

La perizia nella giustizia amministrativa

Avv. Giuseppina Graci

20 febbraio 024

Prima di analizzare la consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo, è opportuno premettere alcuni cenni al funzionamento del processo amministrativo ed ai principi che lo regolano.

La **discrezionalità amministrativa** è una figura centrale e di assoluto rilievo nel diritto amministrativo, in quanto espressione della funzione amministrativa e dei pubblici poteri.

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 (provvedimento) non è sinonimo di atto discrezionale.

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, ossia per quanto concerne il contenuto del provvedimento, la determinazione assunta nel caso concreto, desumibile non tanto dal dispositivo, quanto, con una valutazione d'assieme, dalla sua motivazione.

La **discrezionalità amministrativa** 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 (cd. primario), nell'ambito della sfera di competenza dall'ordinamento affidato alle cure di quella determinata P.A.

Essa trova espressione nel potere di valutare l'interesse pubblico primario comparandolo con altri interessi (pubblici, privati, diffusi), con i quali esso va a interferire o che vengono in rilievo nella normativa e specialmente nel procedimento, e che possono dirsi secondari, con i quali occorre contemperarlo. Infine, la P.A. effettuerà le sue scelte in conseguenza di quella valutazione.

In tale contesto si inserisce la nozione di «**limitatezza del sindacato del Giudice Amministrativo**», secondo cui il GA non incontra limiti quando l'operato della P.A. è vincolato da norme; viceversa l'estensione dei poteri del G.A. dovrebbe arrestarsi in presenza di attività caratterizzate da margini di opinabilità, in quanto tali lasciate al prudente apprezzamento della PP.AA.

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).

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, allorquando 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 definirsi anche come “ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine a un interesse primario”, 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).

Dopo definito discrezionalità in senso proprio, bisogna chiarire cosa si intenda per discrezionalità tecnica, e cosa per norme tecniche.

Ogni volta che il risultato di verifiche o procedimenti 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, si pone la questione della natura di detto accertamento, che generalmente va sotto il nome di **discrezionalità tecnica**.

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.

Una volta compiuta la valutazione (in base a criteri attinenti alla scienza medica, alla geologia, all'ingegneria, ai canoni estetici, ecc.), la P.A. 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

Accade sempre più spesso che non possa prescindersi dalle valutazioni che occorre fare alla stregua di determinate 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).

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.

Il controllo del G.A. si spinge 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.

Per tale motivazione si è resa necessaria a figura del consulente tecnico d'ufficio nel procedimento amministrativo.

L'istruzione probatoria nel processo amministrativo

Il processo amministrativo presenta tratti e caratteri affatto peculiari rispetto al processo civile di cognizione.

Il dato fondamentale è 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 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 G.A 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, 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, che in ragione di tale asserita lesione è legittimato a proporre ricorso onde chiedere l'annullamento del provvedimento lesivo.

L'accesso al fatto da parte 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 **carattere eminentemente documentale della relativa istruttoria.**

Nel processo amministrativo 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.

Quindi 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.

Il sistema del processo amministrativo 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.

I singoli mezzi di prova

La verifica

la verifica 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.

Detto carattere segna tutta la distanza che separa la verifica 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.

L'istruzione probatoria

“Il giudice amministrativo, nelle controversie di cui al primo comma, 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'ammissione dei nuovi mezzi di prova, segnatamente per quanto concerne la prova testimoniale, con la formulazione dei relativi capitoli, rimane subordinata alla domanda di parte, non potendosi pensare ad un'attività istruttoria di tipo inquisitorio del G.A., il quale autonomamente si spinga ad acquisire testimonianze.

.

La consulenza tecnica d'ufficio

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 205/2000. Detta aggiunta può sembrare una enorme innovazione, 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.

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.

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.

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.

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

Il CTU nel processo amministrativo

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 amministrativo – 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.

L'individuazione del CTU

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, tale dato non può non valere anche nel contesto del processo amministrativo.

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 per l'individuazione dei consulenti cui conferire l'incarico (tranne che in casi 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 nella scelta.

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. 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.

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).

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.

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 cpc, come pure all'art. 23, in tema di vigilanza sulla equa ripartizione degli incarichi.

Il conferimento dell'incarico di CTU avviene di norma 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

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.

L'ordinanza cautelare con la quale si dispone l'esperimento di una CTU è sempre, di necessità collegiale

L'ordinanza contiene: la nomina del consulente del giudice, individuandolo nominativamente, ovvero indicando i modi per individuarlo; il termine 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.

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 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.

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 fatta 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.

Il giudice non può ritenersi 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, 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 allorquando 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.

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.