

Verificazione e consulenza tecnica d'ufficio: evoluzione e differenze

Giovanna Pileri

SOMMARIO: 1. Profili evolutivi della verifica e della consulenza tecnica. – 2. L'attuale disciplina di cui agli articoli 66 e 67 c.p.a. e le differenze tra i due mezzi istruttori. – 3. Il concetto di indispensabilità quale *discrimen* per la scelta tra i due mezzi istruttori: alcuni profili problematici. – 4. Riflessioni sulla discrezionalità del giudice amministrativo in merito alla scelta del mezzo istruttorio e ripercussioni pratiche.

1. *Profili evolutivi della verifica e della consulenza tecnica*

Il processo amministrativo, prima dell'entrata in vigore del relativo Codice (d.lgs. 104/2010) che lo disciplina in un *corpus* unico, era regolato da più testi legislativi: segnatamente i regi decreti nn. 642/1907 (Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato)¹, 1054/1924 (Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato)² e la L. n. 1034/1971 che ha istituito i Tribunali amministrativi regionali³. Per quanto attiene la fase istruttorio nel processo amministrativo *ante* c.p.a., l'art. 23, co. 5, legge T.A.R., disponeva che «il Presiden-

¹ Il r.d. 642/1907 era attuativo della L. 7 marzo 1907, n. 62 che, tra le molte novità, introduceva anche delle modifiche alla fase istruttorio, adattandola a seconda del sindacato di legittimità o di merito attribuiti al giudice. Si veda in termini, A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XV ed., Torino, 2023, 35 ss.

² Con cui venne introdotta per la prima volta nel giudizio amministrativo la giurisdizione esclusiva, operando in tal caso il solo riparto effettuato in base alla materia. Ancora A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 36 ss. e, più nello specifico, G. Zanobini, *Le materie di esclusiva giurisdizione del Consiglio di Stato e le controversie relative a diritti patrimoniali*, in *Foro it.*, III, 1925, 1 ss.

³ Sulla legge istitutiva dei T.A.R. si veda nuovamente A. Travi, *Lezioni*, cit., 39 ss.; M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, V ed., Bologna, 2022, 467 ss.; per quanto attiene, invece, alle vicende storiche che portarono alla loro istituzione e per altri contributi sull'istituzione dei T.A.R., si veda G.D. Comporti, *50 anni di TAR. L'alchimia localista per una giustizia al servizio dei cittadini*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 339 ss. Nel testo è stata citata la normativa rimasta in vigore sino all'introduzione del Codice del processo amministrativo: per riferimenti alla disciplina dell'istruttorio antecedente ai testi sopra citati si veda L. Raggi, *Questioni in materia di prova nei procedimenti nanti le sezioni contenziose del Consiglio di Stato e le Giunte Provinciali Amministrative*, in *Arch. Giur.*, 1910, 177 ss.; F. Cammeo, *Sulle prove nel procedimento dinanzi alla giurisdizione amministrativa*, in *Giur. it.*, III, 1916, 102 ss.; per approfondimenti sulle vicende storiche si rinvia a M.S. Giannini e A. Piras,

te dispone ove occorra gli incombenti istruttori», mentre l'art. 44 T.U. C.d.S.⁴ sanciva che il giudice, qualora ravvisasse un'istruzione incompleta della causa ovvero vi fosse discordanza tra i fatti affermati nel provvedimento (o atto) impugnato e i documenti depositati, potesse richiedere all'amministrazione altri documenti, chiarimenti ovvero disporre delle verificazioni. Come meglio si dirà in seguito, tutt'oggi l'art. 63 c.p.a. attribuisce al giudice il potere di disporre mezzi istruttori d'ufficio, purché sia soddisfatto l'onere della prova dalle parti. Da ciò emerge che nel processo amministrativo, diversamente da quello civile, il principio dispositivo⁵ non ha un ruolo preminente, potendo il giudice disporre, ove lo ritenga necessario e purché il ricorrente abbia almeno in parte soddisfatto l'onere della prova, quasi tutti i mezzi istruttori⁶. A tal proposito, autorevole dottrina ha sostenuto che, dinanzi alla giurisdizione amministrativa, incomba in capo al ricorrente l'onere di allegare un «principio di prova» per poi consentire al giudice di disporre i mezzi istruttori richiesti dalle parti o ritenuti necessari. Tale teoria trova il suo fondamento negli studi di Feliciano Benvenuti, segnatamente nella monografia dedicata allo studio della fase istruttoria del processo amministrativo⁷: egli riteneva che soltanto le parti potessero introdurre i fatti principali e secondari nel procedimento⁸, mentre al giudice era riservato il solo compito di ricercare la verità materiale, eventualmente avvalendosi di strumenti che gli consentissero di avere conoscenze tecniche per comprendere meglio tali fatti, ma senza che egli potesse introdurne di nuovi.

Tale netta divisione dei ruoli nella determinazione del *thema probandum*, secondo l'illustre studioso, aveva il fine di perseguire l'efficace attuazione dei principi costituzionali di eguaglianza e contraddittorio tra le parti insieme a quello relativo alla terzietà del giudice. Tuttavia, ciò vale soltanto nel processo retto dal metodo dispositivo poiché le parti hanno, in tal caso, il pieno diritto di dispor-

voce *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 229 ss.

⁴ Applicabile anche ai giudizi in primo grado dinanzi ai T.A.R. in seguito alla loro istituzione, in termini M.A. Sandulli, *La consulenza tecnica d'ufficio*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2008, 3535.

⁵ Sul principio dispositivo si veda, *ex multis*, E.T. Liebman, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 551; per i suoi mutamenti interpretativi si rinvia a M. Taruffo, *Per una rilettura dell'art. 115 c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2011, 101 ss. e più di recente A. Panzarola, *A proposito di un antico brocardo e di una recente interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 107 ss.

⁶ Per quanto attiene i mezzi di prova, il giudice amministrativo oggi può disporre di tutti i mezzi istruttori previsti all'art. 63 c.p.a., il cui co. 5 esclude espressamente l'interrogatorio formale e il giuramento. Nel prosieguo del lavoro si dirà meglio della consulenza tecnica, introdotta in seguito.

⁷ F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 269 ss.

⁸ Va segnalato, peraltro, che tale posizione non era condivisa da altra autorevole dottrina processualistica, secondo cui il giudice poteva ben introdurre nel processo fatti secondari, a mezzo dei quali provare i fatti primari allegati dalle parti. Si veda in tal senso M. Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria dell'utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, Milano, 1962; per altri riferimenti bibliografici critici si rinvia a A. Travi, *Feliciano Benvenuti e la giustizia amministrativa*, in *Jus*, 2008, 409 ss.; M.G. Della Scala, *Onere della prova e poteri acquisitivi nel processo amministrativo. Il divieto dei nova in appello e il requisito della "indispensabilità"*, in *Il processo*, 2021, 521 ss., spec. 524.

re dei fatti da introdurre delimitando l'ambito entro il quale il giudice può esercitare la propria cognizione⁹; ma ove le parti, nell'ambito della fase istruttoria, si trovino in una situazione di disegualianza sul piano materiale e, conseguentemente, riscontrino oggettive difficoltà nel fornire la prova risulta necessario l'intervento del giudice, atto a ristabilire la parità¹⁰. Le considerazioni appena esposte hanno permesso allo stesso Benvenuti di elaborare la nota teoria secondo cui la fase istruttoria del processo amministrativo sarebbe retta dal principio dispositivo temperato dal «metodo acquisitivo», rappresentato dall'intervento del giudice, classificato in termini di potere-dovere¹¹. Tale intervento, però, è condizionato al fatto che la parte in difficoltà riesca a fornire quantomeno un principio di prova che possa orientare l'azione successiva del giudice, poiché il processo amministrativo resta un processo di parti fondato sul metodo dispositivo¹².

Fatte tali doverose premesse, come accennato i mezzi istruttori di cui il giudice poteva avvalersi nel giudizio di legittimità erano le richieste di chiarimenti ovvero di documenti e le verificazioni: mentre i primi due si risolvevano – e si risolvono tuttora – in un deposito di ulteriore documentazione da parte dell'amministrazione¹³, le verificazioni implicano il compimento di altre attività materiali

⁹ F. Benvenuti, *L'istruzione*, 209 ss., spec. 210, nt. 38, secondo cui «l'espressione "dispositivo" in questa accezione sta ad indicare il diritto di esclusiva disposizione che compete alle parti nel processo, così come riferita al sistema indica il loro diritto di esclusiva disposizione sul piano materiale».

¹⁰ Si veda Id., 264 ss. Per alcune considerazioni sul tema si rinvia a A. Travi, *Feliciano Benvenuti e la giustizia amministrativa*, cit., spec. 414.

¹¹ Si veda Id., *passim*. L'Autore definisce tale metodo «acquisitivo» in virtù delle prerogative attribuite al giudice (285, in nt. 176) e ne individua la *ratio* nella disparità delle parti nel processo amministrativo, ove l'amministrazione rivestirebbe una posizione agevolata rispetto al privato, potendo disporre dei documenti provanti i c.d. fatti secondari (a mezzo dei quali si giunge a quelli primari), e i poteri attribuiti al giudice avrebbero la finalità di riequilibrare tali mancanze. Tuttavia lo stesso, come verrà detto subito, non ritiene che tali poteri possano essere esercitati in modo indiscriminato, spettando alla parte ricorrente l'onere di (quantomeno) introdurre i fatti in giudizio. Tale teoria, divenuta nel tempo dominante, non ha mancato negli anni di suscitare dubbi e perplessità con particolare riguardo alla presunta disparità delle parti nel processo amministrativo. Già M. Nigro, *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, in *Foro it.*, 1967, 9 ss., spec. 15, citando lo stesso Benvenuti, affermava che «alcuni insistono sino ad un certo punto, con ragione, sulla necessità di riequilibrare mediante il processo l'ineguaglianza sostanziale delle parti», aggiungendo poco più avanti (18) che non è corretto porre aprioristicamente a carico del ricorrente l'onere del principio di prova. Vi è, infine, E. Picozza, voce *Processo Amministrativo (normativa)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 463 ss., spec. 492, che, sebbene concordi con Benvenuti sull'insussistenza dell'uguaglianza sostanziale delle parti nel processo amministrativo, ravvisa la *ratio* dei poteri istruttori nella reale necessità del mezzo istruttorio in ossequio, tra gli altri, al principio del libero convincimento del giudice che vige anche in tale processo. Sul medesimo tema C.E. Gallo, *La prova nel processo amministrativo*, Milano, 1994; R. Villata, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 195 ss.; G. Manfredi, *Il regime probatorio nel codice del processo amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2011, 473 ss.; Id., *Attualità e limiti del metodo acquisitivo nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 578 ss.

¹² Si veda F. Benvenuti, *L'istruzione*, 289 ss. Sull'onere del principio di prova si veda ancora F. Benvenuti, voce *Istruzione nel processo amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano, XXIII, 1973, 204, spec. 208. Conformemente V. Spagnuolo Vigorita, *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 7ss., spec. 10; M.A. Sandulli, *La consulenza tecnica*, cit., 3534.

¹³ I chiarimenti consisterebbero, infatti, in una richiesta scritta posta all'amministrazione e in una risposta resa nella medesima modalità: tuttavia la parte pubblica dovrebbe limitarsi a fornire un'interpretazione; se,

di carattere accertativo. Da una sommaria lettura dello scarno art. 44 T.U. C.d.S., si desume che l'esecuzione di quest'ultimo mezzo istruttorio potesse essere affidata anche all'amministrazione parte in causa e che le parti erano autorizzate ad assistervi e, eventualmente, a produrre documenti: ne deriva che, non essendo altresì disciplinato il tipo di attività che si poteva svolgere nell'ambito del mezzo istruttorio *de qua*, il giudice poteva prescrivere varie tipologie di accertamenti. In dottrina è stato sostenuto che le stesse potessero essere assimilate alle ispezioni dei luoghi oggetto del provvedimento contestato (ad esempio presso l'immobile di cui è stata ordinata l'espropriazione) o dei documenti presso l'amministrazione¹⁴. Per ciò che rileva ai fini del presente lavoro, va segnalato che all'appena menzionata ispezione dei luoghi poteva partecipare un organo tecnico dello Stato, in contraddittorio con le parti assistite dai propri consulenti i quali potevano proporre domande e quesiti¹⁵: è agevole rilevare come, pur se l'organo tecnico era pubblico, tra la verifica così intesa e la consulenza tecnica paiono esserci non poche somiglianze. La dimostrazione di un utilizzo distorto della verifica, viene anche dal fatto che, prima dell'introduzione della consulenza tecnica nel processo amministrativo¹⁶, la perizia veniva utilizzata per eseguire accertamenti mediante l'ausilio di un

al contrario, aggiungesse elementi ulteriori di carattere non meramente interpretativo vi sarebbe il rischio di un'integrazione della motivazione del provvedimento non ammessa in giudizio (Cons. Stato, VI, 24 novembre 2010, n. 8218 e Cons. Stato, VI, 24 marzo 2021, n. 2502). Sul controverso tema dell'integrazione della motivazione in giudizio si rinvia a M. Occhiena, *Il divieto di integrazione in giudizio della motivazione e il dovere di comunicazione dell'avvio dei procedimenti ad iniziativa di parte: argini a contenimento del sostanzialismo*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2003, 522 ss; G. Tropea, *La c.d. «motivazione successiva» tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo*; in *Dir. amm.*, 2003, 531 ss; G. Taccogna, *Giusto processo amministrativo e integrazione dell'atto impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 696 ss. In passato è stato sostenuto in dottrina che poteva giungersi allo stesso risultato mediante l'interrogatorio libero processualcivilistico, poi ammesso dall'odierno art. 63 c.p.a. Si veda in termini A.M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, in *Trattato del processo civile*, diretto da F. Carnelutti, Napoli, 1963, 384; V. Spagnuolo Vigorita, *Notazioni*, cit., 12 e per altri spunti di riflessione sul rapporto tra la richiesta di chiarimenti e l'interrogatorio libero si rinvia a G. Marchianò, *L'ampliamento dei mezzi di prova nel giudizio amministrativo di legittimità ex art. 16 della legge n. 10 del 1977*, in *R. trim.*, 1983, 126, spec. 141. Inoltre, non sempre è facile delimitare i confini della richiesta di documenti e di chiarimenti: questi ultimi, infatti, potrebbero richiedere una necessaria integrazione documentale, venendo così a confondersi con i primi. Così G. Abbamonte e R. Laschena, *L'istruttoria*, in *Aa.Vv.*, *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, II ed., XX, Padova, 2001, 359 ss.

¹⁴ Così A.M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato*, cit., 384; V. Spagnuolo Vigorita, *Notazioni*, cit., 13 ss., secondo cui l'ispezione documentale si differenzia dall'acquisizione di documenti per il fatto che nella prima possono essere visionati più documenti, mentre nel secondo può essere esaminato il solo documento oggetto dell'acquisizione.

¹⁵ Ancora V. Spagnuolo Vigorita, *Notazioni*, cit., 13 ss.

¹⁶ Si deve segnalare che prima dell'entrata in vigore della L. 205/2000 – la quale, come si dirà *infra*, sanciva l'utilizzo della c.t.u. nel giudizio di legittimità – le uniche perizie ammesse nel giudizio amministrativo erano quelle disciplinate dall'art. 27 del r.d. 642/1907, riservate (allora) alla sola sezione V del Consiglio di Stato. Tuttavia, tali perizie si differenziavano dalla consulenza tecnica poiché consistevano in documenti redatti senza l'intervento di un soggetto esperto (*rectius* di un consulente), così M.A. Sandulli, *La consulenza tecnica*, cit., 3545. Tuttavia, E. Picozza, voce *Processo Amministrativo (normativa)*, cit., 493, afferma che la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto di poter dedurre elementi di prova da verbali relativi a consulenze tecniche provenienti da un diverso giudizio ritenendo, quindi, ammesso l'uso delle prove atipiche anche nel processo amministrativo.

soggetto fornito delle particolari conoscenze scientifiche e tecniche, che operava alla stregua del consulente di cui al processo civile; la fungibilità di tali mezzi di accertamento era anche accentuata dalla relazione che doveva essere redatta al termine di entrambi¹⁷. Tuttavia, nei giudizi amministrativi la verifica non era utilizzata frequentemente a causa, secondo la dottrina, del suo «polimorfismo»¹⁸ e della possibilità che il suo svolgimento fosse affidato alla stessa amministrazione parte in causa, determinando così una situazione di imparzialità e disuguaglianza tra il ricorrente e il resistente¹⁹. Tale ritrosia affondava le proprie radici nella storica concezione del processo amministrativo inteso quale giudizio fondato sui due pilastri dell'azione di annullamento e della sindacabilità del solo atto o provvedimento: l'esame del fatto, mediante accertamenti di carattere tecnico, era vista dai più come un'indebita – oltre che preclusa nella giurisdizione di legittimità – intromissione del giudice nel merito dell'atto amministrativo²⁰.

Con il passare degli anni, ci si rese conto che nel caso in cui il provvedimento oggetto del giudizio fosse stato adottato mediante l'esercizio della c.d. discrezionalità tecnica, al giudice amministrativo era preclusa la completa conoscenza dei fatti e, conseguentemente, la disparità tra le parti si acuire e al privato non era garantita una tutela effettiva.

Ciò nonostante, l'introduzione della consulenza tecnica nel processo amministrativo fu attuata gradualmente con provvedimenti legislativi che ne hanno consentito la disposizione prima in via settoriale e, successivamente, a tutte le

Per ciò che concerne le prove atipiche prima del c.p.a., si veda G. D'Angelo, *Le prove atipiche nel processo amministrativo*, Napoli, 2008, mentre per quanto concerne il loro uso dopo l'entrata in vigore del c.p.a., si rinvia a P. Chirulli, *L'istruttoria*, in Aa.Vv., *Il nuovo processo amministrativo*, diretto da R. Caranta, Bologna, 2011, 550 ss.

¹⁷ Sui rilievi appena esposti si veda G. Marchianò, *L'ampliamento dei mezzi di prova*, cit., 151 ss. Sul fatto che le verificazioni fossero utilizzate alla stregua delle perizie si rinvia a A. Chizzini, *I poteri istruttori*, in Aa.Vv., *Il processo davanti al giudice amministrativo (commento sistematico alla L. 205/2000)*, B. Sassani e R. Vilata (a cura di), Torino, 2001, 256, nt. 89.

¹⁸ La calzante definizione è stata coniata da G. Abbamonte e R. Laschena, *L'istruttoria*, cit., 360.

¹⁹ Per quanto attiene all'imparzialità dell'amministrazione deputata alla verifica, si veda A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 280; G. Marchianò, *L'ampliamento dei mezzi di prova*, cit., 150. Secondo quest'ultima (152) e V. Spagnuolo Vigorita, *Notazioni*, cit., 13, la verifica può essere eseguita anche da un'altra amministrazione diversa da quella in giudizio.

²⁰ Per tali considerazioni si veda ancora G. Marchianò, *L'ampliamento dei mezzi di prova*, cit., 155 ss. In proposito pare opportuno rammentare che l'esame del fatto era consentito nella sola giurisdizione di merito ove, non a caso, disponeva di poteri istruttori più ampi. Questo perché, essendo quella effettuata dall'amministrazione una valutazione discrezionale, la norma giuridica alla base del provvedimento era di tipo indeterminato: ne consegue che il giudice per individuare il contenuto corretto di tale norma, doveva necessariamente conoscere il fatto. Così F. Benvenuti, *L'istruzione*, cit., 102 ss., nt. 57; Id., voce *Consiglio di Stato (competenza e giurisdizione)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 319, spec. 324. Tuttavia, le valutazioni discrezionali potevano astrattamente essere oggetto del giudizio di legittimità qualora sussumibili nel vizio dell'eccesso di potere, così come affermato dalla stessa Marchianò (132). In merito all'eccesso di potere in generale si rinvia a E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, XXIV ed., F. Fracchia (a cura di), Milano, 2022, 501 ss., che lo definisce come il risvolto patologico della discrezionalità.

materie di competenza del giudice amministrativo. Un apporto fondamentale in tal senso è giunto anche dalla giurisprudenza amministrativa e costituzionale.

Il primo intervento con il quale si introdusse la perizia nel giudizio amministrativo fu la L. 10/1977 (c.d. legge Bucalossi)²¹: a tale provvedimento va sicuramente riconosciuto il merito di aver fatto da apripista all'uso delle valutazioni tecniche nel processo; tuttavia va opportunamente segnalato che esso ne limitava l'uso alle sole controversie in materia edilizia e, per quanto attiene alle modalità di espletamento, rinviava in modo esplicito alle perizie di cui all'art. 27 del r.d. 642/1907 che, come è stato accennato in precedenza, erano diverse dalla c.t.u.²². In seguito, la sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 1989 operò una prima, seppur molto timida, apertura nei confronti dell'estensione dei mezzi probatori di cui al processo civile ordinario al processo amministrativo di legittimità, sottolineando, però, che questa doveva essere comunque introdotta mediante un provvedimento legislativo e soltanto ove vi fosse un reale pericolo di mancato soddisfacimento delle garanzie a tutela della parte nei confronti dell'amministrazione²³. Sempre con specifico riferimento alla c.t.u., l'art. 35 del successivo d.lgs. 80/1998 ne estendeva l'uso alle materie di giurisdizione esclusiva elencate agli articoli 33 e 34 del medesimo testo tra cui figuravano i pubblici servizi, la vigilanza sulle assicurazioni, i trasporti, le telecomunicazioni e i servizi di pubblica utilità²⁴.

²¹ In termini M.A. Sandulli, *La consulenza tecnica*, cit., 3539. Per un approfondimento sulla L. n. 10/1977 si rinvia a G. Marchianò, *L'ampliamento dei mezzi di prova*, cit.

²² *Supra* la nota 16.

²³ Così Corte cost. 18 maggio 1989, n. 251, in www.cortecostituzionale.it. Tale pronuncia afferma testualmente sul punto: «[d]i conseguenza, 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. Una volta assicurata questa garanzia, è in sede legislativa che si devono individuare i mezzi probatori adatti ad attuare tale tipo di sindacato, potendosi censurare la scelta del legislatore soltanto se risulti inidonea a garantire la tutela giurisdizionale (...)». La stessa Corte si mostrò in precedenza meno timida nell'estendere i mezzi istruttori di cui al processo ordinario al processo amministrativo in una materia di giurisdizione esclusiva quale quella del pubblico impiego (Corte cost. 23 aprile 1987, n. 146, ivi). I giudici costituzionali precisano a riguardo che nel caso della giurisdizione esclusiva il giudice amministrativo era chiamato a pronunciarsi su diritti soggettivi (al pari di quello ordinario) e, quindi, la disparità di trattamento risultava di palmare evidenza, mentre nel giudizio di legittimità sarebbe stato sufficiente il sindacato sul corretto esercizio del potere nell'ambito del procedimento amministrativo che ha dato origine all'atto. Tale ultimo aspetto offre la possibilità di fornire un rapido cenno al rapporto tra istruttoria procedimentale e processuale nel giudizio di legittimità: sebbene l'economia del presente lavoro non consenta di approfondire come si converrebbe, ci si limita a segnalare che in dottrina si è sostenuto che il giudice debba tenere conto di quanto accaduto nel procedimento e condurre l'istruttoria processuale quale completamento di quella procedimentale. Si veda sul punto M. Nigro, *Il giudice amministrativo «signore della prova»*, cit., 19; F. Benvenuti, voce *Processo amministrativo a) ragioni e struttura*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 454, spec. 463; V. Spagnuolo Vigorita, *Notazioni*, cit., 9.

²⁴ Su questo provvedimento si segnalano, *ex multis*, S. Cassese, *Verso la piena giurisdizione del giudice amministrativo: il nuovo corso della giustizia amministrativa italiana*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 1221 ss.; A. Travi, *Norme del d.lg. 31 marzo 1998, n. 80 che non si inseriscono nel d.lg. 3 febbraio 1993, n. 29*, in *NLCC*, 1999, 1511 ss.

Proseguendo ancora, uno snodo cruciale nel percorso che ha portato all'introduzione della consulenza tecnica nel giudizio di annullamento è rappresentato dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 601 del 1999, la quale ha affermato il sindacato da parte del giudice amministrativo (anche di legittimità) della discrezionalità tecnica: i giudici, in particolare, sancirono che la c.t.u. nelle materie di giurisdizione esclusiva «è strumentale al più completo accertamento del fatto, accertamento che [...] deve intendersi comune all'intera giurisdizione di legittimità»²⁵.

²⁵ Cons. Stato, IV, 9 aprile 1999, n. 601. In termini M.A. Sandulli, *La consulenza tecnica*, cit., 3537. A tal proposito, giova richiamare brevemente il percorso che ha portato a tale pronuncia cardine. Originariamente la discrezionalità tecnica, contrariamente alla discrezionalità amministrativa (c.d. pura) di cui si parlerà immediatamente di seguito, era ritenuta insindacabile dal giudice amministrativo. In seguito si sono formati due orientamenti contrastanti: il primo (ormai desueto) riteneva sindacabili le valutazioni tecniche soltanto sotto il punto di vista estrinseco, ossia alla loro manifesta illogicità o contraddittorietà; il secondo, maggioritario attualmente, sostiene che può essere oggetto del sindacato del giudice anche la correttezza delle nozioni tecniche e/o specialistiche utilizzate, propendendo per un sindacato intrinseco. Ciò nonostante, anche effettuando tale tipo di controllo, il giudice (di legittimità) qualora reputi errate dette nozioni non può sostituirsi o condannare l'amministrazione a emanare all'uso delle nozioni corrette, ma può soltanto annullare l'atto impugnato. Così T.A.R. Emilia Romagna, I, 15 ottobre 2020, n. 639; T.A.R. Toscana, II, 10 luglio 2017, n. 921; per il sindacato estrinseco si veda Cons. Stato, VI, 5 dicembre 2022, n. 10624, in *Foro amm.*, 2022, 1207, con nota di A. Persico. Per quanto concerne la dottrina si rinvia alla ricostruzione di A. Giusti, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 335 ss., anche per le recenti sentenze che hanno mostrato ulteriori aperture sul punto. Sulla discrezionalità tecnica si rinvia a C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 151 ss.; per ciò che attiene al sindacato del giudice si veda D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995. È opportuno, per completezza, fornire dei brevissimi cenni anche al sindacato della discrezionalità amministrativa. La sindacabilità di tale potere ad opera del giudice di legittimità è fondata sul fatto che lo stesso, sebbene attribuisca all'amministrazione un ampio margine di scelta, è limitato dal perseguimento dell'interesse pubblico sancito dalla legge di riferimento, attributiva dello stesso potere di valutazione discrezionale. In virtù di tale limite, dunque, il giudice amministrativo in sede di legittimità può sindacare l'atto adottato mediante, secondo consolidata dottrina e giurisprudenza (pur se si deve dar conto di un'autorevole eccezione costituita da M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 172 ss., secondo cui la discrezionalità possa essere sindacata anche tramite il vizio della violazione di legge scaturito dall'eventuale mancata tutela dell'interesse pubblico sancito dalla legge di riferimento), mediante il vizio dell'eccesso di potere nelle sue possibili manifestazioni, si veda Cons. Stato, IV, 11 gennaio 2018, n. 135; Cons. Stato, IV, 29 marzo 2021, n. 2629. Per maggiori approfondimenti in merito al percorso storico comparatistico che ha portato a tali considerazioni si rinvia a E. Presutti, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, IV, 1910, 10 ss.; M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit.; A. Piras, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 65 ss.; L. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, 28 ss.; per un confronto con la discrezionalità tecnica si veda ancora D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit. Per quanto attiene al sindacato della discrezionalità mediante il vizio dell'eccesso di potere si veda P. Gasparri, voce *Eccesso di potere*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 124, spec. 127 ss. Quest'ultimo chiarisce il fatto che l'eccesso di potere nell'ambito della scelta discrezionale debba intendersi «non in un errore di apprezzamento e quindi di scelta, ma nel fatto che il tipo di apprezzamento che si fa non è conforme al modello di apprezzamento che la legge vuole sia fatto; e conseguentemente la scelta non è, o almeno può presumersi che non sia corretta», delimitando, così, la portata del vizio dell'eccesso di potere (sindacabile) e la scelta di merito effettuata dall'amministrazione (insindacabile in sede di legittimità). Per una diversa prospettiva riguardo gli interessi pubblici intesi quale limite alla scelta discrezionale dell'amministrazione e sull'interpretazione in chiave normativa del vizio di eccesso di potere si rinvia a G. Coraggio, voce *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 130 ss., spec. 138 ss., secondo cui «affermare che la gestione della cosa pubblica deve essere volta alla realizzazione del pubblico interesse è cosa ben diversa dal garantire con idonei strumenti giuridici che si agisca in vista dello scopo fissato *ab externo*. Non a caso l'esercizio del pote-

Con l'entrata in vigore della L. n. 205/2000, il legislatore ha recepito sul punto l'orientamento del Consiglio di Stato, disponendo, con l'art. 16, l'inserimento nell'art. 44 del T.U. C.d.S. della consulenza tecnica tra i mezzi di prova di cui poteva avvalersi il giudice amministrativo: come segnalato dalla dottrina, a ciò consegue una «generalizzazione» dello strumento, fruibile tanto dal giudice che si pronuncia sulla legittimità, quanto sul merito o su diritti soggettivi²⁶.

La novità fu salutata con favore dalla prevalente dottrina. L'introduzione della c.t.u. nel giudizio di legittimità permette al giudice di avere una conoscenza più completa della causa o, comunque, lo rende edotto di alcuni aspetti della vicenda che non possono essere percepiti mediante la semplice lettura dell'atto amministrativo depositato, vuoi perché non esplicitati, vuoi perché il giudice non possiede le dovute competenze tecniche specifiche della materia oggetto dell'atto. In tale ultimo caso, la consulenza tecnica consente di acquisire in giudizio le nozioni tecniche proprie del caso specifico da un soggetto di riconosciuta preparazione, sì da permettere al giudice di esercitare con maggiore consapevolezza la propria funzione. Conseguentemente, egli può pronunciarsi sulla congruità e legittimità delle valutazioni di carattere puramente tecnico effettuate dall'amministrazione prima dell'emanazione dell'atto. In definitiva, come sostenuto dalla dottrina e giurisprudenza maggioritarie, la cognizione del giudice amministrativo, in tutti e tre i tipi di giurisdizione, non è più limitata al solo atto amministrativo, ma si estende anche al fatto che si pone quale suo presupposto²⁷.

re pubblico anche in epoche relativamente recenti – assolutismo illuminato, stato di polizia – è sempre apparso come una forza incontrollabile: esso era in fatto e, quel che interessa, in diritto, molto più assoluto della tanto decantata autonomia privata. Il sistema attuale, indubbiamente dominato dal controllo di eccesso di potere, si ricollega ad una data ben precisa, il 1889, e alla introduzione della giurisdizione di legittimità del Consiglio di Stato estesa appunto a tale vizio».

²⁶ M.A. Sandulli, *La consulenza tecnica d'ufficio*, cit., 3540. Per rilievi più ampi si rinvia a G. Perulli, *La consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo*, Padova, 2002.

²⁷ Su tale tematica si veda L. Migliorini, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, 1977, 6; già con riferimento alla L. 10/1977, G. Marchianò, *L'ampliamento dei mezzi di prova*, cit., 135 e V. Spagnuolo Vigorita, *Notazioni*, cit., 24. Per alcuni contributi successivi si rinvia a G. Perulli, *La consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo*, 1 ss.; M.A. Sandulli, *La consulenza tecnica*, cit., 3544. Sull'attuale valore del fatto nel processo amministrativo si rinvia a S. Lucattini, *Fatti e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 203 ss.; F.G. Scoca, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 1097 ss., spec. 1099. Si veda Cons. Stato, VI, 23 aprile 2022, n. 2199, secondo cui «A seguito del progressivo spostamento dell'oggetto del giudizio amministrativo dall'atto al rapporto controverso (pretesa fatta valere, secondo alcuni) deve ormai ritenersi superato quell'orientamento che negava al giudice amministrativo l'accesso diretto al fatto, salvo che gli elementi di fatto risultassero esclusi o sussistenti in base alle risultanze procedurali». La giurisprudenza più recente tende a garantire il pieno accesso al fatto al giudice, rimarcando il solo limite della discrezionalità pura: si veda, *ex multis*, Cons. Stato, V, 14 marzo 2023, n. 2671; T.A.R. Puglia, III, 27 gennaio 2023, n. 178.

2. *L'attuale disciplina di cui agli articoli 66 e 67 c.p.a. e le differenze tra i due mezzi istruttori*

I rapidi cenni appena svolti in merito all'evoluzione dell'istruttoria nel processo amministrativo risultano strettamente funzionali allo studio della stessa nella sua forma attuale, ossia dopo l'entrata in vigore, nel 2010, del Codice del processo amministrativo. Con la sistemazione e il riordino delle norme in materia di giustizia amministrativa effettuato con tale Codice, la verifica e la consulenza tecnica d'ufficio vengono, per la prima volta, disciplinate nello stesso *corpus* normativo distintamente, rispettivamente agli artt. 66 e 67. Appare, pertanto, utile ai fini del presente contributo esaminare separatamente i due mezzi istruttori per comprenderne le differenze e le eventuali analogie.

In primo luogo, occorre volgere lo sguardo agli articoli 19 e 20 c.p.a. che disciplinano le figure del verificatore e del consulente tecnico: è importante sottolineare che tali disposizioni sono collocate nel Capo VI, Titolo I, del c.p.a., rubricato «Ausiliari del giudice», ove è inserito anche il commissario *ad acta* e che tali soggetti, pertanto, svolgono un ruolo di mera assistenza nei confronti del magistrato²⁸. Prendendo le mosse dall'analisi della verifica, il comma secondo, ultimo alinea, dell'art. 19 sancisce che la stessa debba essere affidata ad un organismo pubblico, estraneo alle parti e dotato delle specifiche competenze tecniche richieste. È qui evidente il cambio di passo impresso dal legislatore: mentre in precedenza la verifica era affidata all'amministrazione, la quale poteva ben essere la stessa parte in causa, oggi il verificatore deve ugualmente essere un soggetto pubblico, ma imparziale. Ciò sicuramente giova ad una migliore attuazione del principio della parità delle parti in causa sancito dall'art. 111, co. II, Cost. e, come si è visto, di difficile attuazione nel processo amministrativo. Possono essere nominati consulenti tecnici, invece, i dipendenti pubblici, i professionisti iscritti agli appositi albi di cui all'art. 13 disp. att. c.p.c. ovvero altri soggetti a ciò competenti. Il successivo art. 20 c.p.a. sancisce l'obbligo per tali soggetti di prestare l'attività richiesta dal giudice potendo esserne esentati soltanto in presenza di giustificate ragioni; in mancanza di espresse disposizioni in merito di astensione e ricusazione – l'art. 20 cita soltanto nella rubrica la ricusazione e il 67, co. 2, con riferimento al consulente si limita a rimandare al termine sancito dall'ordi-

²⁸ La nozione ausiliari del giudice è stata mutuata dal Codice di procedura civile che al capo III del titolo I disciplina le figure «del consulente tecnico, del custode e degli altri ausiliari del giudice». In proposito – e contro un'estensione indiscriminata delle figure comprese nella dicitura *de qua* – la dottrina ritiene che l'ausiliario per essere definito tale deve aver previamente ricevuto un incarico giudiziario. Così C.M. De Marini, voce *Ausiliario del giudice*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1959, 308 ss. Tale funzione ausiliaria è chiaramente desumibile dal primo comma dell'art. 19 c.p.a. che afferma «Il giudice può farsi assistere, per il compimento di singoli atti o per tutto il processo, da uno o più verificatori, ovvero, se indispensabile, da uno o più consulenti». Il corsivo è aggiunto. Sull'indispensabilità, necessaria alla disposizione della c.t.u., si dirà meglio *infra*.

nanza che dispone il mezzo per presentare le istanze di astensione e ricusazione – si ritiene che sia applicabile la disciplina di cui agli artt. 63 ss. c.p.c. in forza del rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a. Infine, nel Codice è ravvisabile una lacuna poiché non vengono disciplinati i casi di sanzione e sostituzione del consulente²⁹.

Ai sensi dell'art. 63, co. 4, c.p.a., i presupposti per disporre la verifica così come della consulenza tecnica d'ufficio, che devono sempre essere disposte dal collegio³⁰, sono la necessità dell'accertamento dei fatti e l'acquisizione di valutazioni che richiedono conoscenze tecniche.

Qualora il giudice propenda per la verifica, secondo quanto sancito dall'art. 66 c.p.a., emana un'ordinanza con la quale nomina l'ente, formula i quesiti su cui questo deve pronunciarsi e fissa un termine entro il quale deve essere depositata la relazione conclusiva³¹. Lo stesso articolo disciplina, poi, le spese della procedura ponendole provvisoriamente a carico di una delle parti nelle more del giudizio e pronunciandosi definitivamente in proposito nella sentenza. È stato oggetto di numerose critiche il fatto che, contrariamente alla consulenza tecnica, il codice non preveda il contraddittorio tra l'organismo verificatore e le parti al momento dello svolgimento della verifica: alcuni precisano che in tal caso «il contraddittorio è meramente eventuale», posto che la parte, in sede di discussione può presentare memorie in merito alle risultanze della verifica³². Gli scritti difensivi cui la dottrina fa riferimento sono da ricondurre all'art. 73 c.p.a., ai sensi del quale le parti possono depositare documenti, memorie e repliche rispettivamente fino a quaranta, trenta e venti giorni liberi prima dell'udienza di discussio-

²⁹ Si veda P. Chirulli, *L'istruttoria*, cit., 546; precedentemente si è espressa negli stessi termini anche M.A. Sandulli, *La consulenza tecnica*, cit., 3555 nella vigenza della disciplina precedente ugualmente lacunosa. Per quanto concerne il termine «sostituzione», riportato dalle Autrici, pare ragionevole pensare che lo stesso si riferisca alla disciplina della ricusazione del consulente tecnico, disciplinata dal Codice di procedura civile all'art. 63 che, a sua volta, rinvia ai motivi di astensione previsti per il giudice (art. 51 c.p.c.). Ciò pare plausibile anche in forza di quanto affermato da M.A. Sandulli, ult. cit., ove richiama la possibilità di applicazione analogica delle norme del Codice di procedura civile: «Ulteriori aspetti di particolare rilievo, per l'assenza di una specifica disciplina e dunque per la connessa possibilità di applicare in via analogica le disposizioni del c.p.c., sono stati individuati: (a) nella possibilità di sostituzione del c.t.u.; (b) nella vigilanza del suo operato».

³⁰ Così A. Bruni, *Commento agli artt. 66-67 c.p.a.*, in Aa.Vv., *Codice del processo amministrativo*, a cura di M. Sanino, Torino, 2011, 291. Con riferimento alla c.t.u. si veda P. Lombardi, *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva "temperata"*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 85, spec. 95. Tuttavia, l'art. 65 c.p.a. ammette la possibilità che il presidente possa adottare, su istanza di parte, i provvedimenti ritenuti necessari ad assicurare una completa istruttoria.

³¹ Secondo A. Giusti, *Commento all'art. 66 c.p.a.*, in Aa.Vv., *Commentario al codice del processo amministrativo*, a cura di G. Falcon, F. Cortese, B. Marchetti, Padova, 2021, 623 ss, spec. 625, la *ratio* per cui i quesiti sono formulati dal giudice sia nella verifica che nella consulenza tecnica risiede nel fatto che entrambi i mezzi di prova sono soggetti al suo prudente apprezzamento.

³² Sul punto ancora A. Giusti, *Commento all'art. 66 c.p.a.*, cit., 626. Si veda Cons. Stato, III, 25 ottobre 2022, n. 9076 e gli altri riferimenti *ivi* contenuti. Sulla base di tale prassi giurisprudenziale, l'Autrice precisa che il verificatore non avrebbe alcun obbligo di trasmettere la relazione finale alle parti, essendo sufficiente il deposito.

ne³³. Ciò posto e considerando il fatto che, come ribadito in precedenza, il Codice non prevede espressamente il contraddittorio nell'ambito della verifica, occorre domandarsi se la medesima prerogativa è consentita anche nel caso in cui sia stata disposta la consulenza tecnica – ove, come si vedrà immediatamente di seguito, è previsto dall'art. 67 c.p.a. un puntuale scambio di osservazioni tra le parti e il consulente – nel caso in cui il professionista nominato dal giudice non abbia potuto attivare il contraddittorio scritto. Ebbene, malgrado la scarsa reperibilità di casistica in materia, la giurisprudenza ha ammesso il deposito tardivo della relazione del c.t.u. quale integrazione “esterna” delle memorie di parte e in via del tutto eccezionale, nell'unico caso in cui il consulente abbia depositato la relazione in prossimità della scadenza del termine assegnato – e, quindi, nel pieno rispetto dello stesso – non lasciando ulteriori margini di tempo alle parti per sottoporre le loro osservazioni sulle sue conclusioni³⁴. La giurisprudenza, dunque, pare ammettere uno strumento simile al contraddittorio eventuale sopra descritto per la verifica anche nell'ambito della c.t.u. pur se in termini maggiormente restrittivi, essendo già puntualmente disciplinato dal Codice lo scambio di osservazioni tra consulente e parti.

Nel caso in cui il giudice ne ravvisi l'indispensabilità, dispone con ordinanza la consulenza tecnica d'ufficio, secondo quanto sancito dall'art. 67 c.p.a. che ne disciplina la procedura. A mezzo di tale atto il giudice nomina il consulente, formula i quesiti da sottoporgli e fissa un termine entro cui tale soggetto deve presentarsi per assumere l'incarico e prestare giuramento³⁵. Come anticipato, durante l'espletamento della consulenza le parti hanno la possibilità di intervenire attivamente: il secondo comma dell'art. 67 prevede che queste possano nominare i loro consulenti e che il contraddittorio tra questi e l'incaricato dal giudice si possa svolgere tanto in forma orale quanto scritta. Nell'ambito della prima tipolo-

³³ Si veda in merito T.A.R. Umbria, I, 7 aprile 2015, n. 164, secondo cui «il contraddittorio tra verificatore e periti di parte ha mero carattere eventuale, potendosi ogni osservazione in merito alle operazioni e valutazioni effettuate in sede di verifica essere effettuata dalle parti tramite le memorie da prodursi in vista dell'udienza di discussione in merito, nel rispetto dei termini perentori di cui all'art. 73 c.p.a.». Ciò è possibile poiché, come già sottolineato in dottrina da M. Sinisi, *L'istruttoria: disponibilità, onere e valutazione delle prove*, in *Aa.Vv., Il nuovo processo amministrativo*, a cura di M.A. Sandulli, vol. II, Milano, 2013, 206, il processo amministrativo non ha una fase autonoma deputata esclusivamente allo svolgimento dell'attività istruttoria, né tantomeno è presente una figura con funzioni analoghe a quelle esercitate dal giudice istruttore nel processo civile. Da ciò deriva il fatto che le risultanze probatorie possono essere messe in discussione anche nella fase immediatamente precedente alla decisione.

³⁴ Si veda Cons. giust. amm. Sicilia, 17 febbraio 2017, n. 54, in *Foro amm.*, 2017, 336, di cui si riporta il passo per maggiore chiarezza: «Il deposito tardivo della consulenza tecnica, come integrazione “esterna” della memoria di parte, può eccezionalmente essere autorizzato per assicurare la replica “tecnica” rispetto ai contenuti di un elaborato peritale di parte prodotto nel rispetto dei termini ma in limine alla loro scadenza, quando ormai non vi sarebbe più margine temporale per una replica tempestiva».

³⁵ Il verificatore, a differenza del consulente, non è tenuto a prestare giuramento. La scelta legislativa di esentare il verificatore da tale incombenza è ritenuta ragionevole in considerazione della qualità di organismo pubblico, che già fa sì che il suo agire sia imparziale e orientato al perseguimento dell'interesse pubblico. Per la giurisprudenza sul punto si rinvia a M. Sinisi, *L'istruttoria: disponibilità, onere e valutazione delle prove*, cit., 208, nt. 2.

gia rientra la facoltà dei consulenti di parte di assistere e intervenire ai rilievi, di partecipare e prendere la parola nell'udienza camerale se autorizzato dal presidente; rientrano, invece, nel contraddittorio scritto il diritto a prendere visione della relazione del consulente prima del deposito con annessa facoltà di replicare a questa con osservazioni e conclusioni scritte, cui segue la risposta dell'incaricato³⁶.

In dottrina è diffuso l'orientamento secondo cui la consulenza tecnica non sarebbe del tutto classificabile quale mezzo di prova³⁷, poiché questa si limita a fornire al giudice competenze tecniche di cui egli non dispone e, quindi, non ha la finalità di provare direttamente il fatto³⁸. Tuttavia, è pacifico che vi sono alcuni casi ove la stessa valutazione tecnica è utilizzata come prova del fatto oggetto del giudizio assumendo, così, una valenza più pregnante: da tale assunto deriva la distinzione tra consulenza deducibile, qualora sia disposta per integrare le conoscenze del giudice, e percipiente nel caso in cui sia utilizzata quale mezzo di ricerca della prova. La giurisprudenza tiene conto di tali distinzioni, ma è granitica sul fatto che la c.t.u. non può avere una finalità esplorativa o, peggio, non può supplire alle carenze probatorie delle parti, ma soltanto quella di agevolare il giudice nella valutazione³⁹.

Tirando le fila del discorso sin qui esposto e fatta eccezione per le differenti modalità di esecuzione dei due mezzi, si può notare come entrambi vengano disposti nel caso in cui il giudice necessiti di competenze tecniche e che entrambi culminano con la stesura di una relazione finale. L'unico *discrimen* che il Codice pone nella scelta dei due mezzi è il requisito dell'indispensabilità della consulenza tecnica e da ciò si

³⁶ Il Codice ha cura di precisare che di tale scambio deve essere reso edotto anche l'organo giudicante al momento del deposito della relazione finale (art. 67, co. 2, lett. e), c.p.a.).

³⁷ Sebbene l'art. 63 c.p.a. utilizzi la dicitura «mezzi di prova», la dottrina maggioritaria ritiene che la consulenza tecnica d'ufficio non sia propriamente classificabile come tale in quanto fornisce al giudice conoscenze di tipo tecnico-specialistico di cui non può altrimenti disporre e, dunque, non è volta, come i canonici mezzi istruttori, all'accertamento di un fatto. Vedi G. Marchianò, *L'ampliamento dei mezzi di prova*, cit., 147; A. Chizzini, *I poteri istruttori*, cit., 255; M.A. Sandulli, *La consulenza tecnica*, cit., 3533.

³⁸ Giova in proposito un breve richiamo alle considerazioni, utili anche dal punto di vista della teoria generale del diritto, di D. Buoncristiani, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, Torino, 2001, 28 ss., secondo cui il giudice, nell'avvalersi dei mezzi istruttori d'ufficio non può infrangere il divieto di scienza privata. Più precisamente, egli deve attenersi a quanto allegato dalle parti, senza disporre eventuali mezzi istruttori d'ufficio al fine di trovare conferme in merito a fatti non oggetto del giudizio e frutto di una sua opinione personale sulla controversia: secondo l'Autore egli non può rendere giudiziale una conoscenza meramente privata. Tali considerazioni sono suscettibili di applicazione anche nel processo amministrativo e in accordo con la, già accennata (*supra* in nt. 11), teoria del principio di prova: il giudice, infatti, non può utilizzare i mezzi istruttori (*a fortiori* la c.t.u.) con finalità esplorative, ma soltanto disporli nell'ottica del completamento del principio di prova fornito dalla parte, evidentemente impossibilitata a fornire la prova, per così dire, "integrale" del fatto oggetto del giudizio, si veda in termini MA. Sandulli, *La consulenza tecnica*, cit., 3541.

³⁹ Oltre ai riferimenti di cui si è già dato conto, per tale distinzione nell'ambito dottrinale si rinvia a P. Chirulli, *L'istruttoria*, cit., 543, nt. 65; A. Giusti, *Commento all'art. 67 c.p.a.*, in Aa.Vv., *Commentario al codice del processo amministrativo*, a cura di G. Falcon, F. Cortese, B. Marchetti, Padova, 2021, 628. Si veda Cons. Stato, III, 25 luglio 2019, n. 5267; più recentemente conformi sul punto Cons. Stato, II, 9 dicembre 2022, n. 10807; Cons. Stato, II, 20 febbraio 2023, n. 1698; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, I, 26 gennaio 2023, n. 50.

desume la tendenza del legislatore a preferire la verificazione: entrambi i mezzi, quindi, hanno la medesima finalità⁴⁰, ma vengono posti su due piani diversi⁴¹.

3. *Il concetto di indispensabilità quale discrimen per la scelta tra i due mezzi istruttori: alcuni profili problematici*

Come anticipato, il Codice del processo amministrativo si limita a ribadire, prima nell'art. 19 e successivamente nel quarto comma dell'art. 63, che la c.t.u. può essere disposta soltanto ove risulti «indispensabile». La portata del concetto di indispensabilità non è precisata da alcuna fonte legislativa e, pertanto, il relativo giudizio in merito all'ammissione del mezzo istruttorio è interamente demandato alla discrezionalità del giudice.

Sebbene la giurisprudenza non fornisca una definizione di indispensabilità⁴², quest'ultima viene frequentemente associata dai giudici amministrativi alla distinzione tra verificazione e consulenza ideata dalla stessa ormai diverso tempo fa e di cui ancora fa larghissimo uso⁴³. Secondo l'orientamento ormai consolidato nella prassi dei Tribunali amministrativi regionali e del Consiglio di Stato, la verificazione avrebbe la sola finalità di acquisire accertamenti tecnici di natura non valutativa: l'organismo pubblico dovrebbe soltanto limitarsi a fornire dei chiarimenti di carattere puramente tecnico sull'*iter* procedimentale seguito dall'amministrazio-

⁴⁰ Si veda A. Travi, *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, in *Urb. e app.*, 1997, 1262, spec. 1266, secondo cui la verificazione e la c.t.u. possono avere lo stesso oggetto e P. Chirulli, *L'istruttoria*, cit., 544. In termini anche F.G. Scoca, *Commento all'art. 66 c.p.a.*, in *Aa.Vv.*, *Il processo amministrativo, commento al d.lgs. 104/2010*, a cura di A. Quaranta e V. Lopilato, Milano, 2011, 560.

⁴¹ Si registrano in proposito numerose critiche in dottrina su cui si vedano ancora P. Chirulli, *L'istruttoria*, cit., 544 e A. Giusti, *Commento all'art. 66 c.p.a.*, cit., 624, secondo cui il *favor* legislativo verso la verificazione trova spiegazione nella volontà di limitare il più possibile l'ingerenza del giudice nelle valutazioni proprie dell'amministrazione e, conseguentemente, nella discrezionalità tecnica della stessa anche se i limiti di sindacato su quest'ultima si sono notevolmente ampliati. Anche la giurisprudenza parla di «preferenza da parte del legislatore per la verificazione rispetto alla consulenza tecnica», così T.A.R. Lombardia, II, 31 gennaio 2019, n. 150; *ibidem* T.A.R. Piemonte, II, 19 maggio 2011, n. 491. Tale aspetto sarà meglio approfondito *infra*.

⁴² Al contrario, la giurisprudenza dà la definizione di «indispensabilità» della prova nel giudizio di appello di cui all'art. 104, co. 2, c.p.a., qualificando come tale il mezzo che «appa(re) dotat(o) di quella speciale efficacia dimostrativa che si traduce nella capacità di fornire un contributo decisivo all'accertamento della verità materiale, conducendo ad un esito, per così dire, "necessario" della controversia», così Cons. Stato, VI, 17 luglio 2018, n. 3435. Per questo e altri riferimenti giurisprudenziali si rinvia a Cons. Stato, VI, 24 maggio 2022, n. 4115. Sull'indispensabilità nel giudizio di appello si veda P. Lombardi, *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo*, cit., 97.

⁴³ È questa una delle numerose manifestazioni della forte influenza delle pronunce giurisprudenziali sul processo amministrativo. Sul ruolo creativo della giurisprudenza nella fase istruttoria del processo amministrativo si rinvia a C.E. Gallo, *La prova*, cit., 9 ss.; più in generale si veda sul punto F. Saitta, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023, 123 ss. In merito al fenomeno del creazionismo nel processo amministrativo si veda P. Portalauri, *Ascendenze del creazionismo giurisprudenziale e ricadute sul processo amministrativo: il controllabile paradigma dell'accesso al giudice*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 232 ss.

ne nell'emanazione dell'atto oggetto del giudizio, ma, beninteso, evitando qualsiasi tipo di valutazione soggettiva a riguardo. Al contrario, il consulente tecnico è chiamato a svolgere accertamenti di carattere, appunto, tecnico e, su tutto, deve fornire la sua personale valutazione sui quesiti che il giudice gli ha sottoposto. In tal caso l'elemento valutativo assume valenza preponderante arrivando ad essere la caratteristica principale – nonché il vero *discrimen* nei confronti della verifica – di tale mezzo istruttorio⁴⁴. La previsione del contraddittorio nel caso della sola consulenza e non in quello della verifica trova (*rectius* troverebbe) il suo fondamento nel fatto che una valutazione soggettiva, anche se effettuata da un esperto imparziale, è maggiormente opinabile rispetto ad un accertamento di carattere meramente oggettivo, quale può essere quello della verifica⁴⁵.

Se sotto il punto di vista concettuale la classificazione appena esposta appare indubabilmente chiara, la sua applicazione concreta nell'ambito della fase istruttorie suscita numerose perplessità: si sono verificati, infatti, dei contrasti sulla finalità dei due mezzi che hanno portato i giudici a ribadire perentoriamente la distinzione sopra citata e, inoltre, uno dei tratti distintivi tra la verifica e la c.t.u., quale il contraddittorio, talvolta è venuto meno.

L'esame di alcuni casi pratici aiuterà a chiarire meglio i termini della questione.

Per ciò che attiene alla finalità dei due mezzi istruttori, si annovera un caso in cui era stato dedotto l'uso distorto della verifica, poiché il soggetto pubblico aveva compiuto delle analisi di carattere peritale – dunque non meramente accertativo – su una pratica edilizia e, dato che la verifica secondo il ricorrente si era sostanzialmente trasformata in una consulenza tecnica, questa era viziata poiché era stata effettuata senza il contraddittorio⁴⁶. Rigettando tali motivi, i giudici di prime cure, citando il Consiglio di Stato, hanno sancito che «trattandosi in entrambi i casi di procedimenti cognitivi tecnici, analogamente alla consulenza tecnica la verifica può essere effettuata non solo per ricostruire fatti oggetto del potere amministrativo implicativi di discipline tecnico-specialistiche, ma anche per verificare se le valutazioni tecniche svolte dall'amministrazione risultino corrette e conformi ai

⁴⁴ Si veda, *ex plurimis*, Cons. Stato, IV, 8 marzo 2012, n. 1343; Cons. Stato, VI, 12 febbraio 2014, n. 682; Cons. Stato, VI, 5 gennaio 2015, n. 11; Cons. Stato, III, 25 giugno 2019, n. 4363; Cons. Stato, III, 25 marzo 2021, n. 2537; T.A.R. Lazio, III *quater*, 24 maggio 2021, n. 5971. In dottrina si veda C.E. Gallo, *La prova*, cit., 149, anche per riferimenti giurisprudenziale più risalenti. A. Travi, *Valutazioni*, cit., 1265, sottolinea che a tale distinzione elaborata dalla giurisprudenza si affianca la teoria di studiosi quali Benvenuti e Migliorini che ravvisano la differenza tra la verifica e la consulenza tecnica nelle diverse modalità di assunzione dei mezzi e dei soggetti chiamati a effettuare le operazioni. Si segnala che in dottrina, pur ribadendo la distinzione esposta nel testo, vi è chi ricollega l'indispensabilità all'onere della prova, affermando che un mezzo istruttorio è indispensabile quando la parte onerata è impossibilitata a produrlo ovvero ciò che ha prodotto, adempiendo all'onere, non è sufficiente, sul punto A. Bruni, *Commento agli artt. 66-67 c.p.a.*, cit., 291.

⁴⁵ Cons. Stato, III, 19 ottobre 2017, n. 4848, parla di «giudizio di risultato» per quanto concerne la verifica e di «giudizio di valore» per quanto attiene alla c.t.u., per cui solo alla seconda sarebbe riservata l'eventualità del contraddittorio. *Ibidem* Cons. Stato, III, 25 marzo 2021, n. 2530.

⁴⁶ T.A.R. Emilia Romagna, Parma, I, 20 aprile 2021, n. 101.

principi e dai canoni di tali discipline»⁴⁷. La verifica di cui si discorre pare involgere anche un'eventuale valutazione sul fatto da parte del verificatore, ammessa dalla dottrina e dalla stessa giurisprudenza, che va a collidere con la granitica distinzione sopra esposta che attribuisce al soggetto incaricato della verifica un compito meramente accertativo⁴⁸. La stessa pronuncia, in merito al rilievo del ricorrente sulla mancanza del contraddittorio, ha sancito che, nel caso di specie, i giudici non avevano disposto che la verifica si svolgesse con la partecipazione delle parti e che, pertanto, il ricorrente non aveva facoltà alcuna di sollevare tale eccezione⁴⁹.

Tale ultimo rilievo permette di indugiare su un ulteriore elemento, come già ribadito non presente nel Codice, ma di frequente uso nella prassi, ossia la previsione contenuta nell'ordinanza che dispone la verifica del contraddittorio tra le parti e il soggetto nominato. Sebbene alcune pronunce affermino che il contraddittorio nella verifica possa concernere i soli sviluppi e le risultanze della stessa⁵⁰, nei casi come analoghi a quello riportato in precedenza le modalità di espletamento del contraddittorio sono molto simili a quelle previste nella c.t.u. poiché le parti possono interloquire con il verificatore durante le operazioni e nominare dei propri consulenti⁵¹: in tal modo, si alimenta la confusione tra i due

⁴⁷ La sentenza citata è Cons. Stato, V, 7 giugno 2016, n. 2433. Per un caso pressoché analogo si veda Cons. Stato, V, 23 giugno 2011, n. 3807, 7.1.2.

⁴⁸ Sul fatto che le verificazioni possano concernere anche profili valutativi sui fatti si veda A. Travi, *Valutazioni*, cit., 1266. Di «attività valutativa del verificatore» discorrono anche le seguenti pronunce: Cons. Stato, II, 27 dicembre 2022, n. 11342; Cons. Stato, VI, 10 febbraio 2020, n. 1027.

⁴⁹ T.A.R. Emilia Romagna, Parma, cit., 3.2.3.2.2. Val la pena di sottolineare che lo stesso collegio ha rilevato ulteriormente che nel caso specifico il contraddittorio si era effettivamente svolto tra il verificatore e le parti al momento dell'ispezione nei luoghi, nonostante non fosse previsto nell'ordinanza.

⁵⁰ Cons. Stato, III, 25 marzo 2021, n. 2530, cit., 6, e le sentenze *ivi* riportate. Per alcuni casi ove il contraddittorio è stato previsto a mezzo dell'ordinanza che dispone il mezzo istruttorio si veda Cons. Stato, V, 24 ottobre 2022, n. 9043; T.A.R. Toscana, III, 5 gennaio 2022, n. 1; Cons. Stato, IV, 9 dicembre 2015, n. 5575. *Contra* T.A.R. Sicilia, Catania, IV, 11 maggio 2022, n. 1307; Cons. Stato, V, 4 febbraio 2015, n. 533, secondo cui la verifica non ammette il contraddittorio nella fase istruttoria, ma solo nella sua fase successiva. Si veda anche *supra* nt. 33 e 34.

⁵¹ Ancora T.A.R. Emilia Romagna, Parma, cit., 3.2.3.2.2; Cons. Stato, II, 30 settembre 2022, n. 8422, che consente, in primo luogo, alle parti in sede di verifica di nominare propri consulenti tecnici e, in secondo luogo, dispone il contraddittorio scritto tra questi e il consulente nominato dal giudice con la sola eccezione della replica alle osservazioni delle parti nella relazione finale, come dispone l'art. 67 c.p.a. per la consulenza; Cons. Stato, III, 30 settembre 2022, n. 8428, che, come la pronuncia citata in precedenza, consente alle parti in caso di verifica la nomina di propri consulenti, ma pur non disponendo il contraddittorio tra questi e l'amministrazione nominata, ne sancisce la rilevanza affermando che tale principio informa l'intero processo amministrativo. Più precisamente l'ordinanza da ultimo citata afferma, da un lato, che nella verifica non è previsto un obbligo cogente del contraddittorio come nella c.t.u. ma, dall'altro, secondo i giudici non sarebbe possibile escludere l'applicazione di un principio che permea l'intero processo amministrativo da un mezzo istruttorio come la verifica. Un'ulteriore perplessità che sorge dalla casistica citata concerne l'addebito delle spese che la parte deve sostenere per il proprio consulente: ai sensi dell'art. 66, co. 4, c.p.a. infatti, il giudice addebita provvisoriamente ad una delle parti il compenso spettante al verificatore per poi pronunciarsi sul punto in modo definitivo al termine del giudizio decidendo se addebitare le spese ancora ad una delle parti ovvero se compensarle. La parte potrebbe, quindi, trovarsi a dover sostenere le spese del verificatore e le ulteriori spese del proprio consulente, con un aggravio economico maggiore.

mezzi istruttori non soltanto sotto il punto di vista sostanziale – ossia sulle valutazioni che devono effettuare i soggetti incaricati – ma anche sotto quello meramente procedurale. Da quanto appena esposto si può dedurre che il *favor* nei confronti della verifica non è accordato soltanto dalla disciplina codicistica, ma anche dalla giurisprudenza che tende a disporla con maggiore facilità rispetto alla c.t.u. La ragione di tale preferenza è ravvisata da taluni, così come dalla stessa giurisprudenza, nella maggiore economicità della verifica, intesa tanto nella sua accezione puramente materiale (afferente al costo effettivo di espletamento del mezzo istruttorio) quanto in riferimento al principio di economia processuale, essendo caratterizzata da un procedimento più snello e meno formale⁵².

L'ultimo aspetto che resta da analizzare, a tal punto, è quello relativo al sindacato della discrezionalità tecnica che, secondo taluni, può essere effettuato solo mediante la c.t.u.⁵³.

Come già accennato, infatti, è opinione diffusa che il concetto di indispensabilità indichi al giudice un utilizzo parco di detto mezzo istruttorio onde evitare, per l'appunto, che lo stesso si ingerisca nelle valutazioni effettuate dall'amministrazione, pur se di carattere tecnico. Tale timore pare, in parte, infondato dato che il percorso giurisprudenziale, culminato con la sentenza del Consiglio di Stato n. 601 del 1999, ha portato alla sindacabilità delle valutazioni tecniche effettuate dall'amministrazione⁵⁴. Una previsione quale quella dell'indispensabi-

⁵² Per quanto attiene al discusso aspetto della maggiore economicità della verifica, si veda F.G. Scoica, *Commento all'art. 66 c.p.a.*, cit., 558 ss.; A. Chizzini, L. Bertonazzi, *L'istruttoria*, in Aa.Vv., *Il codice del processo amministrativo*, a cura di B. Sassani, R. Villata, Torino, 2012, 723, nt. 204; i quali parlano di «convincione della minore onerosità della verifica rispetto alla consulenza tecnica»; A. Police, *I mezzi di prova e l'attività istruttoria*, in Aa.Vv., *Diritto processuale amministrativo*, a cura di G.P. Cirillo, Torino, 2017, 399 ss, spec. 426, secondo cui «le verificazioni comportano costi tendenzialmente corrispondenti alle consulenze tecniche d'ufficio». Ai sensi dell'art. 66, co. 4, c.p.a., il quale si applica relativamente al primo e terzo periodo anche alla consulenza tecnica (art. 67, co. 5, c.p.a.), per determinare il compenso del verificatore si applicano le tariffe stabilite dal Testo Unico in materia di spese di giustizia (d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, mentre le tabelle dei compensi degli ausiliari del giudice sono contenute nell'art. 2 del d.m. 30 maggio 2002) o, se inferiori, quelle eventualmente stabilite per i servizi resi dall'organismo verificatore. Tuttavia, a seguito dell'abrogazione delle tariffe professionali di cui al d.l. 1/2012 i compensi dei professionisti per attività svolte nell'ambito del processo devono essere determinati mediante il sistema dei parametri introdotto successivamente (d.m. 140/2012): la giurisprudenza sul punto non è esattamente conforme in quanto sostiene che il sistema dei parametri non sia vincolante per il giudice, potendo egli determinare il compenso del verificatore in altro modo, sul punto si rinvia a Cons. Stato, V, 21 aprile 2015, n. 2015; A. Giusti, *Commento all'art. 66 c.p.a.*, cit., 626, per tali considerazioni e altra giurisprudenza sul punto. Concordando sul fatto che il sistema dei parametri non vincoli il giudice, ci si limita a sottolineare che le disposizioni in materia di compenso degli ausiliari del giudice di cui al Testo Unico spese di giustizia (Titolo VIII, artt. 49-57) risultano tuttora in vigore, così come le tabelle di cui all'art. 2 del d.m. 30 maggio 2002. Quanto al secondo aspetto citato, si veda T.A.R. Puglia, II, 22 gennaio 2015, n. 114, secondo cui la c.t.u. non è ammessa anche in ragione del principio di economia dei mezzi processuali. Per ulteriori considerazioni più ampie sul tema si rinvia a S. Lucattini, *Il giudice amministrativo alla prova dei fatti: una specialità di servizio*, in *Judicium.it*, 2017, 3 ss.

⁵³ *Supra* nt. 25.

⁵⁴ *Supra* ancora nt. 25. Va segnalata una recente apertura sul punto ad opera di Cons. Stato, VI, 15 luglio 2019, n. 4990, (c.d. caso *Avastin Lucentis*) che nella peculiare materia delle sanzioni comminate da autorità indipendenti, argomentando sulla base della giurisprudenza della Corte EDU reputa che il sindacato sulla discrezio-

lità finisce per limitare eccessivamente il sindacato del giudice sulle scelte di carattere tecnico⁵⁵ effettuate dall'amministrazione, incidendo inevitabilmente sull'effettività della tutela⁵⁶.

Va rilevato, d'altro canto, che l'ineffabile⁵⁷ concetto di indispensabilità presta il fianco ad un'ulteriore critica: la sua indeterminatezza, infatti, consente al giudice amministrativo una valutazione sull'ammissibilità della consulenza ovvero della verifica troppo ampia che potrebbe, anch'essa, andare a compromettere l'effettività della tutela⁵⁸.

Tale aspetto sarà oggetto di analisi nell'immediato prosieguo del lavoro.

4. *Riflessioni sulla discrezionalità del giudice amministrativo in merito alla scelta del mezzo istruttorio e ripercussioni pratiche*

L'ampio margine di discrezionalità del giudice amministrativo nella scelta dei mezzi di prova ha indotto la dottrina a dubitare della stessa teoria, ben nota e già richiamata, del Benvenuti secondo cui la fase istruttoria del processo amministrativo sarebbe retta dal principio dispositivo temperato dal metodo acquisitivo⁵⁹.

Nel caso della verifica e della consulenza tecnica, si è visto come il legislatore abbia lentamente introdotto il secondo mezzo istruttorio permettendo al giudice di conoscere la situazione di fatto sottesa al provvedimento oggetto del

nalità tecnica è stato superato a favore della *full jurisdiction*. Sul punto si rinvia a A. Giusti, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica?* cit., 352 ss., secondo cui: «La norma attributiva del potere sanzionatorio all'Authority, infatti, predetermina l'assetto degli interessi, pur integrando la descrizione della fattispecie astratta con elementi valutativi e complessi; l'esistenza di tale profilo valutativo non vale, di per sé, ad attrarli nella sfera del merito e sottrarli a quella del fatto: essi valgono come "fatto storico", accertabile in via diretta dal giudice e non come fatto "mediato dall'apprezzamento dell'autorità"», pur rimanendo il limite del sindacato sostitutivo nel caso in cui «l'attività integrativa del precetto risponde a una vera e propria valutazione discrezionale». Per un'altra recente pronuncia in materia di esaurimento della discrezionalità tecnica da parte dell'amministrazione e sindacato del giudice amministrativo si veda Cons. Stato, VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, con nota di S. Vaccari, *Il Consiglio di Stato e la "riduzione progressiva della discrezionalità". Verso un giudicato a "spettanza stabilizzata"?*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1171 ss.; per quanto concerne la discrezionalità si rinvia al commento di F. Caporale, *L'esaurimento della discrezionalità e le valutazioni tecniche dell'amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 499 ss.

⁵⁵ E tutto ciò si inserisce in un quadro di estrema incertezza dato che già la sola delimitazione dei margini di discrezionalità tecnica non è sempre agevole, ancora A. Travi, *Valutazioni*, cit., 1265 ss., secondo cui la nozione «discrezionalità tecnica» è apodittica e che sussiste la tendenza a ricomprendervi quante più valutazioni possibili, anche se puramente tecniche, per rendere la scelta insindacabile.

⁵⁶ Per i rilievi sulla compatibilità del sistema attuale con il principio del giusto processo si veda T.A.R. Emilia Romagna, I, 15 ottobre 2020, n. 639, cit.

⁵⁷ La condivisibile espressione è di F. Saitta, *Interprete senza partito*, cit. 283.

⁵⁸ Ancora F. Saitta, *Interprete senza partito*, cit., 283 ss.; P. Lombardi, *Riflessioni in tema di istruttoria*, cit., 96.

⁵⁹ F. Saitta, *Interprete senza partito*, cit., 267 ss. e la bibliografia *ivi* contenuta. Per altri interessanti rilievi in merito alla compatibilità della teoria del Benvenuti con l'attuale fase istruttoria del processo amministrativo si rinvia a G. Manfredi, *Attualità e limiti del metodo acquisitivo*, cit., 578 ss.

giudizio; da ciò deriva indubabilmente un notevole ampliamento della cognizione a lui riservata, non più limitata al solo provvedimento depositato in giudizio⁶⁰. Tuttavia, a seguito di tale estensione il legislatore ha preferito non porre dei requisiti più o meno stringenti per il suo utilizzo (come forse sarebbe stato opportuno), ma ne ha previsto l'utilizzo nel caso di indispensabilità⁶¹. Ora, sebbene non si dubiti del fatto che soltanto il giudice – e le parti che fanno richiesta dei mezzi istruttori negli atti di causa – conoscano meglio di chiunque altro i termini della controversia potendo scegliere, quindi, il mezzo più opportuno, e che il processo amministrativo sia caratterizzato da un'intrinseca disparità delle parti⁶² che chi giudica è chiamato a bilanciare, a parere di chi scrive non è possibile ritenere che il giudice è dotato in tali casi di un ampio margine di discrezionalità sino al punto da potergli permettere di disporre della verifica e della consulenza tecnica d'ufficio secondo canoni non previsti dal Codice.

Si considerino, a tal proposito, le differenze tra la verifica e la consulenza tecnica sopra esposte e le prassi dei tribunali amministrativi, che con l'ordinanza dispositiva della verifica prescrivono il contraddittorio e consentono persino la nomina di consulenti di parte che possono interloquire con l'amministrazione designata, determinando nei fatti una sovrapposizione ancora maggiore tra i due mezzi⁶³. Il giudice aggiunge un elemento alla verifica, il contraddittorio appunto, che il Codice non prevede e in tal modo crea un ulteriore mezzo istruttorio, molto simile alla consulenza tecnica, giovandosi del contraddittorio tipico di quest'ultima insieme alle minori formalità della verifica. Questa prassi parrebbe distante, a parere di chi scrive, dal fenomeno, del tutto ammissi-

⁶⁰ Nel processo civile, ove la cognizione del giudice è piena, vige il principio dispositivo nella sua accezione più marcata ed egli può ammettere i mezzi richiesti dalle parti con limitatissime possibilità di disporli d'ufficio (artt. 213, 415 ss. c.p.c.). Un'eccezione è contenuta nel processo del lavoro (artt. 409 ss. c.p.c.) ove il giudice ha più ampi poteri, anche qui finalizzati al riequilibrio delle parti del processo, seppure in un'accezione diversa rispetto al processo amministrativo, su cui si veda la nota successiva. L'art. 421 c.p.c. permette, infatti, al giudice di disporre d'ufficio e in qualsiasi momento l'ammissione di ogni mezzo di prova, eccetto il giuramento decisorio. Per quanto riguarda la disciplina del processo del lavoro si veda, *ex multis*, F.P. Luiso, *Il processo del lavoro*, Torino, 1992, 190 ss.; E. Vullo, *Il nuovo processo del lavoro*, Bologna, 2015, 261 ss. Per quanto concerne i poteri istruttori del giudice si veda C. Cecchella, *I poteri di iniziativa probatoria del giudice del lavoro*, in *Giust. civ.*, II, 1985, 65 ss. La dottrina amministrativistica non ha mancato di rilevare come tali poteri siano simili a quelli del giudice amministrativo, sul punto si veda F. Saitta, *Interprete senza partito*, cit., 269.

⁶¹ F. Saitta, *Interprete senza partito*, cit., 284, secondo cui il giudice avrebbe potuto utilizzare una formula più felice che tenesse conto anche degli obiettivi di tale mezzo istruttorio quali, per esempio, la diversità dei fatti da accertare e delle valutazioni tecniche da acquisire.

⁶² Per alcune considerazioni sulla peculiarità del principio della parità delle parti nel processo amministrativo si rinvia a G. Verde, *L'impianto del codice*, in Aa.Vv., *Il codice del processo amministrativo: dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo* (estratto), a cura di B. Sassani e R. Villata, Torino, 2012, 6 ss.

⁶³ Cons. Stato, V, 23 giugno 2011, n. 3807, cit., ammette anche che il verificatore possa avvalersi di un coadiutore durante le operazioni, al pari del consulente (si veda punto 7.1.2). Nel caso di specie, il verificatore era stato espressamente autorizzato. Dello stesso tenore è la già citata Cons. Stato, III, 30 settembre 2022, n. 8428 (*supra* nt. 52).

bile, del creazionismo giuridico cui si è accennato in precedenza⁶⁴ che è volto alla sola interpretazione innovativa delle norme sostanziali e processuali e non ad un loro uso frammentato e distorsivo rispetto alla lettera della legge⁶⁵.

Un altro elemento che potrebbe (e forse dovrebbe) limitare la discrezionalità del giudice deriva dall'acquisizione in giudizio degli atti relativi al procedimento amministrativo che ha dato luogo al provvedimento impugnato: da questi, infatti, potrebbe evincersi la partecipazione attiva del soggetto all'*iter* procedimentale⁶⁶ e, conseguentemente, un'attenuazione della posizione asimmetrica delle parti che giustifica i poteri istruttori del giudice⁶⁷.

In definitiva e alla luce delle considerazioni sopra esposte, parrebbe che le differenze tra i due istituti esaminati, già sfumate nel Codice del processo amministrativo, siano del tutto venute meno nel diritto vivente e che, quindi, dietro le nomenclature «Verificazione» e «Consulenza tecnica» si celi, a seconda dell'utilizzo fattone dal giudice, lo stesso mezzo istruttorio. Non risultano, infatti, esservi significative discrepanze tra i due istituti tanto sotto l'aspetto oggettivo, ossia del tipo di accertamento effettuato dal soggetto incaricato delle operazioni, quanto sotto l'aspetto soggettivo, dato che come già accennato ai sensi dell'art. 19, co. 2, c.p.a., anche la consulenza tecnica può essere affidata a dipendenti pubblici (così come la verificazione deve essere affidata ad un organismo pubblico)⁶⁸. Data la mancanza di una motivazione che giustifichi la contemporanea permanenza di due mezzi istruttori così simili all'interno della disciplina codicistica, è possibile ritenere che tale situazione di totale equivalenza venutasi a creare nella prassi dei giudizi amministrativi sia priva di ragionevolezza.

⁶⁴ *Supra* nt. 44.

⁶⁵ Secondo F. Saitta, *Interprete senza spartito*, cit., 506 ss., il giudice deve «rispettare le garanzie di un processo che si vuole predeterminato dalla legge evitando spazi incontrollabili di discrezionalità dell'organo decidente». Sebbene non se ne sia fatto cenno nel testo, tale prassi rischia di infrangere il principio del giusto processo regolato dalla legge dettato dall'art. 111, co. 1, Cost. Su tale ultimo aspetto si veda A. Proto Pisani, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 265 ss.; P. Pellegrinelli, voce *Giusto processo (civile)*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, Torino, 2007, 644 ss.; R. Donzelli, *Sul «giusto processo» civile «regolato dalla legge»*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 942 ss.

⁶⁶ Ne sono un esempio gli istituti di cui agli art. 10 *bis* e 14 ss. della L. 241/1990.

⁶⁷ Sulle possibili connessioni tra procedimento e processo si veda già M. Nigro, *Il giudice amministrativo «signore della prova»*, cit., 20; A. Pajno, *Riflessioni e suggestioni a proposito della legge 7 agosto 1990, n. 241 a due anni dalla sua entrata in vigore*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 658 ss., spec. 668, secondo cui la partecipazione della parte al procedimento ristabilirebbe la parità delle parti nella fase istruttorio del processo amministrativo, facendo venire meno il principio dispositivo con metodo acquisitivo; nel senso di un'attenuazione della disparità delle parti a seguito dell'entrata in vigore della L. 241/1990, si veda F. Saitta, *Il sistema probatorio del processo amministrativo dopo la legge n. 241 del 1990: spunti ricostruttivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 1 ss., spec. 25 ss.

⁶⁸ Secondo alcuni Autori, tuttavia, la differenza dei soggetti incaricati delle operazioni di verificazione e consulenza tecnica è l'unico tratto distintivo tra i due mezzi istruttori, posto che è ravvisabile dal comma secondo dell'art. 19 c.p.a. una preferenza per il soggetto pubblico scelto, nel caso della consulenza tecnica, non per la sua appartenenza all'ente pubblico, ma per le particolari competenze tecniche possedute. Per queste considerazioni, e per i riferimenti bibliografici *ivi* contenuti, si rinvia a M. Adorno, *La consulenza tecnica d'ufficio nel Codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 486 ss., spec. 515 ss.

Verificazione e consulenza tecnica d'ufficio: evoluzione e differenze

Lo scritto analizza gli istituti della verificazione e consulenza tecnica d'ufficio: prendendo le mosse dalla loro evoluzione storica, il lavoro si sofferma sulla disciplina attuale contenuta agli artt. 66 e 67 c.p.a. Ravvisate le differenze sotto il profilo meramente teorico e analizzato il concetto di "indispensabilità", unico *discrimen* dettato dal Codice tra i due mezzi istruttori, vengono riportati una serie di casi giurisprudenziali da cui si evince un utilizzo distorto della verificazione, seppur conforme alla disciplina codicistica: segnatamente, questa viene spesso disposta consentendo il contraddittorio tra le parti e la nomina di propri consulenti, trasformandola sostanzialmente in una c.t.u. Evidenziata la problematica lo scritto prova a reperirne le cause riscontrando, quindi, un eccessivo margine di discrezionalità del giudice che per ragioni di economia processuale preferisce disporre la verificazione. Il lavoro si conclude affermando l'irragionevole presenza di due mezzi istruttori così simili all'interno del medesimo *corpus* normativo.

Verification and ex officio technical consultancy: evolution and differences

The paper analyzes the institutes of verification and ex officio technical consultancy: starting from their historical evolution, the work dwells on the current discipline contained in Articles 66 and 67 c.p.a. Having reviewed the differences from a purely theoretical point of view and analyzed the concept of "indispensability," the only *discrimen* dictated by the Code between the two means of investigation, a series of case law is reported from which a distorted use of the verification, even though in accordance with the codified discipline, is evident: in particular, this is often ordered by allowing the contradictory between the parties and the appointment of its own consultants, transforming it substantially into a court-appointed expert witness. Having highlighted the problem, the paper tries to find its causes, finding, therefore, an excessive margin of discretion for the judge who, for reasons of procedural economy, prefers to order the verification. The paper concludes by affirming the unreasonable presence of two such similar means of inquiry within the same Code.