

Teoria della scelta razionale e teoria giuridica della discrezionalità amministrativa: prolegomeni per un inquadramento sistematico*

di Alberto Zito

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Le diverse concezioni della razionalità e l'individuazione di quella che presenta tratti strutturali identici o simili alla decisione discrezionale della p.a. – 3. Quale teoria della razionalità è da adottare rispetto al tema della decisione discrezionale della p.a. – 4. Le possibili obiezioni all'utilizzo della teoria della razionalità con riferimento alla decisione discrezionale della p.a. ed il loro superamento. – 5. La piena utilizzazione della teoria della scelta razionale rispetto alla decisione discrezionale della p.a. e la necessità di una parziale riformulazione della nozione di discrezionalità amministrativa. – 6. Teoria della scelta razionale, discrezionalità amministrativa e decisione amministrativa robotica: quali prospettive?

1. *Considerazioni introduttive*

Nell'ambito della scienza economica riveste un posto centrale la teoria della scelta razionale¹. In prima approssimazione si può dire che con tale espressione si fa riferimento a quella scelta che è in grado di massimizzare il beneficio atteso. Detto in altri termini una scelta è razionale se non ne esiste un'altra la cui utilità sia maggiore rispetto all'utilità attesa dalla scelta adottata. Quella descritta costituisce una delle possibili concezioni della scelta razionale e su di essa, come sulle altre, sarà necessario tornare per svolgere i necessari approfondimenti.

Quanto detto però è più che sufficiente, in primo luogo, per comprendere come la regola appena enunciata abbia carattere sostanziale, nel duplice senso che il suo rispetto è condizione *ex ante* della razionalità della decisione, ma è anche condizione *ex post* di valutazione e giudizio sulla decisione assunta ed in

* Il presente studio è dedicato a Maria Immordino ed è destinato alla pubblicazione negli scritti in Suo onore, a sugello di un'amicizia più che trentennale fatta di idee, progetti, confronti, consensi e dissensi.

¹ La centralità nell'ambito della scienza economica della teoria della scelta razionale è un fatto noto sul quale è sufficiente rinviare ad un qualsiasi manuale di economia politica. Si deve aggiungere però che tale teoria ha una grande rilevanza nell'ambito di molte altre scienze sociali, dalla filosofia all'etica, dalla sociologia alla scienza della politica, dalla psicologia allo stesso diritto. Come ricorda, sia pure con riferimento alla teoria dei giochi, che pur sempre è da far rientrare nell'ambito della teoria della scelta razionale, BATTIGALLI, *Teoria dei giochi*, Roma, 2021, "La teoria dei giochi è una disciplina che analizza in modo formale le situazioni decisionali interattive" ed essa "si adatta a una miriade di situazioni economiche, politiche e sociali: concorrenza e collusione tra imprese, organizzazione d'impresa, contrattazione, aste, gare d'appalto, interazione tra scelte di politica economica e scelte dei consumatori, lavoratori e imprese, determinazione delle politiche economiche (monetarie, fiscali, commerciali) da parte di più Stati sovrani, scelte di piattaforme e elettorali, votazioni in comitati e assemblee, scelte di politica internazionale, conflitti militari, attività criminose organizzate, affermarsi di convenzioni sociali".

secondo luogo per illustrare l'oggetto della presente indagine. Ciò che si vuole analizzare è, infatti, se la teoria della scelta razionale, come elaborata in particolare nella scienza economica, possa essere utilizzata proficuamente nella ricostruzione della decisione discrezionale della pubblica amministrazione che assume carattere puntuale ossia che pone la regola del caso concreto. È bene precisare che l'analisi non intende coprire tutte le possibili manifestazioni della discrezionalità amministrativa (queste ultime si possono avere infatti anche negli atti a contenuto generale, in quelli che definiscono una politica pubblica ed in altri ancora), quanto quella parte del fenomeno, sicuramente rilevante, che conduce, come detto, all'adozione di un provvedimento puntuale (dunque essenzialmente la cosiddetta discrezionalità nel *quid*). La ragione di questa limitazione deriva dalla prospettiva stessa dell'indagine: posto, infatti, che si vuole verificare l'utilizzabilità della teoria della scelta razionale nella ricostruzione della discrezionalità amministrativa e posto che tale teoria si riferisce a scelte puntuali del decisore, è evidente come il naturale terreno d'elezione, in cui un tale "trapianto" può realizzarsi, sia quello del provvedimento discrezionale puntuale. Pertanto, d'ora in avanti, quando si useranno le espressioni discrezionalità amministrativa, decisione discrezionale, provvedimento discrezionale, il riferimento sarà sempre alla scelta effettuata dalla pubblica amministrazione che pone la regola dell'assetto degli interessi in concreto.

Tanto precisato, vi sono perlomeno tre ragioni che spingono a riflettere nella direzione indicata e che dunque giustificano il presente studio.

La prima ragione è che l'esercizio della discrezionalità amministrativa nel *quid* da parte delle pubbliche amministrazioni comporta sempre una scelta tra alternative decisionali, tutte utili alla cura dell'interesse pubblico, che presentano però un contenuto diverso. La seconda ragione risiede nel fatto che la ragionevolezza, che presenta evidenti tratti di somiglianza con la razionalità, costituisce principio regolativo dell'esercizio della discrezionalità amministrativa, nonché il principale parametro di legittimità per il controllo in sede giurisdizionale². La terza ragione è rappresentata dalla circostanza che la teoria della scelta razionale tenta di risolvere un problema di massimizzazione (e come si vedrà di ottimizzazione) della scelta e non si può negare che un tale problema sia presente allorché la pubblica amministrazione eserciti il potere discrezionale.

Esistono dunque tutti i presupposti per avviare in modo proficuo, sia pure senza pretesa di completezza ed esaustività, una ricerca volta a verificare se la teoria della scelta razionale sia suscettibile di essere utilizzata con riferimento alla decisione discrezionale della p.a. con l'obiettivo di fornire una ricostruzione della discrezionalità amministrativa più esaustiva di quella che attualmente riceve.

² Su quanto appena detto qualsiasi indicazione di dottrina e di giurisprudenza sarebbe superflua tanto è nota e centrale la problematica nell'ambito degli studi di diritto amministrativo. Si può forse ricordare lo studio che ha aperto le porte alle riflessioni sulla ragionevolezza ossia indubitabilmente quello di F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1950, 1-47, cui *adde* sempre del medesimo autore, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118- 145.

Un'indagine siffatta dovrà svolgersi necessariamente attraverso i seguenti passaggi: occorrerà in primo luogo fornire chiarimenti sulla nozione di razionalità e soprattutto individuare quale, tra le diverse concezioni della razionalità, sia necessario adottare ai fini della presente indagine; successivamente si dovrà verificare se, per un verso, sussistano ostacoli sul piano fattuale all'applicazione della teoria della scelta razionale e se, per altro verso, sussistano ragioni ostative ricavabili dal diritto positivo ovvero dalla peculiare natura della pubblica amministrazione. Solo successivamente si potrà procedere ad una riformulazione della teoria giuridica della discrezionalità amministrativa nel segno di un ingresso in essa degli elementi propri della teoria della scelta razionale.

C'è infine un'ultima ragione che spinge ad affrontare una ricerca di questo tipo. A ben guardare la scienza giuridica è l'unica tra le scienze diverse dall'economia che sembra restia ad aprirsi all'utilizzazione della teoria della scelta razionale³. È sufficiente a corroborare quanto appena detto volgere lo sguardo alla scienza della politica nel cui ambito, a partire dagli anni Cinquanta del secolo scorso, si è avuto un sempre maggiore utilizzo dell'approccio *rational choice*⁴.

Un motivo in più per avviare una riflessione in tal senso nell'ambito degli studi di diritto amministrativo.

³ Non mancano invero alcuni contributi da parte di studiosi di diritto amministrativo che affrontano il tema oggetto del presente saggio in particolare dal punto di vista della teoria dei giochi che, come detto in precedenza, è sicuramente da far rientrare nell'ambito della teoria della scelta razionale (cfr. in particolare M. CLARICH, *Qualità dell'amministrazione e giustizia amministrativa*, in *Dir. Pubbl.*, 2001, 284 ss.; F. MERUSI, *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2007, 427 ss.; ID., *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011; F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2017, in particolare 295 ss.). Tuttavia quasi tutti gli autori esprimono dubbi sulla possibilità di utilizzare la teoria della scelta razionale nell'ambito della decisione amministrativa. Su questa posizione scettica si dovrà peraltro tornare nel prosieguo del lavoro.

⁴ La pietra miliare da cui convenzionalmente si fa risalire l'origine dell'approccio della *rational choice* nell'ambito degli studi politologici è il lavoro di K. ARROW, *Social Choice and Individual Values*, New York, 1951, in cui l'autore pone la questione se sia possibile costruire in modo formalizzato un modello che, partendo dalle preferenze individuali sia in grado di pervenire ad una decisione collettiva che rispetti gli assiomi della razionalità. Per un'analisi della teoria cfr. C. LIST, *Social Choice Theory*, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2013, dove in apertura si legge che "Social choice theory is the study of collective decision processes and procedures. It is not a single theory, but a cluster of models and results concerning the aggregation of individual inputs (e.g., votes, preferences, judgments, welfare) into collective outputs (e.g., collective decisions, preferences, judgments, welfare). Central questions are: How can a group of individuals choose a winning outcome (e.g., policy, electoral candidate) from a given set of options? What are the properties of different voting systems? When is a voting system democratic? How can a collective (e.g., electorate, legislature, collegial court, expert panel, or committee) arrive at coherent collective preferences or judgments on some issues, on the basis of its members' individual preferences or judgments? How can we rank different social alternatives in an order of social welfare? Social choice theorists study these questions not just by looking at examples, but by developing general models and proving theorems".

2. *Le diverse concezioni della razionalità e l'individuazione di quella che presenta tratti strutturali identici o simili alla decisione discrezionale della p.a.*

Come detto in apertura, la razionalità è concetto molto usato in particolare nell'ambito della scienza economica ed in tale prospettiva viene in rilievo quale razionalità strumentale ossia razionalità che massimizza il rapporto tra mezzi e fini⁵. In proposito è però necessario precisare come, anche in questa specifica dimensione, esistano perlomeno quattro diverse concezioni di razionalità: una ristretta, una mediana, una allargata ed una rinforzata. Qui i termini ristretta, mediana, allargata e rinforzata sono usati da chi scrive per indicare le (minori o maggiori) condizioni sulla cui base si deve giudicare la razionalità di una decisione.

Nella sua accezione ristretta una scelta può dirsi razionale quando essa risulta coerente con le credenze del decisore e le sue preferenze. Anche in questo caso è necessario qualche precisazione sul significato dei termini appena usati che, se sono familiari per gli economisti, lo sono forse meno per i giuristi. Per credenze si intendono nell'ambito della scienza economica le assunzioni del decisore (ciò che egli ritiene vero o comunque fondato), mentre per preferenze si intendono gli obiettivi perseguiti. Le credenze hanno un ampio spettro dal momento che possono riguardare i fatti, le informazioni, i giudizi espressi da altri soggetti ed altro ancora. L'importante è, come detto, che il decisore le ritenga vere o fondate. Anche le preferenze possono essere le più varie. L'importante in questo caso è che esse esprimano un desiderio o un bisogno del decisore che egli intende realizzare e che dunque costituisce al tempo stesso un obiettivo o un fine.

Da quanto detto risulta evidente come nell'accezione ristretta l'unica condizione, che deve essere soddisfatta affinché la scelta possa essere considerata razionale, sia la coerenza tra le premesse (ossia le credenze), che sono poste a base della decisione, e la preferenza (ossia l'obiettivo che si intende realizzare). Detto in altri termini il giudizio sulla razionalità della scelta non mette in discussione né la validità delle premesse in termini di attendibilità delle stesse né la scelta dell'obiettivo. Il giudizio sulla razionalità della decisione può dunque essere formulato a prescindere da ogni considerazione al riguardo.

Per meglio chiarire la portata della definizione ristretta della razionalità può essere utile un esempio mutuato dalla letteratura sull'argomento⁶. Se una persona

⁵ Accanto alla razionalità strumentale che è una razionalità pratica in quanto predicato di azioni pratiche esistono perlomeno altri due tipi di razionalità: la razionalità logico-deduttiva e la razionalità logico-induttiva.

⁶ L'esempio si trova in G. BONANNO, *Prefazione*, in BATTIGALLI, *Teoria dei giochi*, cit., 15-16, il quale riporta anche altri esempi tra i quali particolarmente significativo è il seguente perché tratto da un avvenimento realmente accaduto (come peraltro è l'esempio riportato nel testo): "All'inizio dell'anno 2012, sulla base di un'interpretazione del calendario dei Maya che si diffuse sui social

appartenente ad una setta religiosa ritiene che ad una certa data si verificherà la fine del mondo, perché così ha previsto il fondatore della setta, e sulla base di ciò smette la propria attività lavorativa, vende i propri beni e si dedica alla conversione dei “peccatori”, che considera la missione più importante cui deve adempiere, la sua decisione in presenza di tali credenze/premesse e di tale preferenza/obiettivo potrà essere definita razionale.

Se però si assume una accezione mediana della nozione di razionalità, questo giudizio non è più valido perché maggiori sono le condizioni che devono essere soddisfatte. Nella accezione mediana, infatti, affinché una scelta possa definirsi razionale, non vi deve essere solo la coerenza tra le premesse e l’obiettivo perché occorre quantomeno verificare se l’obiettivo sarebbe stato raggiungibile anche attraverso altre scelte, oltre a quella assunta. Ne consegue che una decisione, per dirsi razionale, dovrà in primo luogo basarsi sulla elaborazione delle alternative decisionali che sono in grado di perseguire il fine prefissato. Ma, oltre a questo fondamentale passaggio del processo decisionale, la scelta dovrà poi cadere su quella alternativa che consentirà di perseguire l’obiettivo con il minore sacrificio per il soggetto agente degli altri suoi interessi che vengono intercettati dalla decisione⁷.

Per tornare all’esempio, fatto la decisione dell’adepto di lasciare il proprio lavoro e vendere i propri beni per dedicarsi alla conversione dei “peccatori” non potrebbe più definirsi razionale in assenza della previa ricerca di quelle alternative decisionali che, ove presenti, erano in grado di fare conseguire l’obiettivo, ossia l’utilità attesa, con minore disutilità per l’adepto stesso.

Esiste una terza accezione della nozione di razionalità che può definirsi allargata. In tale prospettiva, affinché una scelta possa dirsi razionale, non sono sufficienti le sole condizioni di coerenza tra credenze e preferenza nonché di elaborazione delle alternative decisionali. A venire in rilievo sono infatti anche le premesse e la loro attendibilità oggettiva.

Per tornare nuovamente all’esempio fatto, la scelta dell’adepto, se si applica tale paradigma, non è razionale non solo perché è mancata la ricerca delle alternative decisionali, tutte in grado di far conseguire l’obiettivo, ma anche perché la premessa fattuale, su cui la scelta poggia, ossia l’imminente fine del mondo, è priva di ogni fondamento scientifico.

media, uno studente universitario credette nella previsione che la fine del mondo sarebbe arrivata il 21 dicembre 2012 e, di conseguenza, abbandonò gli studi, vendette i suoi beni e decise di godersi i pochi mesi di vita che gli rimanevano” (p. 16).

⁷ Come ricorda G. BONANNO, *Prefazione*, cit., 22, quella che nel testo ho indicato come accezione mediana è la definizione minima di razionalità con preferenze che soddisfano gli assiomi di von Neumann e Morgenstern. A tali autori, come è noto, si deve la prima compiuta formulazione della teoria dei giochi come strumento analitico per la definizione di modelli nelle scienze sociali e in particolare nell’economia (cfr. in proposito J. VON NEUMANN, O. MORGENSTERN, *Theory on Games and Economic Behavior*, Princeton, 1944). La teoria poi verrà sviluppata a partire dagli anni Cinquanta del secolo scorso da J. NASH di cui cfr. *Essays on Game Theory*, Cheltenham, 1996.

Esiste infine una quarta concezione della razionalità che può essere qualificata come rinforzata. In questo caso, affinché una scelta possa dirsi razionale, si deve aggiungere anche una ulteriore condizione che comporta una parziale riformulazione della teoria stessa: una decisione può dirsi razionale se non ve ne sia un'altra che sia in grado di raggiungere il fine perseguito senza peggiorare la situazione di altri soggetti. In questa formulazione, come è evidente, la teoria della scelta razionale risolve sia un problema di massimizzazione della scelta rispetto all'utilità attesa dal decisore sia un problema di ottimalità sociale, perché si occupa anche delle interdipendenze tra i soggetti e gli interessi di cui sono portatori, un profilo che, come si vedrà, è particolarmente importante nell'ambito della scelta discrezionale della p.a.

Pur in presenza di concezioni differenti, esistono però tra le stesse evidenti profili di identità, che è bene mettere in evidenza.

Un primo tratto comune a tutte e tre le definizioni è rappresentato da una premessa sulla natura dell'essere umano ossia che quest'ultimo agisce sempre in modo intenzionale (volontà del voluto per usare un'espressione cara ai giuristi), ha obiettivi ben definiti ed è mosso dal desiderio di raggiungere tali obiettivi⁸.

Un secondo tratto comune è rappresentato dal fatto che nessuna delle concezioni discute le preferenze e i connessi fini che l'agente ha e per il cui raggiungimento si determina all'azione. Discutere di preferenze comporterebbe, infatti, la formulazione di un giudizio sui valori che minerebbe alla radice la scientificità della teoria. In ogni caso ne cambierebbe la cifra, perché essa andrebbe ad ascrivere nella famiglia delle teorie paternalistiche ossia di quelle teorie che pretendono di dire quale sia l'interesse o l'obiettivo che un individuo deve perseguire in quel dato momento ovvero, detto in altri termini, quale sia il suo bene⁹. E

⁸ Nel testo è riportata quasi alla lettera la definizione offerta da R. AUMANN, *What is Game Theory Trying to Accomplish?* in K.J. ARROW, S. HONKAPOHJA, *Frontiers of Economics*, Oxford, 1985, 35.

⁹ Per paternalismo si intende in via generale quella concezione etico-politico-giuridica in base al quale lo Stato può imporre o vietare alla persona di perseguire un fine che ritenga non utile o dannoso per la persona stessa. Il paternalismo, dunque, legittima un intervento coercitivo a tutela di ciò che si ritiene essere il bene della persona (cfr. in proposito G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2011, 133 ss.). Si deve però aggiungere che, a partire da questa definizione, si sviluppano perlomeno tre distinte posizioni: *i*) quella che respinge in via generale il paternalismo in quanto costituirebbe una inammissibile violazione della libertà e dell'autonomia degli individui con alcune limitate eccezioni (ad esempio il caso dei minori e degli incapaci di intendere e di volere); *ii*) quella che ammette forme di paternalismo *soft* nei casi (ulteriori rispetto a quelli appena ricordati) in cui si tratta di impedire scelte di soggetti che, pur capaci di intendere e di volere, non sono in un particolare momento nella condizione di decidere autonomamente (un individuo sta attraversando un ponte pericolante, ma tale circostanza non gli è nota e non può capire quanto gli sta dicendo un altro individuo in una lingua diversa); *iii*) quella infine che ammette forme di paternalismo *hard* ossia interventi coercitivi volti ad impedire che un soggetto compia un'azione che lo danneggi ovvero che non gli arrechi il beneficio che potrebbe arrecargli un'azione di segno opposto. Sui diversi tipi di paternalismo cfr. G. DWORKIN, *Paternalism*,

comunque, anche a prescindere dal paternalismo, la teoria della scelta razionale diventerebbe una teoria che prende posizione su ciò che si deve o non si deve fare quando ci si determina all'azione pratica e sarebbe ascrivibile, dunque, nel dominio dell'etica deontica¹⁰.

Ebbene, tanto nella dimensione paternalistica quanto nella dimensione morale, si deve prendere posizione, come è evidente, sui fini e la teoria della scelta razionale non vuole essere né l'una né l'altra cosa, quanto piuttosto una teoria che avanza pretese di scientificità e che dunque formula proposizioni che si riferiscono a fatti empirici, ossia le scelte degli individui, che possono ricevere conferma o smentita dall'osservazione della realtà. Ciò che serve alla teoria non è dunque giudicare le preferenze (e gli obiettivi collegati alle preferenze), ma conoscere quali siano le preferenze. Tale conoscenza è infatti necessaria per instaurare una relazione tra l'agire umano e l'obiettivo perseguito, relazione che costituisce ciò che si può studiare scientificamente senza cadere in un giudizio sui valori.

Per completare il discorso occorre anche dire che la teoria della scelta razionale ha ricevuto degli adattamenti al fine di rendere la stessa più aderente alle modalità con cui nella realtà le persone scelgono e decidono. È evidente, infatti, che, presa nel suo modello, per così dire, "puro", la teoria della scelta razionale è inapplicabile ai processi decisionali reali, perché essa fa riferimento ad una razionalità assoluta non praticabile dall'essere umano. Ed infatti il soggetto agente dovrebbe avere una conoscenza pressoché illimitata, dovrebbe cioè acquisire tutte le informazioni necessarie e pertinenti rispetto alla scelta che intende adottare e dovrebbe anche essere in grado di elaborare, sulla base di tali informazioni, tutte le alternative decisionali che sono in grado di fare conseguire l'obiettivo prefissato. Ma, come è evidente, tutto ciò è impossibile che accada nella realtà non soltanto in ragione delle limitate capacità cognitive del decisore, ma anche in ragione di altri vincoli cui è sottoposto, quali il vincolo temporale (a volte le decisioni devono essere prese in tempi rapidi) o il vincolo di contesto (ogni decisione si colloca infatti in un contesto) che, ad esempio, impedisce di acquisire tutte le informazioni necessarie.

Proprio al fine di rendere maggiormente realistica la teoria, la razionalità assoluta viene sostituita dalla cosiddetta razionalità limitata¹¹. Affinché una

in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, voce pubblicata nel 2020 e rivista nel 2020, cui *add*e D. SCOCCIA, *In Defense of Paternalism*, in *Law and Philosophy*, 2008, Vol. 27, n. 4, 351-381.

¹⁰ L'etica deontica si caratterizza per il fatto di individuare principi e regole che debbono essere rispettati nell'agire pratico, se si vuole che l'azione sia considerata etica.

¹¹ Il modello della razionalità limitata (*bounded rationality*) è stato elaborato da H.A. SIMON di cui cfr. in particolare il saggio, *A Behavioral Model of Rational Choice*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1955, 69, n. 1, 99-118. Le basi per l'elaborazione del modello di razionalità limitata vennero peraltro poste dall'autore già negli anni Quaranta del secolo scorso studiando l'organizzazione pubblica dal punto di vista delle decisioni. Già nella prima edizione del volume, intitolato *Administrative Behavior*, New York, 1947 (trad. it. *Il comportamento amministrativo*, Bologna, 1958) il modello risulta

decisione possa dirsi razionale, perlomeno nella concezione mediana, allargata e rinforzata della razionalità, basta che essa si basi su un numero sufficiente di informazioni e di alternative decisionali¹².

La teoria della razionalità limitata però nulla toglie al valore della teoria della scelta razionale e neanche alla scientificità della stessa, perché si risolve in definitiva in una parziale riformulazione della premessa antropologica (l'agente umano è sì razionale, ma nei limiti imposti dal principio di realtà). Il che rende la teoria più facilmente verificabile sul piano empirico.

3. *Quale teoria della razionalità è da adottare rispetto al tema della decisione discrezionale della p.a.*

Dalle considerazioni che si sono svolte emerge già con chiarezza come vi sia più di una somiglianza significativa tra decisione razionale e decisione discrezionale della pubblica amministrazione. In quest'ultima, infatti, assumono rilievo quanto meno le premesse su cui la decisione si basa, l'elaborazione delle alternative decisionali, ove ve ne siano, e l'obiettivo che si intende perseguire ossia l'interesse pubblico fissato dalla norma e successivamente concretizzato grazie allo svolgimento del processo decisionale¹³. Ognuno di questi profili è rilevante se è vero, come è vero, che l'errore sulle premesse, la mancata elaborazione delle alternative decisionali e la violazione del vincolo finalistico danno luogo ad altrettanti vizi della decisione stessa (e dell'atto in cui viene riversata) nella forma dell'eccesso di potere.

Non ci si può però fermare a questo stadio d'analisi, perché occorre verificare quale delle diverse concezioni della razionalità deve essere assunta a base della presente indagine ovvero, in altri termini, quale si riveli epistemologicamente feconda per una sua applicazione alla teoria della decisione discrezionale della pubblica amministrazione.

A tal fine è necessario, in primo luogo, isolare i tratti qualificanti della discrezionalità amministrativa. In proposito pochi dubbi possono sussistere sul fatto che la decisione discrezionale giunga all'esito di un processo che, muovendo da una situazione problematica di realtà, dalla quale emerge la potenziale

compiutamente elaborato. Nel saggio citato in apertura della nota l'autore lo formalizza anche attraverso l'utilizzo di strumenti matematici. Dopo questo saggio tornerà più volte sull'argomento affinando la teoria della razionalità limitata con il confronto sempre più serrato con gli studi di psicologia comportamentale.

¹² Cfr. in proposito J.G. MARCH, H.A. SIMON, *Organizations*, New York, 1958 (trad. it. *Teoria dell'organizzazione*, Milano, 1971) secondo cui nella maggior parte dei casi il processo di formazione delle decisioni riguarda l'individuazione di alternative soddisfacenti.

¹³ Sulla concretizzazione dell'interesse pubblico e sui problemi che tale operazione comporta nonché sul complessivo inquadramento teorico della vicenda cfr. N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000.

necessità di intervenire per curare l'interesse pubblico¹⁴, si snoda lungo la seguente sequenza: *i*) accertamento e qualificazione dei fatti; *ii*) individuazione degli interessi secondari (pubblici e privati) presenti nei fatti che possono essere intercettati dalla decisione finale; *iii*) attribuzione di un peso ai suddetti interessi coerente con la loro consistenza reale, con la loro natura e rilevanza nell'ambito dell'ordinamento, desunta dalla qualificazione normativa, e con le indicazioni contenute nell'indirizzo politico-amministrativo così da definire un ordine gerarchico tra gli stessi; *iv*) concretizzazione dell'interesse pubblico primario; *v*) elaborazione delle alternative decisionali che sono tutte adeguate rispetto alla cura dell'interesse pubblico primario come si presenta in concreto, anch'esse ordinate gerarchicamente sulla base della regola del maggiore o minore sacrificio degli interessi secondari; *vi*) scelta della decisione che rispecchia sia la scala gerarchica in cui sono stati ordinati gli interessi secondari sia la scala gerarchica in cui sono state ordinate le alternative decisionali.

Per il momento è sufficiente fermarsi alla descrizione della sequenza senza prendere posizione sul concetto di discrezionalità amministrativa come elaborato ed accolto dalla dottrina maggioritaria. Semmai si possono sin d'ora fare due considerazioni che sono rilevanti per il prosieguo dell'indagine. Per un verso è opportuno precisare come dietro alla sequenza vi sia l'idea, accolta da chi scrive, che la specificazione e concretizzazione dell'interesse pubblico primario non derivi dal gioco comparativo con gli altri interessi coinvolti nella situazione problematica, ma sia l'esito di un'autonoma indagine che, muovendo dal (ed interrogando il) dato normativo, pervenga sulla base della situazione problematica ad individuare la necessità di cura dell'interesse pubblico nel caso concreto¹⁵, di guisa che, una volta accertata tale necessità, si tratterà di scegliere tra le alternative decisionali quella che rispecchia la gerarchia instaurata tra le medesime alternative previamente elaborate. Per altro verso è utile sottolineare come nella sequenza descritta sia ricompreso anche il principio di proporzionalità¹⁶.

Tante detto, ciò che discende inequivocabilmente dal processo decisionale che porta alla scelta discrezionale, come sopra descritto, è che tale scelta deve rispettare alcune ben precise condizioni. Essa, infatti, deve essere idonea a curare l'interesse pubblico, deve al contempo realizzare il minore sacrificio degli interessi secondari che va ad intercettare, deve poggiare su premesse relative alla situazione di realtà che siano scientificamente attendibili.

¹⁴ Per l'ordine concettuale esposto nel testo, ossia che l'azione amministrativa procedimentale parte sempre in presenza di una situazione problematica, cfr. in particolare F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 159 ss. Per lo sviluppo di tale prospettiva sia consentita rinviare a A. ZITO, *Le pretese partecipative*, Milano, 1996.

¹⁵ Su questa tematica si può rinviare senz'altro allo studio di N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità*, cit. in particolare 51 ss.

¹⁶ Sul principio di proporzionalità resta fondamentale lo studio monografico di D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998.

Ebbene la sequenza illustrata consente di affermare che tra le quattro concezioni della razionalità, che si sono in precedenza illustrate, la scelta discrezionale della p.a. presenti tratti simili, se non identici, alla concezione rinforzata della razionalità. In tale concezione, come si è visto, la scelta è razionale allorché poggia su premesse attendibili (le credenze del decisore), sull'elaborazione delle alternative decisionali, e sulla considerazione della posizione e degli interessi dei soggetti, diversi dal decisore, coinvolti nella decisione.

Dunque, per lo meno dal punto di vista strutturale, non si ravvisa alcun ostacolo ad affermare che la scelta discrezionale della p.a. può ben essere considerata come una delle manifestazioni sul piano giuridico della teoria della scelta razionale.

Sulla base delle considerazioni svolte si è adesso in grado di fissare in modo puntuale le coordinate entro le quali il prosieguo dell'analisi è destinato a svolgersi.

La concezione della razionalità che si ritiene di assumere per studiare la discrezionalità amministrativa, perché maggiormente corrispondente ai tratti qualificanti della scelta discrezionale della p.a., è quella rinforzata in quanto l'unica in grado di esprimere non soltanto la dimensione della razionalità intesa come massimizzazione della scelta, ma anche la dimensione dell'ottimalità sociale e dunque di dare rilevanza (e soluzione) al problema dell'interdipendenza tra il soggetto decisore e gli altri soggetti ovvero tra l'interesse perseguito dal primo e gli altri interessi che dalla decisione vengono intercettati. Da questo momento in poi, dunque, verrà presa a riferimento la tesi che la decisione è razionale se non ne esiste un'altra che parimenti consente di raggiungere l'utilità attesa (ossia l'obiettivo perseguito) senza peggiorare la situazione di altri soggetti ovvero se non esiste un'altra decisione in grado di raggiungere il perseguimento dell'interesse del decisore senza arrecare un danno meno intenso agli interessi facenti capo ad altri soggetti.

4. *Le possibili obiezioni all'utilizzo della teoria della razionalità con riferimento alla decisione discrezionale della p.a. ed il loro superamento*

Al fine di potere predicare l'utilizzo della teoria della scelta razionale con riferimento alla decisione amministrativa discrezionale, è necessario però esaminare e superare sia le critiche che alla suddetta teoria vengono mosse da una prospettiva interna alla stessa sia quelle che vengono mosse da una prospettiva esterna ossia da una prospettiva d'analisi squisitamente giuridica. Le prime mirano a mettere in crisi la validità della teoria; le seconde mirano a dimostrare la sua inapplicabilità nell'ambito dell'agire amministrativo. In ogni caso sono entrambe rilevanti ai fini della presente indagine. Se la teoria fosse confutata non avrebbe

senso discutere di essa e della sua applicazione alla scelta discrezionale della p.a.; se la teoria, pur valida, fosse inapplicabile dal punto di vista del diritto, varrebbe la stessa conclusione.

Occorre dunque esaminare entrambi i tipi di critica partendo dalle obiezioni che si possono definire endogene¹⁷.

In proposito il primo rilievo, che viene mosso alla teoria della scelta razionale con lo scopo di contestarne la fondatezza o quanto meno l'utilità, muove dalla circostanza che i risultati cui pervengono le scienze comportamentali mostrano come le persone raramente agiscano secondo il modello teorico proposto¹⁸. Detto in altri termini gli individui, quando in concreto scelgono e decidono, sono sistematicamente affetti da *bias* ed errori cognitivi e dunque altrettanto sistematicamente si comportano in modo poco razionale. In definitiva la teoria della scelta razionale sarebbe assai distante dagli effettivi processi decisionali con la conseguenza che la sua capacità euristica sarebbe assai limitata¹⁹.

Si tratta di un'obiezione, come è evidente, particolarmente importante alla quale i sostenitori della teoria rispondono con due diverse argomentazioni. In proposito si può sinteticamente ricordare come, per un verso, si ritenga che l'obiezione possa essere superata proprio a partire dai dati empirici, a condizione che essi vengano analizzati in modo aggregato. Così facendo si può infatti verificare che, seppure gli individui nel decidere incorrano sistematicamente in *bias* ed errori cognitivi, le scelte nel complesso non sono poi così distanti da quelle che si sarebbero prese secondo il modello della scelta razionale²⁰. Per altro verso si ribatte che la teoria, anche a prescindere dalla verifica empirica, mantiene comunque una sua capacità prescrittiva o normativa nel senso che rimangono validi i criteri in base ai quali una decisione deve essere assunta, se si vuole che la stessa sia razionale²¹. Come è evidente, questa seconda risposta si colloca in una

¹⁷ Sulle critiche formulate alla teoria della scelta razionale cfr. di recente D. CAMPUS, *È sempre possibile preferire? Una critica alla teoria della scelta razionale*, in *Fil. pol.*, 2020, 131-141.

¹⁸ Lo studio dei processi decisionali ha prodotto, a partire dalla diffusione e accettazione della teoria della razionalità limitata degli agenti umani, molti altri risultati soprattutto nella prospettiva di individuare i *bias* e gli errori in cui gli stessi incorrono sistematicamente. Per tali sviluppi si può senz'altro rinviare ai noti contributi offerti da A. TVERSKY, D. KAHNEMAN, *Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability*, in *Cognitive Psychology*, 1973, 5, 207-232; *Judgment Under Uncertainty: Heuristic and Biases*, in *Science*, 1974, 85, 1124-1131; *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, in *Science*, 1981, 211, 453-458; *Rational Choice and the Framing of Decisions*, in *Journal of Business*, 1986, 4, parte 2, 251-278.

¹⁹ Sulla violazione sistematica del modello proposto dalla teoria della scelta razionale cfr. R. NISBETT, L. ROSS, *Human Inference*, Engelwood Cliff, 1980, trad. it. *L'inferenza umana*, Bologna, 1989. Il tema è molto dibattuto soprattutto da parte dei cultori delle scienze cognitive comportamentali.

²⁰ È doveroso aggiungere che si tratta di una risposta che può però avere un valore solo parziale perché come ricorda D. CAMPUS, *È possibile preferire?*, cit., "questa convinzione è risultata erronea in molti contesti di scelta soprattutto quelli che esulano dai mercati economici" (p. 131).

²¹ D. CAMPUS, *È sempre possibile preferire?*, cit., che ricorda come "i sostenitori della teoria

dimensione familiare per il giurista in quanto attiene non già al piano dell'essere, ma al piano del dover essere.

Tanto premesso, occorre verificare se le critiche che si sono illustrate siano tali da impedire alla radice l'utilizzo della teoria della scelta razionale nell'ambito della ricostruzione della discrezionalità amministrativa. A tal fine, si assume che le critiche siano fondate, non potendo per ragioni di competenza disciplinare poterle discutere nel merito.

In proposito si può dire che, anche a volere accettare la tesi che nella realtà gli individui scelgono e decidono in modo non razionale, questa circostanza non è assolutamente ostativa ad un trapianto della teoria della scelta razionale nell'ambito dell'agire discrezionale della pubblica amministrazione. La pubblica amministrazione è infatti un soggetto organizzato che, per il tramite dei suoi funzionari, deve agire sulla base della razionalità strumentale per espressa previsione costituzionale. Quando infatti l'art. 97, comma 2, della Costituzione prescrive che i pubblici uffici devono essere organizzati in modo da assicurare il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione, altro non fa che imporre alla stessa un dovere di agire in modo razionale e segnatamente facendo corretta applicazione della razionalità strumentale. Un dovere che si sostanzia sia attraverso le decisioni organizzative, quelle cioè che attengono al modello organizzativo e alla individuazione di chi fa che cosa (ovvero alla distribuzione delle competenze), sia attraverso le decisioni, per così dire provvedimenti, ossia quelle che traducono le norme attributive del potere o dell'autonomia negoziale alla p.a., in scelte che attuano le norme medesime e le concretizzano.²²

della scelta razionale ribattono che nessuna falsificazione empirica può pregiudicare né la validità normativa né l'universalità della teoria, il cui presunto inattaccabile punto di forza rimane il poter spiegare ogni azione umana attraverso il modello della massimizzazione dell'utilità attesa. Non vi è circostanza della vita dell'uomo, si argomenta, che non possa essere efficacemente rappresentata attraverso la triade preferenze, credenze ed azioni. Infatti, date le preferenze, che esprimono gli scopi e gli obiettivi dell'agente, egli\ella seleziona quel corso d'azione che ritiene essere, sulla base delle sue credenze, il miglior mezzo per realizzare gli obiettivi prefissi, tenuto conto dei vincoli e delle limitazioni poste dal contesto. Poiché le preferenze possono essere espresse tramite una funzione di utilità, si dice tecnicamente che l'agente massimizza l'utilità attesa, cioè seleziona il corso d'azione che conduce all'esito a cui è associato il livello più alto di utilità" (pp. 131-132).

²² Detto in altri termini la previsione costituzionale si pone come "dato esterno", mentre l'organizzazione e la razionalità strumentale sono posti dalla stessa come "problema" da risolvere, il quale, fermo restando il rispetto della riserva di legge relativa presente in tale previsione, deve essere per l'appunto "risolto" attraverso la definizione del disegno organizzativo che è nel contempo fattore di ordine e di coordinamento tra le azioni dei funzionari e di individuazione delle specifiche azioni che sono necessarie ad applicare le norme che sul piano sostanziale disciplinano l'esercizio della funzione amministrativa. Due notazioni si impongono al riguardo; 1) sebbene l'organizzazione e l'azione amministrativa siano, come ben messo in luce dalla dottrina, in un rapporto di reciproca dipendenza, tuttavia la prima si pone come momento primigenio rispetto alla seconda; 2) l'organizzazione costituisce fattore di semplificazione e di prevedibilità e certezza dell'azione amministrativa.

Ebbene dal momento che la teoria della scelta razionale individua proprio le condizioni affinché una decisione possa dirsi tale, la circostanza che le singole persone nella realtà scelgano e decidano (talvolta, molte volte, o anche in ipotesi sempre) in modo non razionale costituisce un fatto ininfluenza rispetto all'agire amministrativo, organizzativo o provvedimentale che sia, perché tale agire deve invece essere sempre razionale per espressa previsione normativa.²³

Semmai si può porre un problema di verificare se la teoria della scelta razionale, che viene elaborata a partire dalle decisioni delle persone, possa essere utilizzata con riferimento ad un soggetto giuridico come laa. che, a prescindere dal suo essere o meno persona giuridica²⁴, si presenta come un attore collettivo organizzato. La questione però può essere facilmente risolta ove si consideri che l'agire amministrativo si risolve sempre in un agire delle persone che sono i funzionari dell'amministrazione. Detto in altri termini l'azione della pubblica amministrazione è sempre il frutto di un'azione individuale, la quale, in virtù del rapporto d'ufficio che si instaura tra la persona fisica e il soggetto organizzato, si converte in decisioni che sono ascritte ed imputate alla pubblica amministrazione per il tramite dell'organizzazione e delle norme che tale organizzazione istituiscono e regolano²⁵. Il che toglie, come evidente, ogni consistenza e spessore al problema prima posto.

Alla luce delle considerazioni svolte si può dunque affermare come non solo non vi sia un ostacolo a ragionare di discrezionalità amministrativa della p.a. nella prospettiva della teoria della scelta razionale, ma vi sia la necessità di farlo se si sta al dato di diritto positivo. Insomma, anche a volere restringere la validità di

²³ A volere allargare lo sguardo oltre quanto indicato nel testo, si deve sottolineare come laa. abbia rappresentato e rappresenti ancor oggi uno degli elementi fondanti del più generale processo di razionalizzazione della società moderna come chiaramente teorizzato da M. Weber, che non a caso ha definito l'agire della p.a. in termini di agire legale razionale. Sul punto cfr. M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922, trad. it. *Economia e società*, voll. I e II, Milano, 1961 (seconda edizione italiana 1968). Il tema della "grande razionalizzazione" che accompagna la nascita e lo sviluppo della società moderna e contemporanea è centrale nell'ambito della riflessione non soltanto sociologica, ma anche economica e più in generale filosofica. Come è stato ricordato, dal punto di vista economico "il capitalismo rappresenta il massimo della R(azionalizzazione) formale, fondandosi sull'organizzazione razionale del lavoro formalmente libero e sul calcolo del capitale in una situazione di libero mercato" (così N. ABBAGNANO, *Razionalità*, in N. ABBAGNANO (a cura di), *Dizionario di filosofia*, Torino, terza ed., 1988, 901).

²⁴ Ai fini del discorso che viene svolto nel testo non rileva la questione, pur assai importante, se le pubbliche amministrazioni siano da considerare come persone giuridiche ovvero soggetti dotati di una peculiare soggettività giuridica, che presenta, soprattutto con riferimento alle amministrazioni statali, tratti peculiari.

²⁵ L'autore che maggiormente ha posto in rilievo la circostanza ricordata nel testo, ossia che l'agire amministrativo è agire di funzionari, fornendo nel contempo una puntuale ricostruzione dogmatica di tale fenomeno, è G. MARONGIU di cui cfr. in particolare *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Milano, 1969.

tale teoria al piano del dovere essere ossia al piano della sua validità prescrittiva o normativa, ciò non ne sminuisce l'importanza rispetto all'agire discrezionale della p.a. dal momento che quest'ultimo si colloca in via originaria sullo stesso terreno.

Un secondo ordine di critiche che viene mosso alla teoria della scelta razionale è che essa delinea un modello di massimizzazione dell'utilità e che dunque il suo valore normativo e prescrittivo non possa andare oltre la scienza economica, atteso che il concetto di utilità si ataglia in modo particolare, se non addirittura esclusivo, alla scelta compiuta dall'agente che, mosso dall'interesse egoistico, tenta di massimizzare tale interesse confrontando diversi stati di utilità, ciascuno associato alle possibili alternative decisionali²⁶. Essa, dunque, non sarebbe applicabile ad altri contesti di scelta in cui a venire in rilievo non è l'utilità intesa in senso economico²⁷.

Anche questa obiezione può però essere superata. La circostanza che la teoria della scelta razionale sia neutra rispetto ai fini, ossia, come detto in precedenza, che essa non discuta tale aspetto, ben consente una sua applicazione anche a quelle decisioni che perseguono obiettivi non riconducibili alla logica della scelta economica²⁸. Come infatti è stato efficacemente sottolineato di recente “contrariamente a quanto viene spesso ritenuto in conseguenza del fatto che la teoria della scelta razionale è stata originariamente sviluppata nell'ambito della scienza economica, il modello della massimizzazione dell'utilità non prevede che lo scopo dell'agente sia quello di perseguire il proprio interesse personale”, sicché in definitiva ogni decisione, quale che sia il fine che si persegue, pone, come

²⁶ Per ulteriori considerazioni sul punto cfr. D. CAMPUS, *È sempre possibile preferire?*, cit.,

²⁷ Sul concetto di utilità in senso economico il dibattito è molto ampio. Dalla originaria impostazione data da J. Bentham secondo cui l'utilità è associata ad un oggetto o ad una situazione ed è determinata dal piacere che l'oggetto o la situazione producono, di guisa che l'utilità può essere misurata in valore assoluto, si è passati ad una concezione in cui la funzione di utilità misura unicamente quanto un'alternativa è preferita ad un'altra non assegnando a ciascuna un valore assoluto.

²⁸ Cfr. D. CAMPUS, *È sempre possibile preferire?*, cit., la quale fa seguire al passaggio riportato nel testo altre rilevanti considerazioni sul punto: “In effetti, corrisponde al vero che la maggior parte dei modelli della scelta razionale applicati a questo o a quel contesto finiscono con l'assumere più o meno esplicitamente che l'interesse personale sia il motore dell'azione umana. Tuttavia, il principio di massimizzazione dell'utilità ammette ogni tipo di preferenze individuali: buone, cattive, egoistiche, altruistiche e quant'altro. Ciò che importa non è il loro contenuto, bensì la loro forma: in altri termini, esse devono soddisfare alcuni assiomi che permettono di ordinarle e quindi rappresentarle attraverso una funzione di utilità. Proprio la neutralità dei fini garantisce alla teoria della scelta razionale quel grado di generalità che ne giustifica l'applicabilità ad una molteplicità di contesti. In ogni situazione di scelta, sia che riguardi la vita privata, sia la sfera delle decisioni professionali o politiche, si suppone che l'agente razionale valuti le alternative che gli si presentano e sia in grado di ordinarle secondo le sue preferenze. Di conseguenza, sceglierà l'alternativa che risulta dal suo stesso ordinamento la preferita a tutte le altre” (p. 132).

peraltro viene talvolta messo in luce dalla stessa dottrina amministrativistica con riferimento proprio alla discrezionalità amministrativa, un problema di massimizzazione della stessa^{29 30}.

Analizzate e superate le obiezioni interne alla teoria della scelta razionale, che impedirebbero il suo trapianto nell'ambito dello studio giuridico della discrezionalità amministrativa, occorre analizzare e superare le obiezioni che possono essere mosse da una prospettiva d'analisi squisitamente giuridica.

In proposito, nell'ambito della riflessione dottrinale (sia pure non copiosa) sul tema, l'argomento decisivo che viene speso si basa sul fatto che l'applicazione del criterio di razionalità sia da escludere in ragione della imprevedibilità e variabilità della realtà cui il diritto va applicato³¹ ovvero con altra terminologia, che

²⁹ Significative in tal senso sono le riflessioni di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 480.

³⁰ Talvolta nella riflessione giuridica si parla di razionalità di scopo e di razionalità di correttezza. Al riguardo cfr. M. LA TORRE, *Sullo spirito mite delle leggi. Ragione, razionalità, ragionevolezza [prima parte]*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, fasc. 2, 2011, 495- 515, che ricorda come si distingue tra razionalità deontologica e razionalità teleologica: "In accordo alla prima la razionalità, per esempio, di una decisione va misurata mediante la sua corrispondenza a, e osservanza di, qualche sorta di regola; in accordo alla seconda la razionalità è materia di considerazioni utilitarie, di un calcolo di costi e benefici" (p. 505). Una tale distinzione, se è certamente rilevante a fini analitici, non ha una particolare utilità ai fini del presente studio. Se infatti la teoria della scelta razionale pone un problema di massimizzazione e se anche nell'esercizio della discrezionalità amministrativa si pone, come detto nel testo, un tale problema, il fatto che il decisore trovi regole esterne non cambia i termini del problema che è e rimane un problema di massimizzazione. Sempre nello studio del citato autore si rileva come "troviamo, soprattutto nell'ambito degli studi di carattere sociologico, una maniera per certi versi alternativa di concepire la razionalità, quella di una qualità o proprietà non più di enunciati e comportamenti individuali, bensì di gruppi e sistemi. Inoltre all'interno della tradizione sociologica si manifesta spesso una forte tentazione a definire la razionalità dei comportamenti individuali con riferimento al gruppo o al sistema. Secondo questa prospettiva una condotta sarà razionale, se e solo se essa è funzionale al gruppo o al sistema. Il concetto «sociologico» di razionalità muove da due assunti: (i) che la razionalità possa essere una virtù intrinseca della società (riformulando per certi versi una idea di Hegel, per cui «ciò che è reale è anche razionale» e viceversa), e (ii) che i criteri di razionalità delle azioni individuali sono offerti dalla razionalità immanente della società. Il problema fondamentale qui è nella sovrapposizione o confusione del punto di vista funzionale e del punto di vista normativo" (p. 504). Se ne deduce che "questo uso «sociologico» della nozione di ragione sottodimensionata a quella di funzione sia assai discutibile ed in ogni caso inappropriato a spiegare i fenomeni giuridici ed in particolare le decisioni giudiziali". Sul punto non si può che concordare ed è questa la ragione per cui nel presente studio si è utilizzata la teoria della scelta razionale come elaborata soprattutto dagli economisti tralasciando altri contesti in cui pure si fa uso della suddetta teoria con i dovuti aggiustamenti.

³¹ Quella indicata nel testo è la posizione di F. FOLLIERI espressa nello studio monografico su *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità del sindacato*, Milano, 2017 in particolare 295 ss., secondo cui "la razionalità soffre dei limiti costituiti anche dalla mutevolezza ed imprevedibilità della realtà" (p. 295 nota 59), mentre la ragionevolezza "mitiga" la razionalità assolutizzante ed "aggiunge alla razionalità il senso della misura, escludendo l'assolutezza e il relativismo" (p. 296-297). Lo studio peraltro ha il grande pregio di non dissolvere

però veicola analoga sostanza, in ragione del fatto che la decisione amministrativa vada adattata alle variabili del caso concreto e che non tutte queste variabili sono predeterminabili³².

Si tratta però di obiezioni che possono essere superate. Quando infatti la pubblica amministrazione si determina alla decisione discrezionale, troncando ogni indugio, la situazione di realtà è (e non può non essere) ben definita, se non altro perché ad eliminare ogni incertezza è servito l'intero processo decisionale che si è svolto nel procedimento amministrativo. Se così non fosse, la pubblica amministrazione sarebbe condannata all'inazione e comunque, ove agisse, l'esercizio del potere discrezionale sarebbe senz'altro illegittimo.

Di nessuna imprevedibilità e variabilità ovvero, forse più correttamente, di incertezza della realtà si può dunque parlare nel momento dell'adozione del provvedimento discrezionale, perché tali predicati riferiti alla suddetta realtà sono semmai appropriati all'inizio del processo decisionale, quando cioè si è in presenza di una situazione problematica da cui potenzialmente si evince la necessità di intervenire per curare l'interesse pubblico³³. Non è dunque dato intravedere sul piano concettuale, né sul piano empirico, alcun motivo ostativo all'utilizzabilità della teoria della decisione razionale alla decisione discrezionale della pubblica amministrazione.

5. *La piena utilizzazione della teoria della scelta razionale rispetto alla decisione discrezionale della p.a. e la necessità di una parziale riformulazione della nozione di discrezionalità amministrativa*

L'ostacolo maggiore al proficuo utilizzo della teoria della scelta razionale con riferimento alla decisione discrezionale della p.a. risiede probabilmente nella stessa definizione di discrezionalità amministrativa quale elaborata in ambito giuridico. Come è già stato ricordato, vi è un diffuso consenso nel ritenere che la discrezionalità consista in una ponderazione comparativa degli interessi seconda-

la razionalità nella ragionevolezza e di riconoscere uno spazio a quest'ultima sia pure all'interno del più generale principio di ragionevolezza.

³² In questo senso si esprime F. MERUSI, *Ragionevolezza*, cit., 20. Secondo tale autore "Un tentativo che ha ancora dei seguaci, se non fra i cultori del diritto amministrativo, fra i politologi, che, per forza di cose, si occupano di decisioni che i giuristi chiamano discrezionali quando il potere è esercitato da una Pubblica Amministrazione" è quello di applicare una logica matematica anche alla discrezionalità amministrativa.

³³ Si può aggiungere rispetto a quanto detto nel testo che l'imprevedibilità della realtà torna a giocare un ruolo dopo l'adozione della scelta discrezionale da parte della p.a. allorché sopraggiungano fatti nuovi. Ma, per far fronte a questa evenienza, il sistema giuridico mette a disposizione della pubblica amministrazione il ben noto strumento della revoca del provvedimento amministrativo.

ri (pubblici e privati) con l'interesse pubblico primario che laa. deve perseguire³⁴. Come è evidente, la definizione presuppone, per un verso, l'esistenza di un rapporto di interdipendenza tra tutti gli interessi in gioco e, per altro verso, che l'interesse pubblico primario si ponga come uno dei due termini di questo rapporto, l'altro essendo rappresentato dagli interessi diversi dal primo. Ne discende, se si sta a questa definizione, come sia lo stesso interesse pubblico a venire "pesato" e "comparato" con gli altri interessi.

Se questo è lo schema concettuale della discrezionalità amministrativa, è evidente come sorgano grossi problemi rispetto all'utilizzazione della teoria della scelta razionale. A quest'ultima è infatti estraneo il meccanismo di ponderazione dell'interesse, al cui perseguimento è preordinata la scelta, con gli altri interessi che pure vengono in rilievo. Nella suddetta teoria, infatti, perlomeno nella concezione che si è adottata ai fini del presente studio e che è l'unica che assume e risolve il problema dell'interdipendenza tra gli interessi, nessuna ponderazione, per dirla con terminologia giuridica, vi è tra l'interesse perseguito e gli altri interessi. Rispetto all'interesse che persegue il decisore, infatti, ciò che rileva è che esso venga soddisfatto e che tale soddisfazione avvenga adottando tra le alternative decisionali quella in grado di farlo conseguire con il minor sacrificio possibile delle posizioni e degli interessi degli altri soggetti che sono coinvolti nella decisione.

Se di ponderazione si può dunque parlare nella teoria della decisione razionale, essa riguarda semmai gli interessi secondari che, al fine di individuare l'al-

³⁴ Come è noto la prima convincente sistemazione della discrezionalità amministrativa si deve a M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetti e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939. La definizione data dall'autore, poi precisata e ribadita in molti contributi, è notissima: la discrezionalità "consta in una ponderazione di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario" (cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, vol. II, 481). Tale definizione è ancora oggi quella seguita dalla dottrina maggioritaria. Cfr. ad esempio, tra la trattatistica e la manualistica più recente, R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2002, in particolare 85 ss.; G. DELLA CANANEA, M. DUGATO, B. MARCHETTI, A. POLICE, M. RAMAJOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2022, dove si ribadisce la definizione di M.S. Giannini con una particolare sottolineatura del carattere politico della ponderazione comparativa (la parte cui si fa riferimento è di A. Police); G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, IX ed., Torino, 2020, 208 dove si riporta la definizione di M.S. Giannini, pur avendo cura di precisare che non è corretto ritenere che "laddove c'è discrezionalità, c'è necessariamente una valutazione comparativa di interessi?" M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, III ed., Bologna, 2017, 126 dove si afferma che la scelta discrezionale "avviene attraverso una valutazione comparativa (ponderazione) degli interessi pubblici e privati rilevanti nella fattispecie"; F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, VII ed., Torino, 2021, 186 dove si afferma che la scelta discrezionale "va eseguita valutando comparativamente tutti gli interessi pubblici (secondari), collettivi e privati presenti nella concreta fattispecie alla luce dell'interesse pubblico primario" (la parte riportata è di E. Follieri); S. LICCIARDELLO, *Diritto amministrativo. Principi, organizzazione e azione*, Firenze, 2020, 246. Per approfondimenti sulla nozione di discrezionalità elaborata da M. S. Giannini e sugli sviluppi dottrinali successivi cfr. F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 1045 ss. Per una ricostruzione più generale dell'evoluzione della nozione di discrezionalità, anche in chiave comparata, si può senz'altro rinviare a R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 41 ss.

ternativa decisionale da scegliere, devono essere ordinati secondo un ordine di maggiore o minore peso degli stessi. Si tratta, come è evidente, di un passaggio del processo decisionale necessario ed anche delicato, ma che non pone nessun problema di ponderazione comparativa tra l'interesse perseguito dal decisore e gli altri interessi che vengono in rilievo.

Giunti a questo punto però ci si trova di fronte ad un bivio: o si conclude la ricerca nel senso della non utilizzabilità della teoria della scelta razionale con riguardo alla teoria della discrezionalità amministrativa o si sottopone quest'ultima ad un riesame critico al fine di verificarne la correttezza e validità.

Prima di procedere in questa seconda direzione, è opportuno però sottolineare come l'aver ricostruito la discrezionalità amministrativa in termini di un giudizio di ponderazione comparativa tra l'interesse pubblico primario e gli interessi secondari abbia, a parere di chi scrive, determinato la progressiva sostituzione negli studi scientifici del riferimento alla razionalità con il riferimento alla ragionevolezza, che oggi costituisce, infatti, il parametro prioritario, se non esclusivo, per il giudizio sulla legittimità o meno dell'atto discrezionale della p.a.

La ragionevolezza, infatti, quale che sia la ricostruzione cui si voglia aderire, presenta un tratto comune dato dalla circostanza che essa richiede sempre un bilanciamento tra gli interessi in gioco e dunque una loro comparazione³⁵. Definita la discrezionalità amministrativa come una ponderazione comparativa dell'interesse pubblico primario con gli interessi secondari, non deve allora sor-

³⁵ Sulla ragionevolezza esiste una bibliografia sterminata che è impossibile richiamare senza incorrere in ingiustificate omissioni. Del dibattito sul tema meritano però di essere ricordati alcuni profili. In primo luogo, la dottrina sottolinea come la ragionevolezza sia concetto caratterizzato dal punto di vista semantico da margini di indeterminazione sicuramente maggiori rispetto al concetto di razionalità, sicché diventa difficile definirla in modo univoco. Come è stato efficacemente sottolineato "la ragionevolezza sembra essere una luce più facile da percepire che non da spiegare" sicché, sebbene il suo uso da parte della giurisprudenza, trovi oggi molti consensi, rimane il problema teorico di individuarne le basi ed i limiti (Cosi' J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XII, Torino, 1997, 341). Questa osservazione è già sufficiente per chiedersi se l'utilizzo della ragionevolezza e la centralità che essa ha assunto con riferimento alla discrezionalità amministrativa si giustificano. L'indeterminatezza di cui il concetto soffre non sembra infatti del tutto idoneo a consentire sistemazioni scientifiche in grado di offrire quel sufficiente quadro di certezza cui deve tendere la ricostruzione teorica dei fenomeni giuridici, quadro tanto più necessario quando a venire in rilievo, come nel caso della discrezionalità, sia l'esercizio di un potere non interamente predeterminato dalla norma. A dire il vero secondo una parte della dottrina la suddetta indeterminatezza costituirebbe il punto di forza della nozione perché la ragionevolezza, come è stato di recente ricordato, mitiga la razionalità assolutizzante aggiungendo il senso della misura (cfr. sul punto F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità del sindacato*, Milano, 2017 e la dottrina ivi richiamata). In definitiva la ragionevolezza è da preferire alla razionalità perché consente il bilanciamento o contemperamento di valori e interessi che rispetto ad una determinata situazione sono presenti in posizione confliggente, permettendo di "addivenire a composizioni in cui vi sia posto non per una sola, ma per tante ragioni" (così G. ZAGREBELSKI, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 203).

prendere come il binomio discrezionalità – ragionevolezza tenga il centro della scena con una tendenziale eclissi di ogni riferimento alla razionalità quale concetto utile per ricostruire l'agire amministrativo di tipo discrezionale³⁶ a dispetto di quell'insegnamento che individua il *proprium* della pubblica amministrazione nell'agire legale razionale³⁷.

Tanto precisato, diventa a questo punto necessario verificare se la teoria della discrezionalità amministrativa, nella formulazione dominante, sia corretta o non debba essere, quantomeno parzialmente, ripensata nel suo profilo più rilevante costituito dalla ponderazione comparativa dell'interesse pubblico primario con gli altri interessi secondari che vengono in rilievo nel caso concreto.

In proposito conviene partire da un dato che è difficilmente contestabile. Ogni decisione discrezionale muove da uno stato di realtà che si presenta all'origine problematico e da cui si evince la potenziale necessità della cura dell'interesse pubblico. Tutto il processo decisionale che si svolge attraverso il procedimento amministrativo è volto dunque alla chiarificazione di tale stato di realtà, sicché al termine di tale processo ciò che emergeva a livello di ipotesi, ossia la necessità di intervenire per tutelare l'interesse pubblico, trova conferma oppure smentita. Nel primo caso, però, è evidente come si determini una doverosità in capo alla pubblica amministrazione di agire e dunque di assumere quella decisione che serve per curare il predetto interesse³⁸.

Ebbene è proprio questa doverosità che impedisce che si possa, sul piano logico prima ancora che giuridico, affermare che l'interesse pubblico sia soggetto ad una ponderazione con gli altri interessi che vengono in rilievo rispetto alla situazione di realtà. L'interesse pubblico, ove la situazione di fatto lo richieda, va infatti necessariamente curato e il problema che residua è quello di adottare la decisione che consenta di perseguirlo con il minor sacrificio possibile degli interessi secondari. Ma, affinché ciò avvenga, è necessario scegliere l'alternativa decisionale che rispecchia il peso previamente attribuito agli interessi secondari

³⁶ Vi sono autori che, pur riconoscendo alla ragionevolezza un posto preminente, non rinunciano del tutto ad utilizzare la categoria della razionalità. Cfr. in proposito tra i contributi più recenti il già citato lavoro di F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, cit. in particolare 295 ss. secondo cui la ragionevolezza include anche la razionalità (p. 303 del testo e anche la nota 125 della medesima pagina), nonché il saggio di F. Trimarchi Banfi, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 313 ss.) in cui si distingue tra ragionevolezza “razionalità” e ragionevolezza “valutativa: la prima attiene alla correttezza logica della decisione mentre la seconda attiene al giudizio sui valori.

³⁷ Il riferimento è ovviamente alla nota tesi di M. Weber espressa in particolare nel lavoro citato alla nota 23.

³⁸ Quanto detto nel testo consente di recuperare la centralità del tema della doverosità in concreto della scelta discrezionale che, nella ricostruzione sulla discrezionalità oggi prevalente, sembra non trovare il giusto peso, rimanendo confinata ad una doverosità, per così dire, generica in contrasto con la centralità che tale nozione ha rispetto all'esercizio del potere non in astratto, ma in concreto.

o, per meglio dire, l'ordine scaturente dal "peso" attribuito, ordine che a sua volta discende dalla consistenza di tali interessi secondari nella realtà (profilo quantitativo), dalla loro rilevanza dal punto di vista giuridico (profilo qualitativo) e dal valore che a tali interessi è stato attribuito in sede di determinazione dell'indirizzo politico o politico-amministrativo (profilo politico). La dinamica della ponderazione si inserisce (e si esaurisce) dunque in questo preciso segmento del processo decisionale e riguarda i soli interessi secondari. Detto in altri termini la necessità di intervenire per la cura dell'interesse pubblico discende unicamente dalla situazione di fatto e non certo dagli altri interessi in essa presenti, la cui rilevanza entra in gioco solo successivamente come elemento che condiziona la scelta tra le alternative decisionali disponibili.

Se così stanno le cose, è chiaro come la discrezionalità amministrativa non possa essere ricostruita nei termini di una ponderazione comparativa dell'interesse pubblico primario con gli interessi secondari, bensì nei termini di una scelta volta nel contempo alla massimizzazione della cura dell'interesse pubblico e alla sua ottimizzazione dal punto di vista sociale (ossia tenendo conto del contesto di interdipendenza con gli altri interessi), scelta che dunque, fermo restando la (sola) comparazione degli interessi secondari, si risolve nell'adottare, tra le alternative decisionali, quella che arreca il minore sacrificio possibile agli interessi secondari. Si tratta dunque di una decisione razionale collocabile certamente nell'ambito della teoria della scelta razionale perlomeno nella concezione della razionalità che in questo lavoro si è definita come rinforzata.

Come è evidente, la ricostruzione della discrezionalità nel modo anzidetto, nulla perde in termini di capacità di ricomprendere sia la rilevanza del fenomeno dell'interdipendenza tra interesse pubblico primario e interessi secondari sia la rilevanza del vincolo nascente dalle scelte compiute in sede di indirizzo politico-amministrativo. Con riferimento a quest'ultimo profilo merita anzi di essere sottolineato come l'espressa qualificazione normativa di cui è stata fatta oggetto (a partire del d.lgs. n. 29/1993, poi confluito nel d.lgs. n. 165/2001) tanto l'attività di indirizzo politico-amministrativo quanto l'atto in cui essa viene riversata, consente, in considerazione dell'autonomia che tale attività ha assunto rispetto all'attività di gestione, di separare il giudizio sui valori dalla scelta discrezionale che fissa la regola dell'assetto degli interessi, con la rilevante conseguenza che quest'ultima si pone come momento di attuazione dell'indirizzo politico-amministrativo parzialmente vincolato quanto al "peso" da attribuire agli interessi secondari dalle scelte di valore effettuate in sede di indirizzo³⁹. E ciò permette di ridimensionare (o quantomeno meglio circoscrivere) l'area dell'opportunità della scelta discrezionale che ha sempre rivestito un ruolo decisivo nel limitare l'intensità del sindacato giurisdizionale.

³⁹ Sul meccanismo che consente il passaggio dalla scelta avente natura politica alla scelta discrezionale e sulla rilevanza che assume l'attività direttiva resta ancora oggi fondamentale lo studio monografico di G. MARONGIU, *L'attività direttiva*, cit.

La ricostruzione proposta riprende, peraltro, una intuizione già presente nella dottrina e troppo velocemente messa da parte ossia che la scelta discrezionale sia volta a risolvere un problema di massimizzazione della (cura) di un interesse pubblico. È sufficiente al riguardo ricordare le considerazioni svolte da M.S. Giannini che in relazione a questo profilo notava come in “un mondo immaginario, in cui ogni interesse pubblico esistesse solitario, la scelta dell’autorità dovrebbe corrispondere alla soluzione che comporta la massimizzazione di quell’interesse”⁴⁰. Il riferimento al mondo immaginario portava ad escludere decisamente che la discrezionalità potesse risolversi in un problema di massimizzazione proprio in ragione del fatto che nella realtà “un interesse pubblico non esiste mai solitario ma sta insieme ad altri interessi, pubblici collettivi e privati”⁴¹.

Ebbene la ragione ostativa alla ricostruzione della discrezionalità come scelta di massimizzazione dell’interesse pubblico può senz’altro essere superata perché, come si è tentato di dimostrare, un problema di massimizzazione della cura di un interesse (e di scelta razionale finalizzata a ciò) si pone (e può ben essere risolto) dentro uno schema che dia rilevanza al problema dell’interdipendenza tra gli interessi.

Giunti a questo punto, è necessario esaminare le conseguenze che possono derivare dalla ricostruzione che si è delineata. In primo luogo essa consente di porre le basi per una teoria della discrezionalità che appare maggiormente comprensiva del fenomeno, perché, come è evidente, ricomprende in sé, grazie al riferimento all’ottimalità sociale, anche la questione della proporzionalità della decisione. In secondo luogo ridimensiona la necessità di ricorrere alla ragionevolezza come parametro per l’esercizio del potere discrezionale e dunque di utilizzare un principio che, a prescindere dalle difficoltà di pervenire ad una chiara ed univoca individuazione del suo significato e della sua portata, conduce ad esaltare quel profilo dell’opportunità della scelta discrezionale che costituisce il naturale terreno d’elezione del merito amministrativo e della sua insindacabilità. In terzo luogo proprio il menzionato ridimensionamento può aprire la strada ad un controllo giurisdizionale più penetrante della decisione discrezionale. Quest’ultima, infatti, ricondotta saldamente nell’ambito della teoria della scelta razionale, si palesa come una decisione in cui tutti gli elementi del processo decisionale della p.a. possono tendenzialmente essere oggetto di sindacato pieno. Riprendendo quanto si è detto in precedenza sui passaggi di questo processo, è evidente come l’accertamento e la qualificazione dei fatti, l’individuazione degli interessi secondari presenti nei fatti, l’attribuzione di un peso ai suddetti interessi coerente con la consistenza reale, con la loro rilevanza giuridica derivante dalla qualificazione normativa dei medesimi e con le indicazioni derivanti dall’indirizzo politico-amministrativo, si da definire un ordine gerarchico, l’elaborazione delle alternative

⁴⁰ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 480.

⁴¹ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 480.

decisionale che sono tutte adeguate rispetto alla cura dell'interesse pubblico primario, anch'esse ordinate gerarchicamente sulla base della regola del maggiore o minore sacrificio degli interessi secondari, la scelta della decisione coerente con gli esiti scaturiti dalle operazioni suddette, sono tutte attività rispetto alle quali non si intravedono seri ostacoli ad un sindacato tendenzialmente pieno dal giudice amministrativo. Detto in altri termini, la riconduzione della decisione discrezionale nell'ambito della teoria della scelta razionale consegna al giudice non un principio da assumere come parametro per il sindacato di legittimità/illegittimità del provvedimento, ma un qualcosa che molto assomiglia ad una regola ovvero ad una sorta di fattispecie astratta entro cui sussumere la fattispecie concreta.

6. *Teoria della scelta razionale, discrezionalità amministrativa e decisione amministrativa robotica: quali prospettive?*

La riconsiderazione della nozione di discrezionalità può contribuire anche al proficuo sviluppo di quella linea di ricerca, sempre più presente anche nell'ambito della riflessione giuridica, volta ad applicare la cosiddetta intelligenza artificiale (AI) alle decisioni amministrative⁴². Si tratta di un campo di ricerca ancora in divenire. Se la dottrina sino ad oggi ha già messo a fuoco ed in parte risolto i problemi della cosiddetta decisione amministrativa robotica che scaturisce dall'esercizio del potere vincolato, grazie anche agli orientamenti della giurisprudenza

⁴² Tra i contributi più recenti sul tema cfr. G. PESCE, *Funzione amministrativa, intelligenza artificiale e blockchain*, Napoli, 2021; N. PAOLANTONIO, *Il potere discrezionale della pubblica automazione. Sconcerto e stilemi (sul controllo giudiziario delle "decisioni algoritmiche")*, in *Dir. amm.*, 2021, 813 ss.; D. CARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 3, 2021, 431 ss.; FORTE, *Diritto amministrativo e data science. Appunti di intelligenza amministrativa artificiale (AAI)*, in *PA persona e amministrazione Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia*, 2021, 247 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2020, 3025 ss.; G. SORRENTINO, *Funzione amministrativa, Costituzione e algoritmi. Divagazioni minime*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2020, vol. V, 4790; D.U. GALETTA, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, cit., vol. III, 2265 ss.; E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, 302; D. MARONGIU, *L'intelligenza artificiale "istituzionale": limiti (attuali) e potenzialità*, in *European Review of Digital Administration & Law*, Vol. 1, Issue 1-2, June-December, 2020, 37 ss. R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. amm.*, 2019, 773 ss.; G.F. ITALIANO, *Le sfide interdisciplinari dell'intelligenza artificiale*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, Fasc. 1, 2019, 9 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 5 ss.; N. IRTI, *Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica)*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, il Mulino, 2017, 17 ss.; M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, cit., 63 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, cit., 165 ss.

amministrativa⁴³, molte sono le questioni che attendono di essere affrontate in relazione all'applicazione dell'AI anche alla decisione che scaturisce dall'esercizio del potere discrezionale⁴⁴.

Non è naturalmente possibile, nell'economia del presente lavoro, esaminare in profondità questa tematica. In proposito, e nella consapevolezza che il concetto di AI sia difficile da definire con precisione⁴⁵ stante l'incertezza che regna sulla

⁴³ In proposito si può rinviare all'analisi svolta da A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1149 ss.

⁴⁴ Su questa tematica cfr. N. PAOLANTONIO, *Il potere discrezionale della pubblica automazione*, cit. il quale bene illustra la problematicità della questione ed i dubbi che essa suscita: "Se è ancor valida – e a mio avviso lo è – l'idea che l'attività conoscitiva è strumentale alla razionalizzazione dell'azione amministrativa, bisogna altresì tenere conto dello sviluppo scientifico di tale premessa: ossia che l'attività conoscitiva precedente la decisione si concreta nella acquisizione di fatti felicemente distinti in "significativi" e "probatori", la cui doverosità di selezione esclude che l'amministrazione possa predeterminare quali fatti giudicherà rilevanti in vista della concretizzazione e realizzazione dell'interesse pubblico specifico; e ciò perché la significanza o valore indiziario dei fatti sono fissati dalle norme attributive del potere. Il principio della programmazione delle capacità predittive nelle decisioni algoritmiche "complesse" (machine e deep learning) vacilla, quindi, a fronte di un valore che non è programmabile o prevedibile ex ante, neppure attraverso un numero indefinito di casi, desunti dall'esperienza, da tradurre in dati. Si è scritto che l'amministrazione dovrebbe mediare e comporre gli interessi ex ante, e poi aggiornare ed adeguare l'algoritmo, e il giudice dovrebbe valutare correttezza e legittimità dell'agire del processo automatizzato. Tuttavia, non è facile comprendere come si possano mediare interessi ex ante: il processo ponderativo si conclude nella fase decisionale e non può quindi risolversi nel momento della fase di programmazione.

⁴⁵ In proposito si è affermato nella letteratura specialistica che "la novità più rilevante che scaturisce dall'utilizzo dei nuovi sistemi di automazione intelligente è rappresentata dalla possibilità per l'uomo di delegare alle macchine non più soltanto lo svolgimento autonomi di funzioni che, per quanto complesse, non presentano margini di imprevedibilità nell'esecuzione ... ma anche e soprattutto di svolgere funzioni che richiedono capacità predittive in contesti di incertezza attraverso una lettura autonoma dei dati di contesto" (cfr. S. MANZOCCHI, L. ROMANO, *Io, robot? L'intelligenza artificiale ai tempi della quarta rivoluzione industriale*, in Severino (a cura di), *Intelligenza artificiale. Politica, economia, diritto, tecnologia*, Roma, 2022, 32). Come è evidente, l'elemento qualificante della AI è da individuare nella capacità della macchina di interagire con l'ambiente esterno acquisendo informazioni che vengono autonomamente rielaborate dalla stessa al fine di produrre l'*output* a prescindere da ogni elemento di programmazione previamente dato (è il cosiddetto fenomeno della *learning machine*). Da questo punto di vista è facile comprendere la differenza tra i robot del passato e quelli attuali: i primi operavano su una base logico-deduttiva (secondo lo schema se x allora y), mentre i secondi operano su una base statistica (y è correlato ad x) ovvero su una base logico-induttiva di tipo probabilistico (in presenza di date informazioni su y allora è probabile che x). Una volta scoperta la possibilità di costruire macchine intelligenti, che interagiscono con il contesto e sono in grado di prendere decisioni anche sulla base delle informazioni acquisite e rielaborate dalle stesse, la ricerca sulla AI si è divisa in due autonomi campi d'indagine: da un lato vi è l'AI che si può denominare "riproduttiva", che è oggetto di studio da parte della scienza informatica ed ingegneristica, e dall'altro vi è l'AI "produttiva", che è studiata soprattutto nell'ambito delle neuroscienze: la prima "cerca di ottenere con mezzi non biologici l'«esito»... del nostro comportamento intelligente, cioè risolvere problemi o svolgere compiti con successo in vista di un fine" mentre la seconda "cerca di ottenere l'equivalente non biologico della

stessa definizione di intelligenza⁴⁶, si può però ricordare come l'elaborazione di una teoria della decisione robotica da parte degli studiosi che di tale problema si occupano (ossia in particolare i matematici, gli informatici e gli ingegneri) risulti sufficientemente chiarita nei suoi termini essenziali⁴⁷. Affinché una tale decisione possa aversi è necessario che essa, fermo restando le informazioni di fatto disponibili e i vincoli che devono essere rispettati (che possono attenersi sia al rispetto di leggi, per così dire, di natura sia al rispetto di regole giuridiche), soddisfi l'obiettivo perseguito⁴⁸.

Un passaggio ineliminabile della decisione robotica è costituito dunque dall'introduzione nel relativo processo decisionale della cosiddetta funzione obiettivo o funzione di utilità del decisore grazie alla quale verificare le conseguenze delle decisioni possibili e scegliere quella che meglio soddisfa l'obiettivo. E, sebbene l'introduzione della funzione obiettivo o di utilità avviene attraverso una valutazione quantitativa delle conseguenze delle scelte, è possibile però, come è stato di recente sottolineato, "rendere più elastico il concetto di funzione di utilità ... evitando di ordinare le scelte secondo un valore puramente numerico" sicché "ci possono essere casi in cui le decisioni si muovono su un terreno

nostra intelligenza" (in questo senso L. FLORIDI, *L'intelligenza artificiale come nuova forma di agire e i suoi problemi etici*, in L. FLORIDI, F. CABITZA, *Intelligenza artificiale. L'uso delle nuove macchine. Martini Lectures*, Firenze, Milano, 2021). E se alcuni autori si dicono scettici sulla possibilità di ottenere risultati nell'ambito della AI "produttiva", secondo altri sarà possibile in un futuro non molto lontano vedere all'opera macchine con una intelligenza non umana che superano di gran lunga l'intelligenza umana. Per la prima posizione cfr. L. FLORIDI, *L'intelligenza artificiale*, cit., 143-144, secondo cui "l'AI «produttiva», come branca della «scienza cognitiva» interessata alla produzione di intelligenza umana (o magari anche superiore), è un fallimento completo ... e non abbiamo davvero la minima idea di come migliorare la situazione, non fosse altro perché sappiamo veramente pochissimo della stessa intelligenza umana". Secondo altri il traguardo sarebbe alla portata dell'uomo e non così lontano: "molti scienziati ... sono sicuramente d'accordo sul fatto che non c'è niente nella natura del cervello umano che renda impossibile la realizzazione di una IA. I cervelli, in fin dei conti, sono macchine biologiche che seguono le leggi di base della fisica: pertanto possono essere analizzati e modellizzati in ogni loro aspetto. Del resto se un processo cieco come l'evoluzione è stato capace di produrre l'intelligenza umana, lo stesso processo, adeguatamente ottimizzato grazie alla scienza, potrà farlo nuovamente e in modo più rapido. In questa prospettiva la IA diventa un problema fondamentalmente tecnologico dove la questione rilevante non è il se, bensì il come e, in misura minore, il quando" (cfr. S. PARRA, M. TORRENS, *Intelligenza artificiale. La strada verso la superintelligenza*, in *Le frontiere della scienza National Geographic*, n. 2, 2018, 21).

⁴⁶ Cfr. S. LEGG, M. HUTTER, *A Collection of Definitions of Intelligence*, in B. GOERTZEL, WANG (eds.), *Advances in Artificial General Intelligence. Concepts, Architecture and Algorithms*, 17-24, (pubblicazione edita on line), che elencano 53 definizioni scientifiche di intelligenza e 18 definizioni di AI.

⁴⁷ Cfr. in proposito A. CARCATERA, *Machinae autonome e decisione robotica*, in A. Carleo (a cura di), *Decisione robotica*, cit., 33 ss. ed in particolare 50 ss. dove l'autore affronta in via diretta il tema della decisione giuridica e di quella robotica delineando parallelismi "che possono suggerire spunti di riflessione sull'estensione del metodo di decisione robotico in campo giuridico" ed elaborando una proposta "per prendere decisioni secondo una metrica del valore" (cfr. 50).

⁴⁸ A. CARCATERA, *Machinae autonome*, cit., 45.

diverso, per cui anziché associare un numero ad ogni conseguenza, possiamo ordinare le conseguenze secondo un criterio di comparazione di preferenza, ossia specificando quali delle alternative preferiamo senza stilare una graduatoria assoluta, ma una graduatoria relativa e condizionale”⁴⁹.

Senza andare oltre in un discorso che meriterebbe un approfondimento specifico, è però evidente come da quanto detto emerga a sufficienza un fatto: la ricostruzione dell’esercizio della discrezionalità della p.a. nei termini di una decisione che rientra nell’ambito della teoria della scelta razionale apre nuovi scenari alla riflessione sulla possibilità di una decisione amministrativa robotica discrezionale che sarebbero senz’altro preclusi o resi più difficili ove, anziché di razionalità della decisione, si continuasse ad utilizzare unicamente il concetto di ragionevolezza.

A conferma di ciò è sufficiente seguire la riflessione svolta dall’autore il cui pensiero è stato appena citato. Dopo avere premesso che qualunque decisione robotica può essere così scomposta “la decisione S è azione collocata nel presente, si basa sull’esame dei dati passati, su una ipotesi di sviluppo degli scenari futuri, sul rispetto dei vincoli/regole ed è finalizzata alla massimizzazione della funzione di utilità U”⁵⁰ e che dunque “la funzione obiettivo U dipende dal presente attraverso S, dal passato P, dal futuro F e dalle regole R” da cui consegue “sinteticamente: U(S,P,F,R)”⁵¹, viene precisato che il problema della decisione giuridica robotica è quello di stabilire l’analogo giuridico degli elementi P,F,R e U.

Ebbene è evidente come ciascuno di questi elementi sia presente nella decisione discrezionale della p.a. se ricostruita come una decisione razionale sul modello della teoria della scelta razionale. Ed infatti, fermo restando la decisione S da assumere (ossia il provvedimento amministrativo) finalizzata alla massimizzazione della cura dell’interesse pubblico (ossia la funzione obiettivo U), è evidente come tale decisione si basi sull’esame dei dati P, su una ipotesi di sviluppo degli scenari futuri F (ossia l’elaborazione delle alternative decisionali) e sul rispetto dei vincoli normativi R. Come è evidente per lo meno dal punto di vista strutturale esistono importanti analogie tra la decisione robotica e la decisione amministrativa ricostruita come decisione razionale che possono essere proficuamente esplorate così da aprire una nuova strada all’esercizio efficace della funzione amministrativa.

⁴⁹ A. CARCATERRA, *Machinae autonome*, cit., 46.

⁵⁰ A. CARCATERRA, *Machinae autonome*, cit., 48.

⁵¹ A. CARCATERRA, *Machinae autonome*, cit., 50.

Abstract

Il saggio vuole analizzare se la teoria della scelta razionale elaborata dalla scienza economica possa essere utilizzata proficuamente nella ricostruzione della decisione discrezionale della pubblica amministrazione. L'ostacolo maggiore al proficuo utilizzo di tale teoria risiede nella stessa definizione di discrezionalità amministrativa quale elaborata dalla scienza giuridica. Muovendo da questa premessa il saggio, dopo avere esaminato le diverse concezioni della razionalità, ricostruisce l'esercizio della discrezionalità della p.a. nei termini di una decisione che rientra a pieno titolo nell'ambito della scelta razionale. Tale ricostruzione apre nuovi scenari alla riflessione sulla possibilità di una decisione amministrativa robotica discrezionale che sarebbero senz'altro preclusi o resi più difficili ove, anziché di razionalità della decisione, si continuasse ad utilizzare il concetto di ragionevolezza.

The essay analyzes whether the theory of rational choice developed by economic science can be used profitably in the reconstruction of the discretionary decision of the public administration. The major obstacle to the fruitful use of this theory lies in the same definition of administrative discretion offered in legal studies. Starting from this premise, the essay, after examining the different conceptions of rationality, reconstructs the exercise of the discretion of the public administration in terms of a decision that is fully part of the rational choice. This reconstruction opens new scenarios for reflection on the possibility of a discretionary robotic administrative decision that would certainly be precluded or made more difficult if, instead of rationality of the decision, the concept of reasonableness continued to be used.