

I “poteri acquisitivi” del consulente tecnico: l’istruttoria processuale tra onere probatorio delle parti ed evoluzioni giurisprudenziali

Sommario: 1. Il provvedimento impugnato e il ricorso all’intervento del CTU. – 2. L’istruttoria nel processo amministrativo: una panoramica. – 3. (*segue*): la consulenza tecnica d’ufficio. – 4. L’acquisizione di documenti da parte del consulente tecnico oltre lo spirare dei termini: stravaganze giurisprudenziali e riconduzione ad unità – 5. Accesso al fatto del giudice amministrativo e consulenza tecnica: una prospettiva.

1. Che il consulente tecnico d’ufficio debba rispondere compiutamente ai quesiti postigli dal giudice è risaputo, ma il Consiglio di Stato, sulla scia di quanto stabilito da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹ e parzialmente ampliando le prerogative del consulente, ha ritenuto necessario precisare che all’attività del CTU non si applicano le preclusioni istruttorie esistenti a carico delle parti, potendo detto ausiliario del giudice acquisire tutti i documenti necessari per adempiere al compito per il quale è stato nominato, anche prescindendo dalle allegazioni già effettuate e dall’eventuale spirare dei termini.

La controversia è nata da un provvedimento con cui l’AGCM ha, tra l’altro, sanzionato una società a seguito dell’attuazione di pratiche commerciali scorrette in relazione al rilascio di *firmware* che, asseritamente, avrebbero accelerato l’invecchiamento chimico delle batterie dei dispositivi dalla stessa prodotti, omettendo inoltre di informare correttamente i consumatori riguardo alle caratteristiche delle batterie agli ioni di litio, il tutto al fine di attuare un “piano di obsolescenza programmata”². Di contro, la società sosteneva che l’istruttoria compiuta da parte dell’AGCM in sede di esercizio del potere sanzionatorio non fosse completa e che il provvedimento si basasse unicamente sul fatto, non dimostrato, che il nuovo *firmware* avrebbe determinato un invecchiamento precoce delle batterie e un aumento dei casi di *unexpected power-off*, ossia spegnimenti improvvisi dovuti al sovraccarico della batteria medesima³.

¹ Cass., sez. un., 1° febbraio 2022, n. 3086. A riguardo, si veda G. SATTÀ, *I poteri del CTU chiariti dalle Sezioni Unite*, in *Dirittoegustizia.it*, 23/2022, e, più in generale, S. PINI, *Verso un nuovo “statuto” del consulente tecnico d’ufficio?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, I, 327.

² AGCM, delibera n. 27365 del 25 settembre 2018.

³ La sussistenza degli effetti negativi sulle batterie dei dispositivi, infatti, costituirebbe “presupposto logico-fattuale” sul quale si basava tutto l’impianto sanzionatorio contenuto nel provvedimento impugnato.

Mentre nel giudizio di primo grado il Tar Lazio, Roma, Sez. I, 29 maggio 2020, n. 5736, aveva ritenuto legittimo il provvedimento impugnato sulla base di elementi indiziari quali le segnalazioni trasmesse dai consumatori e l'aumento delle richieste di assistenza avanzate nel periodo di tempo preso in considerazione, il Consiglio di Stato ha disposto l'assunzione di una consulenza tecnica al fine di verificare se l'invecchiamento delle batterie e gli spegnimenti improvvisi si fossero effettivamente verificati in correlazione al lancio del nuovo *firmware*.

Successivamente all'espletamento della consulenza, l'AGCM richiedeva al giudice di dichiarare la CTU "invalida o anche solo inutiliter data" poiché la stessa si sarebbe basata sulla relazione dei consulenti tecnici della società, ossia su documentazione che, secondo l'opinione dell'Autorità, non avrebbe potuto essere acquisita per la prima volta in appello ai sensi dell'art. 345, co. 3, c.p.c. Sul punto, il Consiglio di Stato ha quindi avuto modo di sottolineare non solo come le relazioni del CCTTPP depositate in sede di CTU in appello non siano qualificabili come "nuovi documenti" ai sensi dell'articolo 345 c.p.c., ma soprattutto come al consulente tecnico d'ufficio non si applichino le decadenze e le preclusioni istruttorie esistenti nei confronti delle parti, potendo egli acquisire tutti i documenti necessari per formulare la sua relazione in risposta ai quesiti del giudice.

2. Per comprendere esattamente i riflessi che il principio enunciato dal Consiglio di Stato potrà avere, occorre anzitutto soffermarsi ad analizzare le particolarità della fase istruttoria nell'ambito del processo amministrativo.

Come ampiamente noto, il processo amministrativo è retto dal cd. sistema dispositivo con metodo acquisitivo⁴, che fa sorgere, in capo al ricorrente, la necessità di soddisfare un vero e proprio onere della prova⁵, comunque mitigato in considerazione del fatto che la Pubblica Amministrazione, quale controparte, non opera quasi mai in regime di pariteticità ed è, spesso, in possesso di tutti quegli elementi di fatto che hanno fondato il

⁴ Sul tema si vedano, ad esempio, P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1982, 331 e M. NIGRO, *Il giudice amministrativo signore della prova*, in *Foro it.*, 1967, 232. Per un approfondimento sull'intreccio tra principio dispositivo e poteri officiosi del giudice si veda G. PESCE, *Poteri istruttori e mezzi di prova nel processo amministrativo*, Milano, 2003, 29 ss.

⁵ Tale onere assolve a differenti funzioni, tra le quali figura quella cd. "impulsiva" in relazione ai poteri officiosi del giudice dei quali si dirà a breve; sul punto, R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Id.*, *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 751.

suo agire e che costituiscono, dunque, il sostrato del giudizio⁶. Ciò considerato, il ricorrente si ritrova frequentemente a non essere in possesso del materiale probatorio necessario⁷; dunque, egli, pur non godendo di un pieno esonero rispetto all'osservanza dell'onere di allegazione, è tenuto a fornire, quantomeno, un principio di prova relativamente ai fatti affermati⁸, legittimando così l'utilizzo da parte del giudice dei propri poteri officiosi in modo da integrare⁹, sul piano probatorio, le risultanze fornite dal ricorrente¹⁰.

Questa impostazione è confermata dalla disciplina codicistica che, dopo aver elencato i mezzi di prova ammissibili all'art. 63, all'art. 64, co. 1, stabilisce un onere della prova in capo al privato ristretto unicamente a quegli elementi che si trovino nella sua disponibilità¹¹, permettendo al giudice di intervenire per l'assunzione di quanto si trovi al di fuori di tale sfera¹² e concedendogli, a tal riguardo, un certo grado di discrezionalità.

⁶ N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Napoli, 2021, 346.

⁷ Tar Lazio, Roma, sez. II quater, 17 gennaio 2008, n. 249; 24 aprile 2008, n. 3541. Secondo la visione più tradizionale, le parti si troverebbero in una posizione di non equivalenza tale per cui al privato risulta difficile, se non in alcuni casi direttamente impossibile, procurarsi il materiale probatorio necessario per agire in giudizio; cfr. F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 259.

⁸ Cons. Stato, sez. V, 7 ottobre 2009, n. 6118. Il "principio di prova" che il privato deve fornire deve essere sufficientemente preciso da far risaltare un'attendibile ricostruzione dei fatti e non può, pertanto, limitarsi a censure generiche o fondate su supposizioni. Sul punto, P. LOMBARDI, *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva "temperata"*, in questa *Rivista*, 2016, I, 107 ss. e giurisprudenza ivi citata.

⁹ Così il giudice ha il potere di far ricadere l'incombente istruttorio sull'amministrazione, essendo quest'ultima la parte che può meglio adempiervi. Cfr. G. MANGIALARDI, *L'onere della prova nel processo amministrativo*, in *Urb. app.*, 2009, 535.

¹⁰ Nello specifico, la giurisprudenza richiede che il privato alleghi elementi consistenti in relazione ai fatti denunciati; così Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2013, n. 4880. Sul punto, si veda G. MANFREDI, *Attualità e limiti del metodo acquisitivo nel processo amministrativo*, in questa *Rivista*, 2020, III, 584 ss. Nonostante la locuzione "principio di prova" sia utilizzata da lungo tempo nell'ambito del processo amministrativo, non si può trascurare il fatto che assolvere all'onere di fornire un principio di prova si traduce solamente nell'allegazione in giudizio dei fatti principali e secondari così da poter dare impulso ai poteri acquisitivo-istruttori del giudice; così L. BERTONAZZI, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano, 2005, 609-610. Secondo l'autore, infatti, mentre l'adempimento all'onere del principio di prova è condizione necessaria per l'esercizio dei poteri del giudice, l'onere della prova costituisce il più rilevante presupposto per ottenere una sentenza favorevole.

¹¹ La dottrina ha avuto modo di precisare come questa "disponibilità" debba essere interpretata alla luce del principio di vicinanza della prova. Sul punto, ad esempio, F. SAITTA, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 911. In questo senso, l'onere della prova in capo alla parte privata si tradurrebbe nella necessità di produrre in giudizio le prove precostituite di cui abbia la disponibilità materiale; sul punto, e più in generale sul concetto di vicinanza alla prova come inteso dall'art. 64 c.p.a., si veda A. CHIZZINI - L. BERTONAZZI, *L'istruttoria*, in B. SASSANI - R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 679-683.

¹² L'applicazione di questo concetto è mediata dalla valutazione del giudice che deve considerare se, nel caso concreto, la parte abbia realmente fatto quanto in suo potere; cfr. N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, cit., 349.

In sostanza, sarebbe possibile derogare parzialmente all'onere probatorio del privato solamente qualora determinati elementi siano al di fuori della sua disponibilità, senza però derogare alla regola generale dell'onere della prova per la decisione circa i fatti incerti¹³; l'art. 64, co. 1, sarebbe dunque da considerarsi mirato ad individuare in negativo il potere acquisitivo del giudice amministrativo, che rimane meramente residuale, e non ad individuare in positivo la portata dell'onere probatorio delle parti¹⁴.

A tal riguardo, la dottrina ha sottolineato come non sia inverosimile che, nell'esercizio della propria discrezionalità, il giudice possa finire per attribuire un *favor* alle prove che ha ricercato e acquisito d'ufficio rispetto a quelle che sono state ritualmente introdotte dalle parti¹⁵, a meno che non si sostenga che il giudice sia in grado di adottare uno schema mentale di "censure e riserve" che pare evidentemente poco percorribile; questa preoccupazione risulta oltremodo pertinente qualora l'eccessiva discrezionalità possa tradursi in un'eterogenesi dei fini¹⁶, posto che la stessa ben potrebbe comportare un ingiusto vantaggio per la parte pubblica¹⁷.

Un argine a queste potenziali derive può essere sicuramente riscontrato nel generale principio di legalità, applicabile anche in relazione al potere giudiziario in ragione del disposto dell'art. 111 Cost.¹⁸, a norma del quale "la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge", che, pur in assenza di specifici parametri fissati da parte del legislatore, permette di legare l'esercizio dei poteri officiosi del giudice a precisi presupposti¹⁹. Il richiamato art. 111 Cost. fornisce inoltre delle importanti direttive in tema di esercizio di tali poteri²⁰: il giudice, infatti, non potrebbe utilizzare i propri poteri

¹³ N. DI MODUGNO, *La prova*, in B. SASSANI - R. VILLATA, *Il codice del processo amministrativo*, cit., 596-597.

¹⁴ Tale principio è stato espresso a più riprese da parte della giurisprudenza successivamente all'emanazione del Codice del processo amministrativo; cfr., ad esempio, Tar Sicilia, Catania, sez. I, 1° agosto 2011, n. 2044, Tar Campania, Napoli, sez. V, 3 settembre 2013, n. 4143, Cons. Stato, sez. III, 3 luglio 2013, n. 3571 e Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 16 maggio 2014, n. 1369.

¹⁵ B. CAVALLONE, *Crisi delle Maximen e disciplina dell'istruzione probatoria*, in ID., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, 307-308.

¹⁶ G. MANFREDI, *Attualità e limiti del metodo acquisitivo nel processo amministrativo*, cit., 599.

¹⁷ Cfr. F. VOLPE, *Spunti di giustapposizione tra il sistema processuale italiano e quello tedesco*, in materia di poteri d'ufficio del giudice amministrativo, in *Annuario AIPDA 2012. Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo*, Napoli, 2012, 165 ss.

¹⁸ G. MANFREDI, *Attualità e limiti del metodo acquisitivo nel processo amministrativo*, cit., 600.

¹⁹ A. PROTO PISANI, *Relazione conclusiva*, in M. G. CIVINI - C. M. VERARDI (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, Milano, 2001, 322.

²⁰ Così R. BRIANI, *L'istruzione probatoria nel processo amministrativo. Una lettura alla luce dell'art. 111 della Costituzione*, Milano, 2013, 232. Secondo l'autrice a seguito di una siffatta rilettura i poteri istruttori del giudice amministrativo risulterebbero del tutto sovrapponibili a quelli del giudice civile; cfr. G. MANFREDI, *Attualità e limiti del metodo acquisitivo nel processo amministrativo*, cit., 593.

d'ufficio al fine di colmare le carenze difensive della parte pubblica, poiché altrimenti violerebbe il principio di parità delle parti di cui all'art. 2 c.p.a., che discende direttamente dal comma 2 della citata disposizione costituzionale²¹.

In ogni caso, la giurisprudenza ha avuto modo di confermare che il giudice non può attivare i suoi poteri officiosi nel caso in cui la parte avrebbe potuto provvedere alle proprie incombenze istruttorie utilizzando diligentemente tutti i rimedi che la legge prevede²², come nel caso dell'esercizio del diritto d'accesso²³. Considerati, tuttavia, i termini decadenziali strettissimi che sono imposti al privato per poter impugnare i provvedimenti²⁴, specialmente nell'ambito dei contratti pubblici che costituiscono ad oggi gran parte del contenzioso dinnanzi al giudice amministrativo, sarebbe assurdo pretendere che

²¹ Cfr. C. cost., 29 marzo 2007, n. 109. La Corte ha confermato una tale impostazione nell'ambito del processo tributario ma, evidentemente, le stesse conclusioni possono essere traslate anche sul piano del processo amministrativo. Cfr. N. DI MODUGNO, *La prova*, cit., 597.

²² Cfr. Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 1° dicembre 2010, n. 26440, con commento di E. GAZ, *Sui poteri istruttori del giudice amministrativo dopo il codice (commento a T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII, sentenza 1° dicembre 2010, n. 26440)*, in *Lexitalia.it*, 12/2010. Questa ricostruzione risulta tanto più rilevante se si considera che in passato i privati non avevano la facoltà di accedere agli atti e ai documenti della PA come avviene oggi; esisteva infatti un segreto d'ufficio generalizzato con norme dai contorni non precisamente definiti che rendeva realmente difficoltoso l'accesso dei privati alla documentazione loro utile per potersi tutelare pienamente in sede giurisdizionale; cfr. L. MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, 1977, 36 ss.

²³ Con l'introduzione del diritto d'accesso ad opera della legge 7 agosto 1990, n. 241, il privato ha acquisito la possibilità di conoscere più approfonditamente l'azione dell'Amministrazione e, conseguentemente, di raccogliere gli elementi di fatto utili al fine di proporre le proprie domande dinnanzi al giudice amministrativo; a tal riguardo vi è stato chi ha ipotizzato l'esistenza di uno specifico onere in capo al ricorrente, ossia quello di utilizzare gli strumenti fornitigli dall'ordinamento al fine di formulare domande articolate e sufficientemente documentate. Così G. VIRGA, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, Milano, 1991, 4 ss. L'autore sottolinea come, all'inizio degli anni '90 del secolo scorso, i privati si trovassero costretti a proporre dei ricorsi "al buio" contro provvedimenti di cui ignoravano pressoché totalmente il contenuto, specialmente a causa del breve termine per l'impugnazione. Secondo l'autore, le norme sull'accesso avrebbero potuto risolvere tale problema poiché, pur essendo le stesse dirette a consentire la partecipazione dei privati nell'ambito del procedimento amministrativo, assolvono anche alla funzione di legittimare un controllo sull'attività della PA, assumendo quindi sia una funzione procedimentale, sia una funzione processuale. Con riferimento al diritto d'accesso in relazione all'onere di allegazione delle parti, si vedano anche F. FIGORILLI, *Alcune osservazioni sui profili sostanziali e processuali del diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in questa *Rivista*, 1994, 277, F. SAITTA, *Il sistema probatorio del processo amministrativo dopo la l. n. 241 del 1990: spunti ricostruttivi*, in questa *Rivista*, 1996, 1 e, più recentemente, ID., *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, I, 93.

²⁴ Sul punto occorre sempre considerare che, secondo un criticabile orientamento giurisprudenziale in tema di piena conoscenza, i termini per l'impugnazione iniziano a decorrere dal momento in cui il ricorrente abbia una conoscenza anche solo generica ed indiretta del provvedimento. Per un approfondimento sul punto si vedano M. RAMAJOLI, *Riflessioni critiche sulla ragionevolezza della disciplina dei termini per ricorrere nel processo amministrativo*, in *Federalismi.it*, 17/2018, 20 ss. e F. SAITTA, *Piena conoscenza e motivazione del provvedimento amministrativo: per il diritto del cittadino di esperire consapevolmente l'eventuale azione di annullamento*, in *Judicium.it*, 3/2018. Per un'analisi approfondita in tema di termini decadenziali si veda A. MARRA, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Milano, 2012.

il privato, in tale breve lasso di tempo, oltre che redigere il ricorso debba anche acquisire tutte le prove documentali all'uopo necessarie²⁵.

L'assetto non del tutto lineare che l'istruttoria nel processo amministrativo assume viene ricondotto, prevalentemente, ad una "inerzia culturale" che ha portato il legislatore a reiterare, nell'introduzione del c.p.a., ciò che costituiva in gran parte l'assetto originale del processo di legittimità²⁶.

Indipendentemente da tali valutazioni, risulta comunque evidente come, nel caso in cui la decisione della Pubblica Amministrazione sia caratterizzata da profili di elevata complessità tecnica, il privato debba necessariamente misurarsi con la dimensione dell'istruttoria in sede processuale, specialmente in relazione all'ammissione di una verifica o di una consulenza tecnica. A tal proposito, infatti, anche qualora il privato decidesse di attivarsi autonomamente richiedendo una perizia tecnica prima della proposizione del ricorso, la stessa avrebbe unicamente la valenza di prova indiziaria all'interno del processo e verrebbe, pertanto, rimessa all'apprezzamento discrezionale del giudice²⁷.

3. In linea generale, si può affermare che la consulenza tecnica non dovrebbe essere considerata propriamente un mezzo di prova poiché la stessa non assolve alla funzione di formare il convincimento del giudice ma, piuttosto, serve ad integrare la conoscenza dello stesso con cognizioni tecniche che, di regola, gli sono estranee²⁸. In questo ambito, l'apporto fornito dal consulente si colloca dopo la conoscenza dei fatti, ma necessariamente prima della decisione²⁹, con l'obiettivo di fornire al giudice delle "regole

²⁵ G. MANFREDI, *Attualità e limiti del metodo acquisitivo nel processo amministrativo*, cit., 589. A tal riguardo si può comunque evidenziare che il nuovo Codice dei contratti pubblici, all'art. 36, ha compiuto un notevole passo in avanti rispetto alla disciplina previgente in materia di accesso, stabilendo che "l'offerta dell'operatore economico risultato aggiudicatario, i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all'aggiudicazione sono resi disponibili, attraverso la piattaforma di approvvigionamento digitale [...] a tutti i candidati e offerenti non definitivamente esclusi contestualmente alla comunicazione digitale dell'aggiudicazione", consentendo dunque ai privati di prendere agevolmente visione dei documenti utili per proporre eventuale ricorso.

²⁶ Così A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2023, 278.

²⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. II, 3 giugno 2020, n. 3485, Tar Lazio, Roma, sez. III, 2 maggio 2020, n. 4551 e Cons. Stato, sez. IV, 31 agosto 2018, n. 5128. Il giudice, in tal caso, non è comunque obbligato a tener conto della perizia eventualmente prodotta, come avviene per ogni documento proveniente da un terzo.

²⁸ C. MANDRIOLI - A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo ordinario di cognizione*, cit., 188. Nell'ambito del processo amministrativo, si veda R. DE NICTOLIS, *L'istruttoria*, in F. CARINGELLA - R. DE NICTOLIS - R. GIOVAGNOLI - V. POLI (a cura di), *Manuale di giustizia amministrativa*, Roma, 2008, 170 ss.

²⁹ L'ambito di attività del consulente, difatti, si esaurisce con l'inizio della valutazione degli atti di causa dal punto di vista giuridico, compito spettante in via esclusiva al giudice. Cfr. E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile: principi*, Milano, 2021, 274 ss.

di esperienza organizzata” grazie alle quali il fatto assume un significato che, sulla base della mera acquisizione probatoria, potrebbe non risaltare³⁰. In casi particolari, la consulenza tecnica può essere utilizzata per acquisire la conoscenza di fatti rispetto a cui sia necessaria una determinata preparazione specialistica, sempre che si tratti di fatti ritualmente allegati dalle parti: è il caso della cd. consulenza *percipiente*³¹.

La funzione di “integrazione istruttoria” svolta dal consulente è variabile in ragione delle circostanze del caso concreto: il consulente potrebbe essere chiamato a fornire al giudice i chiarimenti tecnici necessari, ad illustrare regole d’esperienza o tecnico-scientifiche, o, ancora, a compiere valutazioni di stampo tecnico in relazione a quanto già acquisito ai fini della decisione³².

Nell’ambito del processo amministrativo, lo strumento della consulenza tecnica ha subito una rapida evoluzione sin dalla sua introduzione generalizzata con la legge 21 luglio 2000, n. 205. Ben prima dell’avvento del Codice del processo amministrativo, la sentenza Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601³³, ha ammesso la sindacabilità dei provvedimenti connotati da profili tecnico-discrezionali e ha dunque fatto sorgere la necessità di ampliare il novero dei mezzi istruttori allora previsti³⁴. A tale spinta giurisprudenziale si ricollegava anche il fatto che, essendo – prima del 2000 – la CTU ammissibile solamente nei giudizi in materia di pubblico impiego³⁵ e in alcuni casi di giurisdizione esclusiva³⁶, era difficilmente giustificabile, specialmente sotto l’aspetto della legittimità

³⁰ Così G. FRANCHI, *La perizia civile*, Padova, 1959, 62. Secondo C. DONES, *Struttura e funzione della consulenza tecnica*, Milano, 1962, 107, la consulenza tecnica sarebbe quindi uno strumento di “eterointegrazione della conoscenza specialistica del giudice”.

³¹ Diverse sentenze ammettono questa possibilità, ad esempio, Cass., sez. I, 4 gennaio 2017, n. 96; sez. II, 21 gennaio 2014, n. 1181; in relazione al processo amministrativo si veda Cons. Stato, sez. II, 12 marzo 2020, n. 1768 e Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 12 luglio 2002, n.928. Sul punto, si veda anche L. P. COMOGLIO, *L’utilizzazione processuale del sapere extragiuridico nella prospettiva comparatistica*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 1155 e 1159.

³² E. CARACCILO LA GROTTIERA, *La consulenza tecnica d’ufficio e il sindacato del giudice amministrativo*, Napoli, 2008, 150.

³³ Si veda anche il commento di M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in questa *Rivista*, 2000, I, 182 ss. Sul tema del sindacato sulla discrezionalità cfr. anche L. GALLI, *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: pienezza e bilanciamento del controllo*, *ivi*, 2014, IV, 1359 ss.

³⁴ Sulla necessità di un ripensamento dei mezzi istruttori si vedano, tra gli altri, F. P. LUISO, *Il principio del contraddittorio e l’istruttoria nel processo amministrativo e tributario*, in questa *Rivista*, 2000, II, 328, A. TRAVI, *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, in *Urb. app.*, 1997, 1263 ss. e L. R. PERFETTI, *Il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 1997, 1727 ss.

³⁵ In questo ambito, lo strumento della CTU è stato ammesso a seguito dell’estensione operata dalla sentenza della C. cost., 23 aprile 1987, n. 146.

³⁶ Ci si riferisce ai casi di cui agli artt. 33 e 34 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 sulla base della disciplina di cui all’art. 35, co. 3, del medesimo decreto.

costituzionale³⁷, che la stessa non fosse ammissibile anche in tutti gli altri casi di giurisdizione esclusiva e, comunque, nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità³⁸.

La dottrina ha sempre considerato la CTU come un mezzo utile al fine di superare la ricostruzione del fatto così come operata dall'amministrazione, riuscendo ad analizzare in profondità l'ambito fattuale della decisione amministrativa³⁹. L'introduzione di un tale mezzo quale strumento di ausilio per il giudice amministrativo risponde all'esigenza di un sindacato sul fatto che possa realmente disancorarsi dalla ricostruzione già effettuata dall'amministrazione in sede procedimentale⁴⁰; si consente così un sindacato maggiormente rispettoso del diritto di difesa e improntato all'effettività della tutela in un'ottica di parità delle parti a livello processuale⁴¹.

Nel disporre l'assunzione di una consulenza tecnica, il giudice non può evidentemente ripetere integralmente le valutazioni tecnico-scientifiche già effettuate da parte della PA; a tal riguardo, tuttavia, la giurisprudenza ha tracciato l'evoluzione del sindacato sulla discrezionalità tecnica in modo non sempre lineare, affiancando la sua storica ritrosia a fughe in avanti non sempre giustificate. Nella dimensione giurisprudenziale è difatti possibile ritrovare sentenze che prospettano un sindacato di tipo "intrinseco e forte" che si traduce in un controllo che il giudice effettua "con gli occhi dell'esperto" e, dunque, utilizzando le medesime regole scientifiche e tecniche utilizzate dalla PA potendo spingersi sino a contestare la scelta del modello scientifico utilizzato⁴². Di contro, persistono orientamenti in cui viene richiamata la tecnicità della decisione dell'amministrazione al fine di giustificare un controllo deferente che si arresta a livello epidermico, sottolineando l'asserita esistenza di un necessario collegamento tra discrezionalità tecnica e sindacato

³⁷ Tale disciplina, infatti, sarebbe da ritenersi in contrasto con gli artt. 3, 24, co. 1 e 2, e 113, co. 1 e 2, della Costituzione.

³⁸ La questione di legittimità costituzionale è stata, difatti, sollevata da parte del Consiglio di Stato nel 2000; cfr. Cons. Stato, sez. IV, ordinanza 17 aprile 2000, n. 2292. Per una panoramica sul percorso che ha portato all'introduzione della CTU nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità si veda F. CARINGELLA, *Corso di diritto processuale amministrativo, dopo la sent. 204/2004 della Corte Costituzionale*, Milano, 2005, 702.

³⁹ G. PERULLI, *La consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo*, Padova, 2002, 82.

⁴⁰ Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 19 aprile 2006, n. 465. Si veda anche M. A. SANDULLI, *La consulenza tecnica d'ufficio. Atti del convegno di Catania del 21-22 novembre 2008*, in *Foro amm. Tar*, 2008, XII, 3541.

⁴¹ Cfr. A. GIUSTI, *Articolo 67*, in G. FALCON - F. CORTESE - B. MARCHETTI, *Commentario breve al codice del processo amministrativo*, Milano-Padova, 2021, 627.

⁴² La sentenza che, in tempi recenti, ha avuto più eco in questo contesto è senz'altro la cd. sentenza Simeoli: Cons. Stato, sez. VI, 19 luglio 2019, n. 4990. In giurisprudenza, si vedano anche Cons. Stato, sez. III, 11 dicembre 2020, n. 7097; sez. VI, 19 marzo 2020, n. 1943; 30 gennaio 2020, n. 780; 19 gennaio 2016, n. 162; sez. III, 17 dicembre 2015, n. 5708.

del giudice che si limiti ad evidenziare la manifesta irragionevolezza o il palese travisamento dei fatti⁴³, configurando così l'ipotesi del "sindacato debole"⁴⁴. In relazione a una tale disarmonia applicativa⁴⁵ non esiste però una conseguente esplicitazione delle ragioni che dovrebbero giustificare, di volta in volta, l'atteggiamento disomogeneo della giurisprudenza⁴⁶.

Alle problematiche accennate si affianca, peraltro, il dato normativo relativo allo strumento della CTU che, spesso, funge da alibi per i giudici al fine di arrestarsi ad un livello superficiale di sindacato. L'art. 63, co. 4, c.p.a. stabilisce infatti che il giudice può ammettere la consulenza tecnica solo ove "indispensabile"⁴⁷, facendo emergere una evidente preferenza del legislatore per lo strumento della verifica⁴⁸. La normativa vigente, infatti, richiede al giudice di ricorrere alla consulenza tecnica solo ove la decisione

⁴³ In giurisprudenza, si vedano, ad esempio, Cons. Stato, sez. IV, 14 marzo 2019, n. 1689; sez. V, 23 marzo 2017, n. 1392; sez. IV, 30 settembre 2016, n. 4040, Tar Umbria, sez. I, 11 marzo 2016, n. 222 e Cons. Stato, sez. VI, 3 luglio 2012, n. 3893.

⁴⁴ Per un raffronto tra sindacato debole e forte si veda A. GIUSTI, *Discrezionalità tecnica dell'amministrazione e sindacato del giudice amministrativo*, in *Giur. it.*, 2015, V, 1214.

⁴⁵ Già C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 145 ss. sottolineava la gravità della carenza di una prospettiva unitaria ed esplicita che spiegasse l'adozione di una soluzione in determinati casi ma non in altri. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, 288, evidenziava che, pur in un generale atteggiamento autolimitativo della giurisprudenza, il sindacato del giudice in relazione ad alcune materie era, di fatto, più penetrante che in altre.

⁴⁶ Sul punto, si veda l'ampia ricostruzione di A. MOLITERNI, *Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell'ordinamento*, in ID. (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Napoli, 2021, 5. In un tale contesto bisognerebbe considerare che più la discrezionalità dell'amministrazione è ampia, tanto più il giudice dovrebbe poter esercitare un sindacato flessibile che si adatti alle particolarità dello specifico contenzioso in atto. A causa di ciò, sovente l'amministrazione si preoccupa maggiormente di curare la regolarità del procedimento rispetto alla bontà del risultato e, di contro, i partecipanti al procedimento si focalizzeranno sul precostituirsi elementi per un possibile futuro contenzioso piuttosto che sul collaborare effettivamente al fine di pervenire ad una buona decisione. Cfr. L. TORCHIA, *Il giudice amministrativo e l'amministrazione: controllo, guida, indifferenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, I, 189.

⁴⁷ La previsione del requisito dell'indispensabilità sembra quasi del tutto sovrapponibile con la medesima previsione relativa all'ammissione di prove nuove in appello, elemento dai contorni non sempre nettamente definiti; sul punto si veda F. SAITTA, *Onori (?) ed oneri della «processualciviltà»*. *Palazzo Spada alle prese con il controverso concetto di indispensabilità della prova*, in questa *Rivista*, 2012, III, 1067. La dottrina ha sollevato preoccupazioni in relazione all'ampiezza della discrezionalità del giudice nel decidere sull'indispensabilità o meno della CTU: l'indeterminatezza di questo aspetto ha assecondato l'orientamento giurisprudenziale preesistente di sfiducia nei confronti della consulenza tecnica, arrivando, in alcuni casi, a vanificare le rilevanti evoluzioni normative sul punto. Cfr. M. ADORNO, *La consulenza tecnica d'ufficio nel codice del processo amministrativo*, in questa *Rivista*, 2014, II, 506 ss. Una tale tendenza si può rinvenire nella giurisprudenza immediatamente successiva all'introduzione della CTU nel processo amministrativo, la quale ammetteva la CTU solo nel sindacato su provvedimenti che apparissero *prima facie* affetti da vizi logici o da travisamento: cfr. Cons. Stato, sez. VI, 8 maggio 2001, n. 2590; 5 settembre 2002, n. 4485; sul punto si veda anche l'ampia ricostruzione di G. D'ANGELO, *La consulenza tecnica nel processo amministrativo fra prassi consolidate e spunti innovativi*, in *Foro amm. Tar*, 2005, II, 579.

⁴⁸ Questa preferenza risulta molto più marcata se si considera che la valutazione sull'indispensabilità non può essere effettuata dal giudice monocratico ma unicamente dal collegio. Cfr. A. TRAVI, *Considerazioni sul recente codice del processo amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 601-602. Secondo una parte della

amministrativa sottoposta al suo sindacato sia connotata da opinabilità tecnico-scientifica⁴⁹: la CTU, in questi casi, dovrebbe unicamente illuminare il giudice in relazione ad una disciplina estranea alla sua esperienza⁵⁰ con il solo scopo di poter meglio valutare le evidenze istruttorie già allegare dalle parti⁵¹.

In questo contesto, dunque, lo strumento della consulenza tecnica deve inserirsi correttamente nello schema del processo amministrativo che richiede *in primis* alle parti di allegare e provare i fatti che siano nella loro disponibilità: solo successivamente all'acquisizione dei fatti in sede processuale, infatti, il giudice potrà valutare la necessità di ricorrere alla CTU al fine di effettuare un'analisi tecnica degli stessi⁵²; ne consegue che, qualora il ricorrente non abbia soddisfatto il proprio onere probatorio, tale carenza si ripercuoterebbe unicamente sul ricorrente stesso, senza alcuna possibilità per il consulente tecnico di porvi rimedio⁵³. La sentenza in commento si inserisce proprio all'interno di questo delicato equilibrio processuale, ampliando le facoltà di acquisizione del consulente tecnico.

dottrina, tuttavia, la necessità di un tale filtro all'ammissione della CTU sarebbe sorta al fine di evitare che si disponessero consulenze senza giustificazione tali da contaminare l'iter logico del giudice con ulteriori elementi di opinabilità; cfr. C. E. GALLO, *I mezzi di prova e l'istruttoria*, in R. GAROFOLI - G. FERRARI (a cura di), *Codice del processo amministrativo (D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104)*, Roma, 2010, secondo il quale, non essendo sempre ravvisabile un collegamento tra il potere dell'amministrazione e le competenze tecniche dei consulenti, la CTU sarebbe da considerarsi poco giustificabile nell'ambito del processo amministrativo.

⁴⁹ In questo senso, il giudice deve operare un controllo di tipo prognostico sull'esperimento di una verifica: qualora quest'ultima rischi di fallire in relazione al tipo di valutazioni che devono essere compiute allora il giudice sarà legittimato a ricorrere all'ausilio di un consulente tecnico, stante il riscontro di un'indispensabilità in concreto della CTU; cfr. A. CHIZZINI - L. BERTONAZZI, *L'istruttoria*, cit., 723-724. Considerato il ruolo che la scienza ha assunto nel settore pubblico, la valutazione sulla legittimità di un provvedimento amministrativo non potrebbe non passare per una puntuale verifica riguardo l'attendibilità dei presupposti tecnici posti alla sua base; cfr. M. DE PAOLIS, *L'istruzione probatoria*, in ID. (con il coordinamento di), *Il nuovo processo amministrativo. Aggiornato alla giurisprudenza più recente*, Padova, 2006, 184.

⁵⁰ In generale il giudice amministrativo non può essere considerato di per sé esperto in nessuna materia specifica, se non in relazione alle questioni attenenti alla pubblica amministrazione. Ciononostante, in ragione della vastità dei temi con cui, ai giorni nostri, l'amministrazione è chiamata a confrontarsi, una tale affermazione risulterebbe quasi del tutto priva di risvolti pratici, poiché la "materia-amministrazione" non può elevarsi a campo autonomo del sapere considerando che molte delle scelte dell'amministrazione sono connotate da caratteri marcati di complessità tecnico-scientifica; cfr. S. LUCATTINI, *Il giudice amministrativo alla prova dei fatti: per una specialità di servizio*, in *Judicium.it*, 12/2016.

⁵¹ G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Verificazione e consulenza tecnica d'ufficio nel quadro dei mezzi di prova esperibili nel processo amministrativo*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2018, III, 783 ss.

⁵² F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d'ufficio e discrezionalità tecnica: l'intensità del sindacato giurisdizionale al vaglio della giurisprudenza*, in F. CARINGELLA - M. PROTTO, *Il nuovo processo amministrativo. Dopo due anni di giurisprudenza*, Milano, 2002, 722-723.

⁵³ Cfr. Tar Calabria, Reggio Calabria, 12 maggio 1999, n. 617, che già evidenziava come, essendo la CTU un mezzo di valutazione tecnica e non uno strumento di prova, il giudice non potesse utilizzarla per supplire alle lacune del ricorrente sul piano probatorio. In dottrina, si veda G. PESCE, *I poteri del giudice amministrativo e il regime delle prove dopo la legge 205/2000*, in F. CARINGELLA - R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato di giustizia amministrativa*, III, *Il processo amministrativo di primo grado*, Milano, 2005, 923.

4. Sulla base di quanto affermato dal Consiglio di Stato, il consulente tecnico avrebbe la possibilità, nell'espletamento del suo incarico e al fine di rispondere puntualmente ai quesiti posti dal giudice, di acquisire tutti i documenti necessari indipendentemente dall'attività di allegazione svolta dalle parti. Ciò considerato, bisogna interrogarsi sui riflessi di questo principio, sia in relazione ad un'eventuale espansione delle prerogative acquisitive del consulente tecnico, sia in relazione all'esercizio officioso dei poteri del giudice.

Innanzitutto, non pare convincente quell'idea, avanzata da parte della Corte di cassazione e poi dalla stessa smentita⁵⁴, secondo la quale sarebbe riscontrabile un vizio nella consulenza tecnica ogniqualvolta la medesima si sia basata su elementi probatori che non siano stati acquisiti entro i termini decadenziali previsti⁵⁵. Secondo l'opinione della Suprema Corte, oramai superata, se così non fosse si giungerebbe sostanzialmente ad un'abrogazione dell'allora art. 183, co. 6, c.p.c., ora art. 171-ter c.p.c., poiché l'acquisizione da parte del CTU costituirebbe, di fatto, una rimessione in termini della parte decaduta⁵⁶. A sostegno di tale orientamento veniva sottolineato come esso fosse specialmente rispettoso dei principi di parità delle parti e di ragionevole durata del processo, rinvenibili sia nell'art. 111 della Costituzione, sia nell'art. 6 CEDU: attribuire poteri officiosi al consulente tecnico altererebbe la parità delle parti ma, soprattutto, darebbe luogo un'ingiustificata dilatazione dei tempi del processo derivante dalla necessità delle parti di esercitare il diritto alla prova contraria anche rispetto a questa attività istruttoria che il CTU compie parallelamente a quella endoprocessuale svolta dai soggetti in causa. Questa visione è stata inoltre suffragata dalla lettura sistematica dell'art. 194 c.p.c. in relazione agli artt. 112 e 115 c.p.c., ricavandone il principio *ne procedat iudex ex officio, neque*

⁵⁴ Cass., sez. III, 6 dicembre 2019, n. 31886, invero piuttosto criticata in dottrina; cfr. F. AULETTA - V. CAPASSO, *Lo statuto dei poteri del consulente tecnico d'ufficio: ansia da nomofilachia... con colpo di scena finale*, in *Corr. giur.*, 2020, XII, 1531.

⁵⁵ In dottrina si veda F. DE SANTIS, *Note in tema di consulenza tecnica d'ufficio*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, II, 447.

⁵⁶ Sul punto si veda la ricostruzione di A. C. FUSCO, *Consulenza tecnica d'ufficio e preclusioni istruttorie*, in *Archivio giuridico della circolazione e dei sinistri stradali*, 2012, VI, 503.

ultra petita partium alla stregua del quale si è affermato un generale divieto per il consulente tecnico di indagare su questioni non ritualmente prospettate e di compiere atti istruttori ormai preclusi alle parti⁵⁷.

Di contro, nel riformare il precedente orientamento, le Sezioni Unite hanno fornito una serie di elementi particolarmente convincenti a sostegno dell'ampliamento dei poteri del CTU: l'attività di consulenza viene prestata in funzione del superiore interesse della giustizia che si realizza mediante l'integrazione tecnica delle conoscenze e delle competenze del giudice; in ogni caso, va rilevato che l'attività del consulente ha, quale destinatario, solo e solamente il giudice stesso, derivandone che le analisi tecniche effettuate hanno l'unico scopo di far emergere la verità, indipendentemente dalla volontà delle parti⁵⁸. Il consulente tecnico, insomma, coadiuvando il giudice nell'esercizio della sua funzione, rende possibile la giustizia nel caso concreto al fine di evitare il rischio di una pronuncia di *non liquet*.

A queste considerazioni di massima si aggiunge il fatto che la Costituzione, nel combinato disposto degli artt. 24, 111 e in relazione all'art. 6 CEDU, traccia uno schema processualistico volto alla giustizia della decisione finale, autorizzando quindi il giudice a rilevare officiosamente eventuali fatti impeditivi, modificativi o estintivi della pretesa azionata (limitatamente alla fattispecie delle eccezioni in senso lato) ove gli stessi emergano in corso di causa a prescindere dall'allegazione di una o dell'altra parte⁵⁹. Ciò detto, risulterebbe quantomeno irrazionale impedire al giudice di rilevare tali fatti qualora essi siano venuti a sua conoscenza non tramite la propria attività, ma attraverso le indagini del consulente tecnico, indagini che il giudice avrebbe potuto svolgere autonomamente se non avesse avuto bisogno di integrare le proprie competenze sul piano specialistico⁶⁰. Le

⁵⁷ Così Cass., sez. III, 6 dicembre 2019, n. 31886, che richiama, tra le altre, Cass., sez. III, 19 gennaio 2006, n. 1020; sez. II, 10 marzo 2015, n. 4729; sez. III, 23 giugno 2015, n. 12921.

⁵⁸ Ciò in ampio contrasto con quanto era previsto all'art. 253 del Codice di procedura civile del 1865, il quale rimetteva alle parti la nomina dell'esperto e consentiva al giudice di intervenire solo in caso di loro disaccordo.

⁵⁹ Così sia al giudice che al consulente tecnico è ammesso rilevare autonomamente fatti che siano pubblicamente consultabili, conoscibili da chiunque o comunque desumibili implicitamente dalla domanda e che, ultimativamente "risultino in qualche modo già ricompresi nelle allegazioni delle parti": cfr. Cass., sez. II, 14 novembre 2017, n. 26893; 3 maggio 2022, n. 13860.

⁶⁰ Così Sezioni Unite 3086/2022, punto 24. Già la stessa Cassazione aveva avanzato l'idea per la quale il CTU avrebbe dovuto essere legittimato ad acquisire ogni elemento necessario per rispondere ai quesiti, sempre trattandosi di fatti accessori relativi all'ambito più squisitamente tecnico della controversia e non di fatti che si ponessero direttamente a fondamento della domanda o delle eccezioni delle parti; cfr. Cass., sez.

Sezioni unite si sono poi spinte oltre, sino ad ammettere la possibilità per il CTU di acquisire anche tutti i documenti relativi ai fatti che lo stesso può rilevare⁶¹, rendendo dunque quasi perfettamente sovrapponibili i due piani.

Il giudice, nominando il consulente tecnico, delega quindi parte dei propri poteri al fine di pervenire ad un accertamento più completo e preciso dei fatti complessi che siano stati introdotti in causa⁶². Tale “investitura pubblicistica” del consulente tecnico, confermata dalla sua collocazione nel novero degli ausiliari del giudice, giustificerebbe la non applicazione dei termini decadenziali alla sua attività. Considerati quindi gli ampi poteri officiosi del giudice amministrativo in ambito di istruttoria processuale, si comprende chiaramente che anche il consulente tecnico, quale ausiliario, dovrebbe poter svolgere quelle attività acquisitive officiose che, apparendo indispensabili per rispondere al quesito, possono prescindere da ogni iniziativa delle parti⁶³.

Se si considera, poi, la storica ritrosia del giudice amministrativo nell’ammettere la consulenza tecnica all’interno del processo, si può più facilmente comprendere come le affermazioni del Consiglio di Stato siano pienamente condivisibili. Tralasciando il discorso relativo al requisito dell’indispensabilità, si può notare come i giudici amministrativi, nella decisione sull’ammissione della CTU, valutino in modo approfondito le allegazioni delle parti al fine di evitare che la consulenza diventi uno strumento atto a sgravare le stesse dall’importante onere di allegazione degli elementi di prova nella loro disponibilità di cui all’art. 64 c.p.a.⁶⁴; una siffatta valutazione, che è sempre necessaria, non permetterebbe evidentemente al consulente tecnico di sopperire all’inerzia delle parti.

II, 30 luglio 2021, n. 21926. La complessità delle questioni tecniche introdotte in giudizio dovrebbe, dunque, giustificare un esercizio più ampio dei poteri del CTU sempre al fine di permettere al giudice di emettere una sentenza quanto più giusta possibile.

⁶¹ Il consulente può dunque acquisire tutti i documenti necessari per rispondere al quesito, nonché i documenti diretti a provare i fatti principali rilevabili d’ufficio, i fatti accessori, i fatti pubblicamente consultabili o conoscibili da chiunque e i fatti impliciti all’oggetto della domanda; cfr. S. PINI, *Verso un nuovo “statuto” del consulente tecnico d’ufficio?*, cit., 335.

⁶² Questa sostanziale delega è riconfermata anche dal fatto che il giudice, in sede di analisi delle risultanze della CTU, può, in ragione del principio *iudex peritus peritorum*, decidere di non dar seguito alle risultanze della stessa, riappropriandosi dei propri poteri anche in relazione alla cognizione del fatto tecnicamente complesso. Sulla possibilità per il giudice di disattendere l’esito della CTU si veda M. TARUFFO, *La prova scientifica. Cenni generali*, in *Ragion pratica*, 2016, II, 335.

⁶³ Cfr. S. PINI, *Verso un nuovo “statuto” del consulente tecnico d’ufficio?*, cit., 337.

⁶⁴ Questo controllo viene fatto preliminarmente anche in relazione all’ammissibilità del ricorso in generale: qualora il ricorrente prospetti un’allegazione dei fatti imprecisa e/o insufficiente la stessa provocherebbe la “incertezza assoluta [...] sull’oggetto della domanda” di cui all’art. 44, co. 1, lett. b), c.p.a., con conseguente inammissibilità del ricorso; cfr. Cons. Stato, sez. IV, 28 giugno 2022, n. 5368. A tal riguardo è utile osservare che la specificità dei motivi di ricorso che il ricorrente deve articolare ai sensi dell’art. 40, co. 1, lett. d), c.p.a. dipende principalmente dal grado di precisione e di specificità con cui sono stati allegati i fatti;

Delle due l'una: o il ricorrente non riesce a fornire elementi sufficienti per sostenere la propria pretesa e richiede l'ammissione della CTU al fine di acquisire più elementi, e la stessa non sarà ammessa⁶⁵, oppure il ricorrente, al momento dell'ammissione della CTU, ha già soddisfatto in pieno l'onere probatorio che gli spetta e, dunque, il consulente potrà utilizzare in modo proficuo le sue "nuove" prerogative acquisitive al fine di rispondere approfonditamente ai quesiti formulati dal giudice.

5. Pur non avendo utilizzato direttamente il principio enunciato⁶⁶, il Consiglio di Stato, con la sentenza in commento, ha compiuto un ulteriore passo avanti sul piano dell'accesso al fatto da parte del giudice amministrativo. Consentendo al CTU di acquisire documenti dopo lo spirare dei termini, infatti, si apre la possibilità di pervenire ad un'istruzione più completa specialmente in relazione ai suoi riflessi più tecnici, sempre all'insegna dello stampo "parzialmente inquisitorio" che il processo amministrativo assume.

Qualora i provvedimenti amministrativi sottoposti al sindacato di legittimità del giudice amministrativo abbiano spiccati caratteri di complessità tecnico-scientifica, l'accertamento in sede processuale dei fatti dovrà essere quanto più preciso ed approfondito possibile. In un tale contesto, dunque, l'ammissione di uno strumento come quello della consulenza tecnica risulta acquisire un'utilità sempre crescente ai fini dell'effettività e della pienezza della tutela di cui all'art. 1 del Codice del processo amministrativo⁶⁷.

così L. BERTONAZZI, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, cit., 357-360. Secondo l'autore, infatti, l'ammissibilità del ricorso o delle singole doglianze sollevate non può non dipendere dal corretto assolvimento dell'onere di allegazione del ricorrente in relazione ai fatti principali, onere strumentale all'articolazione dei motivi di diritto.

⁶⁵ Ciò evidentemente perché non sarebbe possibile ammettere un'ipotesi di consulenza tecnica meramente esplorativa; cfr. Cons. Stato, sez. III, 13 gennaio 2016, n. 75. Sul punto si veda anche G. TROPEA, *Lo svolgimento del processo in primo grado: fase istruttoria. I mezzi di prova*, in G. P. CIRILLO - S. PERONGINI (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 2020, 252-253.

⁶⁶ Nel caso di specie, infatti, il principio in esame è stato enunciato per rinforzare ulteriormente un'argomentazione precedentemente avanzata: specificamente, l'AGCM richiedeva di dichiarare nulla la consulenza tecnica in quanto basata su documentazione non acquisita in primo grado e introdotta, da parte del consulente tecnico, in grado d'appello e quindi inammissibile ai sensi dell'art. 345, co. 3, c.p.c.. Il Consiglio di Stato, a tal riguardo, aveva correttamente sottolineato che i documenti acquisiti, segnatamente le relazioni dei CCTTP del ricorrente, non configuravano dei documenti nuovi e, pertanto, non potevano considerarsi sottoposti alla preclusione di cui all'art. 345, co. 3, c.p.c..

⁶⁷ Sul punto, peraltro, va segnalata quella prospettazione, sorta con l'introduzione della consulenza tecnica nel 2000, secondo la quale la stessa avrebbe finito per assorbire completamente l'istituto della verifica in ragione del fatto che così sarebbe stato possibile rimuovere quella reverenza nei confronti dell'amministrazione che si frapponeva tra il giudice amministrativo e la ricostruzione della realtà di fatto; come noto, però, la giurisprudenza amministrativa ha continuato a preferire la verifica rispetto alla CTU. Cfr. N. DI MODUGNO, *La prova*, cit., 619-620.

Considerato che il giudizio sul piano del fatto deve essere una componente irrinunciabile del sindacato di legittimità, dal momento che la non conformità dell'atto alle risultanze di fatto integra un vizio di legittimità dell'atto medesimo⁶⁸, tale giudizio non può essere sacrificato in ragione di altre esigenze processuali⁶⁹; da ciò deriva che quella concezione che vede l'istruttoria processuale come una sostanziale fase di revisione di quella procedimentale e che, di conseguenza, limita i poteri del giudice all'analisi dei soli fatti già analizzati dall'amministrazione, non può essere considerata degna di seguito.

Ciò detto, è comunque necessario rimembrare che, spesso, il giudice amministrativo tende ad accogliere le valutazioni ricostruttive dell'amministrazione resistente se non vi siano vizi manifesti e/o macroscopici nel provvedimento⁷⁰. Una tale abdicazione rispetto al proprio ruolo deriva, con buona probabilità, da un retaggio del passato abbinato all'approssimazione con cui il legislatore ha disciplinato la fase dell'istruttoria processuale e risulta evidentemente del tutto disallineata rispetto alle enunciazioni a favore dell'effettività e della pienezza della tutela con riferimento agli interessi legittimi⁷¹, spesso acclamate a gran voce anche in giurisprudenza⁷².

Ebbene, se ci si vuole allontanare da quella concezione che considera l'istruttoria procedimentale come sufficiente per la piena e completa ricostruzione dei fatti di causa qualora non si ravvisino casi palesi di illogicità o irragionevolezza, il giudice amministrativo deve svolgere realmente la sua funzione di "padrone del fatto" e, pertanto, utilizzare

⁶⁸ In questi casi, infatti, il giudice si ritrova a compiere un accertamento sul fatto che è successivo all'accertamento già compiuto da parte dell'amministrazione in sede procedimentale; qualora quest'ultima ricostruzione fosse viziata ab origine ne discenderebbe evidentemente un vizio del provvedimento finale riconducibile all'eccesso di potere; cfr. R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 521 ss..

⁶⁹ Così G. D'ANGELO, *La cognizione del fatto nel processo amministrativo fra Costituzione, codice e ideologia del giudice*, in *Jus-online*, 2020, 8.

⁷⁰ Ciò avviene spesso, ad esempio, nell'ambito della contestazione della congruità dell'offerta tecnico-economica nelle procedure di appalto; cfr. Cons. Stato, sez. III, 9 ottobre 2018, n. 5798; 22 gennaio 2016, n. 211.

⁷¹ La caratterizzazione dell'intero sistema processuale all'insegna della pienezza della tutela è riconfermata anche dalla pluralità di azioni ammesse nel processo amministrativo a seguito dell'introduzione del Codice nel 2010. Cfr. G. D'ANGELO, *La cognizione del fatto nel processo amministrativo fra Costituzione, codice e ideologia del giudice*, cit., 16-18.

⁷² Sul punto, tra le altre, spicca Cons. Stato, 4990/2019, che enunciava a gran voce la nascita di un sindacato di maggior attendibilità del giudice amministrativo, che non si dovrebbe dunque arrestare a verificare l'attendibilità estrinseca della decisione dell'amministrazione ma dovrebbe spingersi sino a verificare se la ricostruzione fornita sia quella più attendibile tra quelle astrattamente prospettabili. Sul punto si veda il commento critico di M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, in questa *Rivista*, 2020, 740.

tutti i mezzi a sua disposizione qualora necessari. Con riferimento all'acquisizione di documenti da parte del consulente tecnico, nello specifico, quest'ultimo può utilizzare detto potere, che deriva direttamente dalle prerogative del giudice, unicamente nell'ambito ed entro i limiti per cui esso gli è conferito, vale a dire per rispondere puntualmente ai quesiti posti⁷³.

In senso opposto, ciò che si vuole evitare è che il giudice, forte dei suoi poteri sempre più pregnanti, si spinga sino a riconoscere al ricorrente utilità maggiori rispetto a quelle che gli spetterebbero con riferimento al diritto sostanziale, il tutto in omaggio al paradigma dell'effettività della tutela⁷⁴. Questa sovrapposizione, che alle volte sconfinava in una vera e propria sostituzione⁷⁵, ha il grosso difetto di combinare effettività e satisfattività per arrivare ad una sostanziale eterogenesi dei fini che restituisce al giudice la sua vecchia funzione di "giudice-amministratore"⁷⁶.

Al fine di evitare siffatte derive, il giudice amministrativo dovrebbe dunque abbandonare quella sua tendenza altalenante in relazione alla ricostruzione del fatto e alla tutela fornita ai privati di cui si è detto al fine di rispettare realmente il crisma dell'effettività della tutela, non assumendo la veste di amministratore, ma osservando coerentemente le proprie prerogative, anche con l'assistenza del consulente tecnico e della sua rinnovata rilevanza nel processo amministrativo.

FABIO SERGIO DURANTI

⁷³ Qualora il CTU acquisisse dei documenti al di fuori dell'ambito dei quesiti posti e/o svolgesse un'attività istruttoria autonoma che non dipenda dal giudice, la sua consulenza potrebbe essere contestata dalle parti sia in sede di osservazioni dei CCTTPP, sia dinanzi al giudice in sede di esame della relazione finale.

⁷⁴ Una tale impostazione ha nettamente ridotto gli ambiti di inattaccabilità delle scelte amministrative rispetto al sindacato del giudice e, così facendo, ha fatto sorgere la prospettiva di una progressiva erosione dell'ambito della discrezionalità in sede processuale mettendo il giudice nella posizione di dover operare le ponderazioni di interessi che, di regola, spetterebbero all'amministrazione; cfr. A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, I, 414.

⁷⁵ Sul punto, uno dei casi più emblematici è il cd. caso La Macchia, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321; si veda anche il commento di S. VACCARI, *Il Consiglio di Stato e la "riduzione progressiva della discrezionalità". Verso un sindacato a "spettanza stabilizzata"?*, in questa *Rivista*, 2019, IV, 1171. La sentenza del Consiglio di Stato è poi stata sottoposta al vaglio delle Sezioni unite, le quali hanno avallato una tale impostazione; cfr. Cass., Sez. un., 7 settembre 2020, n. 18592.

⁷⁶ Cfr. S. LUCATTINI, *Il giudice amministrativo alla prova dei fatti: per una specialità di servizio*, cit., 12-14.