



Fiorenzo Liguori*

La discrezionalità tecnica nel pensiero di Errico Presutti: una categoria «a tempo»

SOMMARIO: 1. La discrezionalità tecnica, la «rivoluzione gianniniana» e il contributo di Presutti. - 2. Discrezionalità tecnica e discrezionalità pura. - 3. Dogmatismo e storicismo in Errico Presutti. La discrezionalità tecnica come categoria «a tempo». - 4. Dalla norma imprecisa alla discrezionalità. - 5. Le valutazioni riservate nella dottrina degli anni Ottanta e Novanta del secolo scorso. - 6. Dalla supremazia alla tecnificazione e alla desoggettivizzazione dell'amministrazione. - 7. Il carattere contingente e storico della insindacabilità delle valutazioni tecniche. La privatizzazione delle certezze pubbliche e la parabola degli atti ampliativi.

1. La discrezionalità tecnica, la rivoluzione gianniniana e il contributo di Presutti

Alla discrezionalità tecnica Errico Presutti ha dedicato una specifica attenzione. Si può dire anche che il suo contributo di diritto amministrativo più rilevante è su questo tema che, del resto, occupa uno spazio centrale del diritto amministrativo: riconduce al principio di legalità, ed investe il rapporto tra legge, amministrazione, cittadino e giudice. Si tratta all'evidenza di un concetto eminentemente relazionale: per decifrarlo occorre perciò guardare al tempo stesso ad altre categorie fondamentali, quali la discrezionalità, il merito, l'interpretazione, lo stesso concetto di potere nelle sue molteplici dimensioni, giuridica, politica, tecnica. Questione, dunque, anche e specialmente oggi¹, veramente cruciale, che anima da tempo un vivace dibattito.

Di questo dibattito, la cui ricchezza è impossibile restituire in questa sede, si possono in via preliminare segnalare due profili diventati patrimonio comune e che sono a mio avviso essenziali per rivolgere lo sguardo verso l'opera di Presutti.

Il primo attiene al capovolgimento tra diritto sostanziale e diritto processuale. Il problema della discrezionalità tecnica è generalmente affrontato nella prospettiva del trattamento processuale, dei limiti, per dirla con Presutti, del sindacato del giudice amministrativo. Il rapporto

*Professore ordinario di Diritto amministrativo - Università Federico II di Napoli.

¹L'emergenza sanitaria globale ha, da ultimo, accentuato il fenomeno della espansione degli spazi delle valutazioni tecnico-scientifiche rispetto alle decisioni politiche. In tema, C. ACOCELLA, *Ancora su diritto e tecnica. Le valutazioni tecnoscientifiche come premessa delle decisioni politico-amministrative assunte per fronteggiare l'emergenza pandemica da Covid-19*, in *Pers. amm.*, 2020, 269 ss., cui si può rinviare anche per l'indicazione degli essenziali riferimenti bibliografici in tema di attività amministrativa implicante valutazioni tecniche e scientifiche.

per così dire naturale risulta ribaltato: l'istituto sostanziale si configura in definitiva come la risultante del trattamento processuale riservato alle sue manifestazioni.

Il secondo punto da sottolineare ha a che fare con l'idea che la svolta nel modo di intendere la discrezionalità tecnica sia tutta nella «rivoluzione gianniniana» avviata sul finire degli anni Trenta del secolo scorso in materia di potere discrezionale. Secondo questa accreditata linea ricostruttiva², prima di Giannini in Italia ci si muoveva in un solco concettuale che ribadiva il modello francese. Discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica venivano accomunate nel concetto generale di potere discrezionale come potere di scelta della soluzione migliore nel caso concreto, sia quando per scegliere sia richiesta l'applicazione di regole tecniche sia quando non sia richiesta. Giannini sposta invece l'attenzione dalla scelta, che vede solo come il risultato della valutazione discrezionale, al contenuto di tale valutazione, che viene individuato nella ponderazione degli interessi³. Questa valutazione di tipo politico-discrezionale caratterizza solo la discrezionalità amministrativa, mentre la discrezionalità tecnica si limita ad applicare regole tecniche. È proprio questa differenza dimostra l'alterità tra la discrezionalità amministrativa e la cd. discrezionalità tecnica.

Queste affermazioni, divenute comuni nel dibattito sul tema, mi pare che richiedano almeno qualche precisazione, specialmente quando ricostruiscono la storia delle idee sul presupposto che unicamente Giannini avrebbe chiarito la differenza che corre tra le due discrezionalità, mentre la dottrina italiana fino alla fine degli anni Trenta si sarebbe limitata a «ripetere le costruzioni francesi».

Una tale visione interferisce in pieno con il pensiero di Errico Presutti.

Già prima della «rivoluzione gianniniana» gli studi di Presutti dei primi anni dieci⁴, in continuità con il primo Cammeo⁵, avevano infatti dato dimostrazione dell'alterità concettuale della discrezionalità tecnica rispetto alla discrezionalità amministrativa. L'idea professata si distacca dal modello francese per adottare le coordinate seguite dalla dottrina di lingua tedesca, che pongono al centro la legge e le sue caratteristiche. In questa prospettiva, la discrezionalità tecnica altro non è che attuazione di legge: è dal testo normativo che occorre muovere per verificare la qualificazione della fattispecie (in termini di precisione/imprecisione) ed il procedimento di applicazione, nell'ambito del quale l'interpretazione gioca un ruolo fondamentale.

In questo modo la discrezionalità tecnica viene separata dalla discrezionalità amministrativa, perché è un modo di essere dell'interpretazione, non un procedimento volontario di scelta, al tempo ritenuta libera.

Il percorso logico seguito, per altro, finisce anche - a dispetto della visuale giudiziale dichiaratamente adottata - per riconoscere un rilievo importante, se non prioritario, al dato

² M. D'ALBERTI, *Prefazione*, in A. MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice*, Napoli, Jovene, 2021.

³ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1939.

⁴ Ci si riferisce a E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1910, IV, 44 ss., nonché al volume *I limiti del sindacato di legittimità*, Roma-Milano-Napoli, Società Editrice Libreria, 1911.

⁵ Per cui si rimanda a *Le competenze di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento di fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it.*, 1902, 275 ss.

sostanziale (il contenuto della norma) rispetto a quello del trattamento in giudizio. Su quest'ultimo versante Presutti si esprime nel senso dell'insindacabilità, ma le ragioni della sua visione non sono strutturali, bensì contingenti, storiche.

La tesi prospettata, specie nel fondamentale passaggio dove per giustificare l'insindacabilità della discrezionalità tecnica si fa riferimento alla supremazia dell'amministrazione, deve essere criticamente riletta alla luce della sensibilità contemporanea; nondimeno mi pare che nel pensiero di Presutti si possano individuare, almeno in prospettiva storica, le basi per soluzioni diverse dalla insindacabilità.

Egli sostiene infatti l'alterità della discrezionalità tecnica rispetto alla discrezionalità amministrativa ed in tal modo apre una strada che mi pare sia stata percorsa dalla dottrina degli anni Ottanta e novanta dello scorso secolo soltanto in una direzione⁶. Si è pensato, infatti, a cercare in Presutti (e nel primo Cammeo) argomenti per ribadire il carattere di riservatezza e di insindacabilità delle valutazioni tecniche.

In verità si sarebbe anche potuto andare in una direzione diversa, che conduce alla sindacabilità (piena, secondo l'attuale concezione del sindacato di legittimità) delle valutazioni non discrezionali, muovendo proprio dalle due fondamentali acquisizioni che emergono dal pensiero di Presutti: *i*) la discrezionalità tecnica è altro rispetto alla discrezionalità amministrativa, perché investe un processo di attuazione - interpretazione della norma al quale risulta estranea la valutazione dell'interesse pubblico; *ii*) la insindacabilità non è un dato essenziale ma contingente, che contraddistingue il passaggio storico dallo Stato di polizia allo Stato di diritto.

Sul punto si tornerà più avanti, dovendosi adesso dar conto in maniera più analitica, sia pure brevemente, della ricostruzione di Presutti.

2. Discrezionalità tecnica e discrezionalità pura

Nel 1911 Presutti dà alle stampe *«I limiti del sindacato di legittimità»*, un agile volume preceduto l'anno prima da un articolo dal titolo *«Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica»*. Il titolo del libro è eloquente: si muove infatti dall'idea del limite, dato in qualche modo per presupposto, e ci si propone di fornire un chiarimento - in quella stagione più che mai necessario - sulla effettiva estensione del sindacato di legittimità ammissibile nei confronti dei provvedimenti amministrativi. Presutti va alla ricerca di una soluzione per comprendere quello che viene definito un «fenomeno anormale»⁷, la discrezionalità tecnica insindacabile, dove è evidente che la anormalità sta nella sottrazione al giudice della legalità dell'esame della rispondenza dell'atto alla norma, pur in presenza di una norma regolatrice della fattispecie.

A differenza che in Cammeo, giurista giurisprudenziale, in Presutti⁸ il risultato è ottenuto mediante una operazione di natura dogmatica, vale a dire cercando di costruire logicamente

⁶ C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, CEDAM, 1995.

⁷ E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, cit., 48.

⁸ Come nota L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, CEDAM, 1986, 40.

alcune nozioni - come quella di discrezionalità tecnica e di discrezionalità pura - che vengono dunque delineate con rigorosa precisione.

Presutti separa con nettezza il fatto oggetto della valutazione tecnico-discrezionale dalla valutazione dell'interesse pubblico, ed individua nella discrezionalità tecnica un giudizio da formulare nell'ambito di un parametro normativo circa la misura con cui un certo attributo ricorre nella fattispecie. Il precetto normativo è dunque collocato al centro dell'elaborazione; soltanto quando esso difetti si apre lo spazio per quella che lui definisce discrezionalità pura. Se invece esiste un termine di confronto normativo, l'amministrazione è chiamata a svolgere un'attività interpretativa della legge, che si configura come discrezionalità tecnica quando l'applicazione della norma al fatto richieda «di determinare se il carattere, l'attributo, la qualità sussistano in grado tale da far sorgere l'effetto giuridico, mentre la norma tace circa la misura in cui debbono presentarsi perché l'effetto giuridico si abbia»⁹.

In ipotesi di discrezionalità tecnica, la presenza del parametro normativo implica comunque una necessaria attività di valutazione (estranea però alla considerazione dell'interesse pubblico) che Presutti ritiene insindacabile, ma per ragioni che qualifica contingenti ed estrinseche al fenomeno.

Mentre, infatti, l'insindacabilità della discrezionalità amministrativa costituirebbe qualcosa di connaturale all'organismo statale, così complicato e differenziato, munito com'è di appositi organi i quali sono deputati a tutelare i vari interessi pubblici, e che perciò sono costituiti in guisa di essere più adatti, tecnicamente per vedere e per fare, ciò che più conviene al pubblico interesse»¹⁰, l'insindacabilità della discrezionalità tecnica, ma in realtà la sua stessa esistenza, costituiscono «un istituto contingente, storico, residuo non ancora eliminato, ma che tende a restringersi sempre più, di un ordinamento giuridico di altri tempi. Esso è, invero, l'ultimo ineliminabile residuo dei grandi, estesi, incontrollati poteri che dovette arrogarsi il potere regio nel c.d. Stato di polizia per por fine al regime feudale»¹¹.

Secondo Presutti, peraltro, guardando alla «uniforme evoluzione del diritto degli Stati [...] il campo della discrezionalità tecnica si va giorno per giorno restringendo sia sotto l'aspetto dell'estensione, sia sotto quello dell'intensità»¹².

Queste previsioni non si invereranno nel breve periodo, nondimeno è chiaro, nell'impostazione di Presutti, che alla base dell'insindacabilità della discrezionalità tecnica non si rinviene una ragione strutturale: la discrezionalità tecnica implica unicamente l'interpretazione di una previsione normativa, che invece manca nei casi di discrezionalità pura. L'espressione discrezionalità quando riferita al concetto di discrezionalità tecnica significa soltanto insindacabilità da parte del giudice amministrativo e non anche valutazione (libera, secondo la visione dell'epoca) dell'interesse pubblico.

⁹ E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, cit., 55.

¹⁰ *Ibid.*, 16.

¹¹ *Ibid.*, 16, e poi ancora, 62, ove si può leggere che «il passaggio dallo Stato di polizia allo Stato giuridico [...] non è brusco e repentino; né lo Stato giuridico è un tipo assoluto, ma rappresenta piuttosto una tendenza ed un limite».

¹² *Ibid.*, 16-17.

Secondo Presutti, peraltro, in ogni fase dell'interpretazione sarebbe presente un momento soggettivo, creativo, e perciò opinabile¹³, ed è proprio dall'opinabilità dell'interpretazione che viene fatta discendere la competenza esclusiva ad operarla in capo al soggetto in posizione di supremazia. Quest'ultima assurge a ragione giustificatrice della riserva del potere amministrativo e del trattamento differenziato tra processo amministrativo e processo ordinario. Nel diritto amministrativo, a differenza del diritto civile dove le parti sono in posizione di parità e spetta per ciò al giudice terzo interpretare la norma imprecisa, la pubblica amministrazione ha la preminenza, cosicché «non pare assurdo» che spetti all'amministrazione stabilire se il fatto abbia o meno quei caratteri che l'ordinamento richiede per la produzione di un effetto.

Estrinseche, contingenti e storiche sono dunque definite le ragioni dell'insindacabilità; nondimeno una giustificazione teorica c'è, ed è connessa all'idea di una amministrazione preminente per definizione sugli amministrati.

In un mutato quadro culturale, negli anni Ottanta e Novanta dello scorso secolo, verranno riproposte le idee di potere riservato di valutazione tecnica (e poi anche di valutazione non discrezionale), come tale insindacabile (anzi, sindacabile solo entro i limiti che caratterizzano la conquistata, nel frattempo, sindacabilità del potere discrezionale).

Queste teorizzazioni saranno però basate non più su una presupposta supremazia dell'amministrazione, ma sulle sue qualità rappresentative e/o organizzatorie.

È un aspetto sul quale si dovrà ritornare, intanto va ribadito che in Presutti l'insindacabilità non deriva dal contenuto della valutazione, alla quale risulta estranea la considerazione dell'interesse pubblico, ma dalla qualità del soggetto.

Vedremo riproporre questa linea, sia pure con significative variazioni connesse ai cambiamenti istituzionali e culturali intervenuti, anche in tempi più vicini ai nostri¹⁴.

3. Dogmatismo e storicismo in Errico Presutti. La discrezionalità tecnica come categoria «a tempo»

La distinzione tra una discrezionalità pura e una discrezionalità tecnica, diverse nella natura giuridica ma accomunate da un regime di insindacabilità, era già stata delineata dal primo Cammeo, per il quale tuttavia assume «un significato marcatamente ideologico: attraverso il riferimento a quell'ordine concettuale, si poteva sostenere la sottrazione del sindacato di legittimità di una parte dell'azione amministrativa [...] che andava acquisendo un'importanza sempre maggiore nel processo di trasformazione dello Stato liberale»¹⁵. Nella trasformazione dei rapporti tra politica ed economia, tra amministrazioni pubbliche e società civile si manifestava

¹³ In tema, cfr. L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 39 ss.

¹⁴ Il riferimento è ancora alle già richiamate opere di C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit.

¹⁵ G. PELAGATTI, *Valutazioni tecniche dell'amministrazione pubblica e sindacato giudiziario. Un'analisi critica dei recenti sviluppi della dottrina giuspubblicistica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 164.

l'esigenza di una maggiore autonomia degli apparati amministrativi rispetto al vincolo costituito dal dato normativo¹⁶.

È chiaro il fondamento anche ideologico - e il retaggio autoritario - della teoria in esame, che guarda - pericolosamente - alla discrezionalità tecnica come a «uno strumento (ideologico) di legittimazione di poteri amministrativi liberi»¹⁷: si tratta, come notò Nigro, «di una sorta di libertinismo giuridico veramente interessante»¹⁸.

Presutti non ha la stessa visione ideologica, egli, anzi, come si è già ricordato, concepisce la discrezionalità tecnica come residuo dello Stato di polizia che, secondo la sua previsione, starebbe scomparendo. Al di là della fondatezza di una tale previsione, ciò che contraddistingue la sua analisi «è un atteggiamento costante di commento e critica alle legislazioni»¹⁹, quello stesso atteggiamento che lo porterà negli anni del fascismo a prendere le distanze dal regime, testimoniato anche dalla attenzione per quelle discipline collaterali al diritto come la scienza dell'amministrazione. Si avverte una tensione, e anche una contraddizione, tra formalismo giuridico e sensibilità storico-politica²⁰, ma l'impressione è che Presutti non guardi al diritto come ad «una scienza indenne da costrizioni e pressioni sociali che evolverebbe secondo la dinamica interna della sua sintassi, secondo la logica separata del suo funzionamento»²¹. L'idea che un istituto, una categoria, non sia immutabile e risulti anzi storicamente condizionato è una idea innovativa e moderna, che Presutti professa proprio con riguardo alla discrezionalità tecnica. La costruzione di istituti immutabili tornerà invece utile ai regimi totalitari per legittimare le torsioni autoritarie del potere pubblico²².

Dalla tensione tra dogmatismo e storicismo prende forma la concezione di una categoria «a tempo», destinata a tramontare quando la transizione dallo Stato di polizia allo Stato di diritto si sarebbe completata.

Presutti è tutt'altro che immune dal formalismo e dall'idea della preminenza dell'amministrazione, ma la sua analisi contempla l'evoluzione storica e con essa il mutamento delle categorie e la relativizzazione anche del dogma della supremazia intorno al quale egli stesso ricostruisce il carattere insindacabile della discrezionalità tecnica.

Questo dato, insieme con quello della centralità della norma, integra, a me pare, un aspetto essenziale della ricostruzione presuttiana.

¹⁶ Cfr. F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 1960, 192, ove si legge che dinanzi alle «minuzie delle norme giuridiche che sacrifica l'interesse pubblico nei casi concreti» bisognerebbe «reclamare un maggiore arbitrio come una liberazione». In tema, cfr. G. PELAGATTI, *Valutazioni tecniche dell'amministrazione pubblica e sindacato giudiziario. Un'analisi critica dei recenti sviluppi della dottrina giuspubblicistica*, cit., 164.

¹⁷ G. PELAGATTI, *Valutazioni tecniche dell'amministrazione pubblica e sindacato giudiziario. Un'analisi critica dei recenti sviluppi della dottrina giuspubblicistica*, cit., 166

¹⁸ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, 86, nota 38.

¹⁹ L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 46.

²⁰ In tema, cfr. G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana*, Milano, Giuffrè, 1980, 294 ss., e poi anche, 456

²¹ Sono parole di A. MAZZACANE, *La cultura giuridica del fascismo: una questione aperta*, in A. MAZZACANE (a cura di), *Diritto, economia e istituzioni nell'Italia fascista*, Nomos, Baden-Baden, 2002, 5.

²² F. BENVENUTI, *Disegno della amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, CEDAM, 1996, 37 ss.; P. COSTA, *Lo Stato immaginario; metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana tra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986.

4. *Dalla norma imprecisa alla discrezionalità*

Gli sviluppi successivi segneranno invece quello che è stato definito «il passaggio dalla norma imprecisa alla discrezionalità»²³. Ranelletti sostituisce il criterio del tipo di norma con quello della discrezionalità amministrativa, inteso in senso positivo, non più solo come equivalente dell'insindacabilità²⁴.

Questo modo di pensare, nelle sue molte varianti, si impone e resiste, specie nella giurisprudenza, per quasi tutto il secolo scorso. La insindacabilità delle valutazioni tecniche - che tutti o quasi, anche in dottrina, finiscono in misura più o meno larga per giustificare - è, in questa prospettiva, conseguenza del loro assorbimento nell'area della discrezionalità pura.

Per Presutti, invece, come ricordato, i fenomeni si presentano distinti ed autonomi, e l'insindacabilità si ricava dalla norma che attribuisce il compito tecnico, non dal collegamento assorbente con il potere di scelta attribuito, funzionale alla soddisfazione dell'interesse pubblico. Assorbimento che verrà sconfessato soltanto dagli studi prodotti sul finire del secolo scorso, e che proprio nel pensiero di Presutti individuano la radice di un diverso modo di intendere la discrezionalità tecnica, staccata, perché eterogenea, rispetto alla discrezionalità amministrativa o pura²⁵.

5. *Le valutazioni riservate nella dottrina degli anni Ottanta e Novanta*

Prende in tal modo forma, muovendo dalle idee di Presutti, la categoria delle valutazioni tecniche riservate, concepita come autonoma dalla discrezionalità amministrativa e giustificata non più dalla supremazia dell'amministrazione - carattere considerato estrinseco rispetto al fenomeno, oltre che superato dalla evoluzione delle visioni dell'amministrazione pubblica - bensì dallo scioglimento dell'opinabilità delle valutazioni complesse con il riferimento a valori che soltanto l'amministrazione pubblica, in quanto rappresentativa della collettività, sarebbe in grado di esprimere²⁶.

Il passaggio successivo - che pure prende spunto dall'analisi di Presutti - sarà quello di riconoscere che un tale potere di valutazione riservato non presenta sempre un contenuto tecnico ma può anche riferirsi a dati empirici, per apprezzare i quali non occorre far ricorso a specifiche

²³ È il titolo del capitolo III di D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit.

²⁴ O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, L. Piaggio, 1912, 350 ss.

²⁵ La dimostrata alterità concettuale non è peraltro sufficiente a risolvere tutte le questioni interpretative, considerando l'esistenza di aree nelle quali gli aspetti politici e gli aspetti tecnici si presentano intrecciati. Tra i casi più significativi vi è la c.d. politicizzazione dell'interesse ambientale a seguito della riformulazione della v.i.a. (artt. 27-27-bis, d.lgs. 104 del 2017) ed estesa anche ai procedimenti ambientali di settore. In tema, tra gli altri, E. SCOTTI, *Semplificazioni ambientali tra politica e caos: la v.i.a. e i procedimenti unificati*, in *Riv. giur. edil.*, 2018, 353 ss. Significativa è pure la difficoltà di scindere la ricostruzione della componente di fatto (all'interno della quale ogni questione tecnico-scientifica andrebbe collocata) da profili che possono presupporre una valutazione economico-politica nel campo delle decisioni rimesse all'AGCM. In tema, S. DE NITTO, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in A. MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice*, cit., 233.

²⁶ C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit., 211 ss.

competenze tecnico-scientifiche²⁷. L'individuazione della categoria delle valutazioni e delle scelte non discrezionali e non tecniche, ma riservate all'amministrazione (buona condotta, carattere politico di una testata giornalistica, ecc...) finisce col riprendere, ma attribuendole dignità autonoma, diverse ipotesi già prese in considerazione da Presutti- che le includeva in una assai lata, e perciò da egli stesso ritenuta impropria, concezione della discrezionalità tecnica- di norme che attribuiscono all'amministrazione il compito di stabilire in base a massime di esperienza il grado o la misura di un determinato fatto²⁸.

In una tale prospettiva, la giustificazione della riserva, e dunque un tempo della insindacabilità e poi della sindacabilità solo estrinseca (limitata cioè a uno scrutinio di ragionevolezza e logicità), verrà individuata nel dato organizzativo, nelle qualità dell'organizzazione amministrativa approntata per l'assolvimento della funzione: la legittimazione organizzatoria, in tal modo, viene estesa ad ambiti diversi dalle scelte discrezionali in senso stretto²⁹.

Nella delineazione del potere di valutazione riservato, il debito, dichiarato, nei confronti della ricostruzione di Presutti è evidente: la norma infatti torna al centro della scena, secondo l'impostazione degli studiosi di lingua tedesca. È guardando ai caratteri della norma che si apprezza l'estraneità della discrezionalità tecnica al campo della discrezionalità amministrativa.

Ma anche, a ben vedere, la giustificazione della riserva-insindacabilità, in quanto basata sulle qualità dell'amministrazione, presenta notevoli punti di contatto rispetto all'opinione di Presutti.

È vero infatti che un conto è la supremazia, un altro la rappresentatività, un altro ancora l'organizzazione-competenza tecnica, ma è pur sempre alla speciale soggettività dell'amministrazione che si guarda per giustificare il carattere riservato delle valutazioni³⁰.

6. Dalla supremazia alla tecnificazione e alla desoggettivizzazione dell'amministrazione

Le differenze (culturali, storiche, ideologiche) tra l'impostazione di inizio secolo e quella di fine secolo nel cogliere il *proprium* del carattere speciale della soggettività amministrativa sono evidenti. Ma si deve anche notare che mentre l'approccio di Presutti presenta un carattere storicistico e relativistico, e perciò immagina l'evaporazione della discrezionalità tecnica in dipendenza della trasformazione dello Stato di polizia in Stato di diritto, con la relativa riduzione degli spazi di supremazia, le ricostruzioni di Marzuoli e De Pretis appaiono riferite ad una categoria ancorata a fondamenti che, nella loro visione, non sono estrinseci e/o contingenti, ma caratterizzano dall'interno la categoria delle valutazioni riservate. Ed infatti De Pretis³¹ conferma la natura riservata delle valutazioni non discrezionali anche al cospetto della progressiva

²⁷ D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit., 260 e *passim*.

²⁸ E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, cit., 156; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit., 23.

²⁹ D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, 331.

³⁰ Per una analisi critica contenente i riferimenti al dibattito prodottosi sulla ricostruzione di D. DE PRETIS, sia consentito il rinvio a F. LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2000, 217 ss.

³¹ D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit., 318.

dequotazione del principio democratico connessa, in particolare, al trasferimento di competenze dagli organi rappresentativi alla burocrazia.

In queste ricostruzioni il contributo di Presutti è indubbiamente valorizzato, nella misura in cui la discrezionalità tecnica viene staccata dalla discrezionalità amministrativa, avendo riguardo alle caratteristiche della norma; ma la prospettiva è ancora quella di giustificare il regime di riserva e di insindacabilità.

Muovendo dalle medesime premesse sembra tuttavia possibile anche prospettare ricostruzioni diverse, incentrate sull'idea del carattere contingente e storico della riserva di valutazione tecnica e sulla considerazione che la trasformazione della forma di Stato produce conseguenze in grado di limitare gli spazi di insindacabilità.

Si è visto d'altronde come la speciale qualificazione dell'amministrazione - nella visione contingente ed estrinseca di Presutti ma anche nella visione per così dire strutturale, necessaria, di De Pretis - rivesta un ruolo decisivo ai fini della ricostruzione del regime delle valutazioni ad essa rimesse. Ma se è così, non si può fare a meno di rimeditare e storicizzare questo dato alla luce delle trasformazioni subite dalle pubbliche amministrazioni, in particolare nel nostro paese.

Si sono da tempo prodotti i fenomeni dell'espansione della dimensione tecnica nella decisione politica e dello spostamento dei centri dell'attività decisionale dalle sedi rappresentative stabilite dalla Costituzione formale agli apparati burocratici³². Questi fenomeni appaiono difficilmente conciliabili con l'idea che la riserva possa incentrarsi sulla rappresentatività del soggetto pubblico; anzi la loro produzione e il loro progressivo consolidamento richiedono anche particolare cautela nella configurazione di poteri «liberi» di valutazione non discrezionale, dotati di una legittimazione di carattere organizzatorio.

Rileva, nella critica del dato soggettivo, anche il fenomeno delle esternalizzazioni, che determinano lo spostamento di compiti tecnici all'esterno dell'amministrazione pubblica in senso soggettivo; e non appare neppure improprio far riferimento ad un fenomeno ormai osservato e denunciato da più parti quale l'impovertimento tecnico delle amministrazioni pubbliche, specialmente a livello locale.

Da un lato, dunque, la tecnica prevale sulla politica, tendenza alla quale può ascrivere pure la creazione di soggetti particolarmente qualificati, ma di dubbia legittimazione costituzionale e comunque di scarsa rappresentatività democratica, come le autorità indipendenti, dall'altro

³² Su questi fenomeni, nell'ambito di una vasta letteratura, particolarmente interessante è lo studio di S. CIVITARESE MATTEUCCI-L. TORCHIA, *La tecnificazione dell'amministrazione*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI-L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione*, in L. FERRARA-D. SORACE (diretto da), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, Firenze university press, 2016. Una diversa tendenza si manifesta peraltro in certi particolari ambiti, come la tutela dell'ambiente. La disciplina della V.I.A. introdotta nel 2017 ne ha modificato la natura. Un atto originariamente concepito come tecnico pare ora connotarsi, per effetto della devoluzione alla sede politica dell'eventuale dissenso istituzionale, come un atto politico-amministrativo, una decisione «arbitrale» dell'organo politico di vertice. In tema, E. SCOTTI, *Semplificazioni ambientali tra politica e caos: la v.i.a. e i procedimenti unificati*, cit.; P.L. PORTALURI, *Tutela dell'ambiente e poteri amministrativi*, in *Jus*, 2016,1, 49 ss. Anche questo fenomeno potrebbe però finire per confermare la visione storicistica propugnata da E. PRESUTTI: dove la presenza dei poteri pubblici è «nuova», l'insindacabilità, nella sua concezione aggiornata, conseguente alla politicizzazione della scelta, resiste; recede invece nei territori già da tempo arati, a misura dell'arretramento dei poteri pubblici o del cambiamento delle tecniche di controllo delle attività private. Per l'idea che si debba comunque distinguere un nucleo tecnico, come tale sindacabile, anche nelle decisioni politico-amministrative in materia ambientale, si può peraltro vedere F. LIGUORI, *Tutela dell'ambiente e misure di semplificazione*, in *R.G.E.*, 2020, III, 15.

l'amministrazione ordinaria si mostra sempre più povera di competenze tecniche e si ricorre ormai comunemente alla esternalizzazione anche dei compiti tecnici³³.

In un tale contesto appare davvero problematico non solo ragionare in termini di supremazia, ciò che all'apparenza nessuno più osa fare, ma anche basare l'idea della riserva sulle speciali qualità della soggettività amministrativa.

In questo quadro mutato ed in perenne ebollizione, nel guardare ai compiti tecnici da porre in essere per assolvere alle funzioni amministrative, è solo nella norma che, alla maniera di Presutti ma con la sensibilità dell'oggi, si possono eventualmente rinvenire scelte chiare ed inequivocabili nel senso della riserva in ragione essenzialmente delle concrete caratteristiche organizzative e tecniche delle soggettività pubbliche investite di questo compito³⁴.

Solo in questi casi si potrà configurare- non certo l'insindacabilità ma unicamente- la preclusione di un sindacato pienamente sostitutivo nei confronti delle valutazioni poste in essere da organizzazioni adeguatamente specializzate. Mentre resta comunque da verificare come una tale eventuale ed eccezionale limitazione sia compatibile con i principi costituzionali³⁵ e con l'esigenza di garantire la pienezza della giurisdizione, come concepita dalla CEDU. Ma di ciò non si può dare compiutamente conto in questa sede.

7. Il carattere contingente e storico della insindacabilità delle valutazioni tecniche. La privatizzazione delle certezze pubbliche e la parabola degli atti ampliativi

Dalla ricostruzione del pensiero di Errico Presutti sono dunque emersi una serie di profili assai significativi, alcuni dei quali mostrano ancora vitalità.

L'aspetto che si può definire non più attuale attiene alla individuazione della supremazia dell'amministrazione per giustificare quel «fenomeno anormale» della sottrazione al sindacato di legittimità di valutazioni pur sempre regolate da una norma.

Il concetto di supremazia, ed i suoi corollari come la presunzione di legittimità, sono stati oggetto di revisione critica che ne ha dimostrato la impossibile sopravvivenza nella visione contemporanea e costituzionale dell'amministrazione italiana³⁶. L'idea della supremazia - come

³³ Con la consueta efficacia, S. CASSESE fa riferimento ad una amministrazione contemporanea che «più che fare, fa fare». Ci si riferisce al suo *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 7, ma il tema della progressiva decadenza dei corpi tecnici negli apparati amministrativi aveva già indotto lo stesso autore a parlare di «fuga dall'amministrazione» (S. CASSESE, *L'amministrazione dello stato liberal-democratico*, in S. CASSESE, *La formazione dello stato amministrativo*, Milano, 1974, pp. 11 ss.), che ha comportato un notevole incremento della «pratica dell'outsourcing, per cui si fa ricorso (e si dipende) sempre più alle competenze esterne all'amministrazione». In questi termini, G. MELIS, *La fuga dall'amministrazione. Ascesa e declino dei tecnici nell'amministrazione dell'Italia unita*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 477. Scriveva F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantite e libertà attive*, Venezia, Marsilio, 1994, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 2006, 905: «Il grande sforzo al quale è chiamato il futuro, è proprio quello di raggiungere il massimo possibile di conoscenze obiettive da porre alla base delle decisioni politiche, e in questo senso si è potuto prospettare la possibilità di un'amministrazione obiettivata».

³⁴ Cfr. C. CUDIA, *Pubblica amministrazione e valutazioni tecniche: profili organizzativi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 1 ss.

³⁵ Secondo F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1065, nota 65, non sembra possibile configurare un'area di competenza esclusiva o un potere riservato di valutazione, estraneo rispetto all'area della discrezionalità, alla luce dei principi costituzionali sull'azione amministrativa e sulla pienezza della tutela giurisdizionale.

³⁶ Si veda, per tutti, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il mulino, 1983, III ed., 240 ss.

qualità connaturata nell'amministrazione a prescindere dalle specifiche previsioni di legge – è vista ormai come un retaggio da cui occorre liberarsi. Ne è dimostrazione, in particolare, il capo IV bis della legge n. 241 del 7 agosto 1990, introdotto dalla legge n. 15 dell'11 febbraio 2005, che ha depurato dai caratteri connaturati al provvedimento una serie di privilegi, come in particolare l'esecutorietà e disciplinato, limitandola, l'autotutela³⁷.

Il dato relativo alle qualità del soggetto, sul quale in definitiva era basata la ricostruzione di Presutti, aggiornato alla mutata sensibilità culturale, continuerà, tuttavia, come si è visto, ad essere posto alla base della teorizzazione di un potere riservato di valutazione tecnica e/o amministrativa non discrezionale.

Un altro aspetto problematico che si può cogliere negli studi di Presutti attiene alla difficile convivenza tra esigenze dogmatico-sistematiche ed empirismo storiografico. Si è notata una tensione evidente tra queste due metodologie, e nondimeno si può apprezzare e valorizzare l'attenzione a quello che Capograssi chiamerà il «movimento del concreto»³⁸, che certo non soppianta la vocazione sistematica, ma comunque fa emergere una figura di giurista capace di maneggiare anche strumenti forniti da altre discipline e che non guarda agli istituti giuridici come entità immutabili.

Va da sé che il lascito più importante dell'elaborazione di Presutti sta nel riconoscimento dell'alterità della discrezionalità tecnica rispetto alla discrezionalità amministrativa, lascito che è stato significativamente valorizzato dalla dottrina amministrativistica della fine del secolo scorso, sia pure nella prospettiva di «rifondare» un potere riservato di valutazione non discrezionale.

Accanto a questa preziosa eredità, che, focalizzando l'attenzione sulla norma e sulle sue caratteristiche, apporta un essenziale chiarimento in epoca ben antecedente rispetto alla «rivoluzione gianniniana», ciò che appare di particolare importanza ed attualità nel pensiero di Presutti è il relativismo storico che, sia pure in una dialettica non priva di contraddizioni con la vocazione dogmatica che pure caratterizza la sua opera, finisce per costituire la chiave per la comprensione del fenomeno discrezionalità tecnica. Non si tratta, infatti, a differenza della discrezionalità amministrativa, di una categoria irrinunciabile, bensì di un dato contingente destinato ad evaporare.

La previsione si rivelò purtroppo infondata, posto che di lì a poco lo Stato totalitario avrebbe invaso la vita economica e sociale moltiplicando le manifestazioni autoritative ed ampliando lo spazio del riservato e dell'insindacabile.

Nondimeno, l'impostazione di Presutti non appare solo corretta in termini di ricostruzione teorica del fenomeno, ma anche lungimirante, se è vero che sembra aver trovato un concreto riscontro molti anni dopo, quando si affermeranno le politiche di liberalizzazione, privatizzazione e semplificazione. Anche queste tendenze sono evidentemente contingenti e l'affacciarsi sulla scena dopo la crisi finanziaria del 2008 dello Stato salvatore, ed in questi ultimi anni di forme

³⁷ In tema, tra i tanti, V. CERULLI IRELLI, *Principi del diritto amministrativo*, II, Torino, Giappichelli, 2005, 184 ss.; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge n.15/2005*, in *Nuove autonomie*, 2005, 300 ss.; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2016, specialmente 324 ss.; R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Torino, Giappichelli, 2017, specialmente 356 ss. e 621 ss.

³⁸ G. CAPOGRASSI, *Opere*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1959, 553.

ancora più forti di ingerenza nella vita della collettività in funzione di contrasto della crisi pandemica, danno conto della relatività e della contingenza delle diverse possibili configurazioni di Stato e di potere.

Si deve tuttavia notare come specialmente due fenomeni, quali la privatizzazione della funzione di certezza e la parabola disegnata dalla disciplina degli atti ampliativi, confermino le intuizioni di Presutti circa l'alterità della c.d. discrezionalità tecnica rispetto alla discrezionalità amministrativa e circa la natura contingente e non strutturale del regime di riserva in mano pubblica (con la connessa insindacabilità ad opera del giudice amministrativo).

E si tratta di conferma particolarmente significativa, atteso che il regime di riserva viene superato, prima ancora che nella direzione del sindacato giurisdizionale, nella direzione, ancor più radicale, delle capacità riconosciute ai privati di produrre direttamente effetti giuridici prima riservati in via esclusiva al potere amministrativo sulla base del compimento di operazioni (anche) di carattere tecnico.

Sempre più il modo di essere di un individuo, di un'organizzazione, di un prodotto, di un'attività dipende da come è rappresentato da un atto generato da soggetti privati (organismi di certificazione in materia ambientale, agroalimentare, finanziaria, turistica, di qualità ISO) chiamati a produrre certezze su fatti anche tecnicamente complessi³⁹.

L'amministrazione, cui un tempo le norme attribuivano l'esclusiva capacità di produrre tali certezze, è ora, per semplificare e accelerare, chiamata unicamente ad accertare la sussistenza del fatto semplice, ovvero la titolarità della certificazione privata di qualità, risolvendo la sua attività nel giudizio antinomico sussistenza-insussistenza, senza poter incidere sul contenuto di tali atti dichiarativi⁴⁰.

Ancora più emblematica è la parabola degli atti ampliativi, la cui disciplina in punto di produzione degli effetti segna con tutta evidenza il passaggio da una visione propria dello Stato sociale-assistenziale (che integrava una evoluzione dello Stato di polizia al quale Presutti si riferiva) ad una visione liberale da Stato di diritto, nelle forme più attuali di Stato regolatore⁴¹. Il passaggio dal controllo *ex ante* al controllo *ex post* rispetto alle attività dei privati (che restano) sottoposte ad una disciplina amministrativa generalmente densa di valutazioni tecniche, appare una dimostrazione davvero interessante di quanto oltre un secolo fa sostenuto da Presutti.

Le trasformazioni dello strumento ideato nel nostro paese per il passaggio dal vaglio preventivo delle attività private a un controllo successivo della loro rispondenza ai parametri fissati a livello normativo appaiono particolarmente significative dell'evoluzione prodottasi. Nella formulazione dell'art. 19 l. 241/1990, come ridefinita dalla legge n. 537 del 24 dicembre 1993, risultavano esclusi dall'ambito di applicazione della denuncia di inizio attività, diventato istituto

³⁹ A. BENEDETTI, *Certificazioni private e pubblica fiducia*, in F. FRACCHIA-M. OCCHIENA (a cura di), *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, Milano, Egea, 2006, 3 ss.

⁴⁰ M. OCCHIENA, *Le certificazioni nei processi decisionali pubblici e privati*, in F. FRACCHIA-M. OCCHIENA (a cura di), *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, cit., 96.

⁴¹ Su questo fenomeno, nell'ambito di una letteratura vastissima, si può vedere tra i contributi più recenti, anche per gli essenziali riferimenti, F. LIGUORI, *La segnalazione certificata di inizio attività*, in A. CONTIERI (a cura di), *Approfondimenti di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2021.

generale chiamato a sostituire le autorizzazioni vincolate, quei procedimenti nei quali fossero presenti valutazioni tecnico-discrezionali. L'idea della riservatezza, e dunque della insostituibilità da parte del cittadino, prima ancora che da parte del giudice, di valutazioni rimesse all'amministrazione sembrava posta alla base della formulazione della norma, o comunque era ritenuta dalla maggioranza degli interpreti decisiva al fine di escludere pur possibili interpretazioni diverse⁴².

È solo con la riforma del 2005, quella stessa che significativamente supera il dogma della supremazia nella disciplina delle caratteristiche del provvedimento e del potere, che il legislatore adotterà, eliminando l'equivoco riferimento alle valutazioni tecnico-discrezionali, una formulazione inclusiva anche delle valutazioni tecniche tra gli adempimenti sostituibili ad opera dell'interessato. Restano così escluse dal novero delle attività liberalizzate unicamente quelle la cui disciplina contempla il compimento di valutazioni discrezionali in senso proprio.

Oggi, dopo le ulteriori modifiche del testo della disposizione (specialmente quelle intervenute nel 2010), è l'intera istruttoria tecnica ad essere affidata al cittadino, che deve corredare la SCIA anche delle «attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati» mentre anche i pareri prescritti sono «comunque sostituiti dalle autocertificazioni, attestazioni e asseverazioni o certificazioni».

Mi sembra, conclusivamente, una chiara dimostrazione di come la discrezionalità tecnica intesa come riserva (e, dunque, come attività insindacabile) sia evaporata in dipendenza delle trasformazioni del rapporto tra cittadino e amministrazione, prima ancora che tra amministrazione e giudice, connesse al ridisegno dei poteri pubblici nella prospettiva liberale auspicata da Errico Presutti.

⁴² Per una diversa ricostruzione, mi permetto di richiamare F. LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, cit., 140 ss.