

SARA VALAGUZZA

LA CONTAMINAZIONE COME METODO DI CONOSCENZA PER LA SCIENZA GIURIDICA. UNA SPERIMENTAZIONE A PARTIRE DAL DIRITTO PROCESSUALE

SOMMARIO: 1. L'endiadi tra cultura e scienza. — 2. Un esperimento di contaminazione che riguarda il diritto processuale amministrativo. — 3. I punti fermi della scienza giuridica nel campo oggetto dell'esperimento di contaminazione. — 3.1. Lo scopo della giurisdizione: la specialità della giustizia processuale e il suo rapporto con le esigenze del caso concreto. — 3.2. L'alternativa concettuale tra norme di dettaglio e norme basate su principi generali di razionalità. — 4. Dagli Stati Uniti un nuovo parametro per il sindacato giurisdizionale: la lealtà dell'azione amministrativa e i *pretext-based challenges*. — 5. Dall'Italia un allarme sui criteri di definizione degli algoritmi utilizzati nell'azione amministrativa. — 6. La contaminazione come metodo di conoscenza della scienza giuridica.

1. Se il diritto è ancora prevalentemente statutale, la cultura giuridica (1) non lo è mai stata. Nei lavori dei Maestri è

(1) Aldo Schiavone, in un'analisi storica molto accurata, riconduce la cultura giuridica occidentale all'unione di due grandi categorie concettuali: quella di ascendenza greca, che porta in evidenza il paradigma democratico, secondo cui il diritto è il prodotto delle decisioni di un'assemblea del popolo, e quella romana, per la quale il diritto è l'esito di un sistema di potere dotato di autorità. Il primo paradigma (quello greco) crea un nesso inscindibile tra popolo e legge, il secondo (quello romano) tra forma e ordinata razionalità, A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005. Sulla crisi del modello tradizionale di cultura giuridica, F. BASSANINI - F. CERNIGLIA - F. PIZZOLATO - A. QUADRIO CURZIO - L. VANDELLI (a cura di), *Il mostro effimero. Democrazia, economia e corpi intermedi*, Bologna, 2019.

frequente ritrovare tracce del dialogo con autori stranieri, specialmente francesi e tedeschi, su argomenti cruciali della teoria del diritto amministrativo (2), tra cui, per citarne solo alcuni, la discrezionalità tecnica (3), l'oggetto del giudizio (4), la calcolabilità giuridica (5), la globalizzazione dell'amministrazione (6).

Andando alla ricerca di basi comuni della cultura giuspubblicistica europea, Armin Von Bogdandy ha descritto il diritto pubblico europeo come un vero e proprio *ius commune* che, pure in assenza di una codificazione, va oltre alla mera europeizzazione degli ordinamenti giuridici nazionali perché si identifica come il diritto dello spazio giuridico europeo. Si tratterebbe di una realtà giuridica generata dalla fortissima interdipendenza tra gli ordinamenti capaci di identificare una identità culturale comune, cfr., A. VON BOGDANDY, *Alla ricerca di basi comuni della cultura giuspubblicistica europea*, in L. TORCHIA (a cura di), *Attraversare i confini del diritto. Giornata di studio dedicata a Sabino Cassese*, Bologna, 2016, 9 ss. e, più in generale, AA.VV., *Ius Publicum Europaeum: Band VIII: Verwaltungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen und Verfahren*, Heidelberg, 2019; sulla cultura giuridica europea sono interessanti anche le riflessioni di G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, 2005.

(2) Le influenze della dottrina straniera sui classici del diritto amministrativo si possono ricostruire leggendo il volume che ripercorre la storia della giuspubblicistica italiana di A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo (1800-1945)*, Milano, 2009.

(3) Molti i riferimenti alla dottrina tedesca nel volume di D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995. Del resto, la scuola trentina presta particolare attenzione ad inserirsi nel dibattito europeo: non diversamente, sia pure su altri argomenti, G.D. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche: ammissibilità e ambiti*, Milano, 1984; B. MARCHETTI, *L'esecuzione delle sentenze prima del giudicato*, Padova, 2000 (oltre ai numerosi scritti sul diritto europeo e sul diritto americano); F. CORTESI, *La questione della pregiudizialità amministrativa. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e diritto processuale*, Padova, 2003; A. SIMONATI, *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato. Nell'analisi giurisprudenziale*, Padova, 2003; A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013.

(4) Il dibattito con la dottrina tedesca è serrato anche nel lavoro di R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1970.

(5) Emblematica ad esempio la discussione avviata dagli scritti di Max Weber degli anni Venti sul tema della calcolabilità giuridica, con il quale si sono confrontati studiosi italiani e stranieri nel corso di una conferenza tenutasi il 23 giugno 2016 a Roma. Gli scritti sono ora raccolti in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2018.

(6) Il dibattito sul *global administrative law*, avviato negli Stati Uniti (cfr., B. KINGSBURY - N. KRISCH - R. B. STEWART, *The Emergence of Global Administrative Law*, in *Law and Contemporary Problems*, 2005) è stato ampiamente alimentato e

Per la verità, su che cosa si intenda per cultura giuridica potremmo molto discettare.

Specialmente verso la fine dell'Ottocento e all'inizio del Novecento (7), il concetto, nella sua accezione generale, è stato preda di numerosi tentativi definitivi in campo antropologico, che, hanno evidenziato il legame tra cultura e *civilisation*: cultura veniva intesa, alternativamente, come attributo di gruppi elitari di persone colte, come peculiarità del genere umano, come processo di apprendimento oppure come insieme delle credenze e dei comportamenti acquisiti in retaggio di tradizioni ed idee antiche. Diversi metodi vennero sperimentati per ricostruire l'origine e lo sviluppo della cultura nel mondo, con l'obiettivo di individuarne i caratteri distintivi, da zona a zona.

Con riferimento specifico al significato della cultura giuridica, invece, buona parte degli studiosi del diritto si sono appoggiati su di una nozione sociologica, nel solco della definizione proposta dall'americano Lawrence Friedman, secondo cui *legal culture* "refers to ideas, values, expectations and attitudes towards law and legal institutions, which some public or some part of the public holds" (8). Nell'impostazione di Fried-

arricchito in Europa grazie allo studio e agli scritti di S. Cassese e della sua scuola, cfr., tra tutti, S. CASSESE, *An International Society of Public Law*, Opening Speech of the ICON-S Inaugural Conference (Florence, June 26-28, 2014), ICON-S Working Paper - Conference Proceeding Series, 1, 2015; ID., *Administrative Law without the State? The Challenge of Global Regulation*, in *International Law and politics*, vol. 37, 2005, 663-694; ID., *Is There a Global Administrative Law?*, in A. VON BOGDANDY - R. WOLFRUM - J. VON BERNSTORFF - P. DANN - M. GOLDMANN (a cura di), *The Exercise of Public Authority by International Institutions. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht* (Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht), 210, Berlino, 2010.

(7) Per una sintesi del percorso cfr., D. LEACH, *Cultura*, ad vocem, *Enciclopedia Einaudi*, Torino, 1978.

(8) L. M. FRIEDMAN, *The Concept of Legal Culture: a Replay*, in D. NELKEN (a cura di), *Comparing Legal Cultures*, 1997, 34; ID., *Is there a Modern Legal culture?*, in *Ratio juris*, 7, 1994, 117-131: "Every person has a legal culture, just as every person has a general culture, and a social culture; every person has individual, unique traits, as distinctive as his or her fingerprints; but each person is at the same time part of a collective, a group, a social entity, and shares in the ideas and habits of that group" (p. 118).

man, la cultura giuridica degli anni Novanta, per esempio, si è caratterizzata per i seguenti elementi: la mobilità e la tendenza al cambiamento continuo del diritto; la densità e la pervasività della legislazione; la strumentalità del diritto agli scopi economici e sociali; l'attenzione ai diritti umani; il forte senso di individualismo e, infine, la tendenza alla *globalization*.

Sul presupposto che “*the global legal culture will be based on an amalgam of the world’s legal and governmental cultures*” (9), talvolta si è anche inteso riferirsi alla coscienza collettiva della giuridicità, includendo, nella cultura giuridica, aspetti contenutistici, di carattere etico, religioso, storico e morale (10).

Gli scritti che assumono come base questa prospettiva (11)

(9) C. H. KOCH, *Envisioning a global legal culture*, in *Michigan Journal of International Law*, 2003, 1 ss., spec. 19, dove si aggiunge la seguente profezia: “*For the foreseeable future, legal development will be dominated by U.S. concepts, representing the common law world and the presidential government model, and the E.U., representing the civil law tradition and the parliamentary government system. This foundation is predictable not only because these two transatlantic authorities, and the legal and governmental cultures they represent, will dominate at least this early stage, but because these cultures have migrated around the world, forming in some ways two fundamental models for legal and governmental institutions*”.

(10) Sui quali è più difficile trovare una identità di prospettive nella dimensione transnazionale, cfr. C. R. SUNSTEIN, *Incommensurability and Valuation in Law*, in *Michigan Law Rev.*, 1994, 779 ss. Se confrontassimo, per esempio, i principi della Costituzione cinese con quelli delle Costituzioni liberali europee, scopriremmo che alcuni valori fondamentali non coincidono, cfr. Y. FENG, *Legal Culture in China: A Comparison to Western Law*, in *Revue Juridique Polynésienne*, 2010, 115-124. Anche se, a ben vedere, pure le questioni che potrebbero apparire di natura squisitamente procedurale contengono differenze rilevanti di approccio. Si pensi al modello processuale *adversarial* tipico dei sistemi di *common law*, profondamente diverso da quello inquisitorio del *civil law*, oppure ai criteri di formazione del corpo della magistratura. Sul punto, ancora, C. H. KOCH, *Envisioning a global legal culture*, cit., 62 ss.

(11) Per esempio, C. H. KOCH, *Envisioning a global legal culture*, cit., che studia l'incontro tra cultura giuridica europea e statunitense, dal punto di vista di una proficua interazione tra pensiero giuridico di *civil* e di *common law*, ponendo particolare attenzione, come elemento distintivo dei paesi europei, alla codificazione del diritto e all'attività che denomina *rationalizing the law*. Sulla codificazione come elemento caratteristico dei nostri sistemi cfr., M. RAMAJOLI, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 347 ss.

si interrogano sulla interazione tra culture di *civil* e di *common law*, analizzano le mutazioni che i sistemi nazionali subiscono per effetto delle trasformazioni della società e predicono lo sviluppo futuro dei *global legal systems* (12).

Di fatto, la letteratura giuridica si concentra, però, su un esame tecnico, alimentando una cultura settoriale. In questo senso, utilizzeremo l'espressione cultura giuridica attribuendole un significato specialistico, differente da quello antropologico o sociologico, per intendere l'insieme degli strumenti, dei metodi e dei meccanismi logici che qualificano il pensiero professionale e il linguaggio del giurista.

In tale approccio definitorio, quella che abbiamo qualificato come cultura giuridica potrebbe facilmente confondersi con la scienza giuridica. E, in effetti, le due espressioni, ed i relativi significati, si somigliano.

La differenza è che la cultura giuridica è misurabile anche individualmente, perché appartiene al singolo, mentre la scienza giuridica esiste in una dimensione oggettiva, a cui ognuno può accedere grazie alle sue conoscenze. Così, cultura e scienza finiscono per rappresentare una endiadi, in quanto appaiono come due dimensioni che vanno a completarsi vicendevolmente.

In generale, la scienza è un sapere di tipo ideale, che si basa su regole convenzionali e su principi sottoposti a continue verifiche ed evoluzioni oltre che sul consenso e sulle conoscenze di vari gruppi di esperti (gli scienziati), dai quali dipende la sua crescita, la sua illustrazione, così come le modalità della ricerca e il metodo (13). Ha le caratteristiche di questo sapere ideale anche la scienza giuridica (14), che è una costruzione

(12) L'utilizzo del sostantivo al plurale è la conseguenza delle sovrapposizioni potenziali di diversi sistemi e sottosistemi appartenenti ad una dimensione giuridica globale.

(13) Per una ricostruzione semantica e teorica del termine, cfr., S. AMSTERDAMSKI, *Scienza*, ad vocem, in *Enciclopedia Einaudi*, Torino, 1981.

(14) Scienza di cui si è segnata una crisi, dovuta ad una nuova dogmatica (o, secondo alcuni, ad una crisi della dogmatica), per effetto della prevalenza del formante giurisprudenziale su quello legislativo e per la diffusione di forme di

intellettuale, composta da cognizione tecniche, il cui oggetto e il cui scopo è la disciplina dei fenomeni di interesse sociale, secondo esigenze e regole che mutano nel tempo e nello spazio. Alcuni scritti si occupano della scienza giuridica osservandola nella prospettiva dell'ordinamento nazionale, altri in quella europea (15), altri ancora studiano principi di portata globale.

La fuoriuscita della cultura e della scienza giuridica dai confini nazionali non è soltanto la conseguenza del preponderare degli studi che contengano profili di diritto comparato (16). Alla base, infatti, vi è una questione ontologica: è la conoscenza ad implicare dialogo, circolarità e confronto tra esperienze. Tutti i metodi scientifici, induttivi o deduttivi che siano, suppongono un avanzamento spinto da dati, informazioni, incroci, esperimenti.

Così, cultura e scienza giuridica, pure quando partono

giuridicità atipiche, cfr., C. CASTRONOVO, *Scienza giuridica e prassi nella moltiplicazione dei poteri*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 483 ss.; più diffusamente, N. IRTI, *Il diritto incalcolabile*, Torino, 2016 e, in prospettiva opposta, P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma, 2015.

La crisi qui accennata induce talvolta a dubitare che il diritto possa essere inteso come scienza, data la sua (attuale) scarsa prevedibilità, cfr. A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto europeo in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, Milano, 2018: il dibattito è riportato dall'Autore specialmente alle note 16 e 26 del Capitolo I.

(15) A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto europeo in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, cit.; A. VON BOGDANDY, *National legal scholarship in the European legal area - A manifesto*, in *International Journal of Constitutional Law*, 10, 2012, 604 ss.; ID., *Le sfide della scienza giuridica nello spazio giuridico europeo*, in *Dir. Un. Eur.*, 2012, 225 ss.; R. ZIMMERMANN, *Savigny's Legacy. Legal History, Comparative Law and the Emergence of a European Legal Science*, in *The Law Quarterly Review*, 112, 1996, 576 ss.

(16) Tra l'altro, gli studi di diritto comparato talmente si sono estesi negli ultimi decenni da aver fomentato anche una direzione contraria e prettamente nazionalista di certe ricerche giuridiche che volessero differenziarsi dalla massa. Secondo J. Ziller, l'internazionalizzazione è l'interdisciplinarietà sono ormai obblighi per l'attività accademica, anche a causa dei criteri di attribuzione dei finanziamenti per la ricerca, in quanto il diritto è una scienza umana e, in particolare, una scienza sociale "auquel cas l'internationalisation comme phénomène social doit prendre une place essentielle en premier lieu dans la recherche", J. ZILLER, *Le futur de l'enseignement et de la recherche en droit administratif*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 2019, 1131 ss., citazione a pagina 1137.

dall'osservazione di un determinato ordinamento nazionale, vanno progressivamente a costruire insieme sempre più ampi di famiglie similari; le problematiche generali che i diversi sistemi giuridici devono affrontare sono affini e così anche le relative soluzioni, conseguentemente le discussioni dottrinali vengono svolte assieme a studiosi di sistemi giuridici diversi e le questioni complicate cercano appigli in altri ordinamenti, non solo europei (17). A fronte di temi comuni, l'extra-statalità della ricerca è un effetto della completezza dell'indagine e dell'interesse ad aumentare consapevolezza e solidità nell'argomentare giuridico.

Se è vero che specialmente in alcuni settori, e purtroppo il diritto pubblico è uno di quelli, l'abitudine a scrivere nella lingua madre impoverisce il contributo della accademia italiana all'estero (18), non mancano però oggi possibilità di scambio e

(17) Come dimostra anche l'esame della giurisprudenza, che costantemente sviluppa e approfondisce esperienze di ordinamenti esterni, per trarne argomenti da utilizzare ai fini della propria decisione, cfr., a titolo esemplificativo, S. BREYER, *The Court and The World*, New York, 2015; T. GROPPI, M.C. PONTTHOREAU (a cura di), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, 2013.

(18) In commento critico al rischio che la dominanza della lingua inglese diventi uno strumento di egemonia politica, sono interessanti le riflessioni proposte da M. CARTABIA, *A proposito di 'The (hegemoinc') role of the English language' di Christian Tomuschat la lingua inglese e lo studio del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 907 ss., che si sofferma anche sulla nuova dimensione della scienza giuridica e del suo oggetto, per affrontare la questione della lingua del diritto: "L'apertura ad altri ordinamenti è una realtà che modifica vari aspetti dell'oggetto del diritto pubblico: dalle fonti, alla tutela dei diritti fondamentali, alle forme di garanzia giurisdizionale. Si tratta di fenomeni che si svolgono sotto gli occhi di tutti e che si stanno verificando grazie a una serie di spinte concomitanti: dapprima l'ingresso dell'Italia nel processo di integrazione europea, con la sua progressiva espansione in settori spiccatamente giuspubblicistici e costituzionalistici (la Carta dei diritti fondamentali, i principi del diritto penale, ad esempio); poi lo sviluppo della tutela dei diritti umani nell'ambito del Consiglio d'Europa e presso la Corte europea dei diritti dell'uomo, soprattutto dopo l'entrata in vigore del Protocollo 11 alla fine degli anni Novanta; in seguito, ancora, il formarsi di network di giudici su scala globale e la pratica sempre più diffusa di richiamare la giurisprudenza di corti straniere, e ancora l'emergere della *global administrative law*, l'opera di organizzazioni internazionali in ambiti strettamente giuspubblicistici legati allo sviluppo delle istituzioni democratiche e della *rule of law* (come quello della Commissione per la democrazia attraverso il diritto — la Commissione di Venezia — nell'ambito del

proficuo confronto con la dimensione transnazionale (19), grazie anche alle biblioteche e banche dati disponibili, delle quali la ricerca può approfittare con risultati utili, se non altro in termini di acquisizione di informazioni.

2. In tutti i settori, la ricerca beneficia della contaminazione tra saperi, tra esperienze, tra pensieri.

Andando alle origini semantiche, il termine contaminazione deriva dalla biologia ed indica il fenomeno per cui si mettono assieme i caratteri genetici di due individui diversi per generarne un nuovo, migliore, più forte e resistente, più intelligente rispetto al contesto. Il mondo della natura ci offre prove di come la contaminazione arricchisca i soggetti che la sperimentano. Si pensi, ad esempio, agli innesti in agricoltura, che creano nuovi ceppi di piante capaci di vivere in condizioni estreme. Anche il campo delle organizzazioni aziendali utilizza la contaminazione, per introdurre nuovi metodi e comporre al meglio i *team* di lavoro, in modo da sviluppare innovative metodologie e crescere nella competitività.

Nelle scienze, contaminare significa mescolare le cose, sottoporre a falsificazione tesi consolidate, sovrapporre e fare interferire logiche e sistemi; la contaminazione, nel diritto così come nelle altre discipline, è un metodo di studio che vive di un pensiero sconfinato.

La contaminazione è un importante motore della scienza intesa come conoscenza, perché permette di superare i dogmi e fa sviluppare nuove strutture concettuali; affidandosi ad essa, lo studioso si muove senza preconcetti e ideologismi, abbandona l'autoreferenzialità e perde il senso di immutabilità del passato.

Consiglio d'Europa) e lo stesso intreccio tra diritto internazionale e diritto pubblico nazionale in moltissimi ambiti — dal diritto dell'ambiente al diritto antidiscriminatorio — fanno sì che l'oggetto stesso della disciplina includa oggi fenomeni che può conoscere e di cui può parlare e ragionare solo facendo ricorso a una lingua comune, che oggi non si può non riconoscere che sia l'inglese.”

(19) Tale prospettiva è raccolta anche in alcune collane giuridiche che si apprezzano per il metodo scelto dai curatori. Ne è un esempio il caso della collana di *Studi di diritto pubblico*, diretta da R. BIN - F. CORTESE - A. SANDULLI.

Le scienze dure e le scienze naturali sono abituate alla contaminazione (20), meno lo sono le scienze sociali, che pure potrebbero di molto beneficiare delle medesime tecniche.

Contaminare i saperi significa accrescere conoscenza e cultura, intendendo quest'ultima non nella accezione antropologica (secondo la quale è intesa come sedimentazione di esperienze), ma nella nozione pragmatica che la identifica come un fenomeno di ricerca e di crescita nell'apprendimento.

Viceversa, la scienza che tende a non farsi contaminare difficilmente cresce e si accultura, piegandosi su sé stessa in modo autoreferenziale.

Nelle pagine che seguono tenteremo una contaminazione tra ordinamenti nell'ambiente del diritto amministrativo e, specificamente, del diritto processuale, prendendo in considerazione alcuni ragionamenti intorno al sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi raccolti da importanti casi giudiziari negli Stati Uniti e in Italia.

Confrontarsi con altri sistemi giuridici non è certo una novità, né è una invenzione che stiamo proponendo ora. Quello che spesso rimane sottotraccia, però, è la motivazione di tale operazione intellettuale. Messo in luce il perché del confronto, secondo la ricostruzione che proponiamo la contaminazione è un metodo di conoscenza della scienza giuridica e, in quanto tale, deve essere riconosciuta come la modalità tipica di approccio alle questioni teoriche all'interno di un pensiero collettivo e globale. Il che la rende necessaria, oltre che utile.

Proveremo, in questo scritto, a esemplificare in che maniera la cultura e la scienza giuridica possano beneficiare del metodo della contaminazione e ci accorgeremo dell'estrema circolarità del diritto, ossia del valore generale delle astrazioni nell'ambito della nostra scienza, non meno che nella medicina, nella biologia o nell'astrofisica. Avvertiremo, di conseguenza, l'esigenza di riconoscere una nuova coscienza del giurista che,

(20) *No future for sciences without contamination* è il messaggio lanciato da Maria Pia Abbraccio, in un interessante discorso per la crescita della scienza e della conoscenza, disponibile qui: www.youtube.com/watch?v=An7pHHnAFNA.

pure alle prese con un ramo del diritto tradizionalmente statale — quale è il diritto amministrativo in generale e il diritto processuale in particolare — scopre di essere inserito in un contesto che ha una sola reale dimensione scientifica, che è quella globale.

Il tema cruciale della questione della giustizia nell'amministrazione, scelto anche come campo di sperimentazione in questo scritto, riguarda, da qualsiasi angolo la si osservi, l'intensità del sindacato giurisdizionale.

È evidente che il nostro esperimento di contaminazione ha a che fare con una tematica essenziale al diritto amministrativo. La scelta non è casuale, ma è motivata dal fatto che attorno alle problematiche generali e di carattere sistematico, che neutralizzano in buona parte le differenze tra i sistemi giuridici, è possibile trovare il campo più fertile per la contaminazione.

Tratteremo della sindacabilità degli atti dell'amministrazione, per sottoporre alla prova dei fatti quanto stiamo sostenendo, e cioè che la contaminazione è un metodo di ricerca per la maturazione della scienza giuridica e che anche nel diritto amministrativo la cultura giuridica si sviluppa ampiamente al di fuori dei confini nazionali.

L'oggetto prescelto appare particolarmente adatto a promuovere delle riflessioni *contaminate*, perché il sindacato giurisdizionale contro gli atti dell'amministrazione affronta ovunque le medesime problematiche e si confronta con un ordine di principi elementari simili.

Nella prima parte della ricerca esporremo i termini generali del tema che approfondiremo, cercando di raccogliere in poche pagine i concetti essenziali capaci di rappresentarlo in maniera trasversale; nella seconda illustreremo un recentissimo orientamento inaugurato dalla Corte Suprema Americana che estende il sindacato giurisdizionale contro gli atti delle *agencies* anche alle ipotesi di motivazione ragionevole, ma insincera alla prova dei fatti; nella terza ci concentreremo su una sentenza della sesta sezione del Consiglio di Stato, che riguarda l'applicabilità degli algoritmi nell'azione amministrativa e le conse-

guenze che l'impiego di formule matematiche ha sul versante del sindacato giurisdizionale. Infine, trarremo le nostre conclusioni, raccogliendo gli spunti emersi ed esaminando in che maniera la cultura giuridica possa crescere attraverso la contaminazione.

Si anticipa che, per rendere la contaminazione il più possibile diretta, nel prosieguo si è ritenuto di citare alcuni passaggi delle decisioni utilizzate per esteso e testualmente, evitando di rielaborarle. Siccome il sindacato giurisdizionale contro gli atti dell'amministrazione non è qui il nostro tema di ricerca (21), ma è solo il campo prescelto per il nostro esperimento, ci verrà concesso di non soffermarci in profondità su alcuni aspetti che, se adeguatamente discussi, devierebbero troppo il nostro cammino (22).

3. 3.1. Dedicheremo questi primi due paragrafi ad illustrare alcuni concetti basilari della scienza giuridica, comuni alla stragrande maggioranza dei sistemi giuridici moderni, per ricostruire le dinamiche del rapporto tra legislazione, esercizio della giurisdizione e potere amministrativo, mettendo in luce le peculiarità del concetto giuridico di giustizia e le caratteristiche del sindacato giurisdizionale contro gli atti dell'amministrazione.

Cominciamo con il riconoscere che il ragionamento giuridico è spesso e diffusamente accusato, con una accezione negativa del termine, di *formalismo*, a fronte del fatto che l'esito di un giudizio, reso nel rispetto dei principi e delle regole dell'ordinamento, potrebbe essere differente da quello suggerito dalla ragione dell'osservatore.

In realtà, nessuna decisione giurisdizionale è meramente

(21) Per chi fosse interessato ad approfondire oltre il ruolo del giudice amministrativo e le problematiche connesse, se si vuole, si rinvia a S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, 2016.

(22) Viceversa, nelle note a piè di pagina si cercherà di condurre il ragionamento in maniera da considerare non solo la dottrina italiana, interagendo con il dibattito vivo anche in altri Paesi.

formale, nel senso che ogni pronuncia è espressione di sostanza, intesa come scelta per un certo contenuto o per un determinato assetto di interessi.

Il diritto è comunque sempre formalista, ma non nella accezione negativa che spesso, in maniera a-tecnica, gli si scaglia contro. Il diritto è formalista nel senso che sono dei criteri *formali* che ne accompagnano l'interpretazione, lo studio e l'evoluzione e che lo rendono, appunto, una scienza (23). Quando si vuole individuare lo scopo, lo spirito o la ragione di una norma, si agisce nei limiti dell'ordinamento; si compie cioè un'operazione intellettuale guidata da precetti e procedure, cioè da forme. Forme che, a ben vedere, rappresentano la sostanza (il contenuto) del diritto. Tutte le volte in cui si varca la soglia delle aule giudiziarie, sorge un problema di ricostruzione e di interpretazione, del fatto e del diritto, che deve essere risolto seguendo le regole e i principi della scienza giuridica. Anche nelle vicende giudiziarie all'apparenza più semplici, la scienza giuridica guida l'operato dell'interprete (24).

Ciò permette di affermare un modello di tutela giurisdizionale in cui la definizione della controversia non è affidata alla saggezza o all'intuito del giudicante. L'intera struttura del processo si basa sulle garanzie proprie dell'oggettività delle decisioni giudiziarie, sull'uniforme interpretazione della legge e sulla impersonalità del diritto (25): non spetta al giudice

(23) Secondo Schauer, il formalismo (inteso in senso tecnico, quindi non in maniera negativa) costituisce sempre un aspetto centrale di ciò che rende speciale il diritto. Il lavoro più importante di F. SCHAUER, *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*, Cambridge, 2009, è stato tradotto, accompagnato da una interessante prefazione, da G.B. Ratti e V. Velluzzi, cfr., F. SCHAUER, *Il ragionamento giuridico*, Roma, ult. ed., 2018, 13-14. Sul tema del formalismo, 66 ss.

(24) Sulla complessità dell'interpretazione giuridica, magistrale il lavoro di E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1971. Cfr., anche N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993; F. MODUGNO, *L'interpretazione giuridica, L'oggetto*, Padova, 2015.

(25) In argomento, cfr., N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., che sottolinea come se la controversia non viene decisa secondo la legge, ma secondo criteri altri, anche in applicazione dei cosiddetti "valori" giuridici, cadono calcolabilità e affida-

rielaborare la legge secondo le proprie personali convinzioni, né introdurre precetti secondo la propria volontà. Questo è il senso dell'espressione, utilizzata ormai in qualsiasi parte del globo, che descrive il giudice come la *bouche de la loi* (26).

mento del diritto, con conseguenze negative per la razionalità del sistema giuridico nel suo complesso considerato.

(26) Il che non toglie, naturalmente, la rilevanza del ruolo del giudice, specialmente a fronte di questioni complesse, per la ricostruzione in fatto o in diritto, o per la novità del tema trattato, tanto che l'età post-moderna è stata definita come l'età della giurisprudenza. G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalità*, 2011, 79 ss.; N. IRTI, *L'età della decodificazione*, in *Dir. e Soc.*, 1978, 613 ss. e *Id.*, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999; G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte del diritto*, Napoli, 2007, che ricorda, riferendosi sul punto agli scritti di Maria Rosaria Ferrarese (cfr. M. R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002) che la giurisprudenza, più della legge, riesce ad adeguarsi alle esigenze della globalizzazione del diritto.

Un confronto interessante del rapporto tra esercizio del potere giurisdizionale e legislazione, considerando l'impostazione di *civil* e di *common law*, si trova ancora nel lavoro di M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, che affronta pure la tematica della crescita del ruolo dei giudici seguendo lo sviluppo storico e sociale degli Stati moderni. Ivi, ad esempio, si evidenzia un accrescimento della funzione e della responsabilità del potere giudiziario a fronte di una progressiva sfiducia nei confronti dei parlamenti, del potere esecutivo, dell'amministrazione pubblica e delle sue numerose agenzie, spec. 31 ss. Più in generale, sulla formazione giurisprudenziale del diritto, L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, rist. 1975 e, più di recente, M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996.

Si utilizza il termine *judicialisation* per indicare il processo di mutazione del potere giudiziario e la sua capacità di orientare i comportamenti degli attori sociali, cfr., M. SHAPITO - A. STONE SWEET, *On Law, Politics and Judicialization*, Oxford, 2003; R. HIRSCHL, *Towards, Juristocracy*, Cambridge, 2007; M. P. CHITI, *The role of judges in european democracies*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 2015, 93 ss.

In alcuni ordinamenti, come in quello americano, le *dissenting opinions* rendono maggiormente evidente quanto il mestiere del giudicare possa seguire percorsi razionali differenti. Naturalmente influenza la decisione del giudice anche l'orientamento della giurisprudenza come organo in sé, come rilevava già all'inizio del secolo scorso G. PACCHIONI, *I poteri creativi della giurisprudenza*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1912, 40 ss.; B.N. CARDOZO, *The Nature of the Juridical Process*, New Haven, 1928; J. FRANK, *Are Judges Human?*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 80, 1931, 17 ss.

Sul principio di soggezione del giudice alla legge, di recente, N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, cit., 20 ss., che criticando l'era del diritto incalcolabile ricorda l'essenzialità della decisione basata sulla legge come tutela dal soggettivismo giudiziario: nell'art. 101 "si esprime non soltanto una garanzia di indipendenza da altri poteri dello Stato, ma anche una duplice regola di decisione:

La giustizia, esercitata attraverso il processo e dagli organismi cui è conferito il potere giurisdizionale, è una giustizia speciale, che può non coincidere con la percezione comune di ciò che è *giusto*. Infatti, il governo delle leggi si contrappone al governo degli uomini (27), che rifugge da individualismi e soggettivismi, e si fonda su una base normativa, mutevole nel tempo, e su una struttura di principi guida, immaginati per essere durevoli.

Di conseguenza, anche una decisione apparentemente sproporzionata con riferimento ad un caso specifico è considerata corretta se ha applicato con rigore le disposizioni normative vigenti. Così, commentando una sentenza nella quale una corte americana (28) aveva ritenuto legittimo il diniego di rinnovo della concessione di un terreno, depositata il 31 dicembre, perché la disposizione legislativa di riferimento consentiva di presentare l'istanza "prima del 31 dicembre" (29), è stato autorevolmente affermato che "il giudice Thurgood Marshall e altri cinque giudici conclusero che i difetti ed i pregi della richiesta concreta di Locke [Locke era il soggetto ricorrente nella causa, ndr] erano meno importanti della questione, di portata più ampia, se la Corte Suprema dovesse incaricarsi di riscrivere le leggi federali, emendandone gli errori (per quanto ovvi), e in particolare modo le leggi che vertevano sui termini di presentazione delle domande e le relative scadenze" (30).

il vincolo applicativo alla legge, e non ad un generico e vago diritto, che possa immaginarsi oltre e al di là della legge [...]; la mediatezza del rapporto fra giudice e fatto concreto" (p. 20).

(27) "A government of laws and not of men" memorabile, sul punto, la storica decisione *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 163 (1803). In dottrina, anche con riferimento alla *jurisprudence* successiva, per esempio, C. R. SUNSTEIN, *Reviewing Agency Inaction after Heckler v. Chaney*, 52 *U. Chi. L. Rev.* 653, 655 (1985).

(28) Nel caso *United States v. Locke*, 471 U.S. 84 (1985).

(29) Cfr. *United States v. Locke*.

(30) Cfr., F. SCHAUER, *Il ragionamento giuridico*, cit., 13-14.

3.2. Disposizioni particolarmente dettagliate e rigide, come quella che ha penalizzato la titolarità della concessione del signor Locke, possono condurre a soluzioni non sempre proporzionate, ma hanno il vantaggio di essere chiare ed inequivoche in sede giudiziaria.

Viceversa, le formulazioni eccessivamente generali del dato normativo rischiano di dare adito ad incertezze applicative, ma consentono trattamenti differenziati e misurati in maniera più specifica sulle circostanze del caso concreto. D'altra parte, norme basate su principi di razionalità di massima — si pensi ad una norma che introduca, genericamente, il divieto di mettersi alla guida dopo aver bevuto una 'eccessiva' quantità di alcol — non sono efficaci per realizzare la *ratio* sottesa alla regolamentazione e, quando richiedano una implementazione da parte di organi amministrativi, favoriscono disparità di trattamento e ambiguità in sede di recezione del precetto da parte di chi possa poi essere sanzionato per averlo, inconsapevolmente, violato. In sintesi, la genericità può creare un *vulnus* anche per il principio di certezza del diritto.

Un caso emblematico dei difetti della eccessiva generalizzazione ha riguardato una legge dello Stato del Montana che eliminò tutti i limiti di velocità, stabilendo che la guida dovesse solo essere "prudente e ragionevole". Dovette intervenire la Corte Suprema dichiarando incostituzionale la normativa in questione per fermare le disparità rilevanti nell'applicazione del precetto da parte degli agenti di polizia, con conseguenti contestazioni da parte dei sanzionati, difficilmente gestibili (31).

L'esempio appena citato ci rammenta anche che non sempre il rispetto della legge è facilmente misurabile, o perché le previsioni normative sono troppo generiche, come nel caso appena richiamato, o perché non ne è chiara la portata, o perché essa non riguarda precisamente l'oggetto della contro-

(31) Altro esempio riportato e discusso nel volume di F. SCHAUER, *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, Roma, 2018, 248.

versia, o perché l'ampiezza della norma apre il campo a opzioni differenti. In più, talvolta, per accertare il rispetto della legge, occorre interrogarsi anche sulla portata di principi generali o di precedenti giudiziari o di atti di indirizzo o di orientamenti di organismi sovranazionali.

In ipotesi di conflitti tra i consociati, il combinare norme e regole, *rationes*, principi e strutture di razionalità complessiva del sistema, è il compito, arduo, di ogni giurisdizione. Quando, alla base della vicenda attorno alla quale è insorta la controversia, vi è un atto di un'amministrazione pubblica, chi esercita il potere giurisdizionale deve fare i conti anche con l'autorità di un altro soggetto, che ha già espresso le proprie valutazioni sul rapporto tra legge ed altri elementi dell'ordinamento nell'atto che è diventato l'oggetto del sindacato giurisdizionale. Nel caso del sindacato giurisdizionale contro gli atti dell'amministrazione si aggiunge una complessità: l'operazione da compiersi in sede giurisdizionale include non solo il controllo della corretta applicazione della legge da parte dell'organo amministrativo ma anche la verifica di ragionevolezza delle motivazioni addotte da parte dell'amministrazione convenuta in giudizio (32).

(32) L'argomento complesso della profondità e delle tecniche del sindacato giurisdizionale verso gli atti dell'amministrazione è discusso molto dettagliatamente nel recentissimo ed interessante volume a più voci, che considera i diversi sistemi europei, individuandone analogie e differenze, costruendo *ius commune* europeo in tema di *judicial review*, di C. BACKESM - M. ELLANTONIO (a cura di), *Cases, Materials and Text of Judicial Review of administrative action*, Oxford, 2019; cfr., anche M. HERTOIGH - S. HALLIDAY (a cura di), *Judicial Review and burocratic Impact*, Cambridge, 2004, ivi in particolare P. CANE, *Understanding judicial review and its impact*, 15 ss. e M. SUNKIN, *Conceptual issue in researching the impact of judicial review on government bureaucracy*, 43 ss., sulle tracce di C. F. EDLEY, *Administrative Law. Rethinking Juridical Control of Bureaucracy*, New Haven, 1990, spec. 96 ss. A partire dall'esame del sistema della Polonia, riflessioni che considerano gli sviluppi dei diversi modelli di *judicial review* sono contenute nel lavoro di A. SZOT, *Judicial Review of Administrative Discretion: The influence of Court Decisions of Administrative Actions*, Berlino, 2019. Per intendere il modello francese, è utile consultare l'imponente manuale di R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Parigi, 2008; illumina sulle ragioni storiche dell'egemonia culturale francese specialmente nel campo del diritto pubblico S. SOLEIL, *Le modèle juridique français dans le monde. Une ambition, une expansion (XVI-XIX siècle)*, Parigi, 2014; sui contenuti e sulla linea strategica della

Sta alla scienza giuridica, in tutti i casi, individuare e sistematizzare quegli strumenti che consentano di rendere le regole del processo coerenti con i principi generali in tema di tutela giurisdizionale.

Dunque, nel sindacato contro gli atti dell'amministrazione, alla questione strettamente interpretativa se ne affianca una seconda, che riguarda l'allocazione dei poteri tra organi dello Stato, quello amministrativo, da un lato, e quello giurisdizionale, dall'altro.

Di fronte ad un contenzioso, vale per l'amministrazione la medesima regola che vale per i privati, cioè che l'autorità del giudice nel porre fine al conflitto rende il contenuto del *decisum* vincolante e oggetto pure di esecuzione forzata, in caso di mancata ottemperanza.

Epperò, sia nei sistemi di *civil law* che nei sistemi di *common law* (33), pur nella assoluta soggezione dell'amministrazione alla legge e alla *rule of law*, vi sono delle aree di attribuzioni di poteri che l'ordinamento delega alle autorità amministrative, le cui valutazioni devono essere rispettate e non possono essere sostituite con apprezzamenti soggettivi

giurisprudenza amministrativa francese, invece, J.C. BONICHOT - P. CASSIA - B. POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Parigi, 2014.

Prendendo a riferimento il nostro contesto, il tema è stato discusso fin dagli albori della scienza giuridica: F. BENVENUTI, *La giustizia amministrativa come funzione dello Stato democratico* (1978), ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2006, IV, 3537 ss.; E. CAPACCIOLI, *Per la effettività della giustizia amministrativa*, in *Scritti in onore di G. Miele*, Milano, 1979, 1 ss.; M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Quad. fiorentini*, 1973, 215; V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1907; A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904; V. SCIALOJA, *Sulla funzione della IV Sezione del Consiglio di Stato per l'art. 24 della Legge 2 giugno 1889*, in *Giust. amm.*, 1901, 79.

Di recente, il tema dell'intensità del sindacato è approfondito per verificare le conseguenze sul nostro sistema processuale delle decisioni della Corte di Strasburgo; propone una riconciliazione degli orientamenti della giurisprudenza sovranazionale con quelli interni C. FELIZIANI, *Giustizia amministrativa, amministrazione e ordinamenti giuridici. Tra diritto nazionale, diritto dell'Unione europea e Cedu*, Napoli, 2018, 203 ss.

(33) Sia rinviare per gli opportuni riferimenti bibliografici alle note precedenti.

dell'organo giurisdizionale adito. Sono questi gli ambiti che riguardano la discrezionalità amministrativa, i *discretionary powers*, le scelte di *policy* e il merito amministrativo.

In presenza di una delega generica (34), per rispettare l'intenzione del legislatore occorre tenere conto, infatti, anche della scelta politica (legislativa) di affidare al soggetto pubblico un potere più o meno ampio. Quando il legislatore si muove con lo strumento della norma genericamente attributiva di un potere "lascia le cose aperte per il futuro e consente un approccio flessibile ai problemi del domani" (35): in tale scenario, dato che le valutazioni spettano, per legge, all'amministrazione, il giudice è tenuto ad esercitare lo schema logico della *deference*, seguendo il quale al rapporto gerarchico che posiziona l'organo giurisdizionale al di sopra delle parti si affianca anche un rapporto orizzontale tra il potere giurisdizionale e quello amministrativo.

Spesso, come stiamo per vedere, i contenziosi amministrativi nascono attorno al significato da attribuire a norme di attribuzione del potere agli organi amministrativi che consentono di prospettare diversi epiloghi rispetto a quello fatto proprio dal provvedimento contestato.

La dottrina americana (36) immagina le clausole generiche — che denomina *standard* — e le regole dettagliate come ai

(34) L'intensità delle delega e il suo ambito di precisione differiscono da caso a caso, perché varie sono le accezioni, più o meno stringenti, del principio di legalità dell'azione amministrativa. Per esempio, ove si voglia prestare particolare cura al principio di separazione dei poteri, il principio di legalità viene interpretato molto rigorosamente e la delega agli organi esecutivi è stretta; viceversa ove si ritenga preferibile garantire l'efficacia dell'azione pubblica o di un certo sistema giuridico, come è accaduto specialmente nei primi decenni di attività delle istituzioni europee, il principio di legalità è strumentale alle esigenze della funzione e, dunque, si consente che il potere pubblico sia esercitato in maniera più ampia, essendo importante soprattutto che sia chiaro a quale organismo amministrativo 'spetti' agire nel perseguimento di un determinato interesse. Se si vuole questi temi sono sviluppati, approfondendo le varie articolazioni del principio di legalità, in chiave analitica e sistematica, in S. VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Milano, 2008, spec. 93 ss.

(35) F. SCHAUER, *Il ragionamento giuridico*, cit., 252 ss.

(36) F. SCHAUER, *op. cit.*, 245 ss.

due estremi di un *continuum*: alcune norme si trovano più vicine all'estremo delle regole e altre a quello degli *standard*. In tale quadro, il sindacato giurisdizionale deve anzitutto individuare verso quale estremo penda la disposizione che ha legittimato l'esercizio del potere amministrativo controverso, per misurare poi quale sia il grado di discrezionalità di cui il soggetto pubblico gode nel caso oggetto di attenzione.

Come dimostra l'illustrazione della casistica giurisprudenziale che verrà illustrata nei paragrafi seguenti, si sbaglierebbe a pensare che il confine tra l'ambito oggetto di sindacato e quello riservato al potere amministrativo sia deducibile con esattezza. Ed è proprio sull'operazione di delimitazione di questi confini che le opinioni talvolta divergono, a seconda che si intenda proteggere l'operatività delle decisioni dell'amministrazione o che si voglia rafforzare l'intensità del sindacato giurisdizionale.

È comune all'attività dei giudici che si occupano di sindacare gli atti dell'amministrazione, non solo in Italia, la delicata operazione di ritaglio di cui si è detto, tra ambiti sindacabili e aspetti di esclusiva competenza delle autorità amministrative.

Come dimostrerà uno dei casi giurisprudenziali che abbiamo scelto di commentare, talvolta, quando una corte di diritto cassa una decisione amministrativa, si apre il dibattito sulla valenza politica dell'intervento giurisdizionale. Il che è fisiologico, dato l'oggetto sul quale i giudici si esprimono e viste le conseguenze che l'annullamento di un atto espressione di potere amministrativo può comportare anche rispetto agli scenari immaginati dal decisore politico che abbia supportato una determinata azione amministrativa.

In tutti i casi, le decisioni giurisdizionali non sono mai decisioni politiche, dato che ciò che conduce all'annullamento di un atto amministrativo è la conformità o meno dell'atto alla legge e ai principi dell'ordinamento, in applicazione di una logica che, recuperando un pensiero precisato nei paragrafi precedenti, può dirsi *formalista*.

Chiariti i presupposti teorici di base, passiamo ora a riflet-

tere del sindacato giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione utilizzando il metodo della contaminazione, inserendo nel dibattito recenti sviluppi di diversi sistemi giuridici.

4. La prima esperienza dalla quale ci lasceremo contaminare è un orientamento della *Supreme Court of the United States*, inaugurato il 27 giugno 2019 nella causa *Department of Commerce et al., versus New York et al.* (37), che nella *dissenting opinion* del giudice Thomas è stato indicato come un “*unprecedented departure from our deferential review of discretionary agency decisions*”. Si tratta, in effetti, di una decisione particolarmente significativa, che definisce un nuovo parametro per la sindacabilità dell’azione amministrativa, potenzialmente in grado di essere utilizzato, sulla base delle medesime considerazioni, in ogni sistema che ammetta la sindacabilità degli atti pubblici sotto il profilo della legittimità e della ragionevolezza.

Il fatto e le regole sulle quali la Corte si è espressa sono di estrema attualità e sono facilmente associabili ad un certo clima politico. Oggetto del giudizio è stata la legittimità delle decisioni assunte con riferimento ai contenuti dei questionari per il censimento della popolazione. Secondo le previsioni del *Census Act*, il *Secretary of Commerce*, supportato dal *Census Bureau*, è l’autorità amministrativa incaricata di procedere “*in such form and contents he may determine*”.

Ogni 10 anni, negli Stati Uniti, si procede con un censimento: dal 1790 ad oggi, ci sono stati 23 censimenti, organizzati sulla base di formulari differenti, per contenuto e stile. Il censimento, oltre a fornire informazioni di carattere demografico di vario genere, è un’attività particolarmente importante, considerato che il conteggio della popolazione viene utilizzato

(37) Le parti della decisione più interessanti ai fini del ragionamento che sta per essere svolto verranno riportate, per comodità di lettura, nel testo. Chi volesse consultare la decisione per intero e le *opinions* rese può trovare la documentazione qui: www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/18-966_bq7c.pdf.

sia per distribuire i fondi federali sia per definire i distretti elettorali. I quesiti ai quali viene richiesto di rispondere attraverso il censimento sono vari. Tra tutti, un'attenzione particolare è riservata alla domanda inerente alla cittadinanza. Dal 1950 al 2000, il dato relativo all'essere o meno cittadini statunitensi è stato inserito nel modello, mentre per il censimento del 2010, durante il governo Obama, la "*citizenship question*" è stata eliminata.

Nel marzo 2018, il *Secretary of Commerce*, durante l'amministrazione Trump, ha reintrodotta la *citizen question* riconducendo tale decisione ad una richiesta del *Department of Justice*, giustificata in riferimento al *Voting Rights Act (VRA)*.

Il *Secretary of Commerce* era ben consapevole del fatto che prevedere il quesito sulla cittadinanza avrebbe potuto comportare una diminuzione delle risposte al censimento che, sia pure doverose per gli abitanti degli Stati Uniti, sarebbero state scoraggiate da chi avesse temuto (sbagliando) conseguenze negative sulla propria posizione personale per effetto della dichiarazione di non essere cittadino americano.

Tuttavia, l'amministrazione incaricata ha valutato di dover dar seguito alla richiesta del *Department of Justice*, reputando prevalente l'interesse a raccogliere informazioni precise.

La decisione del *Secretary of Commerce* è però stata impugnata presso la *District Court* con due separate azioni legali, da 18 Stati, dal Distretto della Columbia, da varie città e contee e dalla *United States Conference of Mayors* oltre che, appunto in una causa separata dalla prima, da diverse organizzazioni non governative che ne hanno sostenuto, sotto diversi profili, l'illegittimità.

La *District Court* ha accolto i ricorsi, ritenendo la determinazione del *Secretary of Commerce* "*arbitrary and capricious, based on a pretextual rationale*", in violazione del *Census Act*, oltre che discriminatoria. Il giudizio della corte distrettuale è stato appellato dall'organo amministrativo precedente davanti alla Suprema Corte degli Stati Uniti, che ha confermato la sentenza di primo grado (sia pure con motivazioni differenti).

Nelle valutazioni della *Supreme Court* si incontrano interessanti riflessioni sul rapporto tra potere discrezionale e *rule of law*, sulla regola della separazione dei poteri, sulla profondità del sindacato giurisdizionale e sul rapporto tra mala fede dell'amministrazione e sindacabilità di una motivazione pretestuosa (38).

Non intendendo qui entrare nei dettagli della decisione, né approfondire le tecniche di *judicial review*, cercheremo di riassumere in pochi paragrafi i punti essenziali della sentenza che si prestano ad entrare nell'esperimento di contaminazione in corso, che hanno a che fare, cioè, con aspetti appartenenti allo sviluppo della cultura giuridica anche al di fuori del continente americano e che entrano nello sviluppo della scienza giuridica,

(38) I principi fondanti l'*administrative law* — tra i quali anche i principi di *separation of powers* e la *rule of law* — sono spesso frutto di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, non essendo espressamente enunciati nella Costituzione degli Stati Uniti, sulla capacità di questi principi di esprimere valori costituzionali, cfr., E. S. BREMER, *The Unwritten Administrative Constitution*, in *Florida Law Review*, vol. 66, 2014, 1217-1273. Il principio di separazione dei poteri, per come applicato nella decisione in commento, risponde alla seguente accezione: "*In the administrative context, principles of the separation of powers manifest in several ways, the first of which defines the relationships among the three primary branches of government—Executive, Legislative, and Judicial—in controlling the administrative apparatus. For example, separation of powers principles derived from the written Constitution determine the respective authority of Congress and the President regarding the removal of high-ranking administrative officials. Another example is found in the standards governing judicial review. These standards effectively allocate authority over administrative policy making among the three branches of government. Judicial review provides an essential check on administrative power. Doctrines governing the exercise of this check also determine the respective roles of agencies, courts, and Congress. For example, Chevron deference is not based solely on agency expertise but is also grounded in the principle that the political branches of government, rather than the Judiciary, should make policy choices. This rule is evident in the structure of the two-step inquiry required by Chevron, which requires courts to defer to an agency's reasonable interpretation of the law only if the statute does not unambiguously require a particular course of action. As the D.C. Circuit succinctly explained, "[t]he reason undergirding Chevron's Step One is to be found in democratic theory; judicial deference to agencies is, upon reflection, but one form of obedience to the will of the legislative body*", E. S. BREMER, *The Unwritten Administrative Constitution*, cit., 1250-1251.

introducendo elementi nel dibattito scientifico, orientando ragionamenti già in corso e assecondando nuove riflessioni.

L'*Opinion of the Court* — noi diremmo la sentenza — prima di definire la questione ad essa sottoposta ha esaminato puntualmente ed in maniera articolata il percorso logico seguito dall'amministrazione resistente ed ha preso in considerazione tutti gli elementi di fatto e il materiale documentale utilizzato dall'organo del governo per pervenire alla propria conclusione.

Proprio nella fase istruttoria è emerso l'elemento che poi si è rivelato decisivo per ritenere illegittima la decisione impugnata, ossia che, prima della richiesta del *Department of Justice*, indicata come elemento determinante per l'orientamento del *Secretary of Commerce*, risultava già, dagli atti esaminati, l'intenzione chiara dell'amministrazione precedente di introdurre il quesito sulla cittadinanza; in altre parole, la Suprema Corte ha quindi accertato che, in disparte la ragionevolezza in astratto di quanto argomentato a supporto del provvedimento impugnato, la motivazione amministrativa era, alla prova dei fatti, artefatta e pretestuosa, sussistendo un "*disconnect between the decision made and the explanation given*".

L'opinione della Corte offre spunti adatti ad essere esaminati anche da giuristi stranieri, perché si è formata nel medesimo modo in cui si sarebbe formata nell'ambito di un contenzioso portato all'attenzione dei giudici di molti altri sistemi giuridici.

Il punto di partenza delle valutazioni di carattere legale è esattamente quello che abbiamo indicato essere, in uno dei paragrafi precedenti, l'esordio del ragionamento giuridico, e cioè l'analisi del quadro normativo. La *Supreme Court* ha scomposto le previsioni del *Census Act*, per definire gli ambiti del potere attribuito al *Secretary of Commerce* e ricomporre di conseguenza il quadro di fatto e di diritto, al fine di valutare la corretta applicazione della legge e la ragionevolezza delle motivazioni addotte.

Anzitutto, la Corte ha messo in rilievo che l'*Act*, per come

letto ed interpretato in giurisprudenza, ha introdotto “*a duty to conduct a census that is accurate and that fairly accounts for the crucial representational rights that depend on the census and the apportionment*”; poi, prima di passare all’esame della correttezza della sentenza impugnata (39), ha ripercorso i capisaldi concettuali del principio di separazione dei poteri, riportandoli alla fattispecie in discussione.

La Suprema Corte è stata molto attenta a non sostituire le proprie valutazioni a quelle compiute dal *Secretary of Commerce* e si è attenuta al seguente principio, che ha avuto cura di enunciare: “*the choice between reasonable policy alternatives in the face of uncertainty was the Secretary’s to make*” (40).

Il caso della *citizen question* rappresenta un esempio delle vicende in cui accertare il rispetto della legge non è facilmente misurabile, perché le previsioni normative attributive del potere amministrativo sono generiche.

I principi richiamati per chiarire in che termini e con quali modalità sia possibile sindacare l’azione discrezionale di organi del potere esecutivo senza tradire la teoria della *deference* sono riassunti nelle seguenti puntualizzazioni:

“*First, in order to permit meaningful judicial review, an agency must “disclose the basis” of its action. [...] Second, in reviewing agency action, a court is ordinarily limited to evaluating the agency’s contemporaneous ex-planation in light of the existing administrative record.*

[...] *That principle reflects the recognition that further judicial inquiry into “executive motivation” represents “a substantial intrusion” into the workings of another branch of Government and should normally be avoided. [...]*

Third, a court may not reject an agency’s stated reasons for acting simply because the agency might also have had other

(39) Il giudizio di fronte alla corte di appello è costruito, per quanto riguarda il suo oggetto, in maniera analoga al sistema italiano: l’oggetto della decisione è, *strictu sensu*, la correttezza o meno della sentenza impugnata che è l’oggetto immediato del giudizio di impugnazione.

(40) Cfr., p. 19.

unstated reasons. [...] Relatedly, a court may not set aside an agency's policymaking decision solely because it might have been influenced by political considerations or prompted by an Administration's priorities. Agency policy making is not a "rarified technocratic process, unaffected by political considerations or the presence of Presidential power" [...]

Finally, we have recognized a narrow exception to the general rule against inquiring into "the mental processes of administrative decisionmakers." [...] On a "strong showing of bad faith or improper behavior," such an inquiry may be warranted and may justify extra-record discovery (41)".

Ferme queste linee guida per definire i confini del sindacato giurisdizionale contro gli atti delle *agencies*, dall'esame delle condizioni del caso, la Suprema Corte ha dedotto che, nonostante la motivazione fornita apparisse ragionevole, l'azione del *Secretary of Commerce* era stata, in verità, supportata da argomenti pretestuosi, concepiti a tavolino, per occultare il reale percorso logico seguito, costruendo con un artificio un'azione amministrativa credibile.

E perciò

"[...] if judicial review is to be more than an empty ritual, it must demand something better than the explanation offered for the action taken in this case [...] Agencies must pursue their goals reasonably. Reasoned decision making under the Administrative Procedure Act calls for an explanation for agency action. What was provided here was more of a distraction" (42).

Il caso in questione ci porta a riflettere sulla necessità di un sindacato che noi definiremmo intrinseco e forte sull'azione amministrativa, in una prospettiva differente rispetto a quella più frequentemente percorsa nella letteratura italiana. La vicenda riassunta conduce lo studioso del diritto amministrativo a riflettere sulla consistenza di un generale dovere di lealtà dell'amministrazione, legato all'attività in forma pubblicistica

(41) Cfr. pp. 23 e 24.

(42) Cfr. p. 28.

dell'amministrazione (43), che compendierebbe il principio di trasparenza e spingerebbe oltre il controllo di ragionevolezza. Nella *Opinion* della Suprema Corte, tale dovere di lealtà assume anche un contenuto etico, coerentemente con il modo di vedere le cose del governo negli Stati Uniti d'America.

Letto con i parametri giuridici di uno studioso del diritto processuale italiano, potendo qui solo accennare ad alcuni dei possibili sviluppi, il ragionamento potrebbe tornare ad animare la discussione sulla natura delle situazioni soggettive al cospetto del potere pubblico e si presterebbe a fornire nuovo materiale per teorizzare i contenuti moderni del diritto/dovere di buona amministrazione.

Dal punto di vista del metodo, la contaminazione ha fatto emergere dei parametri globali della scienza giuridica in tema di sindacato giurisdizionale contro gli atti dell'amministrazione e ha offerto prospettive e spunti a beneficio della cultura di settore. Su questo torneremo, cercando di trarre un insegnamento dal nostro esperimento di contaminazione, nelle conclusioni di questo scritto.

5. Passiamo ora alla seconda esperienza che proponiamo come oggetto di contaminazione, questa volta partendo dall'ordinamento domestico ed immaginando che da qui possano disseminarsi elementi utili per altri sistemi giuridici e per la crescita della scienza del diritto.

L'8 aprile del 2019 è stata pubblicata la sentenza della VI sezione del Consiglio di Stato con la quale è stata affrontata, per la prima volta dal Consiglio di Stato, la questione inerente alla sindacabilità degli algoritmi utilizzati per definire i contenuti nell'azione dell'amministrazione (44).

Il caso riguarda la vicenda della distribuzione dei posti dei docenti delle scuole secondarie di primo e secondo grado

(43) Dovere che, per altro, anche la giurisprudenza nazionale prefigura: cfr., per esempio, Cons. Stato, sez. V, 10 agosto 2018, n. 4912 anche se facendo riferimento poi alla responsabilità precontrattuale e nel campo dei contratti pubblici.

(44) Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270.

nell'ambito di un piano straordinario nazionale, autorizzato dalla legge n. 107 del 2015. Gli appellanti, docenti inseriti da tempo in graduatoria per l'assunzione a tempo indeterminato, hanno lamentato di aver subito un grave pregiudizio dall'azione dell'amministrazione, in quanto il nuovo piano di assunzione li aveva inquadrati in province diverse da quelle di appartenenza e in classi scolastiche differenti rispetto a quelle nelle quali avevano maturato esperienza. Inoltre, alcuni docenti collocati in una posizione migliore nella graduatoria generale erano stati penalizzati rispetto ad altri con punteggi inferiori.

L'oggetto del giudizio di primo grado, che aveva visto la soccombenza dei ricorrenti, verteva sul decreto di assegnazione dei posti, sulle disposizioni del piano, sui verbali delle operazioni di assegnazione e sui provvedimenti connessi.

In appello, la decisione del Tar è stata riformata. La Sesta Sezione del Consiglio di Stato, infatti, ha accolto la doglianza inerente al sistema informatico per l'assegnazione dei posti, basato su un algoritmo. L'analisi dei fatti aveva lasciato emergere l'impossibilità di determinare, anche a posteriori, *ratio* e modalità di operare dell'algoritmo, oltre alla totale assenza di motivazione da parte degli organi amministrativi in merito a criteri di funzionamento e obiettivi.

Il ragionamento giuridico svolto dai giudici di appello ha riguardato, da un lato, la legittimità per l'amministrazione di procedere tramite strumenti informatici e, in particolare, attraverso algoritmi, in rapporto all'obbligo di motivazione, ai principi di buona amministrazione, di trasparenza e di correttezza costituzionalmente sanciti, e, dall'altro, l'ampiezza del sindacato giurisdizionale in casi siffatti.

Considerata la particolare novità della questione, il Consiglio di Stato ha premesso alla sua analisi alcune osservazioni generiche, in merito proprio alla digitalizzazione dell'amministrazione, che è utile trascrivere di seguito:

“In generale, non può essere messo in discussione che un più elevato livello di digitalizzazione dell'amministrazione pubblica sia fondamentale per migliorare la qualità dei servizi resi ai

cittadini e agli utenti. Il Codice dell'amministrazione digitale rappresenta un approdo decisivo in tale direzione. I diversi interventi di riforma dell'amministrazione susseguitisi nel corso degli ultimi decenni, fino alla legge n. 124 del 2015, sono indirizzati a tal fine; nella medesima direzione sono diretti gli impulsi che provengono dall'ordinamento comunitario (vedasi tra l'altro Comunicazione della Commissione sull'Agenda digitale europea)” (45).

Con riferimento più specifico all'impiego di algoritmi, è emerso che:

“L'utilità di tale modalità operativa di gestione dell'interesse pubblico è particolarmente evidente con riferimento a procedure seriali o standardizzate, implicanti l'elaborazione di ingenti quantità di istanze e caratterizzate dall'acquisizione di dati certi ed oggettivamente comprovabili e dall'assenza di ogni apprezzamento discrezionale.

Ciò è, invero, conforme ai canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (art. 1 l. 241/90), i quali, secondo il principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), impongono all'amministrazione il conseguimento dei propri fini con il minor dispendio di mezzi e risorse e attraverso lo snellimento e l'accelerazione dell'iter procedimentale.

Per questa ragione, in tali casi — ivi compreso quello di specie, relativo ad una procedura di assegnazione di sedi in base a criteri oggettivi — l'utilizzo di una procedura informatica che conduca direttamente alla decisione finale non deve essere stigmatizzata, ma anzi, in linea di massima, incoraggiata: essa comporta infatti numerosi vantaggi quali, ad esempio, la notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità, l'esclusione di interferenze dovute a negligenza (o peggio dolo) del funzionario (essere umano) e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata.

(45) Cfr. punto 8.

In altre parole, l'assenza di intervento umano in un'attività di mera classificazione automatica di istanze numerose, secondo regole predeterminate (che sono, queste sì, elaborate dall'uomo), e l'affidamento di tale attività a un efficiente elaboratore elettronico appaiono come doverose declinazioni dell'art. 97 Cost. coerenti con l'attuale evoluzione tecnologica” (46).

Il Collegio ha ritenuto che l'utilizzo di procedure robotizzate, pur incoraggiato, non possa mai essere utilizzato eludendo i principi fondamentali dell'azione amministrativa. D'altra parte, il Consiglio di Stato non ha escluso in assoluto, come invece pareva emergere da una certa giurisprudenza di primo grado, la compatibilità tra utilizzo degli algoritmi e principi del procedimento e dell'azione amministrativa (47).

In particolare, la sentenza dimostra uno sforzo di classificazione che la rende materiale di studio interessante. Anzitutto, per fornire di esse un inquadramento sistematico, le regole tecniche che stanno alla base degli algoritmi sono state equiparate a disposizioni generali, presupposti generativi delle singole determinazioni amministrative. In quanto tali, è stato ritenuto che esse debbano soggiacere ai principi della legge sul procedimento amministrativo, come pubblicità, trasparenza, ragionevolezza, proporzionalità etc.

Il Collegio ha precisato, poi, che ai meccanismi informatici non può essere affidata alcuna valutazione discrezionale, ritenendo che il momento valutativo debba esaurirsi nella fase di concepimento dello strumento digitale; proprio in quel punto iniziale del procedimento vi è la necessità che l'amministrazione esprima un ruolo valutativo, di mediazione e composizione di interessi, individuando, in maniera trasparente e conoscibile, preferenze e criteri.

(46) Cfr. punto 8.1.

(47) La decisione è interessante anche perché segue una linea differente da quella tracciata in primo grado da alcuni Tar, che, in un orientamento che stava per consolidarsi, hanno ritenuto incompatibile *tout court* l'utilizzo di algoritmi con i principi del procedimento e dell'azione amministrativa, cfr., Tar Lazio, Roma, sez. III bis, 11 luglio 2018, n. 9224; 21 maggio 2019, n. 6606. In dottrina, G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, 2019.

Inoltre, secondo la Sesta Sezione sussiste comunque un onere per l'amministrazione di mantenere la responsabilità di eseguire costanti test sullo strumento utilizzato, in maniera che si possa verificare e controllare il progressivo perfezionamento dell'algoritmo, approfittando delle tecniche di *deep learning*.

Nell'apprezzamento del Consiglio di Stato, probabilmente eccessivamente semplificando la questione e saltando qualche passaggio illustrativo che avrebbe consentito al lettore di seguire in maniera più precisa la motivazione della sentenza, l'algoritmo è stato equiparato, a tutti gli effetti, ad un atto amministrativo informatico; di conseguenza esso deve essere interamente conoscibile e verificabile *ex post* dal giudice, "*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*" (48). Il Collegio non solo ha ritenuto applicabile il principio di trasparenza, ma ne ha anche proposto una lettura rafforzata, motivata con il fatto che la complessità della regola non giuridica, per essere intesa, deve non solo essere resa nota, ma anche descritta compiutamente, per renderla (conosciuta, ma anche) conoscibile. Il principio di trasparenza, inoltre, è stato ulteriormente esteso, includendo informazioni sugli autori del sistema:

"Tale 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. Ciò al fine di poter verificare che 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.

In altri termini, la "caratterizzazione multidisciplinare" dell'algoritmo (costruzione che certo non richiede solo competenze

(48) Cfr. punto 8.3.

giuridiche, ma tecniche, informatiche, statistiche, amministrative) non esime dalla necessità che la “formula tecnica”, che di fatto rappresenta l’algoritmo, sia corredata da spiegazioni che la traducano nella “regola giuridica” ad essa sottesa e che la rendano leggibile e comprensibile, sia per i cittadini che per il giudice” (49).

Questa vicenda offre materiale di confronto per problematiche simili, in tutti gli ordinamenti moderni.

La digitalizzazione dell’amministrazione, l’utilizzo di algoritmi, l’oggettivizzazione delle decisioni pubbliche sono fenomeni inarrestabili, stanno dando vita ad un diritto settoriale particolarmente articolato. Si tratta di un ambito che la scienza giuridica potrà affrontare con sempre maggiore consapevolezza e con tempi adeguati ai fatti tanto più quanto i singoli sistemi giuridici si lasceranno contaminare. La discussione avviata nel 2019 sulla *Revue française de droit administratif*, per esempio, beneficerebbe delle riflessioni e delle conclusioni del Consiglio di Stato italiano, portando i sistemi giuridici italiano e francese a interagire proficuamente (50).

6. Si è detto che la scienza cresce attraverso l’illustrazione e la condivisione dei risultati raggiunti da diversi studi. Il metodo della ricerca è, perciò, la contaminazione. Tramite la contaminazione, le intuizioni di uno scienziato diventano il presupposto delle ricerche di un secondo, sul ragionamento del quale si innestano poi le idee di un terzo e così via. Dalla Suprema Corte degli Stati Uniti alle riviste scientifiche, l’impegno argomentativo speso per decidere una controversia può trasformarsi in un punto fermo della scienza giuridica. Dal Consiglio di Stato all’*École nationale d’administration* lo studio degli algoritmi può migliorare l’azione amministrativa nel rispetto del principio di trasparenza.

Oggi ci sono persino diverse forme di scienza “aperta”, che

(49) Cfr. punto 8.3.

(50) E. MOURIESSE, *L’opacité des algorithmes et la transparence administrative*, in *RFDA*, 2019, 45 ss.

coinvolgono soggetti non esperti, dimostrando quanto siano importanti la collaborazione e il legame tra scienza e società. È stato coniato il termine di *citizen science* per riferirsi all'esperienza del coinvolgimento dei dilettanti nel progredire della scienza. Per esempio, molti dei cacciatori di comete della storia sono astronomi amatori; attualmente, chi volesse aiutare gli astronomi nella ricerca delle comete ha a disposizione sistemi di condivisione e processi offerti dalle nuove tecnologie (51).

Tornando alla scienza giuridica, guardando con entusiasmo al ritorno ad un diritto simile a quello medievale, composto da uno *ius commune* (idealmente il diritto europeo) e da diversi *iura propria* (quelli degli Stati), si è detto che siamo di fronte ad un diritto senza Stato, “che al diritto ripugna di immiserirsi all'interno di confini invalicabili”, che “il diritto è una ragione del vivere civile e che la sua proiezione più naturale è quella universale” (52). Quello che Paolo Grossi riferisce al diritto, noi riteniamo invece di riferirlo alla cultura giuridica, sconfinata per definizione e globale per aspirazione, capace di convivere più serenamente con l'incertezza e l'approssimazione inevitabilmente legate alla contaminazione.

L'esperimento di contaminazione che abbiamo condotto ci ha fornito delle prove di come sia possibile trattare nuove argomentazioni allargando lo sguardo.

Le vicende esaminate nei paragrafi che precedono riguardano contenziosi sorti all'interno di alcuni ordinamenti, ma affrontano tematiche che interessano la scienza giuridica in generale.

Entrambe le pronunce utilizzate in questo scritto mettono in risalto la necessità di un sindacato giurisdizionale contro gli atti dell'amministrazione che non sia meramente formale ed esterno, ma che verifichi le motivazioni addotte dall'autorità

(51) Diversi esempi di *citizen science* sono raccolti nell'interessante libro di M. NIELSEN, *Le nuove vie della scoperta scientifica. Come l'intelligenza collettiva sta cambiando la scienza*, Torino, 2012.

(52) P. GROSSI, *Stato, diritto e società*, Milano, 2006, 71.

con le reali ragioni alla base del contemperamento degli interessi pubblici e privati.

La decisione della Suprema Corte è molto attenta ad evitare che si configuri una sostituzione del giudice all'amministrazione, preoccupata di una politicizzazione del proprio giudizio e dimostra che il principio di separazione dei poteri, giudiziario ed amministrativo, è parimenti un elemento ben acquisito pressoché ovunque nei paesi occidentali. Il che non osta, però, ad una censura precisa dell'operato dell'amministrazione che abbia tentato di coprire con un velo la propria condotta sleale, tradendo la fiducia degli amministrati. L'annullamento degli atti motivati in maniera fasulla non è altro che il portato della consapevolezza che l'amministrazione non gode di alcun privilegio di fronte alla legge. Il sindacato verso i suoi atti è pieno. Questo non toglie che gli ordinamenti possano prevedere delle eccezioni, per particolari ipotesi. Si pensi al caso del trattamento speciale riservato, in Italia, agli atti politici (53), come categoria a sé. Le eccezioni infatti sono la prova dell'esistenza di una regola dalla quale distaccarsi.

L'analisi precisa e le valutazioni svolte dalla Corte Suprema americana potrebbero essere in larga parte ripercorse da una sentenza di un giudice italiano, o in una monografia di uno studioso tedesco, o nelle conclusioni di un Avvocato Generale della Corte di giustizia dell'Unione europea. Naturalmente, ciò accadrebbe non perché vi sia un legame formale tra la prima e i secondi, ma perché verrebbero ad essere citati alcuni assunti ormai consolidati nella scienza giuridica, intesa nella sua di-

(53) L'atto politico ha suscitato l'interesse di molta dottrina, si citano di seguito solo alcuni contributi in senso esemplificativo del dibattito, dato che il riferimento ad esso assume nel lavoro il valore di un inciso: A. ROMANO TASSONE, "Atto politico" e interesse pubblico, in A. CONTIERI - F. FRANCIOSI - M. IMMORDINO - A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, I, Napoli, 2010, 311 ss.; G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. amm.*, 2012, 329 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti politici e atti di alta amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 101 ss.; M. DELSIGNORE, *Commento art. 31 Cons. Stato*, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, in A. ROMANO - R. VILLATA (a cura di), Padova, 2009, 1484 ss.

mensione universale: se l'amministrazione deve rispettare la legge, la scienza giuridica, progressivamente, nelle varie giurisdizioni in cui essa viene praticata e cresce, illustra come ciò deve avvenire. In questa dimensione universale, i ragionamenti circolano e si impongono per la loro capacità persuasiva, pur in assenza di alcuna autorità. Del resto, stiamo parlando di un metodo di ricerca, non di un nuovo sistema giuridico unitario e globale.

È interessante notare che la decisione della Corte Suprema dà conto del fatto che tra gli argomenti portati a supporto della determinazione di introdurre la *citizen question*, il *Secretary of Commerce* aveva incluso il fatto di inserirsi nel solco di una prassi consolidata anche all'estero, sottolineando quanto avviene regolarmente in Australia, Canada, Francia, Indonesia, Irlanda, Germania, Messico, Spagna e Regno Unito. Il punto è considerato molto rilevante tanto da essere ripreso nella *dissenting opinion* del giudice Alito, che enfatizza l'aspetto a suo avviso politico della scelta della Corte, ritenendo che quello che qualcuno ha accusato di essere un provvedimento razzista — ossia l'inserimento del quesito sulla cittadinanza (54) —, in realtà è una prassi internazionale ormai comune.

Il caso affrontato dal Consiglio di Stato riguarda le conseguenze della digitalizzazione dell'amministrazione, che ancora non sono state completamente soppesate dal punto di vista teorico e pertanto generano alcune perplessità, sia in sede applicativa, come dimostra la controversia portata all'attenzione dei giudici italiani, sia in ambito dottrinale, come emerge, per esempio, dalle discussioni che stanno animando gli studiosi francesi su *l'opacité des algorithmes et la transparence administrative*. I profili critici messi in risalto in Francia ripercorrono

(54) Cfr., in esordio alla *dissenting opinion* del giudice J. Alito: “It is a sign of our time that the inclusion of a question about citizenship on the census has become a subject of bitter public controversy and has led to today's regrettable decision. While the decision to place such a question on the 2020 census questionnaire is attacked as racist, there is a broad international consensus that inquiring about citizenship on a census is not just appropriate but advisable” (p. 1).

quelli emersi nel ragionamento giuridico condotto dalla Sezione sesta, e vanno dall'applicazione dei principi di trasparenza all'azione amministrativa che utilizzi metodi e strumenti informativi, alla possibilità di accedere alle regole base che generano gli algoritmi, alla sindacabilità delle scelte, e si spingono fino a profili non esaminati nel caso che abbiamo commentato: come la protezione dei dati personali, il trattamento delle informazioni sensibili, la legittimazione di tecnici esterni all'amministrazione a definire regole che poi restano segrete. La *Republique numérique*, l'amministrazione digitale, l'*artificial intelligence* sono argomenti attuali, la cui disciplina, al cospetto dei principi generali dell'azione amministrativa è piuttosto complessa.

L'interazione di esperienze, successi e insuccessi, lo scambio di percorsi logici e di modelli regolatori può giovare alla scienza giuridica (55).

Con quanto illustrato si è cercato di mettere in luce, in una chiave teorica ed empirica, il motivo per cui riteniamo che sia essenziale riconoscere che la contaminazione è il metodo di conoscenza anche della scienza giuridica. Il diritto, al pari delle altre scienze, cresce attraverso percorsi di apprendimento, sperimentazioni, falsificazioni, prove ed errori. Il diritto ha bisogno di continuo confronto e di collaborazione.

Galileo, nel 1610, dopo aver scoperto le quattro maggiori lune di Giove — scoperta che cambiò la concezione dell'universo — si era accorto, puntando il telescopio verso Saturno, della presenza di due piccoli bozzi attorno al pianeta, che sembrava fatto di tre corpi, invece che di uno solo. Per evitare di perdere il merito della scoperta, l'ambizioso astronomo italiano mandò immediatamente delle lettere che informassero

(55) Un interessante esempio di come la contaminazione possa far progredire la scienza giuridica e favorire innesti con effetti positivi in termini di razionalità dei sistemi, è contenuto nel volume di E.T. SULLIVAN - R.F. FRASE, *Proportionality Principles in American Law. Controlling Excessive Government Actions*, Oxford, 2009, in cui gli autori propongono alle corti americane di applicare il controllo di proporzionalità sull'azione amministrativa secondo i canoni della sofisticata teoria costruita e sviluppata dalle giurisdizioni europee.

della sua idea. All'amico e rivale tedesco Johannes Keplero, però, Galileo non trasmise tutti i dettagli, ma si limitò a comunicare un anagramma, in modo da mantenere per sé la paternità della scoperta, non ancora perfezionata. Ci vollero oltre quarant'anni per scoprire gli anelli di Saturno, messi a fuoco nel 1655 dall'olandese Christiaan Huygens. Né Galileo né Keplero riuscirono nell'intento: chissà se la poca collaborazione tra i due ha contribuito.

ABSTRACT: La cultura e la scienza non vivono isolate, ma crescono all'interno di un dibattito universale. Questo è vero anche per cultura e scienza giuridica, che beneficiano della contaminazione, come metodo di ricerca basato sul confronto e sul dialogo aperto tra sistemi.

Nello scritto, l'Autrice presenta la contaminazione come il motore della scienza giuridica, intesa come conoscenza: attraverso di essa gli studiosi possono superare i dogmi del passato e sviluppare nuove strutture concettuali.

In questa prospettiva, attraversando alcune problematiche di rilevanza globale, essenziali allo studio del diritto processuale amministrativo, viene esemplificato il modo in cui gli ordinamenti si sviluppino *per contaminazione*, in una dimensione, anche del sindacato giurisdizionale, ormai globale. Così, un recente orientamento inaugurato dalla Corte Suprema Americana che estende il sindacato giurisdizionale contro gli atti delle *agencies* ai casi in cui l'amministrazione sia stata sleale può diventare il punto di partenza per nuove riflessioni sull'eccesso di potere nei Paesi di *civil law*. Oppure, una decisione del Consiglio di Stato italiano può fornire materiale di riflessione per il dibattito francese sul tema del controllo giurisdizionale sugli atti informativi. Tutto per alimentare una crescita nella diversità.

Parole chiave: cultura giuridica, scienza giuridica, contaminazione, globalizzazione, *global administrative law*, corte suprema degli Stati Uniti, *pretext based challenges*, lealtà amministrativa, Consiglio di Stato, discrezionalità amministrativa, sindacato giurisdizionale, algoritmi.

Contamination as the driving force of legal science and culture. Some reflections starting from judicial review.

ABSTRACT: Culture and science are not isolated, but rather, they grow inside a global debate. This is also true for the legal culture and juridical science, which benefit from contamination, as a research method based on comparison and an open dialogue among systems.

In this paper, the Author presents contamination as the driving force of legal

science intended as knowledge: by using it, the dogmas of the past could be overlapped and new conceptual structures developed.

In this perspective, by also taking into consideration some global-level issues, which are essential to the study of administrative law, is exemplified how systems are developed *by contamination*, in a dimension, also in the judicial review, that is now global. In this way, a recent set of rules inaugurated by the Supreme Court of United States extends the judicial review against the agencies' acts to cases in which the administration has been unfair, can become the starting point of new reasoning on the misuse of powers in civil law Countries. At the same time, a decision of the Italian Council of State can provide food for thoughts to the French debate on the jurisdictional control of digital acts, by fuelling growth within diversity.

Keywords: legal culture, legal science, contamination, globalisation, global administrative law, Supreme Court of the United States, pretexted based challenges, administrative fairness, Council of State, administrative discretion, judicial review, algorithms.