

Introduzione

Nello stendere il presente elaborato mi sono proposto di trattare una specifica tematica legata al processo amministrativo, cercando di analizzare criticamente le principali sfaccettature che caratterizzano l'istituto oggetto di questa tesi, grazie anche allo studio di una fitta rete di pronunce giurisprudenziali.

Com'è noto, all'interno dell'ordinamento processuale, l'apparato di strumenti probatori utilizzabili assume un ruolo di rilevanza centrale ed il processo amministrativo non fa certo eccezione. Per tale motivo, fine ultimo del presente lavoro è quello di osservare l'evoluzione di un particolare istituto – che, qui si anticipa, non è in realtà mezzo di prova – di origine processual-civilistica, introdotto nel processo amministrativo solo poco più di 20 anni fa: la consulenza tecnica d'ufficio.

Partendo dall'avvertita necessità di un ampliamento dei poteri istruttori del giudice all'epoca del disorganico sistema probatorio dato dal R.D. 17 agosto 1907, n. 642, dal R.D. 26 giugno 1924, n. 1054 e dalla L. 6 dicembre 1971, n. 1034, passando dall'introduzione della consulenza tecnica d'ufficio ad opera dell'art. 16 della L. n. 205/2000 sino ad arrivare all'odierno art. 63, co. 4 del Codice del processo amministrativo, la chiave di lettura per comprendere appieno i capitoli seguenti è data – anche qui – dalla nostra Costituzione. Difatti, il tema della prova in generale e, di conseguenza, quello della consulenza tecnica, sono strettamente legati al tema dell'effettività della tutela giurisdizionale *ex art. 111 Cost.*

Vi è di più. In tema di giustizia amministrativa entrano in gioco ulteriori particolarità date dalla necessità di assicurare la c.d. parità di armi tra amministrazione e cittadino e – quale diretta conseguenza di detta necessità – dal principio dispositivo con metodo acquisitivo che, oltre a caratterizzare tale processo, aiuta a delineare i poteri del giudice amministrativo.

Con questo lavoro mi sono prefissato di affrontare, *in primis*, la “teoria”, in modo da analizzare nel dettaglio cosa la legge consenta oggi di fare e, contestualmente, la “pratica”, per comprendere, cioè, quale sia la scelta giuridicamente preferibile alla luce delle numerose interpretazioni

giurisprudenziali riportate all'interno del presente elaborato.

La tesi è strutturata in un unico capitolo costituito da sei paragrafi, all'interno dei quali – come poc'anzi accennato – sono stati esaminati gli aspetti fondamentali della consulenza tecnica nel processo amministrativo, a partire dalla sua introduzione sino alle più recenti pronunce del Consiglio di Stato, riguardanti tematiche che, seppur non nuove, a causa delle lacune e delle incertezze che ormai sembrano caratterizzare la *littera legis*, impegnano ancora oggi il giudice amministrativo.

Il primo paragrafo è volto a ricostruire in chiave storica l'istituto, ripercorrendo la sua evoluzione a partire dalle pronunce della Corte Costituzionale nn. 146/1987 e 251/1989 e dal successivo D.Lgs. n. 80/1998 fino alla citata L. n. 205/2000, la quale rappresenta la più importante riforma della giustizia amministrativa dopo la Novella del 1998. Difatti, attraverso la citata Legge, si è introdotta – in via generale e per tutte le controversie devolute alla cognizione del giudice amministrativo – la consulenza tecnica, senza più distinzioni fra giurisdizione esclusiva e giurisdizione generale di legittimità.

Posto che la consulenza tecnica d'ufficio è un istituto di carattere processual-civilistico, il secondo paragrafo è dedicato proprio all'analisi degli aspetti più rilevanti della CTU nel processo civile. Innanzitutto, viene evidenziato come, a differenza di quanto avviene nel diritto amministrativo, il Codice di rito, al libro primo, capo III, inquadra coerentemente la figura del consulente d'ufficio tra gli ausiliari del giudice. Successivamente, attraverso il richiamo di molteplici pronunce della Cassazione, vengono inquadrati e risolti i principali quesiti legati all'utilizzo di tale strumento, quali il suo rapporto con l'*onus probandi* in capo alle parti e la possibilità del giudice di discostarsi dalle risultanze peritali.

Il terzo paragrafo mira invece ad inquadrare la natura e l'oggetto della consulenza tecnica d'ufficio, anche attraverso una disamina delle differenze con la verifica, istituto già conosciuto nel processo amministrativo prima dell'introduzione della CTU. *In primis*, viene osservato come, attraverso l'introduzione dell'art. 63 c.p.a., il legislatore abbia cercato di superare le criticità dell'art. 44, co. 1, T.U. Cons. St. dopo l'aggiunta operata con l'art. 16 della citata L. n. 205/2000, *in secundis*, vengono analizzate tutte quelle problematiche che –

nonostante la predetta innovazione ad opera del Codice del processo amministrativo – sono rimaste insolute. Al fine di dare una compiuta rappresentazione di quello che è lo stato dell'arte, questo paragrafo mira ad un tentativo di dialogo tra dottrina e giurisprudenza in materia. Inoltre – mutuando, anche qui, considerazioni proprie del diritto processual-civilistico – vengono riproposte le diverse definizioni della consulenza tecnica d'ufficio, la quale può, a seconda della situazione processuale, qualificarsi come deducente o percipiente.

Com'è già facilmente intuibile, la funzione del consulente d'ufficio è inevitabilmente connessa ad un altro vastissimo argomento, ossia quello della sindacabilità degli atti tecnico-discrezionali. All'interno del quarto paragrafo, dopo aver brevemente ripercorso il dibattito giurisprudenziale concernente le valutazioni tecniche a partire dalla celebre pronuncia n. 601/1999, si passa ad analizzare il dibattito tra i sostenitori del sindacato intrinseco non sostitutivo e i sostenitori del sindacato intrinseco sostitutivo. Come si avrà modo di approfondire, quel che qui più rileva è che, ferma la tradizionale impossibilità del giudice amministrativo di sindacare il merito amministrativo, grazie all'introduzione della CTU il giudice ottiene un accesso diretto al fatto anche quando questo è espressione di discrezionalità tecnica.

Il quinto paragrafo è volto ad inquadrare un requisito di dubbia interpretazione che il Codice del processo amministrativo prevede solo per la consulenza d'ufficio e non anche per la verifica. L'art. 63, co. 4 c.p.a., al fine di poter esperire tale mezzo di indagine, richiede infatti il superamento in senso positivo di un giudizio di indispensabilità. Nonostante diversi autorevoli Autori abbiano rintracciato possibili analogie con il giudizio di indispensabilità volto all'introduzione di nuove prove in appello, viene ribadito che, allorquando decida di avvalersi della CTU, il giudice amministrativo rimane sempre *dominus* incontrastato della verifica e qualificazione del fatto.

Da ultimo, nel sesto paragrafo – anche attraverso il commento ad una recentissima sentenza del Consiglio di Stato – si ritorna nuovamente ad interrogarsi circa la possibilità per il giudice amministrativo di discostarsi dalle risultanze peritali, posto il fondamentale principio dello *iudex peritos peritorum*. Inoltre, si anticipa, il vero *punctum dolens* di questo paragrafo concerne la

motivazione che deve fornire il giudice amministrativo in ordine al suo potere/dovere di valutazione dei fatti.

1. L'avvertita necessità di un ampliamento dei mezzi istruttori nel processo amministrativo: l'introduzione della consulenza tecnica d'ufficio ad opera della L. n. 205/2000

Il sistema istruttorio del processo amministrativo, prima delle modifiche legislative introdotte con la Legge 21 luglio 2000, n. 205, pur in assenza di un'organica disciplina, trovava il suo fondamento nel titolo II del R.D. 17 agosto 1907, n. 642 intitolato "della istruzione", artt. da 26 a 35, nell'art. 44 del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054 e negli artt. 21 e 23 della Legge 6 dicembre 1971, n. 1034.

Come verrà meglio analizzato all'interno del paragrafo §3, è pacifica opinione che, nel processo amministrativo, si realizza quel sistema istruttorio definito come "sistema dispositivo con metodo acquisitivo" in base al quale al giudice è attribuito un ampio potere di iniziativa che lo pone in una posizione autonoma e attiva con riferimento al dialogo con le parti, fermo sempre il vincolo dato dall'allegazione dei fatti principali sui quali si fonda l'oggetto del ricorso.

Fino all'emanazione della citata L. n. 205/2000, nell'ambito della generale giurisdizione di legittimità, il giudice amministrativo poteva conoscere e valutare la realtà dei fatti soltanto attraverso il provvedimento impugnato. Ciò, sostanzialmente, si traduceva nell'impossibilità di sovrapporre il proprio accertamento a quello dell'Autorità emanante l'atto oggetto del ricorso, dovendo il sindacato del giudice amministrativo esclusivamente limitarsi al profilo della logicità e coerenza dell'attività della Pubblica Amministrazione coinvolta. In caso di incompletezza dell'istruttoria – al fine di integrare tale attività, ovvero di supplire alle carenze istruttorie determinate dalla posizione di svantaggio della parte privata rispetto alla Pubblica Amministrazione – al giudice, a norma degli artt. 26 R.D. n. 642/1907 e 44 R.D. 1054/1924 (T.U. Cons. St.), era consentito chiedere all'Amministrazione schiarimenti o documenti, ovvero ancora ordinare nuove verifiche.

Nonostante l'evidente inidoneità del sistema istruttorio, così come sopra delineato, ad assicurare un'effettiva tutela, la Corte costituzionale¹ dichiarava l'illegittimità costituzionale degli artt. 44, primo comma, T.U. Cons. St., 26 R.D.

¹ C. Cost. 23 aprile 1987, n. 146, in *Corriere giuridico*, 1987, p. 649, con nota di DI RUOCCO.

n. 642/1907 e 7 L. n. 1034/1971, nella sola parte in cui non consentivano l'esperimento dei mezzi istruttori previsti negli articoli del Codice di procedura civile disciplinanti il processo del lavoro e l'espletamento della consulenza tecnica, per le sole cause relative alle controversie di pubblico impiego riservate alla giurisdizione esclusiva.

Successivamente, nella sentenza 18 maggio 1989 n. 251², la Consulta affermava inoltre che "*nel processo che concerne la tutela, costituzionalmente garantita, degli interessi legittimi, poiché si tratta di una categoria di situazioni soggettive che sul terreno sostanziale si realizzano attraverso l'intermediazione del procedimento amministrativo, appare congruo in sede giurisdizionale un sistema probatorio che consista essenzialmente nel sindacato sulle modalità con le quali il potere pubblico è stato esercitato*" e, sia pure incidentalmente, chiariva che i maggiori poteri istruttori riconosciuti con la precedente sentenza n. 146/1987 ai giudici in materia di pubblico impiego erano esercitabili dal giudice amministrativo solo allorché la pretesa azionata avesse consistenza di diritto soggettivo. La Corte costituzionale affermava infine che spetta alla scelta politica del legislatore la determinazione – ovvero, in questo caso, l'ampliamento – dei mezzi probatori nella giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo.

Da tale ultimo arresto giurisprudenziale, le prime e più rilevanti modifiche legislative sono state emanate con il D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 80. Come è noto, gli artt. 33, 34 e 35 del D.Lgs. citato, emanati in attuazione dell'articolo 11 della Legge 15 marzo 1997 n. 59, la quale conteneva delega al Governo a emanare disposizioni integrative e correttive al D.Lgs. n. 29/1993, hanno devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nuove materie³ ed esteso la giurisdizione amministrativa alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, *ivi* comprese quelle relative al risarcimento del danno.

Grazie alla predetta innovazione normativa è, *de facto*, venuta meno la riserva di giurisdizione al giudice ordinario per i diritti patrimoniali consequenziali e si è realizzata l'unificazione della tutela dinnanzi al giudice

² Consultabile in *Diritto processuale amministrativo*, 1990, p. 115.

³ Ci si riferisce alle materie relative a servizi pubblici, edilizia e urbanistica.