* decisionale, nulla osterebbe, nell’opinione del giudice amministrativo, ad un loro più ampio utilizzo nell’attività decisionale della pubblica amministrazione. Sul tema della c.d. “black box”, si richiama il noto scritto di F. Pasquale, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge-London, 2015

²⁹ Cons. Stato, n. 2270/2019, cit., ove si afferma che tale «esigenza risponde infatti all’irrinunciabile necessità di poter sindacare come il potere sia stato concretamente esercitato, ponendosi in ultima analisi come declinazione diretta del diritto di difesa del cittadino, al quale non può essere precluso di conoscere le modalità (anche se automatizzate) con le quali è stata in concreto assunta una decisione destinata a ripercuotersi sulla sua sfera giuridica [...] Solo in questo modo è possibile svolgere, anche in sede giurisdizionale, una valutazione piena della legittimità della decisione [...] In questo senso, la decisione amministrativa automatizzata impone al giudice di valutare in primo luogo la correttezza del processo informatico in tutte le sue componenti: dalla sua costruzione, all’inserimento dei dati, alla loro validità, alla loro gestione».

³⁰ F. Patroni Griffi, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, intervento al convegno “Decisione robotica”, organizzato nell’ambito dei Seminari Leibniz per la teoria e la logica del diritto, Roma, Accademia dei Lincei, 2018, ove si afferma che «i vantaggi di un’automazione dei processi decisionali amministrativi sono evidenti con riferimento a procedure seriali o standardizzate, caratterizzate da un alto tasso di vincolatezza o fondate su presunzioni, probabilisticamente significative di un certo fatto. Si pensi alle procedure di trasferimento contestuale o di prima assegnazione di sede agli insegnanti; e si pensi alla erogazione di contributi assistenziali agli aventi diritto sulla base di parametri predeterminati».

Il rischio insito nella possibile evoluzione che si è descritta consiste, infatti, nell'estendere il sindacato del giudice al punto da permetterne un indebito straripamento nell'ambito del merito amministrativo. Si tratta di una prospettiva evidentemente inaccettabile, posto che le stesse nozioni di merito e di discrezionalità trovano la loro ragion d'essere nell'esistenza di poteri ritenuti esclusivo appannaggio della p.a., di valutazioni che spettano solo ed esclusivamente ad essa, nei confronti delle quali il giudice amministrativo è chiamato a censurare esclusivamente la presenza di difetti macroscopici³¹.

Proseguendo con la giurisprudenza del Consiglio di Stato, nel 2019, è intervenuta una seconda sentenza (la n. 8472), che ha integrato le riflessioni precedenti, attuando alcune correzioni e altre importanti precisazioni. Circa i correttivi, il Collegio ha rettificato l'affermazione per cui il *software* possa ritenersi un «atto amministrativo informatico» per ricondurlo, invece, alla nozione di modulo procedurale della pubblica amministrazione: «il ricorso all'algoritmo va correttamente inquadrato in termini di modulo organizzativo, di strumento procedimentale ed istruttorio, soggetto alle verifiche tipiche di ogni procedimento amministrativo»³².

A ben vedere, però, sebbene tale descrizione risulti effettivamente più adeguata, il problema del limite del controllo giudiziale rimane, soprattutto in riferimento ai casi in cui tale modulo procedurale venga esteso all'attività discrezionale dell'amministrazione. Infatti, questa volta esplicitamente, il Giudice afferma come 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»³³.

Lo schema individuato dalla sentenza, al di là delle precisazioni che si vedranno, rimane quello iniziale: il ricorso all'automazione impone di spostare “a monte” l'attività di mediazione di interessi della pubblica

Ma si pensi anche, quanto alle decisioni sfavorevoli, agli accertamenti fiscali fondati su base presuntiva i cui dati siano “messi insieme” da una macchina o alle sanzioni amministrative (per esempio, per eccesso di velocità) elaborate in via automatizzata sia quanto alla rilevazione dell'infrazione sia per la determinazione della correlativa sanzione e la “formazione” stessa del provvedimento [...] Il tema della decisione amministrativa robotizzata pone questioni assai rilevanti per il giurista perché giunge a lambire assetti istituzionali che coinvolgono lo spazio rimesso all'amministrazione nell'attuazione delle leggi (specie ove la potestà amministrativa abbia carattere discrezionale) e il rapporto tra amministrazione e giudice, a tutto “vantaggio” di quest'ultimo, nella valutazione della correttezza delle relazioni intersoggettive tra cittadino e potere pubblico».

³¹ Vale la pena di notare come, nel porre il problema, l'allora Presidente del Consiglio di Stato avesse fatto riferimento alle riflessioni emerse nell'ambito del ciclo di incontri, tenutosi a Maggio 2018 all'ACA-Europe, dal titolo “*An exploration of Technology and the Law*”, il *general report* delle cui discussioni evidenzia come uno dei punti cruciali della questione sia proprio quello di garantire una “*effective legal protection*” laddove il procedimento amministrativo coinvolga sistemi automatizzati.

³² Cons. Stato, n. 8472/2019, par. 10, ove si precisa che «peraltro, l'utilizzo di procedure informatizzate non può essere motivo di elusione dei principi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa».

³³ *Ivi*, par. 11, ove si aggiunge che «se nel caso dell'attività vincolata ben più rilevante, sia in termini quantitativi che qualitativi, potrà essere il ricorso a strumenti di automazione della raccolta e valutazione dei dati, anche l'esercizio di attività discrezionale, in specie tecnica, può in astratto beneficiare delle efficienze e, più in generale, dei vantaggi offerti dagli strumenti stessi».

amministrazione e di garantire che la procedura rispetti una serie di principi funzionali alla tutela dell'amministrato, nonché a garantire un efficace controllo successivo anche da parte del giudice amministrativo.

I principi in questione sono quelli della c.d. "legalità algoritmica"³⁴: conoscibilità, non esclusività della decisione algoritmica e non discriminazione algoritmica.

Questa volta, il Consiglio di Stato fonda le proprie argomentazioni sulla normativa europea in materia di trattamento dei dati personali (Reg. UE 2016/679)³⁵.

Il primo principio ad essere enucleato dalla Supremo Collegio è quello della conoscibilità algoritmica che si presenta variamente declinato a seconda della prospettiva da cui lo si osserva. In primo luogo, la sentenza riprende quanto già affermato nel precedente dello stesso anno: l'algoritmo deve essere conoscibile in tutti i suoi aspetti «al fine di poter verificare che i criteri, i presupposti e gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare – e conseguentemente sindacabili – le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato»³⁶.

In seconda battuta, detto principio di conoscibilità è declinato sulla scorta delle prescrizioni del GDPR ed in particolare degli articoli 13, 14 e 15. Queste norme riguardano la trasparenza dal punto di vista del soggetto i cui dati vengono trattati. Se, perciò, la prima nozione di conoscibilità punta a garantire la trasparenza del procedimento decisionale a vantaggio di tutti i partecipanti (*in primis* la p.a.), la seconda nozione, invece, mira a porre un limite ai trattamenti totalmente automatizzati e a garantire una serie di diritti di informativa e di accesso a vantaggio del soggetto titolare dei dati trattati (l'interessato). L'art. 13 e l'art. 14 riguardano entrambi l'obbligo di informativa cui soggiace il titolare del trattamento. In un certo qual modo, esprimono una posizione di diritto "passiva" poiché il loro rispetto dipende dal comportamento del titolare del trattamento e non da un'attivazione dell'interessato. Tra le informazioni che il titolare è tenuto a fornire rientra anche lo svolgimento di una procedura decisionale automatizzata e nel caso in cui essa sia totalmente automatizzata si ritiene debbano essere fornite «informazioni

³⁴ Sul punto si richiama la notevole ricostruzione di A. Simoncini, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020; A. Simoncini, S. Suweis, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2019, 1; S. Civitarese Matteucci, "Umano troppo umano". *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, 2019.

³⁵ M. Timo, *Algoritmo, il procedimento di assunzione del personale scolastico al vaglio del Consiglio di Stato*, cit.

³⁶ Cons. Stato, n. 8472/2019, par. 13.1, «sul versante della piena conoscibilità, rilievo preminente ha il principio della trasparenza, da intendersi sia per la stessa p.a. titolare del potere per il cui esercizio viene previsto il ricorso allo strumento dell'algoritmo, sia per i soggetti incisi e coinvolti dal potere stesso». A tal proposito il giudice aggiunge un elemento di grandissima importanza, affermando che «non può assumere rilievo l'invocata riservatezza delle imprese produttrici dei meccanismi informatici utilizzati i quali, ponendo al servizio del potere autoritativo tali strumenti, all'evidenza ne accettano le relative conseguenze in termini di necessaria trasparenza».

significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato»³⁷ (espressione che si riferisce al valore della comprensibilità di cui sopra). L'art. 15, invece, si differenzia dai precedenti in quanto tutela il diritto conoscitivo dell'interessato permettendogli di acquisire attivamente informazioni anche a procedimento automatizzato iniziato.

In estrema sintesi, dunque, il principio in questione esprime il diritto a conoscere l'esistenza del procedimento amministrativo automatizzato e a ricevere informazioni comprensibili sulla sua logica di funzionamento³⁸. Sembra il caso di ribadire che questa trasparenza "a valle" ne richiede altrettanta "a monte": affinché la logica procedimentale sia spiegabile all'interessato è necessario, infatti, che sia chiara innanzitutto al titolare del trattamento. Questa, evidentemente, è la vera sfida per i sistemi di intelligenza artificiale.

Secondo principio trattato dalla sentenza, quello di non esclusività algoritmica è dedotto dall'art. 22 del Regolamento: «l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona». Il giudice amministrativo sottolinea che la norma «riconosce alla persona il diritto di non essere sottoposta a decisioni automatizzate prive di un coinvolgimento umano e che, allo stesso tempo, producano effetti giuridici o incidano in modo analogo sull'individuo. Quindi occorre sempre l'individuazione di un centro di imputazione e di responsabilità, che sia in grado di verificare la legittimità e logicità della decisione dettata dall'algoritmo»³⁹; in proposito ci si riferisce spesso al concetto di *human in the loop (HITL)*⁴⁰. La nota 40 risulta troppo lunga e complicata,

³⁷ *Ibidem*, par. 13.2. Il riferimento è all'art. 13, c. 2, lett. f), GDPR e all'art. 14, c. 2, lett. g) GDPR.

³⁸ M. Timo, *Algoritmo, il procedimento di assunzione del personale scolastico al vaglio del Consiglio di Stato*, cit.

³⁹ Cons. Stato, Sez. VI, 2019, n. 8472, cit., par. 14.2.

⁴⁰ Su tale principio sono opportune alcune precisazioni: come si è notato sopra, il principio di non esclusività riavvicina le argomentazioni del T.A.R. Lazio e del Consiglio di Stato in quanto riafferma l'importanza del mantenimento di un coinvolgimento umano "a valle" della procedura automatizzata. Tuttavia è impossibile non notare che quanto a pregnanza il principio non sortisce gli effetti sperati. Al contrario, si presenta come un limite tendenzialmente diafano, debole. Il motivo di questa intrinseca debolezza⁴⁰ deriva da una serie di fattori. Per cominciare, è lo stesso GDPR a limitare l'efficacia delle sue stesse disposizioni. L'art. 22, c. 2, per esempio, prevede che le limitazioni di cui al c. 1 non si applicano in una serie di casi tra cui: consenso dell'interessato od esecuzione di contratto da esso sottoscritto. La facilità con cui oggi un consenso di tal tipo può essere carpito affievolisce molto la portata garantistica della norma. Ancora, l'art. 23 del Regolamento elenca una serie di situazioni in cui le prescrizioni di cui si è detto ed in particolare il divieto di procedimento totalmente automatizzato vengono meno. L'elenco comprende anche un *range* molto ampio di interessi pubblici tale, praticamente da esaurire lo spettro d'azione della pubblica amministrazione⁴⁰. In pratica, i trattamenti automatizzati da parte della p.a., sarebbero sempre o quasi sempre ammissibili. In aggiunta, vi è un doppio elemento a carattere pratico, che indebolisce la garanzia della non esclusività. Il primo riguarda l'aspetto probatorio; l'onere che si pone in capo al soggetto che deve provare la natura esclusivamente automatizzata del procedimento è estremamente difficile da soddisfare. Al contrario, provare il mero avvalimento di un algoritmo è molto più semplice. Il secondo elemento, invece, appartiene ad una sfera che potremmo definire "*behavioural*". Anche ponendo che la sentenza del Consiglio di Stato, attraverso il principio in discussione, abbia concretamente voluto valorizzare la presenza di un controllo umano "a valle" della procedura automatizzata, i cui risultati si strutturerebbero, quindi, come delle proposte di provvedimento da validare, appare chiaro che, soprattutto nel lungo periodo, il valore garantistico di questo controllo è destinato a scemare per divenire una garanzia più formale che sostanziale. Il motivo è, in realtà, piuttosto semplice: si

quasi fuori contesto (oltre che con refusi). A mio parere si dovrebbe spiegare il concetto HITL in teso e restringere la nota 40.

Il principio di non discriminazione algoritmica, terzo nell'ordine, è invece dedotto dal giudice a partire dal considerando 71 del GDPR⁴¹ e prende spunto da altri casi di applicazione di algoritmi decisionali, avvenuti oltre oceano⁴², che hanno mostrato in tutta chiarezza la potenzialità discriminatoria di un algoritmo *biased*, rendendo evidente l'importanza del principio appena menzionato e la necessità, nelle occasioni in cui si ravvisino effetti discriminatori, di «rettificare i dati in “ingresso” per evitare effetti discriminatori nell'output decisionale; operazione questa che richiede evidentemente la necessaria cooperazione di chi istruisce le macchine che producono tali decisioni»⁴³. A ben vedere, tra l'altro, si tratta di una garanzia che rafforza e presuppone quella, complementare, della conoscibilità.

In conclusione, come detto, il Consiglio di Stato conferma la decisione del giudice di primo grado, ma con diversa motivazione, affermando che «il tema dei pericoli connessi allo strumento non è ovviato dalla rigida e meccanica applicazione di tutte le minute regole procedimentali della legge n. 241 del 1990 (quali ad esempio la comunicazione di avvio del procedimento sulla quale si appunta buona parte dell'atto di appello o il responsabile del procedimento che, con tutta evidenza, non può essere una macchina in assenza di disposizioni espresse), dovendosi invece ritenere che la fondamentale esigenza di tutela posta dall'utilizzazione dello strumento informatico c.d. algoritmico sia la trasparenza»⁴⁴.

La ricostruzione, brevemente ripercorsa, effettuata dal Giudice amministrativo d'appello, rappresenta un momento dialettico fondamentale poiché ristrutturata lo schema d'azione attraverso il quale la pubblica

tratta della c.d. “*default-option force*”. In termini essenziali, il fenomeno può essere così descritto: l'automatismo insito nella procedura algoritmica, ammantato da un'aura di scientificità e neutralità, gode di una forza persuasiva notevolissima. Si può immaginare che, quando la p.a. farà un uso frequente e sistematico delle tecnologie dell'automazione, e le procedure cominceranno a standardizzarsi rendendo più complessa l'attività di critica dell'algoritmo e più fini le argomentazioni ad essa funzionali, lo sforzo richiesto al funzionario per discostarsi dalla decisione algoritmica sarà tale da essere poco conveniente. È molto probabile, quindi, che, salvo difetti macroscopici per cui un controllo “a valle” può rivelarsi molto utile, nella maggior parte dei casi l'intervento umano successivo tenderà ad assestarsi sulle decisioni dell'algoritmo (si è parlato anche di *algorithmic authority*). È un dato di fatto non irrilevante poiché ci dimostra che l'impatto dell'intelligenza artificiale sulle categorie che conosciamo non è facile di facile gestione e che anche garanzie apparentemente solide possono rivelarsi, alla prova dei fatti, una “coperta corta”. A bene vedere, quindi, nonostante le specificazioni del giudice, i problemi dell'effettività della tutela e del sindacato del giudice rimangono. Sulla questione, si richiama A. Simoncini, S. Suweis, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, cit.; nonché I.P. Di Ciommo, *La prospettiva del controllo nell'era dell'Intelligenza Artificiale: alcune osservazioni sul modello Human In The Loop*, in *Questa Rivista*, 2023, 9, P. Benanti, *Human in the loop. Decisioni umane e intelligenze artificiali*, Milano, 2022.

⁴¹ Citato anche da Cons. Stato, n. 8472/2019, cit. par. 15.3, «è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, metta in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire [...] che impedisca tra l'altro effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale».

⁴² Il riferimento, evidentemente, è al noto caso *Loomis v. Wisconsin*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016), cert. denied, 137 S.Ct. 2290 (2017).

⁴³ *Ivi*.

⁴⁴ *Ibidem*, par. 16.



amministrazione esercita il proprio potere (in particolare quello discrezionale), ponendo, però, alcuni limiti invalicabili a garanzia dei cittadini che si interfacciano con la pubblica amministrazione medesima. Quanto affermato, però – in aggiunta alle riflessioni svolte dal Giudice amministrativo con riferimento alla portata del suo sindacato sulle decisioni automatizzate – non può non indurre l'interprete a porsi alcuni quesiti inevitabili, tra cui: quali siano le ripercussioni sulla nozione di discrezionalità; quale tipo o quali tipi di discrezionalità eserciti una pubblica amministrazione automatizzata; quali siano i confini del sindacato giudiziale sull'esercizio di tale potere, al fine di garantire quella “*effective legal protection*” richiesta dall'ordinamento sovranazionale e da quello nazionale.

3. Algoritmi e discrezionalità: una ricostruzione ed una necessaria distinzione

Definiti i limiti in cui, nell'ottica del Consiglio di Stato e alla stregua della normativa attualmente vigente, la pubblica amministrazione può fare uso degli strumenti dell'automazione anche nell'ambito della propria attività discrezionale, si può procedere precisando come l'ampiezza qualitativa e quantitativa del sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere discrezionale degli apparati amministrativi rappresenta l'indicatore attraverso il quale è possibile valutare la capacità di tenuta e di positiva evoluzione dell'ordinamento⁴⁵.

Tuttavia, per trattare dell'ampiezza di tale sindacato, è prima di tutto necessario comprenderne l'oggetto poiché dalla conformazione di quest'ultimo dipende la configurazione del primo.

Si deve, pertanto – tenuto conto dell'apertura del Consiglio di Stato nei confronti della possibilità che gli algoritmi siano applicati anche allo svolgimento dell'attività discrezionale dell'amministrazione – partire

⁴⁵ R. Ferrara, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, cit., 775. In materia si esprime anche G. Marchianò, *La legalità algoritmica nella giurisprudenza amministrativa*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, 3.

dalla nozione di discrezionalità⁴⁶ che viene in gioco⁴⁷, (Non capisco il senso della nota 47 messa in questa posizione, nel merito va bene) in quanto sia il T.A.R. Lazio, sia il Consiglio di Stato hanno effettuato una ricostruzione che ruota intorno alla nozione di discrezionalità (sul modo di farsi del potere) declinata, come è stato detto, al tempo del «capitalismo immateriale»⁴⁸.

La recente giurisprudenza del giudice amministrativo, infatti, ha dato il via ad una complessa riflessione il cui dato di partenza consiste nella circostanza per la quale, laddove ci si avvalga di una procedura automatizzata, la discrezionalità, che non può essere esternalizzata alla macchina, deve ritenersi esercitata “a monte” della procedura stessa, al momento della formulazione della regola tecnica a cui è sottesa una regola giuridica. È in questo momento «alto e definitorio»⁴⁹ che si estrinseca il potere valutativo e di mediazione dell’amministrazione, anche nelle procedure standardizzate ed informatizzate. In altre parole, si può ritenere «la definizione dell’algoritmo come momento di determinazione in via preventiva ed astratta del peso da attribuirsi a diversi fatti ed interessi [...] esercizio solo anticipato della scelta discrezionale»⁵⁰.

⁴⁶ *Ex multis*: M. S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939; A.M. Sandulli, *Governo e amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 638 ss.; F. Caringella, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Roma, 2016; A. Giusti, *Discrezionalità tecnica dell’amministrazione e sindacato del giudice amministrativo*, in *Giur. It.*, 2015; P.M. Vipiana, *L’attività amministrativa ed i regimi amministrativi delle attività private*, Milano, 2017. L. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2021; F. G. Scoca, *Diritto amministrativo*, Torino, 2021; S. Cognetti, *Potere amministrativo e principio di precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura*, in AA.VV., *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 129 ss.; F.G. Scoca, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. Parisio (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 112 ss.; F. Salvia, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 4; D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995. Peraltro, in tema di discrezionalità amministrativa ed algoritmi, oltre ai numerosi contributi che si sono menzionati in sede introduttiva, si richiama anche G. Marchianò, *La legalità algoritmica nella giurisprudenza amministrativa*, cit., ove si afferma che «su un piano teorico non può non tenersi conto del fatto che, la nuova declinazione del potere discrezionale al tempo della “scienza incerta”, deriva dalla massiccia penetrazione della scienza nel mondo della gestione e della regolamentazione degli interessi pubblici e privati. Il punto di snodo diventa, così, come sottolineato dal giudice d’appello la “regola tecnica che governa ciascun algoritmo”» e che «Il punto dirimente afferisce al concetto di discrezionalità tecnica nel senso che, i fatti complessi devono essere risolti attraverso il rinvio alle c.d. “scienze dure”, anche se in funzione strumentale e servente e, su questo terreno, il giudice amministrativo non s’interroga soltanto sulla natura e sulla dimensione quantitativa del potere discrezionale delle amministrazioni pubbliche, ma anche sulla sua collocazione spazio temporale».

⁴⁷ Peraltro, come si era già brevemente notato precedentemente, sia il giudice di primo grado, sia il giudice d’appello sembrano partire dal presupposto che l’attività della p.a., anche quando rientrante in quella classicamente definita come vincolata, in realtà, presuppone sempre una iniziale azione valutativa. In altri termini, lo stesso Supremo Collegio, sebbene *en passant*, suggerisce una sorta di discutibilità, ad oggi, della stessa distinzione tra attività vincolata e discrezionale. Si richiama Cons. Stato, Sez. VI, 2019, n. 8472, par. 11, ove il Collegio afferma che «in disparte la stessa sostenibilità a monte dell’attualità di una tale distinzione, atteso che ogni attività autoritativa comporta una fase quantomeno di accertamento e di verifica della scelta ai fini attribuiti dalla legge».

⁴⁸ R. Ferrara, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, cit., 780.

⁴⁹ *Ivi*, 785.

⁵⁰ A. Police, *Scelta discrezionale e decisione algoritmica*, in R. Giordano, A. Panzarola, A. Police, S. Preziosi, M. Proto (a cura di), *Il diritto nell’era digitale - persona, mercato, amministrazione, giustizia*, Milano, 2022, 493-504, ove si aggiunge che «la regola tecnica che governa ciascun algoritmo, in altri termini, resta pur sempre una regola amministrativa generale, costruita dall’uomo e non dalla macchina».

Dunque, posto che l'automazione non scredita e non elimina l'importanza della discrezionalità amministrativa, ma, al più, ne provoca una riallocazione, sorge spontaneo chiedersi di quale discrezionalità si tratti. La questione che si sta trattando concerne, essenzialmente, l'incontro tra la scienza giuridica ed una branca, l'informatica, delle c.d. "scienze dure". Il problema va analizzato, perciò, in relazione all'impatto strutturale che la tecnicizzazione di una parte del farsi del potere amministrativo ha sulle categorie che conosciamo.

Pragmaticamente, si può dire che una discrezionalità esercitata "a monte" ed in funzione di una procedura automatizzata, se in parte mantiene le sue caratteristiche originali, in altra parte assorbe per "osmosi" una colorazione tecnica che in passato non avrebbe avuto: laddove la formula tecnica, che è anche giuridica, viene elaborata ci troviamo di fronte ad una sfumatura di discrezionalità a tratti nuova, a tratti tradizionale. È stato acutamente notato che la discrezionalità amministrativa, con queste modalità, si paleserebbe nelle «forme contemporanee e suggestive della discrezionalità tecnica, la quale sembra ormai costituire [...] il modello fondamentale e paradigmatico del potere discrezionale *tout courts*»⁵¹. Si tratta, a ben vedere, di una tesi suggestiva, ma, almeno per il momento – sebbene sia fuor di dubbio che la discrezionalità tecnica assuma, nel contesto delle decisioni automatizzate, un ruolo nuovo e rafforzato – la realtà rimane più ibrida e complessa (con inevitabili riflessi sul corrispettivo sindacato giudiziale).

La dottrina, infatti, ha posto in evidenza che la fase di costruzione della regola tecnica presuppone l'attività di bilanciamento degli interessi (discrezionalità amministrativa) che si traduce, poi, nella formula algoritmica e nella sua applicazione (discrezionalità tecnica)⁵². Pertanto, è possibile – e nel caso delle decisioni algoritmiche parrebbe inevitabile – che si venga a configurare quel particolare tipo di discrezionalità che viene definita "mista", in quanto vede esercitarsi, al contempo, la discrezionalità amministrativa e la discrezionalità tecnica⁵³. In favore di chiarezza deve precisarsi un elemento: normalmente, quando ci si riferisce alla c.d. "discrezionalità mista", si intendono i casi in cui «una volta esaurita la fase dell'accertamento dei fatti sulla base di cognizioni tecniche, può accadere [...] che la legge lasci libera l'Amministrazione di individuare il provvedimento più opportuno per il perseguimento dell'interesse pubblico»⁵⁴. Nel caso della decisione algoritmica, invece, i termini appaiono invertiti: all'esercizio della discrezionalità amministrativa, riallocato "a monte", segue l'esercizio della discrezionalità tecnica, nella fase di formulazione dell'algoritmo e del suo utilizzo.

⁵¹ *Ibidem*, cit.

⁵² V. Canalini, *L'algoritmo come "atto amministrativo informatico" e il sindacato del giudice*, cit.

⁵³ P. M. Vipiana, *L'attività amministrativa ed i regimi amministrativi delle attività private* cit.

⁵⁴ F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1196; sul tema in questione, si richiamano anche P. M. Vipiana, *L'attività amministrativa ed i regimi amministrativi delle attività private* cit.; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit.; F. G. Scoca, *Diritto amministrativo*, cit.; R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2021.

Un caso per certi versi simile a quello appena descritto, si può ritrovare laddove sia necessario procedere all'individuazione dei criteri selettivi di un concorso pubblico⁵⁵; in questi casi è sempre presente una fase in cui è necessario scegliere i criteri tecnici idonei affinché i valutatori possano individuare i profili ottimali⁵⁶. Evidentemente, si tratta di una struttura che richiama proprio quanto avviene nell'ambito delle decisioni automatizzate, ove l'Amministrazione esercita prima una discrezionalità "pura", in sede di individuazione di un primo bilanciamento di interessi, e, in un secondo momento, una discrezionalità tecnica, nella fase di traduzione di tale bilanciamento nella regola tecnica e nel suo utilizzo.

Posta, pertanto, la natura mista della discrezionalità in gioco è bene ribadire che essa non costituisce una categoria a parte di discrezionalità, ma denomina una situazione contingente in cui l'amministrazione dispone di entrambi i poteri che rimangono, però, logicamente distinti⁵⁷.

Anticipando, perciò, una riflessione che si approfondirà a breve, la conseguenza, ai presenti fini, di quanto affermato è che la pienezza⁵⁸ del sindacato del giudice amministrativo sulle decisioni algoritmiche dovrà essere valutata e considerata separatamente con riferimento all'una e all'altra componente della discrezionalità esercitata dall'Amministrazione, in quanto il giudice sarà tenuto a sindacare separatamente ciascuna di esse, entro i limiti concessi dall'ordinamento affinché il suo operare non sconfini nella sfera di valutazione esclusivamente affidata alla pubblica amministrazione medesima.

In tal senso, la categoria di discrezionalità che pone i maggiori interrogativi in merito alle modalità del suo sindacato è senz'ombra di dubbio quella tecnica, imprescindibile momento di costruzione della regola tecnica da utilizzare in sede decisoria.

4. Discrezionalità tecnica, automazione e *full jurisdiction* del giudice amministrativo

Come si è avuto modo di porre in evidenza nel corso della trattazione dedicata alla giurisprudenza del Consiglio di Stato in tema di decisioni amministrative automatizzate, esse manifestano un'evidente criticità consistente nell'inevitabile compressione di alcune delle garanzie procedurali, soprattutto a livello partecipativo⁵⁹, previste dalla legge generale sul procedimento amministrativo; sacrificio che deriva

⁵⁵ P. M. Vipiana, *L'attività amministrativa ed i regimi amministrativi delle attività private* cit.

⁵⁶ V. Canalini, *L'algoritmo come "atto amministrativo informatico" e il sindacato del giudice*, cit.

⁵⁷ *Ibidem*, cit.; nonché R. Garofoli-G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, cit.; F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1196; sul tema in questione, si richiamano anche P. M. Vipiana, *L'attività amministrativa ed i regimi amministrativi delle attività private* cit.; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit.; F. G. Scoca, *Diritto amministrativo*, cit.; R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2021.

⁵⁸ Riprendendo quanto autorevolmente affermato da F. Patroni Griffi, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, cit.

⁵⁹ Sul punto si richiamano le considerazioni svolte da A. Di Martino, *L'amministrazione per algoritmi ed i pericoli del cambiamento in atto*, cit., ove si afferma, tra le altre cose, come «i procedimenti amministrativi condizionati nell'esito dall'utilizzo di algoritmi informatici sembrano del tutto carenti di un momento di interlocuzione tra pubblico e privato. 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, non è prevista neanche nella fase antecedente all'avvio del

dal particolare modo di estrinsecarsi dell'amministrazione algoritmica, necessariamente diverso da quello tradizionale. Tale sacrificio, come affermato da autorevole dottrina richiamata⁶⁰, potrebbe richiedere un'azione di recupero a livello giudiziale. In altre parole, i benefici derivanti dall'amministrazione algoritmica possono giustificare che alcune delle garanzie tipiche dell'azione amministrativa umana vengano sacrificate, purché una “*effective legal protection*” sia comunque recuperabile in sede di giudizio, ove il giudice possa pienamente sindacare quella particolare forma di discrezionalità che accompagna l'atto ad elaborazione informatica. Di qui, la particolare attenzione posta al principio della conoscibilità, necessariamente declinato in una versione rafforzata.

Si tratta di un problema simile a quello che si è posto per l'applicazione delle sanzioni a carattere afflittivo a seguito di un procedimento amministrativo, anziché di un processo penale, ove il primo, evidentemente, garantisce un livello minore di garanzie procedurali, rendendo opportuno il recupero delle medesime a livello processuale⁶¹.

Il dato di partenza, pertanto, è la distinzione che si è effettuata nel corso del paragrafo precedente in modo tale che, analizzando i limiti attuali del sindacato giudiziale su ciascuna tipologia di discrezionalità, si possa comprendere concretamente se, come è stato talvolta suggerito, l'automazione decisionale amministrativa rechi con sé la chimera di un sindacato giudiziale abnorme⁶².

Posto che le decisioni algoritmiche parrebbero richiedere una forma di discrezionalità mista, particolare attenzione dev'essere dedicata alla questione dei limiti al sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica: in primo luogo, poiché, nel contesto che si sta trattando, è l'unica figura di discrezionalità dalla quale non si può prescindere (dal momento che l'elaborazione della formula tecnica è necessaria all'automazione), laddove, invece, l'attività di bilanciamento iniziale degli interessi coinvolti potrebbe, di volta in volta, configurarsi come vincolata o discrezionale a seconda dei casi contingenti. In secondo luogo, poiché è stato proprio con riferimento alla discrezionalità tecnica – con specifico riguardo al tema delle sanzioni amministrative – che, nel corso del tempo, si è sviluppata una corrente di pensiero⁶³

procedimento. Tale prospettazione potrebbe indurre a sostenere che un procedimento automatizzato carente (anche) di un momento partecipativo presti il fianco non solo a profili di illegittimità derivanti dalla violazione di regole procedurali, ma anche a violazioni dei principi generali del diritto amministrativo per una carenza di legittimazione democratica della scelta».

⁶⁰ F. Patroni Griffi, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, cit.

⁶¹ In tema, si rimanda ai richiami effettuati alla successiva nota 63.

⁶² *Ivi*, cit.

⁶³ M. Allena, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1608 ss.; F. Goisis, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzioni e nodi irrisolti*, in *Riv. Proc. Amm.*, 2015; A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. II. Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, 408 ss.; F. Goisis, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative, tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018; Id., *Il concetto di full jurisdiction e il sindacato giurisdizionale sulle sanzioni amministrative nella giurisprudenza della Corte EDU e della Corte Europea di giustizia. Recenti conferme e sviluppi*, in *Giustiziainsieme.it*, 2023, ove sono richiamati anche i più recenti approdi della giurisprudenza europea in materia.

votata ad una maggiore pervasività del sindacato giudiziale (c.d. “*full jurisdiction*”), mentre, in relazione alla discrezionalità amministrativa c.d. “pura” l’impostazione è rimasta più classica, ponendo meno problemi all’interprete.

Da un punto di vista generale, si può dire che quello del giudice amministrativo sia un sindacato di legittimità (con riferimento ai tre vizi fondamentali di incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere) che, tendenzialmente, non deve sostituirsi alla valutazione effettuata dall’Amministrazione.

L’art. 7, c. 6, del c.p.a.⁶⁴, stabilisce, infatti, che il giudice amministrativo possa sostituirsi all’amministrazione soltanto nei casi di giurisdizione estesa al merito, ossia quelli stabiliti tassativamente dall’art. 134 del Codice medesimo. Ciò implica che nell’ambito della giurisdizione di legittimità il giudice debba astenersi dall’adottare decisioni inerenti alla c.d. “opportunità” dell’azione amministrativa.

Più precisamente, l’art. 31, c. 3, c.p.a., con riferimento alle azioni di condanna, prevede che «il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall’amministrazione». Sul punto, peraltro, la dottrina più attenta⁶⁵ ha specificato che, se ciò può ritenersi ammissibile in caso di domanda di condanna dell’Amministrazione a provvedere, non c’è motivo per cui non debba esserlo anche nell’ambito di una domanda di annullamento.

In sostanza, quindi, stando al diritto positivo vigente, un sindacato sostitutivo del giudice amministrativo è ammissibile solo in caso di giurisdizione nel merito (tassativa) ed in caso di attività vincolata o per la quale, comunque, sia esaurita ogni attività istruttoria della pubblica amministrazione.

È chiaro, quindi, che, in materia di decisioni automatizzate, la tendenza della giurisprudenza del Consiglio di Stato ad evidenziare l’importanza di un ampio sindacato giudiziale, quasi a voler recuperare per questa via le garanzie perse a livello procedimentale, si scontra con un panorama di diritto positivo che, al contrario, tende a tenere ben separate giurisdizione ed amministrazione.

Tuttavia, più recentemente, si è affermata una corrente di pensiero, prevalentemente di matrice unionale, che propone una visione diversa o, forse, apparentemente diversa. La tesi in questione è quella della c.d. “*full jurisdiction*”, che qui interessa poiché sviluppa l’argomentazione relativa all’ampiezza del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica, addivenendo a risultati che possono utilmente essere applicati anche nell’ambito della amministrazione algoritmica ove, come si è già notato *supra*, parrebbe prefigurarsi

⁶⁴ Decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.

⁶⁵ F. Follieri, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2018, 2, 145.

uno spostamento «a tutto vantaggio del giudice amministrativo»⁶⁶ nell'attività di bilanciamento e mediazione degli interessi in gioco.

La nozione di *full jurisdiction* ha origine in ambito euro-unitario ed affonda le sue radici nel principio del giusto processo, ponendosi l'obiettivo di garantire una c.d. “*effective legal protection*”⁶⁷, che, secondo alcune ricostruzioni, incontrerebbe un ostacolo nei limiti posti dall'ordinamento al sindacato del giudice amministrativo.

Il punto di partenza è l'applicazione sostanzialmente analogica, iniziata negli anni '80 del Novecento da parte della Corte Europea dei diritti dell'Uomo, dell'articolo 6 della CEDU al procedimento amministrativo⁶⁸. Il Giudice sovranazionale non distingue, infatti, tra amministrazione e giurisdizione, richiedendo, in presenza di atti sanzionatori di una certa gravità o idonei a determinare un diritto o un obbligo di natura civile, indipendentemente dal fatto che siano erogati nell'ambito di una procedura giudiziale o amministrativa, che vengano applicati i principi del giusto processo previsti dalla Convenzione. In altri termini, accanto alla questione inerente al giusto processo in senso stretto, ha cominciato a porsi anche quella concernente il c.d. “giusto procedimento”.

Il problema, infatti, è che non sempre una procedura amministrativa è in grado di soddisfare tutti i requisiti connaturati al paradigma del giusto processo/giusto procedimento. In questi casi il Giudice europeo ritiene ammissibili gli atti adottati dall'amministrazione purché, se necessario, al giudice amministrativo sia possibile effettuare una *full judicial review*⁶⁹. In buona sostanza, la Corte EDU guarda «al giusto processo, quale momento di possibile ricomposizione di “storture” procedurali e di effettiva messa in discussione delle scelte, pur frutto di valutazioni complesse, dell'amministrazione»⁷⁰. Ancora, la *full jurisdiction* è stata definita una «compensazione *ex post* dei limiti del procedimento amministrativo [...] Tale compensazione *ex post* richiede però sul piano logico e giuridico una piena capacità del giudice di riesercitare il potere, entrando nel merito della scelta amministrativa»⁷¹.

⁶⁶ F. Patroni Griffi, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, cit., 8.

⁶⁷ locuzione che, come si è già ricordato *supra*, è stata utilizzata proprio con riferimento al tema dell'azione amministrativa automatizzata in seno alla ciclo di incontri, tenutosi a Maggio 2018 all'ACA-Europe, dal titolo “*An exploration of Technology and the Law*”, il *general report* delle cui discussioni evidenzia come uno dei punti cruciali della questione sia proprio quello di garantire una “*effective legal protection*” laddove il procedimento amministrativo coinvolga sistemi automatizzati.

⁶⁸ F. Follieri, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, cit., 135; sulla questione si richiama anche M. Allena, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 569.

⁶⁹ *Ivi*, p. 136. Si cita, nello specifico, C. EDU, *Albert and Le Compte v. Belgium*, cit., par. 29, richiamata da F. Follieri, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, cit.

⁷⁰ L. Prudenzeno, *Giusto procedimento amministrativo, discrezionalità tecnica ed effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Osservatorio AIC*, 2014, 3.

⁷¹ F. Goisis, *Full Jurisdiction nella giustizia amministrativa: parità tra cittadino e autorità pubblica nella controversia amministrativa e realizzazione del diritto alla non discriminazione*, Milano, 2017, 10-11.

Risulta molto evidente che il discorso in questione ben si lega al tema centrale del presente studio. Si è visto, infatti, che la tensione tra l'introduzione nel procedimento amministrativo dei sistemi di intelligenza artificiale ed i principi che lo informano è molto forte e non appare casuale che sia in sede giurisprudenziale, sia in sede dottrinale (peraltro nell'ambito di un contesto di caratura sovranazionale⁷²) si sia posto l'accento sull'importanza di un sindacato pieno ed effettivo del giudice amministrativo.

Nell'opinione di coloro che sostengono tale tesi, pertanto, l'analisi della giurisprudenza europea condurrebbe alla necessità di ipotizzare – quantomeno nei casi di maggiore criticità rispetto ai principi del giusto procedimento – un sindacato sostitutivo in cui il giudice sia abilitato a sovrapporre la propria valutazione a quella dell'amministrazione attraverso un giudizio «*point by point, both for questions of fact and for questions of law [...] extended to the merits of the decision*»⁷³. Si richiama la somiglianza con quanto riportato *supra* sulla necessità di un «giudice amministrativo che deve poter controllare la correttezza del processo informatico in tutte le sue componenti: dalla sua costruzione, all'inserimento dei dati, alla loro validità, alla loro gestione» Nonché «la stessa logicità e ragionevolezza della decisione amministrativa robotizzata»⁷⁴. A ben vedere, in questo caso, il giudice amministrativo si riferiva chiaramente ad un penetrante sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica esercitata dall'amministrazione.

La ricostruzione che di *full jurisdiction* si è appena descritta presenta, però, criticità evidenti rispetto al quadro del diritto positivo vigente come precedentemente delineato. Il sistema approntato dal Codice del processo amministrativo, infatti, non parrebbe ammettere, se non nei casi previsti espressamente dalla legge, un controllo giudiziale tanto penetrante.

Esiste, tuttavia una terza via, acutamente individuata dalla dottrina⁷⁵, che permette di evitare esiti così drastici e di riportare il sindacato del giudice amministrativo sulle decisioni amministrative automatizzate (e non solo) nell'alveo della legittimità, evitando, in tal modo, le criticità derivanti dallo “sfumarsi”⁷⁶ del confine che separa la legittimità e il merito. Detta via consiste nella possibilità (auspicabile) di intendere la nozione di *full jurisdiction* come piena ed approfondita giurisdizione di legittimità, piuttosto che come cognizione estesa al merito. In proposito, si è fatto riferimento ad un sindacato c.d. «confutatorio»⁷⁷.

Taluni interpreti, infatti, prendendo spunto da un'analisi critica della giurisprudenza europea in materia, ne hanno messo in luce una peculiarità: molte delle statuizioni effettuate dalla Corte europea nella materia

⁷² Ci si riferisce, come evidente, al summenzionato *Colloquium organized by the Council of State of the Netherlands and ACA-Europe, An exploration of Technology and the Law, 2018, General report, 4.*

⁷³ C. EDU, *W v. the United Kingdom*, 8 luglio 1987, par. 82., ripresa da F. Follieri, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, cit., 136.

⁷⁴ Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, par. 8.4.

⁷⁵ Si richiama, in particolare, F. Follieri, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, cit.

⁷⁶ Espressione di F. Patroni Griffi, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, cit., p. 5.

⁷⁷ Nuovamente, F. Follieri, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, cit., 147.

de qua sono tanto generiche da poter essere definite di principio. Ciò posto, si è notato che dalla giurisprudenza in tema di “piena giurisdizione”, «non sembra potersi ricavare l’equazione “*full jurisdiction* = giurisdizione di merito”, ossia “*full jurisdiction* = sostituzione del giudice all’amministrazione»⁷⁸.

In particolare, sul versante italiano, il celebre caso *A. Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia*⁷⁹, ha visto la Corte sovranazionale esprimersi a favore del giudice italiano (nel caso di specie il Consiglio di Stato), il quale avrebbe esercitato pienamente, secondo i canoni della Corte, il proprio sindacato su una sanzione irrogata dall’AGCM⁸⁰ (richiedendo anche la rinnovazione di una serie di valutazioni) nonostante l’avvenuta affermazione del limite della giurisdizione di legittimità.

Inoltre, anche sentenze più recenti della Corte EDU, definiscono chiaramente la nozione di *full jurisdiction* assestandosi sulla c.d. “*sufficient jurisdiction*”⁸¹. In tal senso, la Corte ha osservato come il sindacato confutatorio, se pieno, possa considerarsi soddisfacente del requisito di garanzia previsto dalla Convenzione e tradotto nei principi costituzionali stessi.

Di fatto, pertanto, la Corte europea dei diritti dell’Uomo parrebbe richiedere ai giudici nazionali di esercitare un pieno sindacato di legittimità, ponendo particolare attenzione all’analisi dei fatti sottesi alla questione controversa, anche e soprattutto di quelli complessi. Quest’ultimo rilievo risulta particolarmente interessante poiché il sindacato del giudice amministrativo sulle decisioni automatizzate coinvolge inevitabilmente un giudizio su fatti complessi. Pare perciò opportuno evidenziare il parallelismo che si viene a costituire tra le considerazioni svolte dalla giurisprudenza europea e quelle enucleate dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato italiano in tema di sindacato pieno sulla discrezionalità tecnica, che paiono introdurre un meccanismo simile fondato, soprattutto, sul pieno accesso ai fatti complessi che caratterizzano la procedura in modo da poterne valutare la ragionevolezza e la proporzionalità.

Chiarito, grazie al contributo della dottrina che se ne è occupata, il problema generale relativo al contenuto effettivo del concetto di *full jurisdiction* europea, è opportuno procedere anche ad una breve disamina del panorama nazionale, con specifico riferimento alla discrezionalità tecnica.

⁷⁸ F. Follieri, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, cit., 147, ove sono richiamati alcuni esempi. Nel caso C. EDU, *Albert and Le Compte v. Belgium*, cit., par. 36., forse il più importante in materia, la Corte si esprime come segue: «*does not take cognisance of the merits of the case, which means that many aspects of contestations (disputes) concerning civil rights and obligations, including review of the facts and assessment of the proportionality between the fault and the sanction, fall outside its jurisdiction*». Sebbene sia utilizzata l’espressione «*cognisance of the merits*», le espressioni successive suggeriscono che il problema sia stata la mancata cognizione del fatto e della valutazione di proporzionalità; dunque, la mancanza di un sindacato confutatorio pieno e non di un sindacato sostitutivo. Ancora, in *Tinnelly & Sons Ltd and others and McElduff and others v. the United Kingdom*, la Corte afferma nuovamente che sia mancata la *full jurisdiction* a causa del mancato accesso pieno del giudice nazionale al fatto, laddove ciò fosse avvenuto, la stessa Corte sembra suggerire che il sindacato sarebbe stato conforme.

⁷⁹ Corte EDU, sez. II, sent. 27.9.2011, ric. n. 43509/08, Pres. Tulkens, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*.

⁸⁰ L’Autorità garante della concorrenza e del mercato, istituita dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287.

⁸¹ F. Follieri, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, cit., 154, che richiama C. EDU, *Sigma Radio Television Ltd. v. Cyprus*, cit., par. 152.

A livello interno, infatti, nonostante l'innegabile influenza della giurisprudenza europea, mai si è giunti a suggerire un sindacato di opportunità sulla discrezionalità amministrativa c.d. "pura". Il problema, invece, ha cominciato a porsi in relazione alla discrezionalità tecnica a seguito dell'avvenuta riconsiderazione dell'assimilazione tra i due tipi di potere discrezionale. Il mutamento in questione si è fondato sulla distinzione tra attendibilità (della valutazione tecnica) e opportunità (della valutazione di bilanciamento degli interessi); si è detto, a tal proposito, che una questione di fatto attinente al provvedimento amministrativo «non si trasforma — soltanto perché opinabile — in una questione di opportunità, anche se è antecedente o successiva ad una scelta di merito»⁸². Nel caso che si sta trattando, il fatto che prima della formulazione della regola tecnica avvenga una valutazione riconducibile alla discrezionalità amministrativa non implica che la valutazione sul dato tecnico successivo, ancorché opinabile, debba considerarsi valutazione di opportunità (e quindi inammissibile). Rimane, perciò, il limite dell'opportunità per quanto riguarda l'esercizio della discrezionalità amministrativa, ma si scorge la possibilità di ammettere un sindacato maggiormente invasivo in relazione alle valutazioni tecnico-discrezionali della pubblica amministrazione.

Fino alla fine degli anni '90 del Novecento, il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica veniva inteso, analogamente a quello sulla discrezionalità amministrativa, estrinseco e "debole". È da notare, peraltro, che esiste tutt'oggi una giurisprudenza che tende ad affermarne tale natura, asserendo che il giudice amministrativo debba limitarsi al riscontro di difformità macroscopiche e rilevabili *ictu oculi*⁸³. Ancora, si è sostenuto che «nelle gare pubbliche il controllo del giudice della legittimità sugli apprezzamenti tecnici dell'Amministrazione deve essere svolto *extrinsecus*, nei limiti della rilevabilità *ictu oculi* dei vizi di legittimità dedotti, essendo diretto ad accertare il ricorrere di seri indici di invalidità e non alla sostituzione dell'Amministrazione»⁸⁴.

Tuttavia, a partire da una nota sentenza del Consiglio di Stato del 1999⁸⁵, si è registrato un passaggio, oggi maggioritariamente accolto, ad un sindacato intrinseco (forte) delle valutazioni tecniche dell'amministrazione, che si estende pienamente al fatto e all'attendibilità delle operazioni tecniche, con riferimento all'applicazione delle regole tecniche del settore e alla coerenza tra atti e dati concreti⁸⁶. Più specificamente, «il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi, allora, in base non

⁸² Cons. Stato, Sez. IV, 1999, n. 601, ripresa da G. Sabato, *La Full Jurisdiction nella giurisprudenza nazionale. Un quadro complesso in evoluzione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2018, p. 310.

⁸³ da G. Sabato, *La Full Jurisdiction nella giurisprudenza nazionale. Un quadro complesso in evoluzione*, cit., 302. Il riferimento è a T.A.R. Lazio-Roma, Sez. I-bis, 2014, n. 4386.

⁸⁴ *Ibidem*, 301. Il riferimento è a Cons. Stato, Sez. V, 2013, n. 978.

⁸⁵ Cons. Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, cit.

⁸⁶ P. M. Vipiana, *L'attività amministrativa ed i regimi amministrativi delle attività private*, cit., p. 82. Sul tema anche, G. Sabato, *La Full Jurisdiction nella giurisprudenza nazionale. Un quadro complesso in evoluzione*, cit., 309 ss.; R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, II, 2017, 141; F. Goisis, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, cit., 546 ss.

al mero controllo formale ed estrinseco dell'*iter* logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì invece alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo. Non è, quindi, l'opinabilità degli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione che ne determina la sostituzione con quelli del giudice, ma la loro inattendibilità per l'insufficienza del criterio o per il vizio del procedimento applicativo»⁸⁷.

Sulla scorta delle considerazioni appena delineate, si può, pertanto, procedere a specificare questa nozione di discrezionalità amministrativa, che conforma il sindacato del giudice amministrativo secondo lo schema del controllo di attendibilità.

In effetti, è stato posto in evidenza⁸⁸ che, se nel caso della discrezionalità amministrativa pura il limite ultimo del giudice è costituito dalla ragionevolezza (nel senso che, a parità di quest'ultima, la scelta per un'opzione piuttosto che per un'altra è insindacabile), nel caso della discrezionalità tecnica il confine ultimo è rappresentato dall'attendibilità delle valutazioni tecniche adottate. Si tratta di una ricostruzione che permette di mantenere la piena efficacia della protezione giudiziale (in conformità con il diritto europeo) senza però ammettere il giudice amministrativo a censurare scelte amministrative legittime⁸⁹.

Com'è stato autorevolmente⁹⁰ notato il sindacato sulla discrezionalità tecnica si distingue da quello sulla discrezionalità pura poiché non si limita alla pari attendibilità di diverse valutazioni effettuate dalla pubblica amministrazione, ma si spinge ad individuare la soluzione "maggiormente attendibile". Si tratta quindi di un sindacato caratterizzato da una maggiore incisività dovuta al fatto che le caratteristiche di questo tipo di discrezionalità (che riguarda aspetti complessi del fatto) non renderebbero effettivi i principi del giusto processo se il sindacato del giudice si limitasse a controllare che l'amministrazione

⁸⁷ Cons. Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, cit., par. 1.2. La giurisprudenza menzionata risulta ormai consolidata. In particolare, per un richiamo più recente, si rimanda a T.A.R. Lazio, Sez. III, 26 novembre 2019, n. 13568, ove si afferma «la cognizione piena del giudice amministrativo anche in rapporto all'esercizio di discrezionalità tecnica, nella misura in cui – pur non potendo il giudice sostituirsi all'Amministrazione (essendo il potere di sostituzione proprio soltanto della giurisdizione di merito) – il sindacato giurisdizionale può comunque estendersi all'esatta valutazione del fatto, secondo i parametri della disciplina nella fattispecie applicabile (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601 e successiva giurisprudenza consolidata)», nonché T.A.R. Lazio, Sez. III, 31 dicembre 2017, n. 10918, ove si legge che «da tempo, infatti, la giurisprudenza ha affermato che il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'*iter* logico seguito dall'autorità amministrativa, ma alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo». Si rimanda anche a Cons. Stato, Sez. II, Adunanza di Sezione del 27 luglio 2011, n. 4725, in cui il giudice amministrativo d'appello ribadisce che «la questione di fatto, che attiene ad un presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo, non si trasforma, soltanto perché opinabile, in una questione di opportunità, anche se è antecedente o successiva ad una scelta di merito (notazione quest'ultima limpidamente scolpita da Cons. St., sez. IV, 9 aprile 1999 n. 601). Lo sconfinamento nella sfera del merito è configurabile solo quando la statuizione del giudice si spinga ad una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto giacché, in tal caso, la volontà dell'organo giudicante finisce per sostituirsi a quella dell'amministrazione».

⁸⁸ D. Granara, *Sindacato pieno della discrezionalità tecnica e principio di effettività della tutela giurisdizionale: dialogo tra le Corti*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2021, 16.

⁸⁹ *Ibidem*, 22.

⁹⁰ F. Patroni Griffi, *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato*, Palazzo Spada, 5 febbraio 2020, 16, reperibile in www.giustiziaamministrativa.it.

abbia adottato una delle possibili scelte attendibili, infatti, in questo caso la ragionevolezza della scelta richiede che tra le opzioni attendibili sia stata preferita quella che lo è maggiormente.

In conclusione, dunque, si può dire che il percorso seguito dalla giurisprudenza nazionale, anche recente⁹¹, si pone in sintonia con il quadro di principi individuati dalla Corte EDU, conciliando l'imprescindibile garanzia costituzionale all'effettiva tutela giurisdizionale con i limiti derivanti dal sistema di separazione dei poteri che la "Teoria dello Stato" impone⁹².

Il sindacato del giudice amministrativo nei confronti delle decisioni algoritmiche, pertanto, potrebbe avvenire secondo le linee che si sono appena descritte: attraverso un pieno accesso ai fatti rilevanti – compresi quelli complessi che riguardano la costruzione ed il funzionamento della formula tecnica – che garantisca al giudice la possibilità di valutare l'attendibilità della decisione adottata. In questo modo dovrebbe garantirsi la c.d. "*effective legal protection*" senza scadere in un'indebita sostituzione della giurisprudenza alla pubblica amministrazione.

5. Considerazioni conclusive

Si consenta, in conclusione, di tracciare le linee essenziali di quanto esposto al fine di trarne alcune conclusioni.

Nel corso dei paragrafi precedenti si è tentato di ricostruire lo schema secondo il quale è possibile inquadrare l'esercizio del potere amministrativo attraverso soluzioni automatizzate e si è evidenziato il maggior ruolo che, in questo contesto viene attribuito alla discrezionalità tecnica. Quest'ultima diviene forma imprescindibile del farsi dell'amministrazione algoritmica poiché sempre si richiede una valutazione tecnica relativa a tutti gli elementi che contribuiscono al buon funzionamento della procedura (dati da immettere, preferenze attribuite, modalità di funzionamento). Al contempo, però, non si ha una sostituzione *tout court* di ogni forma di discrezionalità amministrativa con quella tecnica, ma si configura una dimensione duale in cui all'inevitabile tecnicismo può precedere una valutazione di bilanciamento e mediazione degli interessi in gioco riconducibile alla classica discrezionalità c.d. "pura" o, anche, all'attività c.d. "vincolata" (laddove la valutazione in questione non lasci spazio a scelta o ne lasci pochissimo).

Questa duplice dimensione di avveramento del potere della pubblica amministrazione influisce, ovviamente, sul modo di estrinsecarsi del sindacato del giudice amministrativo che dovrà tentare di scindere le due componenti coinvolte applicando a ciascuna il controllo che le si adatta meglio. È stato

⁹¹ Cons. Stato, Sez. VI, 21 dicembre 2020, n. 8187.

⁹² F. Follieri, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, cit., p. 142.

detto in proposito che «invero dovrebbe predicarsi una piena sindacabilità dell'applicazione delle regole tecniche e la contestuale insindacabilità dell'apprezzamento del pubblico interesse»⁹³.

Infatti, si è visto che il sindacato della discrezionalità amministrativa rimane soggetto al classico limite della ragionevolezza, mentre la discrezionalità tecnica pone il confine su di una linea più estrema che si assesta non sulla pari attendibilità delle scelte tecniche, ma sulla loro «maggiore attendibilità».

È bene aggiungere che, laddove l'attività sia vincolata o, comunque, caratterizzata da un basso livello di discrezionalità, il sindacato del giudice potrà legittimamente essere più penetrante ed andare a “sostituirsi” a quello dell'amministrazione. A ben vedere, però, non si tratta di una vera e propria sostituzione, ma semplicemente di ricondurre l'agire della pubblica amministrazione nell'alveo del principio di legalità, imponendole una decisione che non avrebbe dovuto/potuto essere differente da quella prevista dalla legge.

Risulta chiaro che i principi della c.d. “legalità algoritmica” delineati dal Consiglio di Stato nelle sentenze che si sono analizzate servono proprio a garantire un livello di trasparenza tale da permettere un controllo, da parte dell'amministrazione, per prima, e del giudice amministrativo, quando necessario, che siano conformi ai principi del giusto procedimento/giusto processo (art. 111 Cost.; art. 6 CEDU). Elemento centrale di questa garanzia è la possibilità di un pieno accesso al fatto, anche nella sua dimensione complessa.

Questa ricostruzione permette di rispettare quanto previsto a livello costituzionale e convenzionale senza però sfiorare oltre la nozione “di piena legittimità”, evitando quindi di creare un potere giurisdizionale svincolato da opportuni limiti, inaccettabile e, con ogni probabilità, dannoso.

Il sindacato del giudice amministrativo deve sempre rimanere entro i confini della legittimità e non esorbitare in valutazioni opinabili che spettano all'amministrazione. Questo schema rappresenta una tutela per il cittadino e per la collettività poiché evita che si entri nella dimensione delle opinioni, che conduce irrimediabilmente al campo dell'imprevedibilità⁹⁴. Un giudice amministrativo che sostituisse sistematicamente la propria opinione a quella della p.a., rischierebbe di emettere decisioni incalcolabili⁹⁵, con intuibili effetti sistematici negativi, pertanto, anche nel caso dell'amministrazione automatizzata, le cui caratteristiche, come si è visto, potrebbero richiedere un sindacato giurisdizionale particolarmente incisivo – al fine di recuperare un'effettiva protezione normativa – è fondamentale che esso sia ricondotto entro limiti accettabili, i quali, come si è avuto modo di dire tramite il parallelo con la questione inerente alla *full jurisdiction*, potrebbero rinvenirsi in un pieno sindacato confutatorio.

⁹³ L. Prudenzeno, *Giusto procedimento amministrativo, discrezionalità tecnica ed effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 18.

⁹⁴ R. Garofoli, *Il controllo giudiziale, amministrativo e penale dell'amministrazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2020, 2, 3.

⁹⁵ Su tale questione, si richiamano, ancora una volta, i contributi contenuti in A. Carleo (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, cit.