

## LA CONSULENZA TECNICA D'UFFICIO NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

(dalla verifica alla CTU)

*Sommario:* 1- Cenni sull'attività della P.A. (discrezionalità amministrativa; c.d. discrezionalità tecnica). 1.1- Cenni sulla discrezionalità e sul merito amministrativo. 1.2- La c.d. discrezionalità tecnica e le norme tecniche: implicazioni. 1.3- Rilevanza giurisdizionale delle discipline non giuridiche. 2- L'istruzione probatoria nel processo amministrativo. 2.1.1- L'accesso al fatto del giudice amministrativo. 2.1.2- Istruzione probatoria: concetti generali. 2.1.3- (segue): I singoli mezzi di prova, con riguardo ai differenti tipi di giudizio: giudizio di legittimità e di merito. 2.2- La verifica nella prassi giudiziale. 2.3- L'istruzione probatoria nella giurisdizione esclusiva (cenni). 2.4- L'istruzione probatoria oggi, dopo la legge 205 del 2000. 3- La consulenza tecnica d'ufficio. 3.1- La C.T.U. nel processo amministrativo e il suo antecedente. 3.2- Il CTU nel processo amministrativo: individuazione. 3.3- Nomina, obblighi e diritti, attività (fase istruttoria e fase cautelare). 3.4- Quesiti, relazione, dibattimento. Compenso. 3.5- Un caso di specie.

### 1.1- Cenni sulla discrezionalità e sul merito amministrativo.

Prima di entrare nel vivo del discorso inerente alla Consulenza tecnica d'ufficio, che è stata introdotta espressamente nel processo amministrativo, come è noto, in forza di una novella contenuta nella legge 205 del 2000, sembra opportuno dedicare qualche cenno alla nozione di discrezionalità in senso proprio (o amministrativa), non tanto perché essa attenga strettamente all'argomento della CTU, quanto perché, in termini di confronto- distinzione, essa è in qualche modo presupposta o insita in quella di (c.d.) *discrezionalità tecnica*, che invece riguarda da vicino l'argomento che ne occupa.

La *discrezionalità amministrativa* è una figura centrale e di assoluto rilievo nello studio del diritto amministrativo, particolarmente, e a maggior ragione, nella sua impostazione classica o tradizionale (nonostante le limitazioni imposte alla manifestazione della stessa dalla giurisprudenza, e poi, in qualche misura, dalla legge 241 del 1990). Invero, essa costituisce (le dà voce) la sostanza stessa della *funzione amministrativa* in quanto espressiva di pubblici poteri insiti in detta funzione, di cui è titolare in generale la P.A., sia pure con intensità e sfumature diverse, a seconda della tipologia di amministrazione pubblica o ente pubblico, nonché del settore, o materia, o specie di interesse pubblico curato. (Infatti, sembra evidente che sia maggiormente percepibile la presenza della discrezionalità in relazione all'esercizio di una *funzione amministrativa in senso proprio* (come accade, ad es., per le misure adottate dall'autorità competente attinenti all'ordine pubblico) e non, invece, allorché un organo o ente pubblico—o altro organismo preposto—ponga in essere compiti e attività condizionati dalla doverosa osservanza di *norme o regole tecniche e di esperienza*, come quelli che rivestono caratteri e sostanza di *servizi pubblici*).

Ancora, si può dire che la discrezionalità sia percepibile maggiormente nei momenti in cui la P.A., agendo come autorità, gode di margini più ampi di scelta e apprezzamento, anche se va chiarito che atto imperativo o autoritativo (*id est* provvedimento) non è sinonimo di atto discrezionale. Infatti, esistono atti imperativi che sono, non di meno, vincolati, non solo in ordine all'*an*, o in ordine al *quando* o al *quomodo*, ma anche in ordine al *quid*, vale a dire per quanto concerne il contenuto del provvedimento, la determinazione assunta nel caso concreto, desumibile non tanto dal dispositivo, quanto, con una valutazione d'insieme, dalla sua motivazione. [Per esempi al riguardo, basti pensare a provvedimenti dovuti come le ordinanze necessitate o quelle contingibili e urgenti, che gli organi competenti sono tenuti ad adottare, ad es. in caso di pubbliche calamità].

Quanto alla sostanza della discrezionalità amministrativa<sup>1</sup>, si può dire, in breve, che essa attiene alla facoltà degli organi della P.A. di *compiere scelte in relazione al modo migliore di realizzare l'interesse pubblico specifico*, quello, cioè, pertinente allo *scopo perseguito nel caso concreto* (che si può definire *primario*), nell'ambito della sfera di competenza dall'ordinamento affidato alle cure di quella data P.A., mediante ottimale utilizzazione delle risorse disponibili (con riguardo non soltanto a quelle finanziarie). Più in particolare, essa si esprime nel *potere di valutare* detto interesse pubblico primario -non, però, isolatamente, ma ponendolo a confronto con altri interessi (pubblici, privati, diffusi), con i quali esso va a interferire o che vengono in rilievo nella normativa e specialmente nel procedimento<sup>2</sup>, e che possono dirsi *secondari*, con i quali occorre temperarlo e di fare le sue scelte in conseguenza di quella valutazione.

Corollario di siffatta definizione è la limitatezza del sindacato del giudice amministrativo<sup>3</sup> che, invece, non incontra limiti quando attiene alla verifica giudiziale di legittimità dell'operato della P.A. disciplinato o vincolato da norme (siano esse, in primo luogo, giuridiche, siano *regole tecniche* desunte da discipline specialistiche, come si vedrà, o anche da canoni di esperienza e di buona amministrazione<sup>4</sup>, specialmente quando sia stata la stessa P.A. a fissarli in sue precedenti determinazioni, in tal modo autovincolandosi). Viceversa, l'estensione e la capacità di penetrazione di esso G.A. dovrebbe arrestarsi, ordinariamente, al cospetto di attività caratterizzate da margini di opinabilità, in quanto tali lasciati all'apprezzamento delle amministrazioni, cui esso giudice (secondo insegnamenti che oggi, per una serie di ragioni, tendono ad essere rimessi in discussione) non si sostituisce, pena l'infrazione del limite concernente la divisione dei poteri. (Tuttavia, è *sempre ammesso il sindacato della congruenza, logicità e razionalità anche delle scelte discrezionali* –opinabili-, oltre che per quanto attiene al principio di ragionevolezza, di proporzionalità, di adeguatezza al caso concreto: si parla, in tal caso, di sindacato esterno, ma forse senza renderne appieno il senso).

In verità, il libero esplicarsi della discrezionalità amministrativa è andato sempre più restringendosi. Infatti, presupposto per il suo legittimo esercizio è, specialmente dopo l'emanazione della legge 241/90, che in qualche modo ha provveduto alla codificazione delle rispettive regole, il corretto svolgersi del procedimento amministrativo, fermo restando che, se nel corso del procedimento occorre seguire le regole poste a garanzia della partecipazione dei soggetti interessati, del corretto svolgimento della funzione e del *corretto temperamento dell'interesse pubblico primario con quelli secondari*, è nel provvedimento conclusivo (con il quale vengono compiute specifiche scelte, sulla

<sup>1</sup> Sul concetto di discrezionalità amministrativa (ovviamente molto trattato in letteratura) si rinvia per tutti a: A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., NA 1984, I, 571 ss.; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in *Diritto Amministrativo* (a cura di MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI-MONACO, SCOCA), V ed., BO 2005, I, 770 ss.; A. PUBUSA, *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, TO 1994, *ad vocem*.

<sup>2</sup> Alla concezione della discrezionalità quale esito, anche e specialmente, del procedimento, si è approdati con maggiore convinzione di recente, a seguito della legificazione del procedimento medesimo, con la legge 241 del 1990.

<sup>3</sup> Sull'estensione del potere del G.A. in ordine alla discrezionalità e al c.d. merito dell'attività della P.A. si veda specialmente PUBUSA, *Merito e discrezionalità amministrativa*, cit. 412 e 415.

<sup>4</sup> In verità, in linea di principio, i canoni di esperienza e di buona amministrazione (specie in senso tecnico-organizzativo, ecc.) secondo la concezione tradizionale atterrebbero al merito –e non alla legittimità – dell'attività amministrativa. Ma, dall'art. 1 della legge 241 del 1990 in poi, bisogna fare i conti con la traduzione in norma di legge (di principi) ordinaria del canone costituzionale ex art. 97 Cost.

scorta, appunto, delle valutazioni effettuate nel corso del procedimento) che essa si trasferisce e si manifesta.

In concreto, la discrezionalità si manifesta in primo luogo nella scelta se emettere un determinato provvedimento (o tipo di provvedimento), posto che non si tratti di un caso in cui la P.A. sia tenuta ad assumere determinate misure, perché condizionata da quella determinata situazione di tempo, di luogo, di emergenza, ecc., secondo chiare previsioni normative. In secondo luogo, la scelta delle determinazioni da assumere in concreto va fatta dopo avere effettuato il confronto e il contemperamento dell'interesse pubblico specifico (primario) con gli altri interessi coinvolti (secondari), cui si accennava.

In terzo luogo (come pure si accennava), vengono contestualmente in rilievo, ben spesso, oltre che regole dell'esperienza e criteri di buona amministrazione, anche *discipline* o regole *specialistiche*, alla stregua delle quali effettuare la valutazione dei presupposti fattuali che la legge richiede perché la P.A. competente compia determinate scelte con adeguatezza al caso concreto, allorché è la sostanza stessa delle determinazioni da assumere che postula l'esame delle questioni da risolvere sotto il profilo tecnico e/o scientifico, che si prospettano nel corso dello svolgimento del procedimento. Dunque, tali conoscenze possono condizionare il contenuto del provvedimento in cui quello è destinato a sfociare.

In conclusione, si può definire la discrezionalità come uno "spazio decisionale libero" dell'autorità amministrativa, laddove il potere discrezionale potrebbe, coerentemente con quanto detto poco addietro, definirsi anche come "ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine a un interesse primario"<sup>5</sup>, ovvero l'agire libero e il margine di apprezzamento della fattispecie concreta di cui la P.A. dispone quando agisce come autorità (sempre che, come detto, non sussista un'ipotesi di attività vincolata).

La discrezionalità, o il relativo tema, spesso viene associata al c.d. *merito* dell'attività amministrativa (che, notoriamente, costituisce una sorta di antitesi della *legittimità*, cui viene sovente contrapposto, o accompagnato, come nozione da essa ben distinta –specialmente nella *teoria dei vizi degli atti amministrativi*-, e con la quale forma una endiadi). Per quanto brevemente, è bene chiarire che il merito attiene al perché di quella determinata opzione, con quel determinato contenuto (a preferenza di altri, che pure avrebbero consentito la realizzazione dell'interesse pubblico specifico in forme legittime) compiuta nel caso concreto, che, poi, dovrà essere sorretta dall'individuazione e dall'adeguata interpretazione e applicazione di tutte le norme e *regole giuridiche e non giuridiche* da osservare perché il provvedimento venga in essere legittimamente (*id est*, in conformità alla legge<sup>6</sup>). Dunque, esso attiene, non semplicemente all'opportunità (convenienza, economicità) di quella scelta, come spesso in passato si affermava, bensì a tutto quanto concerne l'applicazione di canoni e criteri non propriamente giuridici, rimasti nella possibilità di apprezzamento che residua in capo alla P.A. a prescindere dall'obbligo di rispettare le regole giuridiche e le altre che condizionano l'operato della P.A., come si è detto retro<sup>7</sup>. (Queste ultime regole –in primo luogo quelle giuridiche, invece, creano vincoli che debbono essere rispettati, e così quelle tecniche, come si vedrà).

<sup>5</sup> Entrambe le definizioni sono riportate da L. IEVA, nel perspicuo studio *Valutazioni tecniche e decisioni amministrative*, in *Diritto e diritti* (rivista giuridica in rete), 11/2000.

<sup>6</sup> Si intende che qui, nell'accezione di legge rientrano anche le norme di rango regolamentare e quelle di natura sostanzialmente normativa ad esse assimilabili.

<sup>7</sup> In tal senso, specialmente, SANDULLI e VILLATA, op. loc. cit.

Da quanto detto risulta evidente che *il merito ha a che fare con la discrezionalità amministrativa, con la quale tende a coincidere*, siccome riguarda quel margine di apprezzamento che deve riconoscersi alla P.A. con riferimento all'ambito di *criteri non giuridici*, perché desumibili, ad es, da *canoni esperienza*, e più spesso di ragionevolezza (oltre che di economicità, opportunità o convenienza), come accade per le scelte concernenti l'organizzazione dell'attività, la distribuzione del personale tra i vari uffici o ripartizioni dell'ente, la preferenza di un progetto rispetto ad altri, e così via.

Il merito non attiene, invece, alla c.d. discrezionalità tecnica, la quale, come si vedrà, ha a sua volta a che fare con i profili di legittimità degli atti, per quanto attenga –ma solo apparentemente e in prima battuta- a discipline non giuridiche, perché appartenenti a settori specialistici del sapere o dell'agire. Incidentalmente, conviene, d'altronde, sin d'ora sottolineare che il vero problema evocato da dette nozioni riguarda la *profondità e l'estensione del potere del giudice* chiamato a giudicare dell'operato della P.A., specialmente allorché si invochi la violazione di siffatte norme tecniche ovvero dei principi che presiedono alla manifestazione della discrezionalità tecnica.

### 1.2- La c.d. *discrezionalità tecnica e le norme tecniche: implicazioni.*

Dopo avere detto della discrezionalità in senso proprio, bisogna chiarire cosa si intenda per discrezionalità tecnica, e cosa per norme tecniche (concetti indubbiamente correlati). Le elaborazioni giurisprudenziali e dottrinali al riguardo distinguono, tradizionalmente, la discrezionalità tecnica da quella amministrativa, ma la terminologia usata ha spesso ingenerato confusione tra tali nozioni nettamente distinte, come avveniva fino ad un recente passato.

Schematicamente, si dirà che in un discreto numero di casi, la d.t. viene (veniva) riferita a ipotesi in cui occorre verificare o accertare, con precisione, elementi di fatto misurabili, o definibili con univocità o sufficiente definizione, alla stregua di criteri, o canoni, o fattori tecnici. In simili ipotesi si può con maggiore precisione parlare di manifestazione di un potere di accertamento tecnico<sup>8</sup>. Tanto accade, ad es., per quanto concerne la misurazione della gradazione alcolica di un liquido, del grado di tossicità di una data sostanza, ecc., al fine di trarne conclusioni in ordine alla classificazione di un dato evento o al dovere di stabilire se esso si sia verificato, allorché l'evento costituisca presupposto di diritto per il tipo di provvedimento da emettere (come, ad es., rispettivamente, l'assoggettamento all'imposta di fabbricazione, la classificazione come rifiuti solidi urbani ovvero rifiuti pericolosi al fine dell'applicazione del relativo regime autorizzativo, con le conseguenze che ne derivano sul piano giuridico).

Al di fuori di ipotesi siffatte, ogni volta che il risultato di verifiche o procedimenti (o anche l'acclaramento di una qualità, o carattere), effettuati alla stregua di una disciplina non giuridica, che si pongono come manifestazione e applicazione di conoscenze di discipline speciali (scientifiche, mediche, o estetiche, o tecniche), vengano previsti dalla legge nel contesto dell'attribuzione a determinati organi della P.A. di un potere decisionale (dunque, ogni volta che la situazione fattuale, che si atteggi nel modo che sarà valutato per il tramite della valutazione tecnica, costituisca presupposto o requisito di validità di un provvedimento), si pone la questione della natura di detto accertamento, che generalmente va sotto il nome di *discrezionalità tecnica*. Si pone, inoltre, frequentemente, la questione del nesso di tale "discrezionalità tecnica" con la discrezionalità amministrativa (pura), ovvero

<sup>8</sup> Tale è la definizione data in primo luogo da SANDULLI, *Manuale...*, cit., 574, che distingue l'accertamento tecnico dalla c.d. discrezionalità tecnica e da quella mista.

dell'indipendenza, o meno, di essa dal potere di provvedere. Più in generale, si pone la questione del rapporto fra le norme tecniche che presiedono all'accertamento, con le regole giuridiche (norme di legge o di regolamento).

Come è stato giustamente rilevato, mentre si può dire che la discrezionalità amministrativa comporta sempre un *potere valutativo e di scelta* in ordine all'agire, spettante alla P.A. competente, la quale effettua valutazioni e *ponderazioni di interessi*, nell'osservanza di regole giuridiche (e anche non giuridiche), nel caso della "discrezionalità tecnica" (che definiremmo *potere di valutazione tecnica*) la scelta del comportamento da tenere è stata effettuata direttamente dalla legge, e in modo vincolante. All'amministrazione è rimessa semplicemente la qualificazione dei fatti (eretti a presupposti del suo operare) alla stregua di *conoscenze specialistiche* e perciò di *regole tecniche* (per il tramite di organi dotati delle conoscenze specialistiche necessarie). Una volta compiuta la valutazione (in base a criteri attinenti alla scienza medica, alla geologia, all'ingegneria, ai canoni estetici, ecc.), l'amministrazione è, poi, vincolata a provvedere in quel certo modo che l'ordinamento prevede per l'ipotesi che l'apprezzamento tecnico contribuì a chiarificare, salvo che disponga anche di discrezionalità amministrativa<sup>9</sup> (nel senso di potestà di provvedere oppure no, o di provvedere in un determinato modo alla luce del risultato delle valutazioni tecniche effettuate, ovvero di scelta o preferenza tra le varie soluzioni tecniche prospettate), nel qual caso sarebbe più corretto parlare di *discrezionalità mista o complessa*<sup>10</sup>.

D'altra parte, occorre sottolineare che le valutazioni scientifiche e tecniche non vanno riguardate come un *quid* di oggettivo, neutro e indiscutibile, come potrebbe credersi *ictu oculi* o in prima approssimazione. In sostanza, posto che, ordinariamente, nella discrezionalità tecnica è *presente solo il momento cognitivo-valutativo, e non quello volitivo*<sup>11</sup>, le valutazioni da un punto di vista scientifico o tecnico vengono sempre meno viste come un *quid* di univoco e oggettivo (quasi fossero un dato naturale indiscutibile), bensì come qualcosa suscettibile di vario apprezzamento.

Si può dire infatti che, se dottrina e giurisprudenza in passato propendevano per il carattere puntuale e univoco di dette manifestazioni di scienza (carattere che è proprio, come si è detto, dell'*accertamento tecnico* e non del *potere di valutazione tecnica*), facendone un fatto vincolante per la P.A. tenuta a provvedere sulla sua base (tenendola, dunque, concettualmente distinta dalla vera e propria discrezionalità), oggi, dopo l'approfondimento del fenomeno, si propende a sottolineare la non infrequente opinabilità delle concezioni scientifiche (e tecniche), cosa ben visibile, del resto, nel differenziarsi delle conclusioni cui, in ordine a una medesima realtà, possono giungere, in sede giurisdizionale, i periti di parte e il consulente tecnico d'ufficio nominato dal giudice.

Emblematico in tal senso, del resto (ma il caso è certamente da tenere distinto dalle valutazioni a carattere precipuamente scientifico, siccome maggiormente legato a vedute soggettive, non trattandosi propriamente di criteri scientifici), è l'accertamento del *valore estetico o artistico*, o monumentale, di un'opera d'arte o di un palazzo: in simile ipotesi si può constatare un grado più elevato di opinabilità delle conclusioni raggiunte, pur da soggetti qualificati, al riguardo. Qualcosa di

<sup>9</sup> SANDULLI, *Manuale...*, cit. 574.

<sup>10</sup> IEVA, *Valutazioni tecniche e discrezionalità amministrativa*, cit. (il quale osserva che in simili fattispecie discrezionalità e tecnica "vivono in simbiosi" -sono embricate o intrecciate-, ma concettualmente sono pur sempre separabili).

<sup>11</sup> IEVA, *ibidem*.

analogo accade allorché occorre stabilire o verificare il livello qualitativo di un progetto, secondo precise prescrizioni contenute, in particolare, nel codice dei contratti pubblici approvato con D. L. 12 aprile 2006 n. 163 (art. 93, che riproduce, con qualche modifica, l'art. 16 della legge n. 109 del 1994).

Altri, da una diversa angolazione, hanno osservato, altresì, come la discrezionalità tecnica scivoli nella discrezionalità amministrativa<sup>12</sup>, nel senso che l'organo competente a decidere compirà una scelta aderendo all'una o all'altra valutazione tecnica, allorché queste si presentino (come accade ordinariamente) come più o meno opinabili. Del resto, lo stesso dato scientifico non appare come un *quid* di univoco e certo (si pensi alle valutazioni mediche sul cui presupposto occorre stabilire se vi sia, o meno, dipendenza di una determinata infermità da causa di servizio, dovendosi valutare l'efficienza causale, o concausale, di un determinato fattore), oppure alle condizioni per stabilire se si sia in presenza di un'epidemia, o endemia o pandemia).

Allargando la prospettiva al procedimento nel cui seno vengono svolte dette valutazioni tecniche, nonché ai possibili profili di illegittimità dei provvedimenti adottati dalla P.A. sulla base delle stesse, si osserva che, già tra i vizi tradizionali dell'atto amministrativo – che ne determinano l'illegittimità –, compare, quale figura sintomatica dell'eccesso di potere, il *difetto di istruttoria*. Orbene, la fase istruttoria costituisce certamente l'*aspetto centrale e nevralgico del procedimento*, poiché ivi occorre dare atto tanto dell'acquisizione al procedimento, come necessari fattori di valutazione, di tutti gli elementi giuridici, fattuali e tecnici rilevanti al fine di decidere quale determinazione assumere (che si tradurrà, poi, nel dispositivo del provvedimento conclusivo), quanto della *partecipazione dei soggetti interessati* a vario titolo al procedimento, quanto, infine, dell'osservanza delle regole giuridiche e non giuridiche da applicare al caso concreto.

Ma la vera novità, ormai riscontrabile da qualche tempo, è che la P.A. – qualunque essa sia, ma specialmente in certi settori, ambiti o materie – non opera ormai più esclusivamente o prevalentemente sulla base di canoni e criteri legali (normativi), sia pure in un'accezione allargata della legittimità degli atti amministrativi. Al contrario, essa è chiamata a misurarsi, in ragione del complicarsi dell'attività amministrativa e degli oggetti, come della natura o materia sui quali essa deve operare, con discipline tecniche e scientifiche, pressoché ordinariamente<sup>13</sup> (e ciò avviene nella fase istruttoria del procedimento). Dunque, sempre più accade che non possa prescindere (e si vedrà dopo, a proposito dei riflessi giurisdizionali) dalle valutazioni che occorre fare alla stregua di dette discipline onde effettuare *scelte congrue e adeguate al caso concreto*. Ormai, l'osservanza delle regole non giuridiche (norme scientifiche o tecniche) costituisce frequentemente la vera pietra di paragone ai fini della verifica dell'osservanza del principio di buona amministrazione. Dunque, un rilievo crescente va assumendo la c.d. *discrezionalità tecnica*, ogni volta che le norme non consentano di orientare univocamente verso una determinata scelta discrezionale.

E tuttavia, occorre ribadire che ben spesso le valutazioni tecniche non sono esse stesse valutabili univocamente in un determinato senso, ma postulano l'aderenza ad una piuttosto che all'altra concezione scientifica, o risultano comunque opinabili (come ben spesso accade per le discipline scientifiche o, specialmente, in campo estetico, come pure sociologico o economico). In realtà, nemmeno nel

<sup>12</sup> Il fenomeno dello slittamento della discrezionalità tecnica in D. amministrativa è messo ben in rilievo da G. CLEMENTE DI SAN LUCA – R. SAVOIA, *Manuale di diritto dei beni culturali*, Jovene, NA, 2005, 198 ss.

<sup>13</sup> Il dato, prodotto della mera osservazione della prassi, oltre che dell'evoluzione legislativa, ormai da qualche tempo, è messo bene in evidenza anche da IEVA, *Valutazioni tecniche...*, cit.

contesto delle c.d. scienze esatte –come, ad es., matematica, fisica, chimica- si può essere sicuri dell'univocità e costanza di determinate conclusioni, potendosi distinguere semmai, con maggiore aderenza al livello attuale delle conoscenze, non tanto fra *scienze esatte* e *scienze sociali o inesatte*, quanto piuttosto tra *risultati verosimili e risultati plausibili*<sup>14</sup>.

In conclusione, si può dire che la fase istruttoria assume grande rilievo, oggi, anche sotto il profilo di cui si è detto, attinente specialmente al nesso con le c.d., norme tecniche, ovvero le regole appartenenti a discipline non giuridiche, in relazione alle quali erroneamente si parlava (come si è visto) di “discrezionalità tecnica”, essenzialmente per inferirne la conclusione che il loro esame sarebbe sottratto alla cognizione del giudice amministrativo, quasi che avesse a che fare con il *merito* dell'attività amministrativa (rispetto al quale pure, come si è rilevato, la cognizione del G.A. non si arresta totalmente). Anzi, si può dire che sia ormai consolidato l'orientamento, giurisprudenziale<sup>15</sup> secondo il quale la violazione di norme tecniche, quando queste siano richiamate dalla norma giuridica (e in tal modo in essa incorporate), non può che assumere lo stesso valore degli altri vizi di legittimità, in particolare (ma non solo, come si dirà) la *violazione di legge*.

[Del resto, come si dirà più avanti, ciò che assume davvero valore dirimente è l'introduzione nella giurisdizione amministrativa, tanto esclusiva quanto di legittimità, della *consulenza tecnica d'ufficio*].

### 1.3- Rilevanza giurisdizionale delle discipline non giuridiche.

Se già, come è opinione unanime, il vizio di eccesso di potere ha costituito una sorta di *grimaldello* o *passepoutout* che ha consentito al G.A. di penetrare sempre più a fondo nella sostanza viva della funzione amministrativa al fine di verificarne la congruenza e, in ultima analisi, la legittimità in senso ampio, oggi il medesimo giudice è chiamato a verificare la correttezza e la bontà dell'applicazione delle più svariate regole tecniche, a causa della crescente complessità di procedimenti amministrativi che si basano sull'applicazione delle più varie *discipline non giuridiche*, scientifiche o tecniche (si pensi al progetto di un'opera pubblica complessa, o di difficoltosa realizzazione, o implicante l'uso di tecnologie sofisticate per la difficoltà dei problemi tecnici da affrontare e risolvere, o calata in un contesto delicato ad es. sotto il profilo ambientale o della composizione geologica del terreno, dell'equilibrio idro-geologico del suolo, ecc., ovvero al progetto di impianti complessi come quelli di trasformazione dei rifiuti o anche di stoccaggio di rifiuti pericolosi, o ancora ai problemi connessi all'inquinamento del suolo o delle acque, all'origine di determinati provvedimenti, anche sanzionatori). In simili casi il difetto di istruttoria può acquistare rilievo anche sotto il profilo della *verifica della congruenza, correttezza o (specialmente) adeguatezza delle soluzioni tecniche adottate*.

Ora, poiché, dopo l'emanazione della legge n. 241 del 1990, pressoché tutto ciò che attiene al procedimento svolto nella sede amministrativa può essere tal quale riproposto dall'interessato al G.A. davanti al quale questi abbia instaurato una controversia attinente a quel dato procedimento amministrativo -o al provvedimento assunto a conclusione del medesimo (eventualmente anche attraverso la censura di *eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria*)-, pare evidente che il medesimo giudice non possa decidere senza spingersi in profondità nell'analisi (conoscenza) dell'operato della P.A. (avendo ormai

<sup>14</sup> Cfr. IEVA, *ibidem*.

<sup>15</sup> A partire da cons. Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999 n. 601.

conoscenza dell'intero fascicolo<sup>16</sup> -al di là, dunque, dei vizi dedotti-, con tutte le conseguenze del caso<sup>17</sup>), senza applicare le regole specifiche appartenenti a una determinata disciplina non giuridica, rilevante nel caso concreto.

In tal modo, come ognuno vede, il controllo del G.A. si spinge –e non sarebbe possibile fare altrimenti per un'adeguata cognizione della causa-*fin dentro la logica e le valutazioni tecniche effettuate dalla P.A. eventualmente per il tramite di organo appositamente qualificato*, o da parte del soggetto privato che abbia agito dietro incarico dell'amministrazione al fine di provvedere, (ad es. uno studio privato di progettazione o una società di ingegneria cui sia stata affidata la redazione di un piano o di un progetto), grazie all'ausilio reso al giudice dall'apporto di conoscenze specialistiche tecniche che egli ordinariamente non possiede, o possiede in maniera inadeguata.

Ciò è tanto più evidente nelle ipotesi, non certo rare, ma invece sempre più frequenti, in cui determinate regole o nozioni tecniche vengano richiamate dalla norma, che in tal modo le incorpora in essa, conferendo loro una valenza pienamente giuridico- normativa. Ci si trova, in tal modo, al cospetto di *proposizioni normative complesse*, la cui interpretazione, a sua volta complessa, richiede conoscenze anche scientifiche o tecniche. Il fatto, poi, che il giudice amministrativo possa oggi accedere al fatto (*scil.*, alla diretta e migliore conoscenza dello stesso) attraverso la designazione di un *consulente tecnico d'ufficio* sia nella giurisdizione esclusiva (quivi da ritenere, *ad abundantiam*, ammessa quanto meno a partire dall'art. 35 del D. Lgs. n. 80 del 1998, in ciò confermato dall'art. 7 della legge n. 205 del 2000), sia nella giurisdizione ordinaria di legittimità<sup>18</sup> (*infra*), rende evidente che il potere, l'estensione e la forza di penetrazione della sua cognizione *non si arresta più davanti alla c.d. discrezionalità tecnica o alle norme tecniche*, che invece debbono ritenersi pienamente soggette al suo potere decisionale di ordine giurisdizionale.

Come si dirà più avanti, la C.T.U. deve considerarsi non solo e non tanto un mezzo di prova, quanto piuttosto *un mezzo di conoscenza e di accesso al fatto da parte del giudice*, al fine della verifica dell'esistenza- congruità dei presupposti, specialmente di fatto, del provvedimento sottoposto al suo esame, e ciò è particolarmente significativo e utile proprio in ordine all'accertamento della corretta applicazione di discipline, regole e canoni scientifici o tecnici.

Dunque, deve ritenersi che oggi il G.A. possa spingersi (*rectius*: debba spingersi) fino alla *verifica diretta dell'attendibilità delle valutazioni tecniche*, sotto il duplice profilo della *correttezza dei criteri seguiti* e della correttezza del procedimento applicativo. Ed invero, secondo quanto si evince da quanto detto poc'anzi, pare ormai chiaro il distinguo da operare rispetto alla cognizione delle questioni attinenti al c.d. *merito amministrativo* che, come si è accennato, rimangono in dominio della P.A. e sono sottratti, *prima facie*, al sindacato giurisdizionale. Quivi, invece, si tratta pur sempre di questioni -per quanto opinabili possano apparire-

<sup>16</sup> Come osserva, perspicuamente, PUBUSA, *Merito e discrezionalità...*, cit., in particolare 415.

<sup>17</sup> Dalla conoscenza diretta del fascicolo il G.A. può riscontrare carenze, omissioni e contraddizioni nell'operato del responsabile del procedimento o dell'istruttoria, al di là delle deduzioni ed eccezioni formulate dalle parti (come, ad es., la prova di un fatto non enunciato in motivazione e incompatibile con quello posto come premessa o accolto come conclusione nel ragionamento del funzionario estensore). Ciò crea imbarazzi allorquando non vi sia censura al riguardo, con il ricorso. Infatti, *quid juris* quanto al principio *ne eat iudex ultra petita partium*? Ma poi, non avere dedotto un vizio esistente -rilevato, poi, dal giudice-, laddove si sia comunque, come accade normalmente, chiesto l'annullamento del provvedimento impugnato, impedisce al giudice di basare l'annullamento su quel vizio?

<sup>18</sup> La C.T.U. è oggi esplicitamente ammessa anche in relazione al giudizio di legittimità dalla legge 21 luglio 2000 n. 205, il cui art. 16 ha in tal senso integrato l'art. 44 del R.D. 26 giugno 1924 n. 1054.

attinenti ai dati fattuali e alla loro valutazione. Ne è, pertanto, affatto ragionevole la sindacabilità da parte del giudice (eventualmente per il tramite di una C.T.U.). Corollario di quanto sin qui detto è che la violazione di siffatte regole scientifiche o tecniche comporta la presenza di un vizio di legittimità. *Prima facie* si tratterà proprio della violazione di legge, anzi, più frequentemente, di erronea e falsa applicazione di legge, con riferimento ai casi valutazione tecnica palesemente opinabile, o basata su presupposti fattuali o di giudizio inesistenti, o totalmente errati, di chiaro travisamento dei dati tecnici, di palese parzialità di giudizio (tutti casi che mostrano la violazione dei canoni di interpretazione delle norme tecniche integrate nella norma giuridica<sup>19</sup>). Più spesso si verificherà, invece, l'ipotesi dell'eccesso di potere sotto il profilo del difetto dell'iter logico, erroneità, opinabilità della valutazione, scorretto esercizio del potere, ecc., ad es. nelle ipotesi in cui l'adesione a conclusioni opinabili delle valutazioni tecniche risulti intimamente contraddittoria, illogica, parzialmente erronea o fondata sulla incompleta rappresentazione dei presupposti (per uso distorto della potestà di apprezzamento), o in contrasto con le opinioni scientifiche dominanti in una determinata materia o disciplina tecnica.

## 2- L'istruzione probatoria nel processo amministrativo.

### 2.1.1- L'accesso al fatto del giudice amministrativo.

Il processo amministrativo, stando all'impostazione tradizionale e tralaticia, quanto meno all'origine, presenta tratti e caratteri affatto peculiari rispetto al processo civile di cognizione, per una serie di ragioni, cui qui possiamo soltanto accennare. In realtà, oggi detto processo appare sensibilmente trasformato, ed anzi articolato in una serie di riti più o meno speciali, a seguito di varie modifiche normative, di cui la maggior parte risalgono ad epoca recente. Ciononostante, si continua a pensare in termini di modello processuale originale e tipico, spesso contrapposto al processo civile, e ciò non appare del tutto errato, poiché lo schema fondamentale –il canovaccio, si direbbe– rimane contrassegnato dalle caratteristiche originarie, che non sono venute meno, poiché le nuove forme processuali sono andate ad aggiungersi ad esse, senza cancellarle.

Con riguardo al tipo originario di processo –che, si ripete, rimane tuttora vigente–, si può dire che il dato fondamentale, o di base, sia rappresentato dal fatto che, nel giudizio ordinario di legittimità, attivabile con l'*azione di annullamento*, viene portata davanti al giudice amministrativo, non una lite tra soggetti che si trovano, ordinariamente, su un piano formale di parità delle situazioni soggettive fatte valere (diretta, per lo più, ad accertare un diritto in capo a Tizio piuttosto che a Caio, o a negare un diritto altrui, o a chiedere una condanna, e così via), bensì una lite strutturalmente e funzionalmente diversa. Con l'*azione di impugnazione* o di annullamento, invero, il ricorrente chiede al giudice (in sostanza) di effettuare un *sindacato sull'esercizio di una funzione pubblica*, che si è già svolta, o comunque su una manifestazione di potestà pubbliche, che un dato organo della P.A. ha esercitato nel caso concreto andando ad incidere sulla sfera giuridica di un altro soggetto, ordinariamente privato, singolo o associato.

Dunque, a monte del giudizio amministrativo di legittimità vi è lo *svolgimento di un'attività da parte di determinati organi della P.A., sulla cui conformità alla legge il G.A. è chiamato a pronunciarsi*, per quanto rileva in ordine all'allegazione di lesioni arrecate con lo svolgimento del potere pubblico al soggetto interessato,

<sup>19</sup> Così IEVA, *Valutazioni tecniche...*, cit. 12.

che in ragione di tale asserita lesione è legittimato a proporre ricorso<sup>20</sup> onde chiedere l'annullamento del provvedimento lesivo.

Dai caratteri appena riferiti in estrema sintesi, derivano una serie di differenze, quanto all'istruzione probatoria del processo amministrativo (segnatamente –si ribadisce– in relazione al giudizio generale di legittimità). Detta istruzione probatoria all'origine era significativamente ristretta, e al tempo stesso connotata da un notevole potere di iniziativa del giudice. Si riscontra, inoltre (come si dirà meglio più avanti), un potere del giudice di apprezzamento dei fatti e un potere di iniziativa in ordine all'acquisizione dei mezzi di prova quasi sconosciuti al processo civile (tranne, tuttavia, proprio per la CTU, cui il G.O. può ricorrere con larghezza e autonomia, ogni qualvolta ne abbia bisogno per meglio conoscere i fatti, allorché la natura della controversia sottoposta al suo esame lo richieda, in particolare allorché egli non sia dotato di conoscenze tecniche o scientifiche adeguate: art. 61, 191, 424 c.p.c.).

Ed invero, in un processo tutto impostato sulla verifica giudiziale dell'esistenza dei vizi che il ricorrente asserisce inficiare un provvedimento, sembrerebbe che gli aspetti fattuali delle questioni sottoposte al giudice fossero in qualche modo scontati, o secondari o irrilevanti, in ogni modo un po' situati sullo sfondo. In effetti, con non pochi fraintendimenti, per lungo tempo si è, più o meno direttamente, avallato una simile rappresentazione della realtà di tale giudizio, quasi implicitamente sostenendosi che il G.A. fosse investito esclusivamente, quale *giudice della legittimità*, della risoluzione di questioni di diritto (a somiglianza del giudizio cassatorio o di sola legittimità).

Ebbene, limitando per ora il discorso al giudizio ordinario di legittimità, non si può dire che l'assunto, nell'ultima parte, fosse inesatto: effettivamente il G.A. è chiamato a dirimere controversie in cui affatto preminente o risolutivo si rivela il profilo attinente alle questioni di puro diritto (accertamento della legittimità, o meno, del provvedimento, con riguardo a parametri rappresentati da norme e disposizioni di qualsivoglia rango nella gerarchia delle fonti, ed anche di atti amministrativi generali non normativi). Ma ciò non comporta che il fatto non sia di per sé, a sua volta, di notevole rilievo ed anzi spesso determinante (in realtà, la conoscenza del fatto è indispensabile premessa di ogni funzione giudicante, in ogni tipo di controversia: *narra mihi factum, dabo tibi jus*)<sup>21</sup>.

Senonché, come si è accennato, non pochi sono i malintesi ingenerati da una visione tutta sbilanciata nel senso di privilegiare i profili di legittimità a svantaggio dei profili fattuali. Ciò può essere accaduto, verosimilmente, perché tale tipo di giudizio è contraddistinto da un'*istruzione eminentemente documentale*, in cui vengono acquisiti al giudizio (non poche volte mediante produzione spontanea delle parti, vale a dire senza che sia necessario un ordine del giudice) tutta una serie di documenti, spesso addirittura sovrabbondanti rispetto a quelli strettamente necessari per decidere, con la conseguente illusione ottica di un

<sup>20</sup> Il diritto di proporre ricorso contro provvedimenti amministrativi che si assumano lesivi della sfera giuridica dei privati può assimilarsi a un *diritto potestativo* in capo a costoro.

<sup>21</sup> Sulla rilevanza del fatto nel processo amministrativo (come in ogni altro giudizio) e sulle strette interconnessioni tra fatto e diritto, si vedano le esemplari pagine scritte al riguardo dal NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 3<sup>a</sup> ed., BO 1983, pag. 366 ss. Ancora più penetranti sono, poi, gli accenni al rapporto tra giudice amministrativo e diritto, con particolare riguardo al vaglio delle violazioni che si affermano da parte del ricorrente, e alla constatazione che il G.A. deve interpretare e ben spesso estrarre dalle affermazioni di parte ricorrente, compresa la narrativa del fatto, la censura, che questi non ha obbligo di formalizzare, ecc. (*ivi*, pag. 367). Si vedano anche le lucide considerazioni svolte al riguardo, specialmente in relazione alla giurisdizione di merito (per accenni sul punto, *infra*, nel testo) da CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 1999, 704 ss.

processo che non sembra avere bisogno di mezzi di prova per la cognizione dei dati di fatto, che invece, inevitabilmente, stanno all'origine di ogni controversia (anche inerente all'esercizio o manifestazione di un potere pubblico da parte di un organo della P.A.).

Piuttosto, l'analisi di questo tipo di processo –ripetesi, a base eminentemente documentale- mostra l'esistenza di altre problematiche legate alle vicende fattuali che il giudice deve necessariamente ricostruire.

In proposito, si deve in primo luogo ricordare che *una prima ricostruzione del fatto compare nel provvedimento impugnato* (nelle premesse e nella motivazione, da cui il dispositivo dovrebbe scaturire come una conclusione logico-giuridica) e indi nella narrativa dei fatti che il ricorrente espone al giudice, cosicché si può dire che il fatto viene conosciuto dal G.A., in prima approssimazione (e spesso esclusivamente), attraverso lo "schermo" e con la mediazione del provvedimento impugnato, nonché della narrativa contenuta nel ricorso<sup>22</sup>. Da qui l'insorgenza di un primo quesito connesso agli aspetti fattuali del giudizio amministrativo: ci si chiede, cioè, se il G.A. sia vincolato, nella ricostruzione del fatto, dalla rappresentazione contenuta nel provvedimento, come si è a lungo ritenuto ed avallato da parte della dottrina<sup>23</sup> (eventualmente corretta o integrata da quanto esposto nell'atto introduttivo del giudizio).

Al riguardo si può affermare semplicemente che, se questa rappresentazione fatta dalla P.A. resistente non viene contestata dalle parti (in primo luogo la parte ricorrente, che può muovere al riguardo specifica censura, e indi quelle avversarie, nell'articolazione della propria linea difensiva), ovvero se non viene smentita dai documenti<sup>24</sup> acquisiti al giudizio -o dietro ordine del giudice, o perché depositati da una qualsiasi delle parti in causa-, non si pone alcun problema sul punto: il fatto, la vicenda, sono quelli figuranti nel provvedimento. Viceversa, allorché vi sia contestazione, già nel ricorso introduttivo (ad es., circa accertamenti tecnici e/o misurazioni, o analisi di campioni di materiale, o sopralluoghi che si dice nel provvedimento essere stati fatti con determinate modalità e che invece vengano contestati da taluna delle parti), sarà necessario disporre incumbenti istruttori atti a chiarire in punto di fatto la realtà, a meno che il difetto nella rappresentazione dei fatti non rilevi di per sé come vizio di *eccesso di potere per difetto nei presupposti* o sotto il profilo del *travisamento dei fatti*, dell'erroneità dell'iter logico, irrazionalità o contraddittorietà, *et similia*.

(In simile eventualità, il vizio in tal modo riscontrato è ragione sufficiente e assorbente per l'annullamento, il che rende superfluo, ovviamente, ogni accertamento al riguardo). L'accesso al fatto, tuttavia, può divenire cosa delicata o complicata in relazione specialmente ai profili attinenti alla c.d. discrezionalità tecnica e al connesso apprezzamento di valore, in relazione ai c.d. *concetti giuridici indeterminati* (di per sé implicanti un margine di opinabilità della valutazione o scelta effettuata).

A prescindere dai profili appena evidenziati, vi è, poi, un secondo ordine di questioni, attinenti alla narrativa dell'antefatto che ha preceduto l'emissione del provvedimento. Accade sovente, invero, che la reale entità della situazione, circa i tratti dell'antefatto sul quale la P.A. ha basato le determinazioni avversate, si

<sup>22</sup> M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., pag. 368-69.

<sup>23</sup> CASETTA, *Manuale...*, cit. 705.

<sup>24</sup> Non è davvero infrequente, infatti, nella prassi giudiziale, che l'esame della messe di documenti e atti che hanno preceduto l'adozione del provvedimento impugnato, o comunque connessi, riveli al giudice una realtà diversa, in punti talora decisivi ai fini della decisione, su cui le contrapposte difese avevano glissato, ovvero che nemmeno avevano percepito.

colga appieno soltanto dopo avere esaminato, non la sola narrativa dei fatti contenuta negli scritti difensivi del ricorrente, ma, altresì, quella esposta dalla P.A. resistente all'atto della costituzione in giudizio, e talora quelle delle altre parti costituite (il tutto, ovviamente, sulla scorta dei documenti depositati da ciascuna delle parti, come delibere preliminari o attinenti ad altri affari, convenzioni pregresse, verbali di riunioni di commissioni, progetti, ecc.). Lo sviluppo della vicenda, in effetti, può risultare spesso infedele o lacunoso<sup>25</sup> negli scritti difensivi della prima delle parti costituite, con la conseguenza che la corretta ricostruzione della stessa può essere effettuata dal giudice soltanto dopo avere preso visione degli scritti difensivi avversari (con il relativo corredo documentale).

Le cose fin qui dette mostrano che la cognizione della situazione fattuale, l'accesso al fatto del G.A., presenta tratti peculiari rispetto a quanto accade negli altri tipi (o modelli) di processo, non fosse altro perché, in prima battuta, qui il giudice ha il compito di verificare come la P.A. resistente ha effettuato la sua istruttoria prima di emettere il provvedimento. Da ciò si può evincere anche la connessa peculiarità concernente il processo amministrativo, vale a dire il già sottolineato carattere eminentemente documentale della relativa istruttoria. In realtà, l'assunto che detto giudizio non abbisogna, spesso, di istruzione probatoria attiene, semplicemente, alla constatazione che spesso la contesa nasce, per così dire, già istruita.

Sempre più di frequente accade, infatti, che non solo la P.A. resistente depositi con il controricorso e/o gli altri scritti difensivi, con la copia del provvedimento impugnato, altri atti e documenti connessi, ma che anche le altre parti (a partire dal ricorrente), nel costituirsi, depositino serie di documenti talora cospicue. In tal modo il collegio giudicante ha modo, non poche volte, di ricostruire nella loro esattezza i fatti, più (e oltre) che in base a quanto figura nei provvedimenti impugnati, sulla scorta della mole di documenti depositati dalle parti, attentamente compulsati, senza necessità di disporre appositi incumbenti istruttori. Ove, poi, il giudice ravvisasse l'esigenza di acquisire al giudizio ulteriori documenti, potrebbe, sempre rimanendo nell'ambito dell'istruzione documentale, farlo con gli strumenti messi a sua disposizione dalla legge.

### 2.1.2- Istruzione probatoria: concetti generali.

Veniamo, ora, a trattare più specificamente dell'istruzione probatoria nel giudizio amministrativo, dapprima con riguardo al modello del giudizio ordinario di legittimità, e poi, in sequenza, in relazione al giudizio esteso al merito, e al processo in sede di giurisdizione esclusiva.

Tradizionalmente, si insegna, in ordine al sistema probatorio nel processo amministrativo *tout-court* (*id est*, di legittimità), che il ricorrente deve produrre, se non la prova di quanto affermato, quanto meno un *principio di prova*. Tanto viene giustificato con la sua posizione, pressoché istituzionale, di inferiorità rispetto alla P.A. di cui egli impugna un provvedimento, anzi, più correttamente, con la considerazione che il privato non dispone di tutti gli elementi che hanno condotto quel dato organo della P.A. a disporre certe misure, che egli assume lesive nei suoi confronti. La parte ricorrente si trova, così, sul piano processuale, svantaggiata, il che comporta che troverà difficoltà ed ostacoli a comprovare le

<sup>25</sup> Ciò anche a prescindere dalla "malizia" difensiva che l'esperienza mostra essere spessissimo presente negli scritti di ogni difensore e che entro certi limiti deve, forse, considerarsi pressoché naturale (ad ogni modo tale da stimolare l'altrettanto scontata diffidenza doverosa e "naturale" del giudice, che non può fermarsi alla prima rappresentazione che apprende, ma che in pratica viene suscitata dalle contestazioni delle parti avverse).

tesi sostenute (dirette, non si dimentichi, a dimostrare l'illegittimità del provvedimento, il che potrà avvenire, il più delle volte, soltanto disponendo di informazione completa, specialmente inerente all'attività istruttoria svolta dall'amministrazione, nonché ad elementi di fatto).

Or dunque, per ripristinare, nel processo, una forma di quella parità fra le parti che non esisteva nella fase amministrativa, si dice (in buona sostanza), che il sistema processuale (non solo obbliga la P.A. resistente a depositare, all'atto della costituzione, l'atto impugnato e gli altri documenti connessi, ma) attribuisce al giudice poteri di indagine o di ricerca della verità d'ufficio, a differenza di quanto avviene nel processo civile.

In effetti, la dottrina, ormai da tempo, concorda sull'assunto che il processo amministrativo sia un *processo di parti*. Ciò comporterebbe, come accade nel processo civile, che sia nella disponibilità delle parti medesime l'allegazione al giudice non solo dei fatti, ma delle prove<sup>26</sup>. Solo dalle parti, insomma, potrebbe provenire l'allegazione dei dati fattuali e degli elementi addotti a comprova e a sostegno delle rispettive tesi. Tuttavia, se ciò non avviene nel processo amministrativo di legittimità (non può avvenire, per la istituzionale posizione di inferiorità/estraneità del privato rispetto all'esercizio del potere, per quanto qui rileva, specialmente nella fase istruttoria che ne precede la manifestazione mediante il provvedimento), occorre, evidentemente, bilanciare in qualche modo la situazione di squilibrio, ove si voglia assicurare una tutela giudiziale delle ragioni del privato nei confronti della P.A.

Costituisce, pertanto, una sorta di corollario di quanto appena rilevato il fatto che il sistema si accontenta che il ricorrente introduca soltanto i c.d. "*fatti primari*"; ad accertare la reale entità dei fatti supplirà il giudice, al quale vengono riconosciuti poteri istruttori (in primo luogo acquisizione di atti e documenti ritenuti necessari ai fini del decidere) anche di sua iniziativa<sup>27</sup>, non solo nei confronti delle parti, ma *anche nei riguardi di soggetti terzi* (esplicitamente: art. 21, comma 7° della legge 6 dicembre 1971 n. 1034), donde il criterio dell'onere –soltanto- del *principio di prova*, per il ricorrente). E' per tali ragioni che, sintetizzando, suole dirsi che – mentre, in principio, anche nel processo amministrativo vige il *sistema dispositivo*, risalendo pur sempre alle parti l'introduzione quanto meno dei fatti primari, sulla cui scorta potrà, poi, disporsi un'eventuale attività istruttoria del giudice- la stessa affermazione viene poi temperata aggiungendo l'espressione: "*con metodo acquisitivo*"<sup>28</sup>, con riferimento ai notevoli poteri di iniziativa di cui il giudice amministrativo dispone al riguardo<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Come rilevato dalla dottrina, invero, esistono, anche nel processo civile, non pochi casi di ricerca officiosa della verità dei fatti (che si aggiunge al potere dispositivo delle parti), il che accade quando siano coinvolti nella contesa anche interessi che limitano o escludono l'autonomia privata. In simili ipotesi il principio dispositivo trova notevoli attenuazioni in alcuni poteri inquisitori del giudice al fine della ricerca della verità (es. art. 117 c.p.c., interrogatorio libero delle parti; art. 118 e 258 c.p.c., ispezioni; art. 2736.2 c.c., giuramento suppletorio; art. 115 c.p.c., facoltà di tenere conto dei fatti notori, ecc.). Sul punto cfr. LIEBMAN, *Manuale dir. proc. civ.*, cit. pag. 231; CAIANIELLO, *Manuale dir. proc. amm.*, cit. 269.

<sup>27</sup> Nel senso che il G.A. può disporre incumbenti istruttori tanto su sollecitazione delle parti costituite, quanto di sua completa iniziativa. Allo stesso modo, ove ritenga superfluo disporre i mezzi di prova invocati dalle parti (perché, evidentemente, la causa gli sembra sufficientemente istruita e dunque matura per la decisione), egli può disattendere le domande di parte, dando atto delle ragioni del rifiuto nella motivazione della sentenza.

<sup>28</sup> Concetti analoghi (ma in maniera più diffusa) si rinvengono anche in CAIANIELLO, *Manuale...*, cit., e negli altri autori che saranno richiamati tra breve.

<sup>29</sup> E' per questo che il G.A. è stato autorevolmente definito come "il signore della prova" (NIGRO, *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, in Foro It., 1967, V, 9 ss..

2.1.3- (segue): *I singoli mezzi di prova, con riguardo ai differenti tipi di giudizio: giudizio di legittimità e di merito.*

Passiamo ora, brevemente, a dire dei singoli mezzi di prova ammessi nel giudizio amministrativo, non senza avere preliminarmente rilevato che la situazione di sostanziale immobilismo non venne smossa nemmeno dalla pubblicazione di una famosa sentenza del giudice delle leggi (Corte cost. 10 aprile 1987 n. 146). Per fare ciò occorre, invero, l'intervento del legislatore, prima con il D. Lgs. n. 80/98 e poi con la legge n. 205/2000.

Ma esaminiamo prima il quadro normativo preesistente<sup>30</sup>. Concise disposizioni in merito all'istruzione probatoria erano inserite nel "Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato" approvato con R.D. 17 agosto 1907 n. 642 (art. 26 - 35). In particolare, il comma primo dell'art. 26, in un certo senso a conferma del già rilevato carattere documentale del giudizio di legittimità, stabiliva che il G.A. può chiedere all'amministrazione e ordinare alle parti di produrre *atti e documenti* ritenuti necessari ai fini della decisione. I due commi successivi stabilivano, inoltre, che potesse ordinarsi alla P.A. l'esecuzione di nuove *verificazioni*, prescrivendone termini e modalità (evidentemente laddove la situazione fattuale non risultasse chiara).

Dal canto suo, l'art. 27 si occupava dell'istruttoria nel giudizio (di legittimità) esteso al merito, prescrivendo che il G.A. "*può assumere testimoni, eseguire ispezioni, ordinare perizie e fare tutte le altre indagini che possono condurre alla scoperta della verità, coi poteri attribuiti al magistrato dal codice di procedura civile e con le relative sanzioni*". Gli articoli successivi dettavano disposizioni circa le modalità di acquisizione di dette prove, in particolare disponendo, con l'art. 30, che per l'esecuzione dei mezzi istruttori venga delegato uno dei consiglieri componenti della sezione, laddove per le perizie l'art. 31 prevede che il G.A. si avvalga di uno o più funzionari tecnici dell'amministrazione statale.

Gli articoli successivi (28-35), poi, disciplinavano nel dettaglio le condizioni e le modalità di assunzione dei singoli mezzi di prova da parte del presidente della sezione o del consigliere all'uopo delegato.

Disposizioni in qualche modo parallele erano, poi, contenute nel T. U. delle leggi sul Consiglio di Stato, approvato con R.D. 26 giugno 1924 n. 1054, il cui art. 44 ribadisce al primo comma, che il giudice, se "riconosce che l'istruzione dell'affare è incompleta, o che i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione con i documenti, può richiedere all'amministrazione interessata nuovi schiarimenti o documenti; ovvero ordinare all'amministrazione di fare nuove verificazioni, autorizzando le parti ad assistervi ed anche a produrre determinati documenti, ovvero disporre consulenza tecnica"<sup>31</sup>. Il comma secondo soggiungeva, testualmente: "*nei giudizi di merito il Consiglio di Stato può inoltre ordinare qualunque altro mezzo istruttorio, nei modi determinati dal regolamento di procedura* (facendo, così, rinvio –per quanto concerne le modalità di esecuzione- alle già richiamate disposizioni del R.D. n. 642 del 1907).

<sup>30</sup> Per una succinta analisi critica del sistema probatorio nel giudizio amministrativo e della sua evoluzione ci sia consentito richiamare il nostro *Gli strumenti di tutela nei confronti della P.A.*, 2<sup>a</sup> ed., PD 2003,347 ss..

<sup>31</sup> L'aggiunta della previsione della consulenza tecnica è frutto delle novelle arrecate dalla legge n. 205/2000, sulla quale ci si soffermerà più avanti, nel testo.

In conclusione si può affermare che i mezzi di prova ammessi nel giudizio ordinario di legittimità, prima delle recenti modifiche legislative, erano: documenti; chiarimenti; verificazioni. Nel giudizio esteso al merito, invece, era possibile disporre anche degli altri mezzi istruttori contemplati nel processo civile, in particolare ispezioni, sopralluoghi, consulenze tecniche, prova testimoniale (dovevano, invece, ritenersi esclusi, per quanto non espressamente vietati, *confessione* e *giuramento*, ciò che viene chiarito nella normativa riformatrice successiva, su cui *infra*). In prosieguo di tempo, per quanto concerne le controversie in materia di concessioni edilizie, ivi comprese le questioni relative ai contributi e alle sanzioni inerenti, l'art. 16 della legge 28 gennaio 1977 n. 10 aveva espressamente ammesso anche le "*perizie*" (*id est* consulenze tecniche d'ufficio).

Parte della dottrina<sup>32</sup> criticava decisamente la limitazione dei mezzi probatori nel giudizio di legittimità, parlando finanche di impedimento o limitazione dell'accesso al fatto del G.A., la cui cognizione verrebbe filtrata, o mediata, dalla ricostruzione fatta dalla P.A. che ha emesso l'atto amministrativo impugnato, con tutti i condizionamenti che ne discendono. Le critiche venivano estese anche alla giurisdizione estesa al merito, in relazione alla quale, come si è appena visto, il legislatore aveva, in verità, concepito una fase istruttoria certamente più completa ed estesa, più ricca di mezzi probatori e più vicina alla disciplina prevista per il processo civile (ma scarsamente utilizzata dal G.A.).

Le limitazioni in discorso, vere o presunte che fossero, erano verosimilmente da attribuire ad un atteggiamento mentale di fondo che faceva propendere il G.A., per una visione che concepiva il giudizio amministrativo di legittimità come diretto alla demolizione dell'atto impugnato, a somiglianza del processo cassatorio di pura legittimità. Anche in relazione al giudizio in sede di giurisdizione esclusiva - dove ancora maggiore era l'esigenza di un accesso pieno al fatto - si era, poi, a lungo instaurata una linea in buona sostanza assimilatrice al giudizio di legittimità sotto il profilo dell'istruzione probatoria.

Nella realtà della prassi giudiziale, come si è cercato di spiegare illustrando l'accesso al fatto del G.A.<sup>33</sup>, nella gran parte dei casi l'esigenza di delucidazione dei termini della lite (o della base fattuale del provvedimento) poteva (come può ancora oggi) essere appagata attraverso l'esame della messe di atti e documenti cartacei che il G.A. ha tutto il potere di acquisire al giudizio, eventualmente anche a carico di soggetti diversi dalle parti in causa. Tuttavia, nei (non pochi) casi in cui non poteva sopperire l'esame approfondito dei documenti, nonché in presenza di espressa richiesta delle parti di disporre specifici mezzi di prova, emergeva la necessità di assunzione di adeguati esperimenti probatori, anche al di là della richiesta delle parti. Per giunta, la già sottolineata  Crescente complessità (prima dell'attività amministrativa, e poi) della materia del contendere veniva accentuando l'esigenza di assicurare al processo amministrativo strumenti capaci, al tempo stesso, di accrescere la conoscenza del giudice e di dimostrare determinati fatti e circostanze. Tutto ciò ha concorso, in prosieguo di tempo, ad

<sup>32</sup> Non è il caso di dare conto in dettaglio dei tanti autori che si inscrivono in detto filone, fra i quali si annoverano nomi (e scritti) già citati (o che verranno richiamati più avanti), quali, ad es., NIGRO, PIRAS, DOMENICHELLI, DI MODUGNO, SPAGNUOLO VIGORITA, ecc. Per ora ci limitiamo a indicare - fra i saggi recenti maggiormente critici - oltre a un nostro scritto inedito del 2000, testo della relazione svolta a Pesaro in tale anno (*Storia e ideologia della riforma*) - CHIZZINI, *Il potere istruttorio del giudice amministrativo nel quadro delle recenti riforme delineate dal d. Lgs. 80/98 e dalla L. 205/2000*, in *Dir proc. amm.*, 4/2001, 872 ss.

<sup>33</sup> *Supra*, par. 1.

ampliare –e rendere maggiormente efficace- l’istruzione probatoria anche nel giudizio di legittimità.

In verità, il vero punto debole dell’istruzione probatoria nel suo insieme era costituito, nel quadro normativo pregresso, dalla soluzione normativa offerta per i casi in cui si ritenesse necessario l’acclaramento della situazione in fatto, che poteva farsi esclusivamente mediante la *verificazione*.

## 2.2- La verificazione nella legge e nella prassi giudiziale.

Come si evince dal dato testuale delle norme che la prevedono, la verificazione costituisce uno strumento probatorio contrassegnato da limiti più che evidenti, connessi alla concezione originaria prevalente del giudizio amministrativo.

Tali limiti sono costituiti precipuamente dal fatto che il giudice chiede alla stessa amministrazione parte in causa di effettuarla, carattere appena temperato dall’obbligo di avvertire le parti per consentire loro (o ai loro rappresentanti), eventualmente attraverso la presenza di tecnici, di assistervi, obbligo prescritto nei menzionati art. 26.3 del R.D. n. 642/1907 e 44 del T.U. sul Consiglio di Stato (R.D. n. 1054/24).

Detto carattere segna tutta la distanza che separa la verificazione da un autentico mezzo di prova (quale la CTU): il funzionario che la effettua, anche se è un dipendente con qualifica tecnica della P.A., e agisce su incarico del giudice, non può dirsi estensivamente dotato del carattere di imparzialità, imprescindibile in ambito giurisdizionale. Ed invero, non è un esperto terzo (che nulla abbia a che fare con le parti in causa) che effettua il sopralluogo o ispezione, svolge gli accertamenti, le operazioni e/o le elaborazioni affidategli, bensì un organo (verosimilmente tecnico) della stessa P.A. evocata in giudizio. Allo stesso modo, la relazione che sarà depositata in giudizio sarà redatta da detto organo non terzo ed imparziale. Insomma, mentre non si può dire che, in sé, i compiti svolti siano diversi da quelli di un vero consulente tecnico d’ufficio, ciò che fa della verificazione qualcosa di significativamente diverso dalla CTU è questo carattere della non terzietà, che costituisce un vizio di origine di siffatto strumento.

Altro difetto originario, del resto in qualche modo connesso a quello precedente, riguarda l’assicurazione del contraddittorio nello svolgimento delle operazioni concernenti la verificazione e in udienza, la cui disciplina normativa –che lascia a desiderare siccome ristretta ad elementi essenziali- veniva peraltro, nella prassi, ribadita e in qualche modo integrata dalle disposizioni impartite nell’ordinanza emessa dal collegio giudicante a tal fine.

Quanto alle esigue disposizioni al riguardo, la prima delle norme appena richiamate stabilisce che le parti vengano avvisate almeno 5 giorni prima, del luogo, del giorno e dell’ora in cui avrà luogo la verificazione. Nelle ordinanze istruttorie si sottolineava per lo più, che le parti hanno facoltà di far presenziare tecnici da esse incaricati, onde garantire quanto meno lo svolgimento, nel contesto di un contraddittorio qualificato quanto agli aspetti tecnici, delle operazioni, in maniera ortodossa (*id est*, in conformità ai criteri e alle regole precie di quella determinata materia).

Come già avvertito –e come appare, in verità, implicito nella natura stessa della verificazione- questa, stando alle norme, va affidata ad organi tecnici della stessa P.A. parte in causa. Ove, poi, questa non fosse dotata di organi o funzionari

tecnici o specializzati, discende pressoché *naturaliter* dai caratteri del giudizio amministrativo che l'effettuazione della verifica va affidata ad organi tecnici di altre P.A., diverse da quella (a somiglianza di quanto avviene per la richiesta di documenti, che il giudice può rivolgere anche a soggetti diversi da quelli che sono parti nel giudizio).

Del resto, anche per l'esecuzione di perizie (nei casi in cui questa era ammessa), l'art. 31 del R.D. n. 642 del 1907 disponeva che andasse designato un *funzionario tecnico dello Stato*. (E', questa, una disposizione che viene tuttora rispettata da certi collegi giudicanti, per quanto possibile, e che differenzia in parte ancora oggi, la CTU nel processo amministrativo rispetto agli altri processi, come si vedrà).

Dunque, stando alle norme, sarebbe da escludere, nelle ipotesi ordinarie, che la verifica possa essere eseguita da liberi professionisti, o comunque da soggetti non incardinati nello Stato- apparato. Altro elemento distintivo rispetto alla CTU è rappresentata dal fatto che, non applicandosi le regole del codice di procedura civile (inerenti alla CTU) alla verifica, il soggetto incaricato non è tenuto a prestare giuramento.

Le lacune e i limiti della verifica venivano, d'altra parte, il più possibile attenuati dal G.A. nei casi concreti. Specialmente in tempi più recenti, infatti, i collegi giudicanti si erano decisamente orientati nel senso di affidare l'effettuazione della verifica ad organi tecnici di amministrazioni diverse da quelle in causa, più distanti dalla contesa e in qualche modo neutrali (se non proprio terzi). In tal modo il sistema aveva, in qualche modo, trovato un suo (relativo) equilibrio, ma evidente sembrava l'esigenza di superamento di un sistema stranamente "zoppo". Così, per l'acclaramento di aspetti tecnici inerenti a una data controversia (ad es, in materia edilizia), veniva per lo più incaricato della verifica non un funzionario tecnico del comune parte in causa, ma un dirigente dell'ufficio tecnico erariale, un dirigente della regione, ecc. Trattandosi, poi, di materie impicanti il possesso di conoscenze o specializzazioni rare o complesse, forzata era la scelta dell'individuazione di funzionari dipendenti da quei dati organismi pubblici ritenuti depositari di adeguate competenze al riguardo.

Per concludere questi accenni che abbiamo dedicato alla verifica, viene da chiedersi se questa, subentrata ormai nel sistema la consulenza tecnica d'ufficio, debba considerarsi tuttora vigente.

Osserviamo al riguardo che non è dato riscontrare un'esplicita abrogazione delle norme che la prevedono. Non sembrando sussistere elementi atti a far pensare ad un'abrogazione implicita (non potendosi ritenere incompatibili la verifica e la CTU), una simile constatazione esclude di per sé che l'istitutiosia stato soppresso. Di conseguenza, il quesito vero è se sia tuttora opportuno ricorrere alla verifica, e se in concreto ciò avviene, in alternativa alla consulenza tecnica.

Tanto chiarito, deve dirsi che, nella prassi giudiziale, la verifica non è scomparsa. Non infrequentemente, invero, i collegi giudicanti si avvalgono ancora della verifica, per la sua agilità e speditezza, o per una sorta di forma di inerzia –o, forse, più ancora, per la maggiore considerazione che di solito si ha di certi organismi specializzati dello Stato- apparato, siccome depositari di conoscenze qualificate o specializzate su di un piano istituzionale, nonché allorquando si vuole che la P.A. parte in causa riconsideri o rivaluti le sue scelte

che formano oggetto dell'impugnazione, alla luce di opinioni espresse da organi che fanno parte della P.A. in senso lato.

Una sorta di commistione tra verifica e CTU su verifica, inoltre, non poche volte, per il fatto che la scelta del consulente da parte del G.A. (affatto libera, come si dirà) cade non su un libero professionista o un esperto o tecnico qualsivoglia, bensì ancora una volta in capo a dirigenti e funzionari tecnici specializzati dipendenti della P.A.

### 2.3- *L'istruzione probatoria nella giurisdizione esclusiva (cenni).*

Esigenze pressoché "naturali" di una compiuta istruzione probatoria (diversa, pertanto, da quella che contraddistingue la giurisdizione di legittimità) della causa si proponevano in relazione alle controversie rientranti nella giurisdizione esclusiva (il più delle volte configurante un *giudizio su un rapporto* tra la P.A. e il provato), all'interno della quale è attivabile l'*azione di accertamento*.

Si poteva pensare che, per risolvere tali esigenze, il G.A. utilizzasse le norme scritte con riguardo all'istruzione probatoria nella giurisdizione estesa al merito. Ma ciò non avvenne, e si scelse la strada della remissione alla Corte costituzionale della questione, in relazione al giudizio sul rapporto di pubblico impiego, che allora costituiva la parte di gran lunga più rilevante (il nerbo) della giurisdizione esclusiva. La Corte rispose dichiarando l'incostituzionalità di esse norme (art. 44, primo comma, del R.D. 26 giugno 1924 n. 1054, art. 26 del R.D. 17 agosto 1907 n. 642 e 7, primo comma della legge 6 dicembre 1971 n. 1034, nei limiti in cui richiama le prime due norme) nella parte in cui non consentivano, in relazione alle controversie in materia di pubblico impiego, l'esperimento dei mezzi istruttori previsti negli art. 421, commi 2° e 4°, 422, 424 e 425 del c.p.c. In tal modo si intese realizzare, in pratica, l'assimilazione *tout-court* di dette controversie alle cause di lavoro che si svolgono davanti al giudice, appunto, del lavoro<sup>34</sup>.

(Come è stato notato, *ex post*, in realtà il progresso ottenuto, in ordine all'istruzione probatoria, con la sentenza 146/87, in sostanza nulla apportava al processo, nessun mezzo nuovo di prova, che non fosse già contemplato nelle norme più addietro citate: "*l'intervento additivo della Corte costituzionale importò di fatto la sola estensione al giudizio amministrativo della prova testimoniale, in quanto: l'accesso sul luogo di lavoro corrisponde all'ispezione di cui all'art. 27 del reg. proc.; la richiesta di informazioni ed osservazioni alle associazioni sindacali è essenzialmente una richiesta di chiarimenti; la consulenza tecnica d'ufficio corrisponde alla perizia*")<sup>35</sup>.

### 2.4- *L'istruzione probatoria oggi, dopo la legge 205 del 2000.*

<sup>34</sup> Strada che è stata, tempo dopo, legislativamente battuta, con la c.d. "privatizzazione" del pubblico impiego, e il passaggio al giudice del lavoro delle controversie inerenti, a parte le controversie in materia di concorsi, e quelle (tutte) concernenti poche categorie "particolari" (Magistrati, militari, ecc., che rimangono nella giurisdizione del G.A.) con il D. Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 e successive modificazioni e integrazioni, ora trasfuso nel D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

<sup>35</sup> CHIZZINI, *Il potere istruttorio del giudice amministrativo...*, cit., 901, in nota. Conforme GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, Milano 1994).

Si giunge, così, alla fase più recente, che ha condotto il legislatore ad affrontare il problema, in occasione di una riforma del processo (con la legge 21 luglio 2000 n. 205, in ciò preceduta dal D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 80, che, con l'art. 35, aveva esteso il ventaglio dei mezzi istruttori nel processo di giurisdizione esclusiva).

Dispone, ora, il terzo comma dell'art. 35, nel testo modificato dall'art. 7 della menzionata legge 205: "Il giudice amministrativo, nelle controversie di cui al primo comma<sup>36</sup>, può disporre l'assunzione dei mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, nonché della *consulenza tecnica d'ufficio*, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento. L'assunzione dei mezzi di prova e l'espletamento della consulenza tecnica d'ufficio sono disciplinati, ove occorra, nel regolamento di cui al regio decreto 17 agosto 1907 n. 642, tenendo conto della specificità del processo amministrativo in relazione alle esigenze di celerità e concentrazione del giudizio". In particolare, chiarificatrice si rivela la nuova versione del primo comma, il quale fa riferimento alla giurisdizione esclusiva *tout-court*, senza alcuna distinzione fra vecchia e nuova. Insomma, oggi il regime probatorio è unico per tutta la giurisdizione esclusiva, e prevede, in pratica, l'utilizzazione di tutti i mezzi di prova, tranne confessione e giuramento.

Anche l'art. 44 del R.D. 26 giugno 1924 n. 1054 –concernente il giudizio ordinario di legittimità- è stato integrato da altra norma della stessa legge 205/2000 (l'art. 16), che ha previsto che il G.A. possa disporre, accanto alla richiesta di chiarimenti e di documenti e alla verifica, anche la consulenza tecnica.

Al riguardo, potrebbe sembrare che la strada seguita per arricchire il ventaglio dei mezzi di prova –con la tecnica del doppio rinvio al codice di procedura civile e allo stesso regolamento del 1907- sia alquanto tortuosa, nel senso che poteva bastare, semplicemente, estendere il regime probatorio previsto per la giurisdizione estesa al merito dal menzionato art. 27, ove è appunto prevista la possibilità di "assumere testimoni, eseguire ispezioni, ordinare perizie e fare tutte le altre indagini che possono condurre alla scoperta della verità"<sup>37</sup>. Tuttavia, non sembrano inutili le due specificazioni contenute nella novella, concernenti, da un lato, l'esplicita esclusione di mezzi di prova quali la confessione e il giuramento, dall'altro la considerazione della "specificità del processo amministrativo in relazione alle esigenze di celerità e concentrazione del giudizio" (in particolare, questo carattere del giudizio amministrativo si rivela un bene prezioso nella direzione della tempestività ed effettività della giustizia, che ad oggi il processo amministrativo sembra senz'altro in grado di realizzare, al contrario di quanto accade per il processo civile).

Ad ogni modo, l'ammissione dei nuovi mezzi di prova, segnatamente per quanto concerne la prova testimoniale, con la formulazione dei relativi capitoli, rimane subordinata, ordinariamente, alla *domanda di parte*, non potendosi pensare ad un'attività istruttoria di tipo inquisitorio<sup>38</sup> del G.A., il quale autonomamente si spinga ad acquisire testimonianze, e così via, se non al di fuori dei casi in cui ciò possa ritenersi ammesso alla stregua dei criteri seguiti finora dalla giurisprudenza per l'assunzione dei mezzi di prova già ammessi in precedenza.

<sup>36</sup> Nelle materie, cioè, rientranti nella sua giurisdizione esclusiva.

<sup>37</sup> Più addietro e in altri scritti avevamo già rimarcato questa strana discrasia, in relazione al quadro normativo preesistente al decreto 80/98, discutendo di cosa potesse fare il G. A. per potenziare l'istruzione probatoria onde risolvere il problema.

<sup>38</sup> In tal senso si esprime, preoccupato, CHIZZINI, *Il potere istruttorio...*, cit., *passim*.

Discorso in parte diverso vale, invece, proprio per quanto riguarda la CTU, stante il suo carattere di strumento ausiliario del giudice a fini di più piena e adeguata conoscenza di fatti e circostanze rilevanti ai fini del decidere. Ed invero, se già nel processo civile (come sottolineato dalla giurisprudenza della S.C.), la scelta di nominare un CTU deve considerarsi facoltativa e rimessa al prudente apprezzamento del giudice, siccome sottratta alla disposizione delle parti, al fine di meglio accertare e valutare i fatti (quando non venga richiesta dalle parti, nel qual caso la richiesta non può respingersi dal giudice senza adeguata motivazione<sup>39</sup>), analogo discorso non può non valere per il G.A., il quale è, in principio (come ricordato), dotato certamente di maggiore iniziativa riguardo all'istruzione probatoria.

3- La consulenza tecnica d'ufficio.

3.1- *La C.T.U. nel processo amministrativo e il suo antecedente.*

La legge 205 non si è limitata ad arricchire l'istruzione probatoria concernente le controversie rientranti nella giurisdizione esclusiva, ma, come si è già anticipato, anche nel giudizio di legittimità ora il G.A. può avvalersi della *consulenza tecnica d'ufficio*, grazie alla già richiamata modifica estensiva all'art 44, comma 1° del R.D. n. 1054 del 1924, ad opera dell'art. 16 della legge 205. Detta aggiunta può sembrare di grande momento, e potrebbe pensarsi ad una incisiva modifica della giurisdizione ordinaria di legittimità, essendo, in tal modo, ormai consentito al giudice un accesso diretto al fatto, diversamente da quanto avveniva in precedenza, mediante la verifica<sup>40</sup>.

[Incidentalmente, si osserva che, in relazione al giudizio di legittimità, il novellato art. 44 non fa alcun rinvio ad altre norme, né del regolamento del 1907, né del codice di procedura civile, e la cosa potrebbe, in pura teoria, ingenerare interrogativi e dubbi. Tuttavia, la menzione sbrigativa, in questa sede, di detto istituto pare, più che altro, denunciare la superfluità, nell'*intentio legis*, di appesantimenti della norma, mediante ulteriori riferimenti normativi: stante il già effettuato richiamo (per quanto attiene alla CTU nel processo di giurisdizione esclusiva), al R.D. n. 642 del 1907 e al codice di rito, deve ritenersi che detto richiamo sia qui implicito, senza che possa assumere rilievo il fatto che qui la norma riguarda la giurisdizione di legittimità. La consulenza tecnica, invero, non

<sup>39</sup> Su tutti questi punti si veda C.M. BARONE, *Consulente tecnico – I – Dir. proc. civile*, in *Enc. Giur. Treccani, ad vocem*, pag. 2 (ove richiami alla giurisprudenza della S.C.).

<sup>40</sup> La bibliografia sul punto dell'introduzione nel giudizio amministrativo della CTU non appare, al momento, cospicua. Per un primo commento, a parte gli scritti genericamente dedicati, a ridosso dell'emanazione della legge n. 205 del 2000, all'istruzione probatoria, si rinvia a F. D'AGOSTINO, *La consulenza tecnica d'ufficio*, contributo al convegno del 29 marzo 2001 "Il processo amministrativo: le innovazioni introdotte dalla legge 21 luglio 2000 (ove si legge tra l'altro: del superamento della pretesa insindacabilità delle potestà esercitate dalla P.A. allorché effettua valutazioni di natura tecnica o scientifica; della sostanziale equivalenza alla verifica; della giustificazione della CTU con l'argomento che non sempre è possibile trovare all'interno della P.A. professionalità tali da soddisfare le esigenze istruttorie (dove l'inutilità della verifica); A. FERA, *Discrezionalità tecnica e CTU nel processo amministrativo*, relazione introduttiva al corso di formazione per magistrati amministrativi, Caserta, 6 giugno 2003 (ove interessanti osservazioni – sostanzialmente coincidenti con quanto siamo andati dicendo retro al riguardo, circa la nozione di discrezionalità tecnica, l'accesso al fatto del G.A., distinzione rispetto alla nozione di merito amministrativo, c.d. discrezionalità mista, ecc.), in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Accenni anche in N. DI MODUGNO, *Mezzi istruttori nel giudizio di legittimità*, relazione svolta al convegno di Pesaro "Il processo amministrativo e la riforma della P.A.", del 15-16 giugno 2006 (ove si rivolgono giuste critiche alla ingiustificata differenziazione del sistema probatorio nella giurisdizione di legittimità rispetto alla g. esclusiva), e in I. FRANCO, *Gli strumenti di tutela nei confronti della P.A.*, 2<sup>a</sup> ed. PD 2003, 370 ss. e *passim*.

può essere altro che quella disciplinata dal codice di procedura civile, con gli adattamenti del caso, e ciò vale sia per il giudizio di legittimità che per la giurisdizione esclusiva].

Premesso che può sembrare contraddittoria l'innovazione del legislatore quando ammette la C.T.U. e non pure gli altri mezzi di prova, come ha fatto per la giurisdizione esclusiva, si può dire che, ove bene intesa, la novella non sconvolge la sostanza del giudicare nel giudizio di sola legittimità, ma si limita a mettere a disposizione del giudice uno strumento –che non è, in senso stretto, mezzo di prova, ma presenta anche i caratteri di un criterio di eterointegrazione della conoscenza del giudice, estendendola a cognizioni tecniche o discipline specialistiche che, ordinariamente, non rientrano nel suo bagaglio conoscitivo<sup>41</sup> - atto a meglio verificare l'istruzione dell'affare compiuta dalla P.A. Ora, ciò rientra pacificamente nell'ambito della giurisdizione di legittimità, anzi ne costituisce spesso il cuore.

[Meno sostenibile o pacifica, invece, appare detta affermazione allorché la CTU venga disposta al fine di chiarire elementi, fatti, circostanze, ecc., non valutati dall'amministrazione, o non valutati adeguatamente, poiché ciò comporta lo spostamento del carattere precipuo del processo amministrativo di legittimità dalla finalità di verifica giudiziale del corretto esercizio del potere ad una finalità incentrata, piuttosto, sulla logica del giudizio su rapporto, o di spettanza, onde "dire il diritto" in una determinata contesa, con il risultato dell'attribuzione all'una o all'altra delle parti in causa di una determinata utilità].

Sotto altro profilo si osserva che la C.T.U. può essere riguardata come un perfezionamento della verifica (specialmente se considerata nel modo in cui già da tempo quest'ultima veniva utilizzata, vale a dire mediante incarico ad un'amministrazione diversa da quella parte in causa), per di più con la garanzia della *terzietà* dell'organo incaricato dal giudice. In tal senso (a parte l'antecedente cui ancora si accennerà), la stessa non costituisce una novità assoluta per il processo amministrativo.

Pur senza rimettere in discussione la natura del giudizio di legittimità, la c.t.u. consentirà una cognizione di molte questioni che postulano la conoscenza in termini il più possibile chiari e consapevoli di nozioni, fenomeni, regole, criteri e processi fisici o chimici, o medici, e così via, giacché le regole da seguire nel caso concreto –quali "norme tecniche"- inglobano in sé, oltre al dato giuridico, informazioni e dati tecnici che ne costituiscono la base o il presupposto.

Orbene, la necessità di risolvere con sicurezza questioni del genere, che già in passato si poneva non poche volte, si presenta, nella realtà sociale e giuridica odierna, molto più frequentemente, e con aspetti di maggiore complessità rispetto al passato (si pensi, per dirne una, alla necessità di appurare con la maggiore precisione possibile le caratteristiche idrogeologiche del suolo ai fini dell'installazione di determinati stabilimenti ed opere pubbliche dal sensibile impatto ambientale, ovvero di valutare gli effetti di impianti ed installazioni pericolosi o nocivi, come in tema di inquinamento acustico o elettromagnetico, *et similia*, di verificare progetti nel contesto di una gara per l'aggiudicazione di lavori con il sistema dell'appalto-concorso, ecc.). Pressoché emblematica, poi, può considerarsi l'ipotesi in cui il ricorrente prospetti l'illegittimità di un'ordinanza di necessità o contingibile e urgente, sulla base della contestazione dell'asserita

<sup>41</sup> Conforme CHIZZINI, *op cit.*, 897, e MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, II, XIII<sup>^</sup> ed., Torino 2000, pag. 187 (richiamato dal primo).

ricorrenza –nel provvedimento- delle circostanze in fatto, sia quanto all'esistenza, sia in ordine alla loro reale qualificazione, o consistenza, in misura tale da giustificare l'emissione di un siffatto tipo di ordinanza<sup>42</sup>.

[Beninteso, ciò avverrà prevalentemente allorquando vengano mosse, nel contesto dell'impugnativa, censure al riguardo, non potendosi tuttavia escludere che il collegio giudicante disponga d'iniziativa consulenze tecniche al fine chiarire questioni determinanti o comunque rilevanti ai fini del decidere, in particolare anche per quanto concerne l'eventuale domanda di risarcimento del danno].

Peraltro, il campo di azione della CTU può immaginarsi molto vario ed esteso, potendo interessare questioni chimiche, mediche, contabili, ingegneristiche, valori artistici ed estetici, ecc. In particolare, si osserva che l'ambito applicativo della CTU appare suscettibile di notevole ampliamento a seguito dell'introduzione nel processo amministrativo, sia di legittimità che di merito, dell'azione risarcitoria (ad opera delle stesse fonti normative più volte citate: D.Lgs. n. 80/98 e, con carattere di generalità, legge n. 205 del 2000). Il dato è confermato -anche se in misura forse inferiore a quanto si potesse prevedere - dall'incremento delle ordinanze con le quali si dispone l'esperimento di CTU (*infra*, in fine).

Se quanto detto è vero, la sostanza del giudizio di legittimità non risulta mutata dopo l'introduzione della CTU, sibbene perfezionata e potenziata, con ciò rendendosi giustizia con maggiore aderenza al reale assetto di interessi e alla sostanza delle questioni sottoposte al giudice. In tal modo questi emetterà sentenze orientate non soltanto verso criteri di giustizia formale (nel senso della verifica giudiziale della legittimità formale –conformità a leggi, regolamenti, regole procedurali- dei provvedimenti e comportamenti contestati), ma nel senso della più efficace tutela delle posizioni giuridiche dei singoli, con riguardo alla spettanza, o meno, di una determinata utilità o bene della vita, tuttavia nel contesto del migliore perseguimento dell'interesse generale all'osservanza del principio di buona amministrazione.

La C.T.U. dovrebbe consentire, invero, una migliore verifica giudiziale dell'esercizio di potestà pubbliche, senza per questo arrecare un *vulnus* alle prerogative della P.A. nei rapporti con i privati, dato anche il livello generalmente elevato dei periti incaricati (su ciò, *infra*). Insomma, se cangiamenti nel giudizio amministrativo di legittimità vengono ingenerati dalla novella in discorso, questi vanno nella direzione di una maggiore attenzione, in sede processuale, verso il rapporto sottostante, tra P.A. e privato, al provvedimento o al procedimento di cui è causa e, in definitiva, dell'accrescimento della qualità e utilità (da un punto di vista sostanziale) della giustizia amministrativa.

Si è già detto che l'irruzione della CTU nel processo amministrativo non costituisce una novità assoluta, se non (a tutto dire) con riferimento alla sola giurisdizione generale di legittimità. Infatti, già l'art. 16 della legge 28 gennaio 1977 n. 10 (c.d. "legge Bucalossi") aveva previsto, testualmente, nelle controversie concernenti l'edilizia (quanto ai provvedimenti di rilascio o diniego di concessione edilizia; di determinazione e liquidazione del contributo di

---

<sup>42</sup> Si pensi all'ipotesi che venga impugnata un'ordinanza con la quale l'autorità competente disponga la distruzione di capi infetti sulla base dell'asserita esistenza di un'epizoozia, ovvero ordini l'abbattimento di un edificio ritenuto pericolante nella statica, o il divieto di circolazione sulla base di un'analogia ricorrenza fattuale. In tutti questi casi sorgerà il bisognosi stabilire se effettivamente ricorrano le circostanze che costituiscono il presupposto dell'ordinanza di necessità, ovvero se esse assumono la consistenza e l'entità minima per giustificare l'emissione dell'ordinanza d'urgenza.

urbanizzazione e del costo di costruzione, nonché delle sanzioni) l'effettuazione di "perizie" di cui all'art. 27 del R.D. 17 agosto 1907 n. 642<sup>43</sup>.

Ora detta norma risulta abrogata dal nuovo *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia*, approvato con DPR 6 giugno 2001 n. 380 (art. 136), ma soltanto perché le disposizioni recate in tema di "tutela giurisdizionale" (come suona la sua rubrica) in materia, è da considerare assorbita sia dalle previgenti norme in materia di giurisdizione, sia, a maggior ragione, dalle novelle introdotte in ordine alla giurisdizione dalla menzionata legge 205 del 2000, che –ripetesi- ha introdotto, tra l'altro, la CTU finanche nella giurisdizione di legittimità.

[In teoria più delicata parrebbe la questione (del resto non più di interesse attuale, stante l'espressa previsione legislativa della giurisdizione esclusiva in materia di edilizia e urbanistica, da parte dell'art. 7 della legge n. 205/2000) se l'art. 16 avesse introdotto un ambito di giurisdizione esclusiva del G.A. quanto alle controversie in materia di edilizia (cosa che veniva data quasi per scontata da una parte della dottrina, ma che non riscuoteva unanimità di consensi nemmeno nella giurisprudenza, che mai –a quanto ne consta- aveva espressamente affrontato l'argomento). La difficoltà di dirimere detta questione discende dagli enunciati delle due famose sentenze della Corte costituzionale -n. 204 del 6-7 luglio 2004 e n. 281 del 28 luglio 2004<sup>44</sup>-, che hanno ritenuto costituzionalmente illegittime le già richiamate norme della legge n. 205 del 2000 e, rispettivamente, del D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 80, nella parte in cui prevedevano nuovi casi di giurisdizione esclusiva rispetto a quelli preesistenti.

Sull'argomento non è il caso di intrattenersi oltre in questa sede, dati gli scopi del presente scritto. Peraltro è opportuno chiarire, del tutto sinteticamente, che, mentre Corte cost. n. 281/2004 –riguardante il periodo anteriore all'emanazione della legge 21 luglio 2000 n. 205- aveva dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 34 del D.Lgs. n. 80/98 nella parte in cui prevedeva che le controversie in materia di edilizia e urbanistica fossero soggette alla giurisdizione del G.A., per eccesso di delega<sup>45</sup>, Corte cost. n. 204/2004 aveva dichiarato illegittima la stessa previsione dell'art. 34, nella versione "legificata" con l'art. 7 della legge n. 205/2000, limitatamente alle controversie concernenti i comportamenti non contrassegnati da carattere di autoritatività della stessa P.A. in materia di edilizia e urbanistica, lasciando immutata la disposizione del medesimo art. 34 là dove questo prevede la giurisdizione esclusiva per le controversie attinenti a detta materia].

### 3.2- Il CTU nel processo amministrativo: individuazione.

Come si visto, le norme che dispongono l'esperibilità della consulenza tecnica d'ufficio nel giudizio amministrativo (di giurisdizione esclusiva) fanno rinvio, per il tramite dell'art. 27, alle disposizioni che detta al riguardo il codice di procedura civile. Orbene, si tratta ora di stabilire se –dati i precipui caratteri del processo

<sup>43</sup> Naturalmente si tratta della consulenza tecnica d'ufficio, essendo la perizia soppressa con il cessato vigore del codice di procedura civile del 1865 (art. 252 ss.). Il termine qui usato dal legislatore è da ritenersi tralatizio, per effetto del rinvio ad una norma (l'art. 27 cit.) scritta nel vigore del vecchio codice, e il rinvio da intendere in senso dinamico.<sup>8</sup>

<sup>44</sup> Leggile entrambe in [www.lexItalia.it](http://www.lexItalia.it).

<sup>45</sup> Al riguardo si osserva, incidentalmente, che la Corte aveva mostrato di intendere soggette le controversie in discorso, per il passato, alla giurisdizione di legittimità, e non pure esclusiva, del G.A. (ma, per uno spunto che pare deporre in senso contrario, ovvero dettato dall'intento di attenuare, si veda il penultimo capoverso della motivazione).

amministrativo, del resto sottolineati dall'art. 35 del D.Lgs. n. 80/98 citato- tali disposizioni debbano ricevere integrale applicazione nel processo amministrativo, ovvero se sia consentito (o anzi doveroso) applicare tali norme con qualche diversità rispetto al processo civile. (Quanto ai possibili dubbi circa la diversità del dato testuale inerente, rispettivamente, alla giurisdizione esclusiva e a quella generale di legittimità, si è detto poco addietro che la cosa non dovrebbe avere rilevanza, non potendo la disciplina inerente alla CTU che essere la medesima per entrambi i tipi di giurisdizione).

Intanto, posto che nessuna prescrizione o limitazione compare nelle norme del codice di rito in ordine ai requisiti soggettivi o alla categoria professionale di appartenenza o ad altri caratteri dei soggetti suscettibili di essere nominati consulenti del giudice<sup>46</sup>, tale dato non può non valere anche nel contesto del processo amministrativo. Ciò premesso, il primo dato che occorre avere presente è la previsione di appositi albi dei consulenti tecnici presso i Tribunali (art. 61 c.p.c.; 13 e 146 disp. att. c.p.c.), cui il giudice può attingere, ordinariamente, per l'individuazione dei consulenti cui conferire l'incarico (tranne che per esigenze particolari, in cui la scelta è libera). Tali albi, distinti per categorie (ovvero secondo la qualificazione tecnica degli esperti: art. 15), sono predisposti, come ha chiarito la Cassazione, non per limitare i poteri del giudice, bensì per facilitarli<sup>47</sup>.

Orbene, presso i giudici amministrativi si è instaurata una prassi –quanto alla nomina del CTU- che prescinde non solo dall'utilizzazione degli albi istituiti presso i Tribunali civili e penali (il che si spiega in ragione dell'appartenenza a un ordine giurisdizionale e magistratuale diverso), ma anche dalla formale creazione di albi di consulenti tecnici presso le sedi giurisdizionali amministrative -TAR e Consiglio di Stato (per la qual cosa mancano, comunque, disposizioni)-, salvo quanto si dirà fra breve. Ciò vuol dire che l'individuazione avviene in base a regole diverse, anche sulla scorta dei precedenti relativi non tanto alla verifica, quanto specialmente alla nomina del commissario *ad acta*, figura cui ben spesso attinge il G.A. per l'esecuzione coattiva delle sue decisioni). In concreto, è accaduto che l'introduzione della CTU nel giudizio amministrativo ha comportato il richiamo e l'applicazione delle disposizioni processualciviltiche soltanto nella parte di maggiore rilievo, e comunque salvo i necessari od opportuni adeguamenti alle precipue esigenze del giudizio amministrativo.

Nella prassi instauratasi presso i TAR la designazione del CTU (nei casi più complessi può trattarsi di collegio peritale) avviene con ampia discrezionalità, sentendosi il G.A. vincolato nell'individuazione del suo consulente in primo luogo dalla materia cui ineriscono le cognizioni e competenze scientifiche, tecniche o specialistiche di cui deve essere in possesso il soggetto da nominare; in secondo luogo dall'elevatezza e affidabilità della qualificazione professionale del medesimo consulente designando (il che si tende comunemente a ricercare nelle sedi universitarie). Nemmeno, per lo più, costituisce vincolo la localizzazione o residenza dell'istituzione cui appartiene il nominativo da designare, nel senso che questa può avere sede anche in luogo non rientrante nell'ambito territoriale sul quale il G.A. esercita la sua giurisdizione (del resto teoricamente estensibile all'intero territorio nazionale, data la sostanziale non vincolatività dei limiti inerenti, ordinariamente, alla competenza territoriale dei TAR).

<sup>46</sup> Per l'illustrazione della figura e dei compiti del consulente tecnico del giudice (con dovizia di indicazioni bibliografiche, e indicazioni di giurisprudenza, cfr. C.M. BARONE, *Consulente tecnico* (I, Dir. proc. civ.), cit..

<sup>47</sup> Cass., 17 ottobre 1974 n. 2908, in *Foro it., Rep.*, 1974, voce *Consulente tecnico*, n. 2 (riportata da C.M. BARONE, *Consulente tecnico*, cit.

In concreto, accade, prevalentemente, che il CTU venga individuato dal G.A. facendo riferimento a istituti od organismi specializzati, ovvero a una sede universitaria, con riguardo a una determinata facoltà. In simili casi, nemmeno (a volte), nell'ordinanza, si nomina direttamente il professionista-docente incaricato: la formula spesso usata consiste nella designazione, quale CTU, del preside di una determinata facoltà dell'Università prescelta (non necessariamente, si ribadisce, *ratione loci*), con l'avvertenza che detto preside potrà egli stesso assolvere all'incarico, oppure individuare un docente della facoltà presieduta, da egli ritenuto particolarmente qualificato e adatto a svolgere i compiti assegnatigli dal giudice. (Sul punto si può chiosare la prassi osservando che la stessa, oltre ad assicurare l'elevatezza della qualificazione professionale richiesta dal giudice, consente di scavalcare la problematica dell'albo dei CTU, cui si è accennato).

D'altra parte, poiché non in ogni circostanza appare possibile, utile o necessario ricorrere ad una professionalità da ricercare nell'ambito universitario o di altra istituzione pubblica, sempre più frequentemente si è andati attingendo a figure diverse, preferibilmente costituite da funzionari tecnici anche indirettamente incardinati in strutture o istituzioni pubbliche specializzate o tecniche, ma spesso, ormai, anche da liberi professionisti privati (ancora una volta, in forza del richiamato art. 31 del regolamento approvato con R.D. n. 642 del 1907, in qualche modo inseriti in un'orbita pubblicistica, ovvero che abbiano svolto incarichi di amministratore pubblico, *et similia*<sup>48</sup>)

Inoltre, dal momento che –pur non essendo frequentissimi– i casi di nomina di CTU vanno diventando più numerosi (anche in conseguenza dell'estensione della giurisdizione del G.A. alla reintegrazione in forma specifica e al risarcimento del danno per equivalente, come poco addietro accennato), si è andata instaurando, altresì, la prassi di formare elenchi di professionisti qualificati, implementandoli con quelli di volta in volta designati nelle successive occasioni.

Incidentalmente, si osserva che il fatto di non attingere il consulente da un albo, rende inapplicabili le disposizioni disciplinari e le relative sanzioni di cui agli art. 19 – 22 del codice di procedura civile, come pure all'art. 23, in tema di vigilanza sulla equa ripartizione degli incarichi. (Tuttavia, poiché, indubbiamente, il CTU deve riscuotere la fiducia del giudice che se ne avvale, si potrebbe dire, quale sua *longa mens*, e poiché il giudice deve essere convinto delle conclusioni cui perverrà il suo consulente, si pone il problema di come trattare le ipotesi in cui il CTU designato venga meno al dovere di bene assolvere al compito assegnatogli. Più avanti si riferirà di come il TAR Veneto ha risolto una controversia che presentava problematiche del genere).

### 3.3- Nomina, obblighi e diritti, attività (fase istruttoria e fase cautelare).

Il conferimento dell'incarico di CTU, come si dirà meglio di qui a poco, avviene ordinariamente con ordinanza, che nella maggior parte dei casi è collegiale (dati i permanenti caratteri del processo amministrativo) oppure monocratica, del presidente o del consigliere da egli all'uopo delegato (a seguito di ulteriori modifiche a detto processo rivenienti dalla più volte menzionata legge 205 del

<sup>48</sup> Ad es., con l'ordinanza collegiale istruttoria n. 1791 emessa dal TAR Veneto, Sez. 1<sup>a</sup> (nella camera di consiglio dell'8 aprile 2004), nel nominare quale CTU un ingegnere libero professionista, si è spesa qualche parola in motivazione richiamando le esperienze del libero professionista designato facendo riferimento alla sua pregressa esperienza quale assessore ai lavori pubblici di un Comune, e quale attuale componente della commissione edilizia del medesimo Comune. In altra, successiva, occasione, con ordinanza collegiale della Sezione 1<sup>a</sup> resa in sede cautelare (nel 2005), si è nominato CTU un ingegnere chimico ritenuto particolarmente qualificato al fine di risolvere quesiti in ordine all'inquinamento di terreno e di falde acquifere.

2000: *infra*). Per giunta, l'ordinanza collegiale può essere emessa tanto a seguito di udienza fissata per la trattazione nel merito della causa (allorquando, evidentemente, questa non venga ritenuta matura per la decisione), quanto - meno frequentemente, ma non raramente- nella fase cautelare, in seno alla camera di consiglio fissata per la trattazione dell'incidente cautelare.

[Ma può accadere anche –quanto all'ordinanza collegiale istruttoria emessa nel contesto di udienza per la trattazione del merito- che si tratti di *sentenza-ordinanza* (sentenza parziale più ordinanza istruttoria), come accaduto, ad es., per uno dei provvedimenti del TAR Veneto cui si farà riferimento nel paragrafo dedicato alla casistica. A tale tipo di provvedimento del giudice si ricorre allorché il collegio ritenga necessario decidere parzialmente la causa, segnatamente in ordine a punti specifici della controversia, ben spesso caratterizzati da pregiudizialità nei riguardi di altri punti bisognosi di delucidazione mediante, appunto, consulenza tecnica. Tanto può accadere –per fare un esempio schematico- allorché il giudice decida con la forza della sentenza circa l'*an* (vale a dire circa la fondatezza della pretesa, ad es. di natura risarcitoria), mentre ritenga necessario disporre l'incombente istruttorio ai fini della determinazione del *quantum*, non disponendo egli dei dati e/o delle conoscenze tecniche occorrenti a tal fine].

Premesso che l'*ordinanza cautelare* con la quale si dispone l'esperimento di una CTU è sempre, di necessità, collegiale (tale essendo la sede per la relativa decisione: camera di consiglio aperta ai difensori delle parti costituite), la stessa decisione (sostanzialmente a carattere istruttorio, ma spesso accompagnata da misure cautelari qualsivoglia, per lo più efficaci fino alla nuova camera di consiglio fissata per la rinnovata trattazione dell'incidente cautelare, alla luce degli accertamenti svolti dal consulente) viene assunta allorquando l'esigenza di approfondimenti istruttori (*rectius*, dell'ausilio di un esperto particolarmente qualificato), per la necessità di delucidazione di dati elementi, decisivi ai fini della decisione, emerga già da detta fase cautelare, con i caratteri dell'urgenza propri di detta fase, connessi al *periculum in mora* rappresentato dalle parti e valutato positivamente dal giudice.

La decisione di assumere una CTU può, d'altra parte, essere presa anche dal giudice monocratico, come si dice, "fuori udienza". Premesso che già in precedenza, anteriormente alla riforma del processo, una limitata istruttoria monocratica era prevista, e veniva svolta esclusivamente per il tramite del presidente (anche della sezione), oggi, a seguito della novella introdotta nel terzo comma dell'art. 44 del R.D. n. 1054 del 1924, più volte citato, dall'art. 1, comma 2° della legge n. 205 del 2000, competente ordinariamente è il presidente, anche della sezione, il quale, tuttavia, può delegare alla decisione sui mezzi istruttori un magistrato della sezione.

Con una disposizione di grande efficacia sul piano dell'effettività della giustizia e, in particolare, della celerità e concentrazione del processo, nella medesima norma si prevede l'obbligo di fissare anche la successiva udienza di ulteriore trattazione della causa, alla luce dei disposti incombenti istruttori. Si è aperta, grazie a siffatte previsioni, una nuova fase di evoluzione del giudizio amministrativo (del resto bisognosa di ulteriori sviluppi), riguardante specificamente l'istruzione probatoria (prima disciplinata in maniera sporadica, frammentaria e insufficiente), che oggi può essere ordinariamente svolta per il tramite del giudice monocratico.

In conclusione, la disposizione di assumere una CTU, come ogni altro mezzo istruttorio o probatorio, può avvenire tanto con ordinanza collegiale –emessa nell’udienza di trattazione nel merito della causa, oppure (meno frequentemente) nell’udienza camerale concernente la fase cautelare-, quanto con ordinanza monocratica emessa fuori udienza dal presidente o dal magistrato da lui delegato, che potrebbe anche definirsi “consigliere istruttore”. Detta ordinanza non è reclamabile al collegio, non soltanto per la semplice ragione che la norma non contiene una simile previsione, ma anche perché tale è l’orientamento della S.C. anche nel giudizio civile (a parte eventuali *révirements* successivi, risalendo la pronuncia delle S.U. al 1970), che esclude l’impugnazione (in motivazione), quando emessa dal giudice istruttore ai sensi dell’art. 178 c.p.c.<sup>49</sup> (a maggior ragione, allora, l’impugnabilità è da escludersi quando si tratti di ordinanza collegiale).

Quanto al contenuto di detta ordinanza istruttoria, si è già detto che con essa va fissata l’ulteriore udienza di trattazione, ad assunzione avvenuta dell’incombente istruttorio. Ma, ancora prima, la stessa contiene: la nomina del consulente del giudice, individuandolo nominativamente, ovvero indicando i modi per individuarlo; il termine lui assegnato per l’effettuazione della CTU, con indicazione di eventuali criteri e modalità, anche di tempo di luogo, ecc.; la specificazione dei quesiti rivolti al CTU, cui questi dovrà dare risposta riferendone nella relazione che ha l’obbligo di depositare; il giorno della comparizione davanti al magistrato estensore dell’ordinanza (in quanto giudice monocratico o in quanto componente relatore del collegio giudicante), per prestare giuramento e ricevere chiarimenti sui quesiti; eventuali disposizioni circa il compenso (per lo più disponendosi del versamento di un acconto a carico della parte che ha richiesto la CTU, o, in mancanza, del ricorrente; la precisazione dell’obbligo di avvertire le parti circa il giorno e il luogo dell’esperimento, con la possibilità, per costoro, di nominare consulenti di parte e di presenziare alle operazioni necessarie, personalmente ovvero per il tramite del consulente di parte, e di formulare osservazioni; la facoltà del CTU di comparire all’udienza di trattazione (onde fornire anche in tale sede, spiegazioni, in contraddittorio con i consulenti di parte); ecc.

Premesso che, talora, nell’ordinanza si dispone che la specificazione dei quesiti avverrà nel giorno della comparizione per il giuramento (non esiste una prassi univoca al riguardo), deve anche aggiungersi che è talora accaduto che qualche ordinanza del genere nulla prevedesse in materia di giuramento, compendosi, così, la CTU senza che il consulente incaricato abbia reso il giuramento medesimo. Peraltro, come ha chiarito la S.C., la mancanza del giuramento non comporta la nullità della CTU, non avendo carattere essenziale<sup>50</sup>.

Proseguendo, in un certo senso, l’argomento del giuramento, ci si chiede se il consulente nominato abbia l’obbligo di accettare, e se, d’altra parte, egli sia tenuto ad astenersi (in specie nei casi previsti dall’art. 51 c.p.c.). Ad entrambi gli interrogativi si può agevolmente rispondere sulla scorta di quanto stabilito nell’art. 63 c.p.c., dove si precisa che l’obbligo di accettare sussiste in capo al consulente prescelto individuandolo tra i soggetti iscritti ad un albo, a meno che il giudice non riconosca giustificato l’eventuale motivo di astensione. Nel secondo comma, poi, si precisa che il consulente può essere ricusato dalle parti nei casi previsti dall’art. 51 c.p.c. Ora, mentre queste ultime disposizioni –relative all’astensione e alla

<sup>49</sup> Cass. , S.U., 18 settembre 1970, n. 1559, in Foro it., 1970, I, 2793, riportata da C.M. BARONE, *Consulente tecnico*, cit., 2 (il quale riferisce anche dell’avviso contrario di parte della dottrina).

<sup>50</sup> Cass. 29 novembre 1974 n. 3907, in *Foro it., Rep.*, 1974, voce *Consulente tecnico*, con nota redazionale, pure riportata da BARONE (con altra pronuncia del 1970), *ibidem*.

ricusazione- debbono ritenersi applicabili anche al giudizio amministrativo (in considerazione della sua *ratio*), è il caso di osservare che, dati i meccanismi e i criteri di nomina in auge presso il G.A. (i quali consentono di pervenire a individuare un soggetto disponibile a svolgere l'incarico), si può dire che non può, ordinariamente, verificarsi l'eventualità della non accettazione della nomina da parte del CTU designato.

#### 3.4- *Quesiti, relazione, dibattimento- Compenso.*

I punti bisognosi di accertamento o acclaramento e delucidazioni, ovvero in relazione ai quali è necessario effettuare calcoli, misurazioni, verifiche, ecc., sono estrinsecati nella motivazione dell'ordinanza e racchiusi e riassunti, come si è accennato, in singoli e specifici quesiti rivolti dal giudice al suo consulente, cui questi dovrà fornire risposta, nel contesto di una relazione che dia conto fedelmente dei sopralluoghi, operazioni, verifiche effettuati (con specificazione del tempo e del luogo e, se del caso, delle modalità, tipi di strumenti utilizzati, ecc.).

La relazione sarà depositata entro il termine fissato nell'ordinanza di nomina, ed entro lo stesso termine i periti di parte potranno depositare le loro osservazioni, mentre i difensori delle parti potranno, ovviamente, produrre memorie finali riferite alla effettuata CTU. All'udienza fissata per l'ulteriore trattazione potrà comparire, come detto, il CTU ed anche i periti di parte, di modo che eventuali punti di contrasto possano chiarirsi, al di là di quanto già esposto dalle parti (ed eventualmente dai loro consulenti) nelle memorie conclusionali. (Può accadere che il CTU chieda una proroga del termine lui assegnato, rappresentando gli ostacoli o le difficoltà che gli impediscono di assolvere tempestivamente l'incarico: se il giudice accoglie la richiesta, peraltro, è chiaro che dovrà fare slittare la trattazione a un'udienza successiva, da fissare nuovamente, disponendo che ne venga data comunicazione alle parti). Dopo la discussione il collegio –a meno che non ritenga necessario chiarire altri punti, se del caso disponendo un *supplemento di perizia* o anche una nuova CTU (eventualmente su istanza delle parti) assumerà la decisione che poi sarà trasfusa nella sentenza.

In merito alla precipua fase della decisione, ci si chiede se il collegio giudicante possa discostarsi, in tutto o in parte, dalle conclusioni del CTU. L'interrogativo riguarda non soltanto il giudizio amministrativo, ma, come è ben noto, ogni ambito processuale, ed attiene al principio, che risponde quasi ad un luogo comune, del *libero convincimento del giudice*.

Orbene, proprio stando al concetto racchiuso nell'espressione ora riportata, quanto meno in astratto e in pura teoria, il giudice non può ritenersi *tout court* vincolato alle conclusioni del suo consulente: se queste –pur sorrette dall'analisi svolta dal CTU oltre che da eventuali argomentazioni esplicative- non appaiono al giudice pienamente convincenti, e non sono pertanto da lui condivise, egli potrà regolarsi o disponendo un'altra consulenza, ovvero ricorrendo alla sua scienza e coscienza (ivi comprese le massime dell'esperienza, il notorio, e così via), e risolvere la causa sulla scorta del noto brocardo secondo il quale il giudice è il vero perito, vale a dire *peritus peritorum*. Alla stessa maniera, del resto, in qualche modo, si comporta il giudice allorché decide di respingere la domanda di disporre CTU formulata da taluna delle parti, ritenendola superflua. E' chiaro che in entrambi i casi egli dovrà dare atto, in motivazione, delle ragioni che lo inducono a disattendere la domanda, ovvero a discostarsi dalle conclusioni rappresentate dal CTU. (In quest'ultima evenienza, la ragione potrà risiedere nella constatata divergenza di dette conclusioni dalle teorie dominanti in un dato ambito scientifico o tecnico, da principiscientifici consolidati e notori ovvero dalle

conclusioni o osservazioni formulate dai periti di parte, che si basino su argomenti che appaiono più convincenti o ragionevoli, o coerenti con i menzionati principi, ecc.). La giurisprudenza insiste (con qualche *distinguo*) sull'obbligo di adeguata motivazione, di cui il giudice deve dare conto per quanto possibile<sup>51</sup>.

Per quanto concerne la determinazione del compenso spettante al CTU, questo - a parte l'obbligo di versare un acconto, stabilito nel provvedimento di nomina (come si è detto)- viene quantificato e liquidato con la sentenza, dietro presentazione di apposita parcella da parte del CTU che ha prestato la sua opera. La somma richiesta potrebbe, peraltro, essere ridotta dal giudice in determinate circostanze (per un esempio, v. *infra*).

### 3.5- *Un caso di specie.*

Chudiamo la trattazione riferendo di un caso specifico, di un certo interesse. Una fattispecie particolare (rilevante in ordine alla necessaria fiducia che il CTU deve riscuotere presso il giudice che lo ha nominato, nonché alle conseguenze dell'inattendibilità dell'operato di esso consulente) si è presentata, infatti, alla Sezione 2<sup>^</sup>. La controversia, articolata in più fasi processuali, era resa alquanto complicata dal fatto che si versava in tema di giudizio di ottemperanza (o esecuzione del giudicato), contrassegnato perciò da nomina di un commissario *ad acta*. Si era, inoltre, resa necessaria la nomina di un CTU per la determinazione del *quantum* del danno di cui occorreva disporre il risarcimento.

Con la sentenza che definiva il giudizio (TAR VE, Sez. 2<sup>^</sup>, 23 marzo 2005 n. 1529<sup>52</sup>) il Collegio -che aveva disposto la rinnovazione della CTU, nominando un nuovo consulente, in considerazione dell'insoddisfacente qualità dell'opera del primo- mentre liquidava il compenso spettante al secondo consulente, riduceva significativamente l'importo esposto nella parcella presentata dal primo (comunque addossando entrambi gli importi a carico della P.A. soccombente, la quale veniva anche condannata a rifondere le spese e onorari di giudizio al ricorrente vittorioso, oltre che, in precedenza, quelle inerenti all'opera del commissario *ad acta*).

Italo Franco  
(Consigliere nel TAR Veneto)

---

<sup>51</sup> Cfr., al riguardo, lo scritto di C.M. BARONE, cit., in fine (pag. 5).

<sup>52</sup> Leggila in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).