

Prefazione

Sergio Foà

La crisi della fattispecie normativa riguardo all'attività delle pubbliche amministrazioni interroga da sempre sulla rilevanza giuridica delle scelte da queste compiute nell'esercizio delle rispettive funzioni, nella conduzione dei procedimenti e nello svolgimento delle più articolate "operazioni" amministrative.

L'interesse verso il merito amministrativo consegue alla progressiva introduzione in via legislativa di Principi in luogo di disposizioni normative puntuali, al diuturno bisogno di accordare significato giuridico alle c.d. "regole di buona amministrazione" (ove s'intenda sottrarle al limbo dell'irrilevanza) e alla necessità di delineare criteri per sindacare l'opportunità della scelta assunta.

Le ultime abbondanti riflessioni in letteratura sono dedicate all'introduzione dei Principi nel Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36/2023 e si concentrano sugli effetti che tale modo di legiferare, innovativo nella specifica materia, può ingenerare nei rapporti tra attività amministrativa e sindacato giurisdizionale, implicando una rilettura o comunque un adattamento delle tradizionali nozioni di discrezionalità amministrativa, discrezionalità tecnica e merito. Si pensi in particolare, ma non solo, al principio del risultato, già ampiamente teorizzato ma ancora controverso nella sua applicazione pratica e financo riguardo alla sua concreta utilità, specie circa gli effetti indotti sull'ampiezza e profondità del sindacato giurisdizionale. I primi orientamenti giurisprudenziali formati in sua applicazione, unitamente al consentaneo principio della fiducia, segnano un recupero del sindacato di legittimità entro ambiti dapprima confinati nel merito amministrativo, ponendo una serie di interrogativi sul modificato rapporto tra le due nozioni.

L'opera che si propone intende conseguentemente ricostruire la nozione di merito amministrativo, sottolineando le implicazioni di più ampio respiro che l'esito della stessa operazione comporta, non limitate al diritto amministrativo sostanziale e processuale, ma riflettenti nuovi equilibri nei rapporti tra poteri dello Stato.

Il Volume è collettaneo e raccoglie contributi provenienti dal mondo accademico, giuridico e filosofico, nonché dalla magistratura amministrativa e contabile, proprio in ragione della dimensione interdisciplinare che la nozione stes-

sa di “merito” ontologicamente assume. Già gli studi monografici che negli anni '30 dello scorso secolo furono dedicati al tema, invero insoddisfacenti per eccesso d'impeto classificatorio o per agevole attrazione del merito verso la discrezionalità, rinviavano alle costruzioni filosofiche, quale fondamento dei concetti giuridici indeterminati e del rapporto tra opportunità e legittimità nell'azione dei pubblici poteri.

L'indagine che segue è propiziata da una riflessione filosofica introduttiva ed è poi bipartita: studia dapprima il merito tra procedimento e processo (concentrandosi sul rapporto giuridico amministrativo), successivamente il merito come comportamento (soffermandosi sulla condotta dell'amministrazione e dei suoi agenti).

L'approccio filosofico indaga sulla posizione che il concetto di merito occupa in una zona interstiziale tra diritto ed etica, dovendo per forza la norma attributiva del potere all'amministrazione fare riferimento a un sistema culturale, anche non esplicitamente codificato, che predetermina, in conformità a consuetudini, credenze e precognizioni di ordine morale riconosciute in un certo ambito storico-sociale, cosa sia meritevole di cura (Gianluca Cuozzo). La premessa e i suoi corollari, dedicati ai margini d'interpretazione e al completamento ermeneutico della norma imprecisa, si rivelano determinanti per l'inquadramento giuridico della nozione e per illuminare il rapporto tra regole *extra-legem* e norme giuridiche dell'agire amministrativo.

Passando al diritto sostanziale, la crisi della fattispecie produce effetti diversi nel diritto civile e nel diritto amministrativo, posto che per quest'ultimo la legge è il fondamento del potere dell'amministrazione e assolve ad una funzione di garanzia del soggetto privato. A fronte dell'effetto più sfumato che scaturisce in ambito pubblico, lo studio chiarisce che è proprio la formulazione della norma attributiva del potere a (poter) lasciare alla stessa amministrazione il delicato compito di colmare il deficit di legalità sostanziale, anche avvalendosi dell'“interpretazione tassativizzante” offerta dalla giurisprudenza. Quest'ultima evenienza accade, appunto, nel caso di normazione per principi o per effetto del rinvio normativo a clausole generali e a concetti, talora valori, extra-giuridici. Il contributo riprende la risalente e controversa teorica del merito amministrativo e della qualificazione delle regole d'opportunità per la migliore scelta nell'interesse pubblico, al fine di cogliere quali espressioni del merito così definite possano persistere nell'attuale contesto ordinamentale. Ravvisa una controtendenza, rispetto all'espansione della scelta “libera” dell'amministrazione, nel recupero del sindacato giurisdizionale di legittimità riferito ad ambiti d'attività precedentemente sottratti allo scrutinio del giudice. Invero si tratta di un processo non irreversibile, posto che lo spazio del merito può essere mantenuto insieme ad un rafforzamento della capacità amministrativa da parte dell'ordinamento giuridico (una maggiore fiducia nell'amministrazione, nella sua organizzazione e attività, dovrebbe limitare l'ampliamento del sindacato giurisdiziona-

le). Esaminando i recenti orientamenti giurisprudenziali, lo studio coglie una nuova manifestazione del rapporto tra giudizio di fatto e giudizio di valore, laddove il principio (prescrittivo) assegna un valore e impone la regola di giudizio per interpretare il fatto controverso (descrittivo), secondo una rinnovata manifestazione di neoempirismo (Sergio Foà).

La riflessione sull'eclissi del merito amministrativo si concentra anche sui poteri pubblici di secondo grado, precisamente sulle valutazioni riferite all'esercizio del potere di revoca, per effetto del principio del risultato applicato all'intera "operazione amministrativa", avuto riguardo all'inesauribilità del potere pubblico e alla funzionalità di quest'ultimo nella costruzione di una nuova nozione di "buona amministrazione" (Antonio Chiarella).

Un'attenta lettura della recente giurisprudenza amministrativa ricorda che il risultato e il merito amministrativo sono nozioni distinte, ed ammonisce il giudice a non sovrapporle in sede di cognizione e di decisione.

Il principio del risultato si lega al buon andamento amministrativo e consente di arricchire il sindacato di legittimità per eccesso di potere con riguardo alla valorizzazione dello scopo dell'azione amministrativa quale canonizzato nelle norme o concretizzato nel provvedimento o nel contratto, laddove il merito è il terreno della scelta opinabile nella quale il sindacato del giudice non deve entrare. Secondo questa distinzione, il risultato ascritto qualche volta al merito amministrativo inteso in senso ampio (e conforme ad un'impostazione autoritaria dello Stato, come negli studi di Amorth) ora è estrapolato dal merito amministrativo e diviene un parametro di controllo della legittimità dell'azione amministrativa, identificandosi con lo scopo sostanziale dell'atto o del contratto. L'aver previsto il principio di risultato nel codice dei contratti non impedisce affatto di ritenere che residui uno spazio di insindacabilità giurisdizionale delle scelte amministrative, ciò essendo coesistente al principio di separazione dei poteri (Giancarlo Montedoro).

Anche riguardo alla tutela cautelare si assiste a una progressiva vicenda di sostituzione del giudice all'amministrazione, come preconizzava Alberto Romano a metà degli anni ottanta dello scorso secolo. Ma ciò non fa transitare il giudizio cautelare in una nuova ipotesi di giurisdizione estesa al merito. In altri termini, non pare trattarsi di una nuova espressione di "merito giurisdizionale" ma di un'attrazione nel sindacato di legittimità del giudice amministrativo di aspetti che afferiscono al merito amministrativo, prima non sindacabili ma che oggi consentono al giudice, perfino in sede cautelare, di sindacare profili significativi delle scelte amministrative (Michele Ricciardo Calderaro).

La lettura favorevole all'ampliamento dell'ambito del sindacato di legittimità è ricondotta alle esigenze fissate in Costituzione, per una maggiore tutela dei cittadini e un contemporaneo ausilio a perseguire in modo corretto il pubblico interesse. Nell'affrontare questo nuovo ambito, il giudice amministrativo deve valutare attentamente se è in condizione di conoscere le regole che in cia-

scun settore vengono esplicitate o sono comunque rilevabili o se invece ha necessità di rivolgersi a un soggetto terzo qualificato tecnicamente (il consulente tecnico d'ufficio) e deve altresì valutare se il cittadino che agisce in giudizio nei confronti della pubblica amministrazione adduca o meno a sostegno delle sue richieste elementi di prova sufficienti a porre in dubbio l'operato della parte pubblica. L'apparato pubblico, del resto, è organizzato proprio per essere depositario delle scienze e tecniche del settore, di modo che chi vuole criticare i risultati di tale attività deve riuscire a dimostrare che quei risultati non sono corretti. L'ampliamento del sindacato di legittimità è perciò senz'altro proponibile, ed auspicabile, purché sia fondatamente giustificato (Carlo Emanuele Gallo).

L'espansione dell'area dell'amministrazione scrutinabile in sede giurisdizionale trova un interessante omologo in diritto civile, riguardo alle scelte assunte dall'organo assembleare di associazioni e in materia condominiale: la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha, infatti, recentemente ammesso una forma di sindacato anche sull'opportunità delle scelte compiute dall'assemblea, *ad instar* dell'eccesso di potere amministrativo. Il contributo illustra criticamente una tendenza verso l'attrazione alla sindacabilità giurisdizionale del contenuto di atti giuridici, prima non conoscibili, analoga a quella in corso nella giurisprudenza amministrativa (Alessandro Ciatti Càimi).

Esaurito l'inquadramento generale del merito amministrativo e della sua mutevole dimensione sostanziale e processuale, la prima parte del Volume ne indaga importanti modalità di espressione, a partire dalle operazioni di partenariato pubblico-privato, soffermandosi sulla sindacabilità della scelta amministrativa del modello contrattuale e della sottesa operazione finanziaria. Anche in tale specifico ambito, il più recente legislatore (d.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209, c.d. "correttivo" al Codice dei contratti pubblici) ha procedimentalizzato la fase di valutazione delle proposte degli operatori economici nella finanza di progetto, dischiudendo un nuovo sindacato del giudice amministrativo prima non ammesso (Flavia Riso).

Lo studio è quindi rivolto alla dialettica tra il principio di trasparenza amministrativa e il soddisfacimento degli interessi pubblici e privati considerati antagonisti, indulgiando sulla sindacabilità del bilanciamento operato dall'amministrazione nel rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità (Beatrice Bessone). Non meno importante, ai fini dell'indagine, è l'utilizzo da parte dell'amministrazione di sistemi di intelligenza artificiale e la sindacabilità degli atti amministrativi originati da un *output* algoritmico, laddove la programmazione algoritmica, anticipando la fase di bilanciamento degli interessi, ridefinisce l'allocazione della discrezionalità amministrativa, con potenziali effetti sulla cognizione del giudice (Valentina Galliano).

La seconda parte del Volume indaga un'altra accezione di merito, riferito al comportamento dell'amministrazione e dei suoi funzionari.

Un primo contributo è dedicato alla diffusione delle scienze comportamentali e, in particolare, delle teorie cognitive del *nudging* e del *boosting* e alla loro applicazione all'attività amministrativa.

Il modello empirico-descrittivo di matrice continentale europea offerto dal *boosting* offre un approccio educativo, ritenendo che le lacune di razionalità dell'uomo possano essere colmate educando le persone a riconoscere un processo cognitivo errato; dall'altro lato, per la teoria del *nudging* di matrice anglosassone l'irrazionalità umana è irrimediabile, sicché l'unica strada percorribile è l'intrusione dei pubblici poteri nella sfera decisionale dei singoli, da attuarsi mediante "spinte gentili" capaci di influenzare le loro scelte. Acquisite tali nozioni, s'indaga sotto il profilo delle scienze comportamentali l'introduzione legislativa del c.d. "scudo erariale" di impunità per le condotte commissive anche gravemente colpose dei funzionari pubblici. Il consolidamento dell'amministrazione "di risultato", ampliando gli spazi di discrezionalità e di merito amministrativo, avrebbe accentuato il fenomeno della c.d. "burocrazia difensiva" dei funzionari pubblici come reazione al rischio percepito di incorrere in responsabilità amministrativo-contabile. L'opzione di semplificazione scelta dal legislatore viene qui analizzata alla luce della teoria del *nudging*. Conseguentemente, il contributo riflette su una differente applicazione delle scienze comportamentali nel campo dell'agire amministrativo, affinché la necessità di promuovere l'efficienza della pubblica amministrazione non si ottenga mediante generalizzate forme di deresponsabilizzazione del funzionario pubblico (Ilaria Giannone).

Particolare attualità mostra la perimetrazione della giurisdizione della Corte dei conti sulla responsabilità amministrativa riguardo alle scelte discrezionali dell'amministrazione. Il tema concerne il delicato e mutevole bilanciamento tra il principio della separazione dei poteri e l'interesse della collettività alla certezza e alla legalità dell'azione amministrativa, oltre alla tensione tra necessità di non condizionare l'attività dei pubblici amministratori e l'esigenza di controllo delle risorse pubbliche. I giudici contabili ricorrono alla "riserva di amministrazione" come limite al proprio sindacato: essa è intesa come l'area di preferenza tra più alternative nell'ambito della ragionevolezza ai fini del soddisfacimento dell'interesse pubblico. Ove le scelte degli amministratori travalichino tale limite, esse fuoriescono dalla valutazione di opportunità dell'azione amministrativa per entrare nel vaglio della sua legittimità, che appunto limita l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali amministrative. L'attenzione si concentra inoltre sulla progressiva erosione del sindacato del giudice contabile sulla responsabilità dei funzionari pubblici a seguito dell'introduzione del cosiddetto "scudo erariale", in un contesto di sfiducia nell'attività discrezionale dei pubblici amministratori e di "fatica dell'amministrare" che si iscrive in un rinnovato modello di amministrazione teso al risultato (Emanuela Andreis). Tale scelta normativa, ritenuta legittima dalla Corte Costituzionale, non dovrebbe tuttavia assumersi a rime obbligate per perseguire l'efficienza amministrativa e figura,

piuttosto, l'esistenza di un'amministrazione senza qualità, incapace di fronteggiare la complessità del sistema giuridico e dei mutati bisogni della società.

Il contributo dei Magistrati contabili esamina, infine, l'ambito di applicazione della c.d. "esimente politica" (art. 1, comma 1-ter, legge n. 20/1994), che sottrae al giudizio di responsabilità amministrativa l'organo di indirizzo politico al quale non sia ascrivibile, per buona fede, la scelta amministrativa viziata. Tale "esimente" è stata introdotta nell'ordinamento con la finalità (perseguita dal legislatore nel riformare l'organizzazione degli enti locali in coerenza con la riforma della dirigenza nel settore pubblico), di tutelare gli organi locali di governo nell'esercizio delle funzioni deliberative loro proprie, laddove la decisione necessiti di una istruttoria tecnico amministrativa complessa, che coinvolga accertamenti affidati ad organi interni. La cennata regola costituisce la naturale conseguenza, sul piano delle responsabilità, del principio di separazione tra funzioni di indirizzo politico e attività di gestione ed è volta a garantire che l'organo politico-amministrativo rimanga esente da responsabilità connesse all'esercizio di proprie funzioni che risultino, in concreto, viziate da un errore imputabile agli accertamenti istruttori di competenza dei dirigenti. Il principio di separazione tra organi politici e organi tecnici non può condurre a una sostanziale irresponsabilità dei primi anche nel caso in cui gli atti adottati rientrino nell'ambito di competenze proprie: in tal caso l'organo politico è tenuto ad uno sforzo di approfondimento delle eventuali istruttorie predisposte dai tecnici, esigibile secondo i canoni dell'ordinaria diligenza (Paolo Evangelista e Davide Vitale).

Si può in sintesi affermare che, mentre il giudice amministrativo tende ad attrarre nell'ambito della legittimità spazi di valutazione dapprima riservati al merito dell'azione amministrativa, proprio enfatizzando la funzione dei principi, diversamente accade per il giudizio di responsabilità amministrativa, riferito alla complessiva condotta del soggetto agente. L'introduzione legislativa dello "scudo erariale" e le sue ripercussioni sulla riforma della responsabilità amministrativa sfumano sensibilmente la profondità del sindacato del giudice contabile riguardo all'utilizzo dei mezzi effettuato dall'amministrazione per conseguire il risultato previsto dalla legge. La nuova angusta configurazione dell'elemento soggettivo prevista per le condotte commissive rischia di relegare su un piano secondario l'accertamento degli elementi oggettivi della responsabilità, risultando irrilevante l'utilizzo amministrativo di un mezzo inefficiente imputabile a decisione gravemente colposa, allorché il risultato sia comunque conseguito.

Si può percepire, in conclusione, una divergente configurazione normativa del merito amministrativo, nelle sue articolate manifestazioni: gli ambiti della relativa sindacabilità sono conformati da scelte legislative che prefigurano, talora in modo opinabile, la migliore direzione per tutelare gli interessi della collettività.