

ISSN 1127-8579

Publicato dal 27/05/2013

All'indirizzo <http://censura.diritto.it/docs/35092-la-discrezionalit-tecnica-ed-il-sindacato-del-giudice-amministrativo>

Autore: Barbara Fenni

La discrezionalità tecnica ed il sindacato del giudice amministrativo

La discrezionalità tecnica ed il sindacato del giudice amministrativo

1-La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione

La discrezionalità amministrativa può essere definita come la facoltà delle pubbliche amministrazioni, nel rispetto dei limiti generali fissati dalla legge, di compiere scelte che siano le più idonee a realizzare l'interesse pubblico specifico di cui sono portatrici¹.

Questo vuol dire che il potere discrezionale della pubblica amministrazione trova fondamento nel complesso sistema dell'ordinamento amministrativo come un potere di scelta rispettoso, *in primis*, del principio di legalità².

Il rapporto tra questo principio e la funzione amministrativa esplicativa del potere³ si è modificato nel corso del tempo; a partire dall'entrata in vigore della Costituzione si è assistito ad un costante incremento dei compiti affidati alla pubblica amministrazione attraverso norme complesse che hanno consentito a quest'ultima l'esercizio di poteri più ampi, sia in fase di accertamento e di giudizio sul fatto, sia nell'interpretazione della norma, che nel bilanciamento degli interessi in gioco.

Il potere discrezionale della pubblica amministrazione si sostanzia in una "*ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario*"⁴.

Solo dopo aver operato il bilanciamento tra l'interesse pubblico primario e gli altri interessi coinvolti, siano essi pubblici, privati o diffusi, l'amministrazione potrà assumere le proprie determinazioni.

Dalla discrezionalità amministrativa in senso proprio si deve distinguere la discrezionalità tecnica.

La prevalente dottrina ritiene questa espressione che accosta il termine discrezionale, come indice di una libertà dell'amministrazione seppur confinata nei limiti del principio di legalità, con l'attributo "tecnica", che altro non è se non una limitazione ai processi decisionali dell'amministrazione, il frutto di un equivoco.

¹ Sul concetto di discrezionalità amministrativa si veda A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., Napoli 1984, I, 571 ss; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in *Diritto Amministrativo* (a cura di MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI-MONACO, SCOCA), V ed., Bologna 2005, I, 770 ss.

² Secondo autorevole dottrina il principio di legalità vuol dire che "*l'atto autoritativo di un pubblico potere deve avere come supporto una norma, la quale ne regoli il possibile contenuto e gli effetti giuridici*". M.S. GIANNINI, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 261.

³ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, 7.

⁴ M.S. GIANNINI, *op. cit.*, II, 47.

Massimo Severo Giannini già nel 1939 si esprimeva in questo modo: “*si potrebbe osservare che tale discrezionalità tecnica non ha proprio nulla di discrezionale, e che chiamandosi così per un errore storico della dottrina, l’errore potrebbe anche essere corretto.(...). La discrezionalità si riferisce infatti ad una potestà, e implica giudizio e volontà insieme; la discrezionalità tecnica si riferisce ad un momento conoscitivo, e implica solo giudizio: ciò che attiene alla volizione viene dopo, e può coinvolgere o non coinvolgere una separata valutazione discrezionale*”⁵.

La discrezionalità tecnica trova spazio sia nella fase di giudizio dell’amministrazione, in cui vengono interpretate le norme, sia nella fase di acquisizione di fatti e interessi rilevanti per l’esercizio del potere, soprattutto in presenza di circostanze complesse la cui cognizione presuppone il ricorso a nozioni esterne all’ordinamento giuridico.

La discrezionalità tecnica è, dunque, caratterizzata da un momento valutativo, basato sull’esame di regole e parametri di natura tecnica e scientifica, cui non fa seguito la fase della scelta, in quanto già predeterminata dalla legge.

L’amministrazione deve solo procedere alla qualificazione dei fatti sulla base di conoscenze specialistiche, vale a dire di regole tecniche, e poi provvedere in quel particolare modo previsto dall’ordinamento per il caso che la valutazione tecnica ha concorso a chiarire.

Tali valutazioni scientifiche e tecniche non costituiscono, tuttavia, qualcosa di oggettivo ed indiscutibile in quanto strettamente “*collegate al progresso tecnologico e alla rapida modificazione della certezza dei connotati tecnici*”⁶.

Se in passato dottrina e giurisprudenza affermavano con forza il carattere puntuale ed univoco di tali manifestazioni di scienza oggi ne riconoscono l’opinabilità, evidente nelle diverse conclusioni cui talvolta giungono, rispetto ad una stessa situazione, i periti di parte ed il consulente tecnico d’ufficio nominato dal giudice⁷.

A questo proposito la dottrina tradizionale distingue tra accertamento tecnico, rinvenibile nel caso in cui il procedimento intellettuale della pubblica amministrazione conduca ad una sola possibile soluzione, e discrezionalità tecnica, nei casi in cui l’amministrazione possa scegliere tra più conclusioni tutte parimenti attendibili⁸.

⁵ M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1939.

⁶ G. PERULLI, *La consulenza tecnica d’ufficio nel processo amministrativo*, Cedam, 2002, 8.

⁷ A differenza della valutazione tecnica, l’accertamento tecnico ha carattere univoco e puntuale. Tale ipotesi si configura quando occorre verificare o accertare, sulla base di elementi misurabili o definibili in maniera certa, determinate caratteristiche o qualità. Si pensi ad esempio alla misurazione della gradazione alcolica di una sostanza o al grado di tossicità di un prodotto.

La distinzione tra accertamento tecnico e discrezionalità tecnica è messa in evidenza da A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 574.

⁸ Parte della dottrina sostiene che la discrezionalità tecnica è destinata a sconfinare nella discrezionalità pura laddove l’organo decidente deve compiere una scelta aderendo all’una o all’altra valutazione tecnica.

Al riguardo si veda G. CLEMENTE DI SAN LUCA-R. SAVOIA, *Manuale di diritto dei beni culturali*, Jovene, Napoli, 2005, 198 ss.

2-Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica

La dottrina tradizionale ha per lungo tempo assimilato sul piano sostanziale la discrezionalità tecnica con la discrezionalità pura, assoggettandola agli stessi limiti e quindi ammettendo un sindacato del giudice amministrativo solo rispetto al profilo dell'eccesso di potere⁹.

Tale posizione ha trovato supporto nella giurisprudenza che, incerta sulla possibilità di consentire un sindacato pieno e sostitutivo delle valutazioni tecniche, lo ha limitato ai casi di dubbia ragionevolezza delle valutazioni effettuate¹⁰.

*“Compito primario del giudice è quello di verificare se il potere amministrativo sia stato esercitato con un utilizzo delle regole tecniche conforme a criteri di logicità, congruità, ragionevolezza e corretto apprezzamento dei fatti. In altri termini, le valutazioni compiute dall'Amministrazione in ordine all'anomalia dell'offerta costituiscono espressione di un potere di natura tecnico-discrezionale, di per sé insindacabile in sede giurisdizionale, salva l'ipotesi in cui le valutazioni siano manifestamente illogiche o fondate su insufficiente motivazione o errori di fatto”*¹¹.

Il sindacato del giudice amministrativo sarebbe dunque limitato ad un controllo estrinseco sulla motivazione del provvedimento amministrativo.

In verità, mentre i fatti semplici erano ritenuti pacificamente sindacabili, in quanto l'applicazione di regole tecniche avrebbe determinato in questi casi soluzioni univoche, lo stesso non poteva dirsi per i fatti complessi¹².

Il sindacato di legittimità sul fatto poteva dunque esercitarsi solo se la norma di riferimento era assolutamente chiara e precisa, anche se, in tal caso, più che di discrezionalità tecnica si sarebbe dovuto parlare di accertamento tecnico, diretto a verificare la sussistenza dei presupposti previsti dalla norma per l'emanazione del provvedimento.

⁹ O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, 353.

¹⁰ Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 1982, n. 55 in *Foro Amm.*, 1982, I, 54; Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 1991 n. 160; T.A.R. Puglia, sez. II, Lecce, 27 luglio 1993, n. 406.

¹¹ Cons. Stato, sez. IV, n. 3554/2004.

¹² V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, 38. L'Autore sostiene che “come l'applicazione di nozioni matematiche non può dar luogo a dubbi applicativi(...), così anche l'applicazione delle regole tecniche e scientifiche nei casi “semplici” non può in realtà dar luogo che ad una e ad una sola soluzione”.

Viceversa, nel caso in cui l'amministrazione ritenesse necessario compiere un'ulteriore valutazione sul dato accertato, il potere esercitato avrebbe avuto natura discrezionale e come tale sarebbe stato sindacabile solo sotto il profilo dell'eccesso di potere e delle sue figure sintomatiche^{13 14}.

Tale riserva a favore dell'amministrazione presentava tuttavia profili di incostituzionalità rispetto al principio di effettività della tutela, il cui rispetto implica che non si possano escludere dal sindacato del giudice amministrativo valutazioni diverse da quelle legate alle scelte di "opportunità" della pubblica amministrazione¹⁵.

Da qui la necessità di un sindacato "intrinseco" del giudice amministrativo sugli atti discrezionali, al pari di quanto previsto per il giudice penale e quello contabile che, rispetto a provvedimenti sintomatici di una discrezionalità non pura, non si limitano a svolgere un sindacato esterno.

L'applicazione più stringente del principio della piena tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione ha determinato, a partire dagli anni Ottanta, un controllo più ampio sui giudizi tecnico-valutativi posti in essere dai pubblici poteri¹⁶. Ciò al fine di consentire al giudice, in quanto *peritus peritorum*, una cognizione estesa al fatto e alla correttezza del procedimento seguito dall'amministrazione nell'emanazione del provvedimento¹⁷.

A sostegno di tale tesi l'art. 16 della l. 205/2000 ha aggiunto al comma 1 dell'art. 44 del R.D. n. 1054/1924 le parole "ovvero disporre la consulenza tecnica". Viene così introdotto uno strumento processuale fondamentale per consentire al giudice di verificare l'attendibilità e la correttezza delle valutazioni tecniche e la cui assenza, in passato, ha costituito un solido argomento a sostegno dell'inammissibilità del sindacato intrinseco.

¹³ Cons. Stato, sez. VI, 13 aprile 1992 n. 256, in *Foro amm.*, 1992, I, 820.

¹⁴ C. CALABRO', *La discrezionalità amministrativa nella realtà di oggi. L'evoluzione del sindacato giurisdizionale sull'eccesso di potere*, in *Cons. Stato*, 1992, II, 1568-1569.

¹⁵ F. G. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 115.

¹⁶ Un cambiamento di indirizzo si è avuto con la nota sentenza Baccharini del Consiglio di Stato, Sez. IV, del 9 aprile 1999 n. 601, in *Foro it.*, 2001, che ha riconosciuto l'opportunità di una verifica più incisiva e penetrante sugli apprezzamenti tecnici.

Sul punto i giudici hanno così deciso: "Il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi, allora, in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì invece alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo. Non è, quindi, l'opinabilità degli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione che ne determina la sostituzione con quelli del giudice, ma la loro inattendibilità per l'insufficienza del criterio o per il vizio del procedimento applicativo.[...] Quando la tecnica è inserita nella struttura della norma giuridica, l'applicazione di un criterio tecnico inadeguato o il giudizio fondato su operazioni non corrette o insufficienti comportano un vizio di legittimità dell'atto di riconoscimento o di diniego".

¹⁷ Cons. Stato, sez. VI, n. 4635 /2007: "Tramontata l'equazione discrezionalità tecnica-merito insindacabile, il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici della p.a. può oggi svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì, alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sia sotto il profilo della loro correttezza sia con riguardo al criterio tecnico ed al relativo procedimento applicativo, dovendosi intendere, oramai, per merito amministrativo solo i profili di opportunità e di convenienza(...)".

Riconosciuto il sindacato sulla discrezionalità tecnica, la giurisprudenza si è interrogata sul tipo di controllo, forte o debole, che poteva essere effettuato dal giudice amministrativo.

Ci si è chiesti se il giudice amministrativo dovesse limitarsi a utilizzare la valutazione tecnica emersa dal processo solo al fine di dimostrare l'erroneità di quella amministrativa (tesi del sindacato intrinseco non sostitutivo o "debole") o potesse sostituirla con la propria (tesi del sindacato sostitutivo o "forte")¹⁸, con la conseguenza di poter annullare non solo il provvedimento basato su una valutazione scientificamente sbagliata dei fatti, ma anche quello fondato su una valutazione non errata ma semplicemente opinabile e non coincidente con quella del giudice.

La giurisprudenza prevalente si è orientata nel senso dell'inammissibilità di un sindacato di tipo forte, in quanto il compito del giudice nel valutare la legittimità del provvedimento amministrativo sarebbe esclusivamente di verificare se tale atto sia espressione di un potere esercitato in modo conforme alla norma che lo attribuisce¹⁹.

La norma indica una serie di fatti come presupposto per l'esercizio del potere che il giudice ha il compito di accertare; se la valutazione tecnica diretta a verificare l'esistenza del fatto posta in essere dall'amministrazione non è errata, ma solo opinabile, il giudice non può sostenere l'illegittimità del provvedimento.

L'espressione "sindacato debole", in riferimento alla valutazione che il giudice può compiere su provvedimenti espressione di discrezionalità tecnica dell'amministrazione, costituisce una sorta di limite alla sua determinazione finale.

Una volta accertati i fatti e verificato l'iter logico-valutativo posto in essere dalla pubblica amministrazione, sulla base di regole tecniche e di buona azione amministrativa, il giudice, se ritiene tali valutazioni corrette, ragionevoli, proporzionate ed attendibili, non deve esprimere propri convincimenti o compiere autonome scelte.

Non è consentito infatti all'autorità giudiziaria di sostituirsi ad un potere già esercitato, potendo questa " *solo stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di contestualizzazione della norma posta a tutela della conformità a parametri tecnici, che nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro contestualizzato*"²⁰.

La consulenza tecnica disposta dal giudice serve dunque a porre in essere un controllo sulla ragionevolezza e sulla coerenza tecnica delle decisioni adottate dall'amministrazione. In questo

¹⁸ G. VACIRCA, *Prime riflessioni sul nuovo regime delle prove in materia di pubblico impiego*, in *Foro amm.*, 1987, 1344.

¹⁹ In senso contrario si segnala la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, n. 4658/2000 in cui si afferma: "in sede di imposizione di vincolo storico-artistico ai sensi della L. 1 giugno 1939, n. 1089, l'amministrazione esercita un potere tecnico-discrezionale censurabile in sede di giurisdizione di legittimità solo per manifesta illogicità".

²⁰ Cons. Stato, sez. IV, n. 1274/2010, in www.giustizia-amministrativa.it

caso “il giudice penetra nel momento conoscitivo dell’ autorità e ne vaglia l’ esito, ma solo allo scopo di accertarne l’ attendibilità scientifica, arrestandosi di fronte alla sfera di opinabilità che sostanzia il nucleo forte del concetto giuridico indeterminato”²¹.

La tesi del sindacato “debole” ha trovato pieno accoglimento da parte della giurisprudenza.

Il Consiglio di Stato ha affermato, al riguardo, che “(...)al giudice non è certamente concesso un potere di sostituzione del proprio giudizio a quello dell’ amministrazione (...).

Ne segue, altresì, che il provvedimento deve reputarsi legittimo quando il giudizio tecnico (di applicazione del concetto giuridico indeterminato), anche a prescindere dalla intrinseca e sicura esattezza, è obiettivamente attendibile: ossia quando in una ragionevole percentuale di casi conduce ad un risultato corretto”²².

Nello stesso senso, nella sentenza n. 829 del 27 febbraio 2006, il Consiglio di Stato ha riconosciuto che “(...)la c.d. discrezionalità tecnica esprime un concetto diverso dal merito amministrativo e pertanto non può essere aprioristicamente sottratta al sindacato da parte del giudice amministrativo atteso che l’ apprezzamento degli elementi di fatto del provvedimento, siano essi semplici o complessi, attiene comunque alla legittimità di quest’ ultimo.

Tuttavia la censurabilità della discrezionalità tecnica non deve mai arrivare alla sostituzione del giudice all’ amministrazione nell’ effettuazione di valutazioni opinabili, ma deve consistere nel controllo, ab externo, dell’ esattezza e correttezza dei parametri della scienza utilizzata nel giudizio”²³.

Anche la Corte di Cassazione ha accolto la medesima soluzione, affermando, a proposito delle valutazioni compiute del giudice amministrativo in ordine alle procedure concorsuali che “non sussiste ragione per sottrarre l’ accertamento al controllo del giudice amministrativo, essendo predicabile un sindacato che giunga, senza impingere nella riserva di intangibilità del merito amministrativo, ben più che al controllo della mera coerenza logica dell’ argomentazione al diretto sindacato di attendibilità dei giudizi tecnici adottati, restando esclusa pertanto la possibilità di alcun intervento demolitorio sulle valutazioni attendibili ancorché opinabili, (...)con la

²¹ F. CARINGELLA-M. PROTTO, *Il nuovo processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2001, 924.

²² Il riferimento è alla sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, n. 5287 del 2001, in *Foro it.*, 2002, III, coll. 414 ss.

²³ Nella sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, del 1 giugno 2012, n. 3283 si afferma che: “il sindacato giurisdizionale su atti normativi secondari, per mezzo dei quali l’ Amministrazione, nell’ esercizio della propria discrezionalità tecnica, abbia fornito utili criteri di interpretazione e di delimitazione del significato di concetti giuridici indeterminati di valenza tecnica utilizzati dalla normativa principale, nel rispetto della disciplina che presiede alla loro possibile impugnazione e disapplicazione, è consentito soltanto nel caso in cui le scelte effettuate si pongano in contrasto con il principio di ragionevolezza tecnica. Nei termini di cui innanzi non è, pertanto, sufficiente che la determinazione assunta sia, sul piano del metodo e del procedimento seguito, meramente opinabile, poiché il Giudice Amministrativo non può in attuazione del principio costituzionale di separazione dei poteri-sostituire proprie valutazioni a quelle effettuate dall’ Amministrazione”.

Nello stesso senso si veda Cons. Stato, sez. IV, 8 ottobre 2012, n. 5209 e più recentemente Tar Veneto, sez. II, del 14 febbraio 2013, n. 212.

conseguenza di veder adottate, in perfetta conformità al ruolo “debole” del sindacato stesso, decisioni di annullamento” con ricorrezioni delle valutazioni delle commissioni esaminatrici affette da manifesta inattendibilità od implausibilità”²⁴.

3-La consulenza tecnica d’ufficio quale mezzo di accesso al fatto

Un contributo essenziale all’affermazione del nuovo orientamento che ha riconosciuto l’ammissibilità di un sindacato, seppur *debole*, del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione, è certamente ascrivibile alla riforma del processo amministrativo, attuata con legge n. 205/2000 con cui sono stati ampliati i poteri istruttori del giudice, principalmente attraverso l’ammissibilità della consulenza tecnica d’ufficio anche rispetto ai giudizi di legittimità²⁵.

Tale strumento consente la cognizione del fatto o dei criteri che hanno condotto l’amministrazione a compiere determinate valutazioni, senza incidere sulla scelta posta in essere che, espressione di quel merito caratterizzante la funzione amministrativa, è sottratta al controllo giurisdizionale²⁶.

La consulenza tecnica storicamente non era ammessa e neppure configurabile nel processo amministrativo delineato dalla l. n. 2248/1865, per la natura esclusivamente caducatoria attribuita a tale processo, avente ad oggetto la sola legittimità dell’atto²⁷.

Da qui l’affermazione di parte della dottrina di un processo amministrativo caratterizzato dalla “*limitatezza dei mezzi di prova*”^{28 29}, al pari di altri processi di mera legittimità.

²⁴ Cass. sez. un., n. 14893 del 2010.

²⁵ In passato l’impossibilità per il giudice di verificare, per mezzo di una consulenza tecnica, la valutazione dei fatti posta in essere dalla pubblica amministrazione era riconducibile al fatto che la discrezionalità tecnica veniva identificata con il merito amministrativo, ragion per cui il controllo giurisdizionale era ammesso solo a fronte di una illogicità manifesta o di macroscopico errore di fatto.

²⁶ TAR Emilia Romagna-Bologna, 12 luglio 2002, n. 928.

²⁷ Da precisare il fatto che la consulenza tecnica era già stata ammessa non solo nelle materia di giurisdizione esclusiva ma anche nelle controversie relative al pubblico impiego, non ancora demandate alla cognizione del giudice ordinario. Al riguardo si ricorda TAR Lombardia, Sez. Milano dell’11-4-1996 n. 463; TAR Puglia Sez. II, Bari del 6-10-1994, n. 1301.

²⁸ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, 232.

²⁹ La dottrina tradizionale, pur ritenendo molto limitati i mezzi di prova esperibili dal giudice amministrativo, in sede di legittimità, ne ha sempre affermato il carattere tassativo, vista la netta distinzione operata dalla stessa legge tra mezzi istruttori ammessi nel giudizio di merito e quelli disponibili nelle altre giurisdizioni.

In merito si veda F. BENVENUTI, *L’istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 71 ss.; L.MIGLIORINI, *L’istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, 1977, 140.

Questa affermazione viene messa in discussione a seguito della pronuncia da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione della sentenza n. 500 del 1999, con cui si è posto fine alla consolidata giurisprudenza che negava *tout court* la risarcibilità del danno per lesione dell'interesse legittimo pretensivo³⁰, cioè di quell'interesse diretto ad ottenere una utilità che ancora non si possiede³¹.

Tale pronuncia ha sancito un principio rivoluzionario, lasciando tuttavia immutato il sistema del doppio binario che ad un primo giudizio sulla legittimità dell'atto davanti al giudice amministrativo, e diretto ad ottenerne l'annullamento, ne faceva seguire un altro, davanti al giudice ordinario, funzionale a conseguire il corrispondente risarcimento del danno.

Con la l. n. 205/2000 il sistema del doppio binario è stato eliminato. Da questo momento il TAR, anche in materie diverse da quelle di giurisdizione esclusiva, poteva pronunciare non solo sentenze caducatorie ma anche disporre il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi.

Il giudizio si sposta dunque dalla legittimità dell'atto alla liceità del rapporto e a tal fine il giudice amministrativo deve poter disporre di una serie di mezzi istruttori necessari a verificare i fatti allegati dalle parti³².

La conoscibilità del fatto costituisce un passaggio fondamentale per consentire al giudice di decidere la controversia sottoposta alla sua cognizione; da qui la necessità di ampliare i poteri istruttori del giudice amministrativo onde consentirgli un sindacato pieno sul fatto.

I primi segnali verso l'ammissibilità nel processo amministrativo dei mezzi di prova tipici del processo civile, in particolare la consulenza tecnica, sono ascrivibili ad alcune innovative pronunce giurisprudenziali, in linea con l'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, applicabile anche al processo amministrativo³³.

L'orientamento dominante sosteneva, al contrario, che la consulenza tecnica fosse destinata a tradursi in un apprezzamento tecnico sull'esercizio discrezionale del potere amministrativo, compatibile perciò solo con il sindacato di merito.

Mentre il giudice civile poteva conoscere il fatto attraverso l'esercizio di ampi poteri istruttori, il giudice amministrativo aveva cognizione solo rispetto all'atto, sicché la fase istruttoria posta in essere serviva solo ad integrare e completare la ricostruzione del fatto posta in essere

³⁰ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000, 699.

³¹ R. CAPONIGRO, *La pregiudiziale amministrativa tra l'essenza dell'interesse legittimo e l'esigenza di tempestività del giudizio*, in www.giustizia-amministrativa.it.

L'Autore afferma che "negli interessi legittimi pretensivi, a differenza che negli oppositivi, il bene della vita non è stato ancora conseguito ma può essere conseguito soltanto attraverso l'esercizio del potere amministrativo, sicché il titolare della posizione aspira ad un facere positivo dell'amministrazione pubblica con cui è entrato in contatto proprio con la prospettiva di conseguire la res o realizzare l'utilitas alla quale tende".

³² A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 677.

³³ TAR Lombardia, sez. III, dell'11/04/1996, n. 463.

dall'amministrazione, e successivamente a verificare la corrispondenza e la logicità tra procedimento e provvedimento.

All'opposto una parte della dottrina rilevava come anche al giudice amministrativo fosse concesso di conoscere il fatto in caso di incompleta istruttoria, sebbene attraverso limitati strumenti quali le verificazioni, le richieste di documenti e di chiarimenti³⁴.

L'esigenza di un'istruttoria più completa ed incisiva del giudice amministrativo comincia ad essere avvertita con forza sul finire degli anni Novanta con l'entrata in vigore dapprima del d.lgs. n. 80 del 1998 e poi della l. n. 205/2000 il cui art. 16 ha attribuito al giudice amministrativo il potere di disporre la consulenza tecnica non solo nella giurisdizione esclusiva ma anche in quella di legittimità³⁵.

La consulenza tecnica d'ufficio, la cui disciplina è mutuata sostanzialmente dal codice di procedura civile, rappresenta uno strumento di conoscenza diretta di fatti tecnici, anche complessi, con cui il legislatore ha messo a disposizione del giudice un mezzo diretto ad acquisire la completa conoscenza del fatto, garantendo così piena effettività di tutela ogniqualvolta una semplice istruttoria documentale non risultasse idonea o sufficiente.

A differenza delle verificazioni, generalmente intese come indagini tecniche dirette a portare a conoscenza del giudice i fatti posti a fondamento del ricorso ed il cui espletamento compete all'amministrazione, spesso alla stessa amministrazione resistente³⁶, la consulenza tecnica d'ufficio è affidata ad un esperto di fiducia nominato direttamente dal giudice.

Il ricorso alla consulenza tecnica, anche nel processo amministrativo, si spiega con l'esigenza di rendere edotto il giudicante su questioni inerenti materie tecnico-specialistiche estranee all'ambito di propria competenza ma necessarie per una corretta deliberazione.

L'applicazione sempre più frequente di norme scientifiche è alla base di una nuova interpretazione del principio di legalità che *“non può oggi più riferirsi ad una amministrazione che opera secondo*

³⁴ L. MIGLIORINI, *Istruzione del processo amministrativo* in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XVIII, Roma, 1990, 2.

³⁵ Un contributo fondamentale alla riforma è riconducibile all'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale n. 2292/2000 del 17 aprile, emessa dalla sezione del Consiglio di Stato con cui è stata sollevata d'ufficio la questione di legittimità costituzionale degli articoli 19 della l. 6 dicembre 1971, n. 1034, 44 del r. d. 26 giugno 1924, n. 1054 e 26 del r. d. 17 agosto 1907, n. 642, che non consentivano al giudice amministrativo, in sede di legittimità, di avvalersi per l'accesso al fatto, di perizie, accertamenti o consulenze tecniche d'ufficio, per contrasto con gli articoli 3, 24, comma 1 e 2 e 113 della Costituzione.

La questione è stata poi risolta direttamente dal legislatore che prima della decisione della Corte ha emanato la l. n. 205/2000 che ha ammesso la consulenza tecnica d'ufficio anche nei giudizi di legittimità.

³⁶ La verifica è considerata un mezzo di prova a contenuto indeterminato, in quanto può concretizzarsi in ispezioni, sopralluoghi, accertamenti tecnici, acquisizione di documenti o testimonianze.

La verifica è affidata ad un organo tecnico che, nel rispetto del contraddittorio tra le parti, ha il potere di compiere qualunque tipo di accertamento ritenuto necessario per far conoscere la verità al giudice.

A seguito dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, reso operativo dal d.lgs. 104 del 2010, la verifica è affidata genericamente ad un *“organismo”*, termine questo riferibile non solo a soggetti pubblici ma anche a soggetti privati.

Al riguardo si veda F. MERUSI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 5 e ss; L. MAZZAROLLI, *Il processo amministrativo come processo di parti e l'oggetto del giudizio*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 463.

il modello weberiano della legalità razionale(...)poiché il pluralismo sottopone l'amministrazione all'esigenza di considerare una moltitudine di interessi che vanno ponderati attraverso procedimenti molto più complessi rispetto a quelli utilizzati nel passato”³⁷.

Ne consegue una crescita del ruolo politico dell'amministrazione rispetto alle funzioni di indirizzo e di programmazione del Governo ed il frequente ricorso alle cosiddette leggi-provvedimento con cui i pubblici poteri non si limitano ad interpretare ed attuare il dato normativo ma esercitano un'azione diretta a delineare e definire obiettivi da raggiungere.

Il legislatore, dunque, affida ad organi dotati di competenze specifiche la determinazione delle regole da applicare ed accresce i poteri di cognizione del giudice amministrativo ben oltre l'indagine sulla legittimità dell'atto, garantendogli una piena conoscenza sulla pretesa sostanziale del ricorrente.

3-La natura della consulenza tecnica d'ufficio

Da sempre si discute sulla natura giuridica di mezzo istruttorio o strumento probatorio della consulenza tecnica d'ufficio.

La dottrina processualcivilistica maggioritaria ha costantemente affermato che la consulenza tecnica costituisce un mezzo istruttorio e non un mezzo di prova, la cui funzione è di rendere edotto il giudice in merito agli aspetti tecnici della questione sottoposta al suo esame³⁸. Lo scopo non è quello di fondare il convincimento del giudice in merito alla veridicità o meno dei fatti allegati dalle parti, ma solo di fornire un supporto tecnico alla sua valutazione.

A sostegno di tale tesi si evidenzia la diversa collocazione che l'istituto ha nel nuovo codice del processo civile rispetto a quello del 1865 dove, facendosi riferimento alla “*perizia*”, non si attribuiva alcun rilievo all'elemento soggettivo dell'istituto ma solo al suo risultato, vale a dire la dichiarazione del perito³⁹.

Ora, non solo nel codice di procedura civile ma anche nel nuovo codice del processo amministrativo, istituito con d.lgs. n. 104 del 2010, il consulente tecnico viene inquadrato tra gli ausiliari del giudice ed il suo apporto assume rilevanza fondamentale in tutti quei casi in cui l'organo decidente, venuto a conoscenza dei fatti di causa attraverso i mezzi probatori, necessita di valutare aspetti tecnici della questione, estranei all'ambito delle proprie competenze⁴⁰.

³⁷ E. CARACCIOLA LA GROTTIERA, *La consulenza tecnica d'ufficio e il sindacato del giudice amministrativo*, EDI, Salerno, 2008, 134.

³⁸ F. CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1947, 69 e 86; G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, 417.

³⁹ M. VELLANI, *Consulenza tecnica nel diritto processuale civile*, in *Digesto civ.*, III, Torino, 1988, 525.

⁴⁰ A. CHIZZINI, *Il potere istruttorio del giudice amministrativo nel quadro delle recenti riforme delineate dal d.lgs. n. 80/1998 e dalla l. 205/2000*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 896-897.

Ciò che si instaura tra giudice e consulente è un vero e proprio rapporto di collaborazione in base al quale quest'ultimo deve mettere a disposizione del primo le cognizioni scientifiche o tecniche in suo possesso, utili alla definizione della controversia.

Il progresso della scienza e della tecnica pone sempre più frequentemente il giudice di fronte a questioni e problematiche la cui risoluzione presuppone una valutazione o un accertamento da parte di soggetti dotati di specifiche competenze tecniche che, sia in fase istruttoria che decisoria, possono fornire chiarimenti di natura tecnica sui dati acquisiti ed offrire una nuova chiave di lettura delle prove già raccolte, senza per questo creare alcun vincolo per l'organo decidente⁴¹.

Ora, se è vero che la consulenza tecnica è inquadrabile a tutti gli effetti tra i mezzi istruttori, è altrettanto vero che nei casi in cui costituisce uno strumento di accertamento di situazioni conoscibili solo attraverso il ricorso a determinate cognizioni tecniche, può assumere il ruolo di fonte oggettiva di prova⁴².

In tali ipotesi il giudice non chiede al consulente di svolgere un'attività deduttiva di fatti principali da fatti secondari o di individuare regole tecniche per valutare fatti già acquisiti ma lo invita a porre in essere un'attività di percezione materiale del fatto⁴³.

E' lecito pertanto affermare che quando il giudice attribuisce al consulente la sola percezione dei fatti allegati non siamo lontani da una prova in senso stretto; a questo punto il consulente finisce per diventare la *longa manus* del giudice e gli accertamenti dei fatti dallo stesso compiuti hanno il valore di vere e proprie indagini ispettive⁴⁴.

Al riguardo la giurisprudenza distingue tra consulenza deducente e consulenza percipiente a seconda che questa presupponga l'avvenuto svolgimento dell'attività probatoria o costituisca essa stessa fonte oggettiva di prova⁴⁵.

⁴¹ C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 2007, 187 e ss.

⁴² Cass. civ., sez. II, 15 aprile 2002 n. 5422, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 650; Cass. civ., sez. III, 31 luglio 2002, n. 11359, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1414. In quest'ultima pronuncia si afferma che la consulenza tecnica d'ufficio ha lo scopo di aiutare il giudice nella valutazione di questioni che richiedono specifiche competenze tecniche e non può essere utilizzata allo scopo di supplire alla mancata allegazione di prove o allo scopo di individuare fatti o circostanze nuove. A tali limiti, prosegue la sentenza, è consentito derogare solo nei casi in cui l'accertamento di determinate situazioni di fatto sia possibile solo ricorrendo a specifiche cognizioni tecniche. In questo caso la parte che contestasse l'eventuale mancato espletamento della consulenza tecnica da parte del giudice ha l'onere di chiarire, dal punto di vista causale, come l'espletamento della stessa avrebbe potuto incidere sulla decisione impugnata.

⁴³ In questi casi si dovrebbe parlare non tanto di consulenza tecnica ma di ispezione posta in essere dal perito. Sul punto si veda A. PROTO PISANI, *Appunti sulle prove civili*, in *Foro it.*, 1994, V, 72.

⁴⁴ G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, 418.

⁴⁵ Cass. civ., sez. III, 28 febbraio 2007, n. 4743, in *Guida al diritto*, 2007, 2546. Nella sentenza si legge: "Ancorché in linea generale la consulenza tecnica d'ufficio non possa essere disposta al fine di esonerare la parte dal relativo onere probatorio, quando i fatti da accertare necessitano di specifiche competenze tecniche, non essendo rilevabili sulla base della comune percezione il giudice può affidare al consulente non solo l'incarico di valutare i fatti accertati o dati per esistenti (consulente deducente), ma anche quello di accertare i fatti stessi (consulente percipiente). In tale caso, in cui la consulenza costituisce essa stessa fonte oggettiva di prova, è necessario e sufficiente che la parte deduca il fatto che pone a fondamento del suo diritto e che il giudice ritenga che l'accertamento richieda specifiche cognizioni tecniche".

La prima distinzione in tal senso si rinviene in una sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la n. 9522 del 4 novembre 1996, in cui, premesso che il consulente tecnico d'ufficio è un ausiliario del giudice che lo supporta nelle sue decisioni, si riconosce la possibilità per l'organo decidente di chiedere al tecnico l'accertamento di fatti determinati che siano stati dedotti dalle parti interessate⁴⁶.

Si parla al riguardo di una consulenza di tipo deducente, diretta a fornire al giudice elementi di carattere tecnico, utili per la valutazione di fatti già provati, senza determinare alcun vincolo nei suoi confronti.

L'organo decidente infatti, quale *peritus peritorum*, non è in alcun modo vincolato dalle risultanze delle operazioni peritali, potendo disattenderle con adeguata motivazione ogniqualvolta non le ritenga condivisibili.

Discorso più complesso vale in ipotesi di consulenza percipiente, posta in essere allo scopo di accertare fatti la cui percezione presuppone cognizioni tecniche specifiche; in tal caso l'indagine tecnica, al pari delle prove ispettive, è considerata in via eccezionale fonte oggettiva di prova.

In relazione alla figura del consulente "percipiente", parte della dottrina ha messo in evidenza come il carattere distintivo rispetto alla testimonianza non consiste più nella prevalenza del momento valutativo su quello narrativo e che, al contrario, sia riscontrabile una certa assimilazione tra i due istituti in quanto anche tale consulenza, al pari della testimonianza, si risolve in una dichiarazione di scienza resa al giudice ed inerente a fatti di cui si è avuta conoscenza⁴⁷.

La distinzione fra consulenza deducente e percipiente, ormai pacifica nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, sembra trovare accoglimento anche nella giurisprudenza dei TAR e del Consiglio di Stato che riconoscono, in generale, come la consulenza tecnica sia uno strumento

⁴⁶ Nella sentenza ora citata si legge testualmente che "Come è noto, l'art. 61 c. p. c. consente al giudice di farsi assistere, per il compimento di singoli atti o per tutto il processo, da uno o più consulenti di particolare competenza tecnica. Il consulente è dunque un ausiliario tecnico del giudice e lo assiste nei suoi compiti di acquisizione e di valutazione delle prove. Come è stato detto, non si pone di fronte al giudice, ma collabora con esso, accanto ad esso, per assisterlo e consigliarlo nel campo della propria particolare esperienza. Nella pratica, tuttavia, il giudice spesso affida al consulente il compito di svolgere le indagini da solo. Si dice che in tali casi la consulenza degrada a mera perizia, anche se permane pur sempre la possibilità da parte del giudice di chiedere al consulente in udienza o in sede decisoria chiarimenti orali. Il giudice può affidare al consulente tecnico non solo l'incarico di valutare i fatti da lui stesso accertati o dati per esistenti (consulente deducente), ma anche quello di accertare i fatti stessi (consulente percipiente). Nel primo caso la consulenza presuppone l'avvenuto espletamento dei mezzi di prova e ha per oggetto la valutazione di fatti i cui elementi sono già stati completamente provati dalle parti; nel secondo caso la consulenza può costituire essa stessa fonte oggettiva di prova (Cass. 31 marzo 1990 n. 2629; Cass. 4 aprile 1989 n. 1620; Cass. 19 aprile 1988 n. 3064). Naturalmente ciò non significa che le parti possano sottrarsi all'onere probatorio e rimettere l'accertamento dei propri diritti all'attività del consulente. È necessario, invece, che la parte deduca quanto meno il fatto che pone a fondamento del proprio diritto; che il giudice ritenga che il fatto sia possibile, rilevante e tale da lasciare tracce accertabili o, comunque, da poter essere ricostruito dal consulente; che l'accertamento richieda cognizioni tecniche che il giudice non possiede oppure che vi siano altri motivi che impediscano o sconsiglino il giudice dal procedere personalmente all'accertamento (si pensi a un giudice affetto da daltonismo ovvero all'ispezione corporale prevista dall'art. 260 c. p. c.); che il consulente indagli sui fatti prospettati dalle parti e non su fatti sostanzialmente diversi".

⁴⁷ A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1996, 477.

processuale finalizzato alla valutazione di elementi di prova già acquisiti e non possa trovare applicazione per supplire alla carenza probatoria delle parti⁴⁸.

Se si considera il caso del risarcimento del danno spetterà al ricorrente fornire la prova della sua sussistenza, mentre l'accertamento della relativa entità e la quantificazione del risarcimento potrà essere affidata all'ausilio di un consulente che procederà a tale determinazione sulla base di parametri e norme diverse da quelle giuridiche⁴⁹.

Altra ipotesi che si verifica con una certa frequenza è quella del consulente "percipiente" chiamato a valutare l'infermità per causa di servizio, in cui la scienza di riferimento consente valutazioni neutrali e oggettivamente verificabili⁵⁰.

4-L'attività del consulente ed i suoi riflessi sul libero convincimento del giudice

Il consulente tecnico può essere definito come un soggetto esperto chiamato ad avvalersi delle proprie conoscenze tecnico-scientifiche per integrare, attraverso pareri e relazioni non vincolanti, le cognizioni del giudice.

Il giudice ha facoltà di farsi assistere anche da più consulenti, quando le conoscenze tecnico-specialistiche da acquisire attengono a materie diverse che difficilmente rientrano nella competenza di un solo esperto.

⁴⁸ Cons. Stato, sez. IV, 6 aprile 2006, n. 1802, in *Foro amm. CdS*, 2006, 4 1227; Cons. Stato, sez. IV, 11 ottobre 2006, n. 6064, in *Foro amm. CdS*, 2006, 10 2773.

⁴⁹ Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2004, n. 1261. Nella sentenza si legge: "*E' nota, infatti, la distinzione concettuale elaborata dalla giurisprudenza civile, sia pure in ambito e con finalità non coincidenti con quelli della presente vicenda processuale, tra consulente deducente con cui il giudice affida l'incarico di valutare i fatti da lui stesso accertati o dati per esistenti e consulente percipiente, chiamato invece ad accertare i fatti stessi. Nel primo caso la consulenza presuppone l'avvenuto espletamento dei mezzi di prova e ha per oggetto la valutazione di fatti i cui elementi sono già stati completamente provati dalle parti; nel secondo caso la consulenza può costituire essa stessa fonte oggettiva di prova, senza che questo significhi, tuttavia, che le parti possono sottrarsi all'onere probatorio e rimettere l'accertamento dei propri diritti all'attività del consulente. In questo secondo caso è necessario, infatti, che la parte quanto meno deduca il fatto che pone a fondamento del proprio diritto e che il giudice ritenga che il suo accertamento richieda cognizioni tecniche che egli non possiede o che vi siano alcuni motivi che impediscano o sconsiglino di procedere direttamente all'accertamento (Cass. sez. un. 04-11-1996, n. 9522). In conclusione, la consulenza tecnica, pur disposta d'ufficio, non è certo destinata ad esonerare la parte dalla prova dei fatti dalla stessa dedotti e posti a base delle proprie richieste, fatti che devono essere dimostrati dalla medesima parte alla stregua dei criteri di ripartizione dell'onere della prova posti dall'art. 2697 c.c., ma ha la funzione di fornire all'attività valutativa del giudice l'apporto di cognizioni tecniche non possedute (...)*".

⁵⁰ TAR Emilia Romagna, Parma, 6 giugno 2007, n. 349 dove il Collegio, dovendo decidere se riconoscere o meno l'infermità per causa di servizio ad un lavoratore, ha deciso di esperire una consulenza tecnica d'ufficio per accertare la sussistenza delle patologie lamentate e il nesso di causalità rispetto all'attività lavorativa svolta; TAR Piemonte, Torino, sez. II, 27 febbraio 2004, n. 335 in cui il Collegio ha disposto una consulenza tecnica d'ufficio per "*determinare se il ricorrente sia affetto dalle patologie lamentate nel ricorso (azoospermia, fotofobia, steatosi epatica); valutare la dipendenza delle accertate patologie dall'esposizione ai vapori anestetici ai quali il ricorrente riferisce di essere stato esposto durante e a causa dell'espletamento delle sue mansioni lavorative; in caso di risposta positiva ai precedenti quesiti, determinare l'eventuale danno biologico subito*".

In questi casi si procede, di norma, ad una nomina plurima in base alla quale le operazioni peritali vengono svolte in forma collegiale⁵¹ e si concludono o con la stesura di un unico elaborato o nella compilazione di relazioni distinte, in cui ciascun consulente esprime il proprio pensiero in relazione alla sua specializzazione.

La figura del consulente tecnico è stata introdotta per la prima volta nel codice di procedura civile ed ha sostituito quella del perito chiamato ad accertare i fatti come esistenti nella realtà e la cui relazione conclusiva costituiva un mezzo di prova vero e proprio⁵².

Il consulente svolge una funzione integrativa dell'istruzione, garantendo un apporto che varia a seconda delle circostanze e delle caratteristiche della materia in esame; può fornire al giudice chiarimenti tecnici, esporre regole tecniche e di esperienza o compiere una valutazione di dati già acquisiti ai fini della decisione⁵³.

Nello svolgimento di siffatte attività può avvalersi della collaborazione di soggetti terzi, in grado di fornirgli notizie e dati non ricavabili dagli atti processuali.

In ogni caso non può mai utilizzare, a tale scopo, documenti non prodotti dalle parti, in quanto acquisibili solo per espresso provvedimento del giudice.

L'attività posta in essere dal consulente si sintetizza in una relazione scritta nella quale è tenuto ad esprimersi in ordine a tutti i quesiti postigli dal giudice nell'ordinanza di incarico che è chiamato a rispettare scrupolosamente⁵⁴, potendo discostarsene solo previa autorizzazione da parte dello stesso.

⁵¹ TAR Calabria-sez. di Reggio Calabria ord. 9 novembre 2005 n. 468.

⁵² G. CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, 698 definisce i periti come “*persone chiamate a esporre al giudice non solo le osservazioni dei loro sensi e le loro impressioni personali sui fatti osservati, ma le induzioni che debbono trarsi oggettivamente dai fatti osservati o dati loro per esistenti...Ciò suppone che essi possiedano determinate cognizioni teoriche o pratiche o attitudini in campi speciali, tali che non debbono necessariamente essere possedute o in ugual grado possedute da ogni persona colta (perito medico legale, perito estimatore, perito agrimensore, perito calligrafo ecc...)*”.

⁵³ P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, 1943, 167 e ss.

⁵⁴ Ai sensi dell'art. 67 del c. p. a “*con l'ordinanza con cui dispone la consulenza tecnica d'ufficio, il collegio nomina il consulente, formula i quesiti e fissa il termine entro cui il consulente incaricato deve comparire dinanzi al magistrato a tal fine delegato per assumere l'incarico e prestare giuramento ai sensi del comma 4. L'ordinanza è comunicata al consulente tecnico a cura della segreteria. Le eventuali istanze di astensione e ricasazione del consulente sono proposte, a pena di decadenza, entro il termine di cui al comma 1. Il collegio, con la stessa ordinanza di cui al comma 1, assegna termini successivi, prorogabili ai sensi dell'articolo 154 del codice di procedura civile, per: a) la corresponsione al consulente tecnico di un anticipo sul suo compenso; b) l'eventuale nomina, con dichiarazione ricevuta dal segretario, di consulenti tecnici delle parti, i quali, oltre a poter assistere alle operazioni del consulente del giudice e a interloquire con questo, possono partecipare all'udienza e alla camera di consiglio ogni volta che è presente il consulente del giudice per chiarire e svolgere, con l'autorizzazione del presidente, le loro osservazioni sui risultati delle indagini tecniche; c) la trasmissione, ad opera del consulente tecnico d'ufficio, di uno schema della propria relazione alle parti ovvero, se nominati, ai loro consulenti tecnici; d) la trasmissione al consulente tecnico d'ufficio delle eventuali osservazioni e conclusioni dei consulenti tecnici di parte; e) il deposito in segreteria della relazione finale, in cui il consulente tecnico d'ufficio dà altresì conto delle osservazioni e delle conclusioni dei consulenti di parte e prende specificamente posizione su di esse.*”

Il consulente ha il dovere di astenersi dall'accertare fatti che non siano stati provati dalle parti, né può esprimere valutazioni su prove documentali rimesse esclusivamente al libero apprezzamento del giudice.

Se il suo operato dovesse travalicare i compiti specifici che gli sono stati affidati non solo potrebbe essere messa in discussione la validità del suo apporto ma ci potrebbero essere gli estremi per una sua responsabilità civile, penale e disciplinare⁵⁵.

Il consulente tecnico può essere esposto a tutte le sanzioni previste precedentemente per i periti ex artt. 366 e 373 del codice penale, nonché a quelle relative al reato contravvenzionale previsto dall'art. 25 della l. 4.6. 1985 n. 281, in base al quale il consulente può essere condannato al pagamento di un'ammenda e, in caso di colpa grave, all'eventuale pena accessoria della sospensione dell'esercizio della professione.

Rispetto alla responsabilità civile il consulente tecnico è soggetto alla responsabilità aquiliana al pari del prestatore d'opera, in cui presupposto fondamentale non è tanto la sussistenza della colpa grave ma l'esecuzione dell'opera con la diligenza necessaria e dipendente dalla natura dell'attività esercitata.

Incorre invece nella responsabilità disciplinare quel consulente che viola norme a carattere deontologico; in questo caso l'ordine di appartenenza potrebbe avviare un procedimento disciplinare destinato a concludersi con l'irrogazione di una sanzione variabile in relazione all'entità della violazione.

La scelta di disporre la consulenza tecnica d'ufficio rientra nell'ambito dell'attività istruttoria del giudice il quale esercita un potere discrezionale avente ad oggetto la scelta del consulente e la formulazione dei quesiti da sottoporre al medesimo, la facoltà di domandare allo stesso chiarimenti o di svolgere indagini suppletive, il potere di porre a carico della parte ricorrente l'obbligo di corrispondere un anticipo al professionista prescelto⁵⁶.

Nello svolgimento dell'incarico di cui è investito il consulente non solo ha il compito di fornire elementi tecnico-scientifici ma anche di accertare l'esistenza di fatti introdotti dalle parti, senza per

Il giuramento del consulente è reso davanti al magistrato a tal fine delegato, secondo le modalità stabilite dall'articolo 193 del codice di procedura civile. Il compenso complessivamente spettante al consulente d'ufficio è liquidato, al termine delle operazioni, ai sensi dell' articolo 66, comma 4, primo e terzo periodo”.

⁵⁵ Cass. civ., sez. III, 5 agosto 2004, n. 15027, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 7-8; C. Conti reg. Lombardia, sez. giurisd., 12 ottobre 2006, n. 553, in *Riv. corte conti*, 2006, 71.

⁵⁶ Cons. Stato, IV, n. 5010/2002. In questa pronuncia il Collegio ha deciso un giudizio di opposizione contro una sentenza istruttoria emessa dalla stessa sezione con cui l'appellante ha chiesto la riforma della decisione, affermando l'inutilità e l'ininfluenza del mezzo istruttorio, e di essere esonerata dall'obbligo di corrispondere l'anticipo al consulente.

Rispetto alla prima questione il Collegio ha evidenziato che ogni valutazione circa la rilevanza del mezzo di prova resta riservata alla decisione di merito e che il giudice, dopo aver acquisito i risultati istruttori, può valutarli discrezionalmente, decidere di non valutarli o di non tenerne conto, senza alcun vincolo eventualmente derivante dal risultato della prova.

questo svolgere un ruolo sostituivo dell'onere probatorio che grava sulle stesse e fermo restando la libertà dell'organo decidente di verificare l'esattezza e l'attendibilità dei risultati dell'indagine compiuta dal consulente.

Il giudice gode dunque di un ampio potere valutativo in ordine agli esiti della consulenza e non è in alcun modo vincolato alle determinazioni del consulente tecnico d'ufficio, potendo disattenderle qualora non le dovesse ritenere condivisibili.

La valutazione del giudice sull'attività del consulente può dar luogo a quattro alternative: la sostituzione, la rinnovazione delle indagini, l'accoglimento o il rifiuto dei risultati raggiunti.

Ciò conferma, ancora una volta, come le risultanze dell'attività esperita dal consulente tecnico nominato dal giudice non impediscano a quest'ultimo di compiere un'autonoma valutazione e qualificazione dei fatti accertati secondo il suo prudente apprezzamento, fermo restando l'obbligo di motivare la decisione⁵⁷.

La sostituzione presuppone il ricorrere di gravi motivi di cui il giudice deve dar conto nella motivazione dell'ordinanza con cui la dispone e di norma interviene nella stessa fase di esecuzione della consulenza⁵⁸.

La rinnovazione è invece disposta al termine della stessa e si giustifica in presenza del raggiungimento di risultati non adeguati allo scopo o in caso di consulenza affetta da qualche forma di nullità; manca cioè quella funzione sanzionatoria nei confronti del consulente riscontrabile nel provvedimento di sospensione.

Nel caso in cui il giudice intenda discostarsi dalle conclusioni cui è pervenuto il consulente tecnico è tenuto a darne motivazione nella propria decisione, senza che questo implichi la necessità di discutere tutte le risultanze probatorie o di procedere alla confutazione di tutte le argomentazioni difensive, *“essendo sufficiente che, attraverso una valutazione globale delle risultanze di causa, dia conto delle ragioni che lo hanno portato alla decisione (...)”*⁵⁹.

⁵⁷ Cons. Stato, sez. IV, 21 agosto 2006, n. 4832, in *Foro amm. CdS*, 2006, 7-8.

⁵⁸ E. PROTETTI-M.T. PROTETTI, *La consulenza tecnica nel processo civile*, Milano, 1994, 120-121.

⁵⁹ Sul punto si ricorda la recente sentenza della Corte dei Conti, la n. 445 del 2011, in cui si legge: *“(...)posto che la totale mancanza della motivazione concreta l'inosservanza dell'obbligo, imposto al giudice, di esporre concisamente i motivi in fatto e in diritto della decisione (Cass. 25 maggio 1999 n. 289), è agevole osservare che detto obbligo deve ritenersi soddisfatto quando il complesso delle argomentazioni che sorreggono il dispositivo non impedisca un controllo sul procedimento logico seguito nell'adozione della pronuncia resa; e della verificabilità di tale procedimento logico danno ad avviso del Collegio adeguatamente conto, in questo caso, le enunciazioni formali contenute nella sentenza con le quali, dopo aver riportato l'articolato parere del CML, il primo giudice ha ritenuto le relative valutazioni sufficientemente ponderate e giustificate, tenuto conto dei risultati dell'esame medico (supportato dalla documentazione in atti) in base al quale l'infermità è stata ritenuta ascrivibile a tab. B per quattro anni. Del resto, quello appena riferito integra un giudizio che è espressione di un'attività discrezionale di natura tecnica, sulla quale qualunque sindacato giudiziale è di tipo “debole” (Cons. Stato Sez. VI, sent. 2.3.2004 n. 926), sì che una valutazione che vi si sovrapponga in termini adesivi non richiede specifiche puntualizzazioni. Non può allora condividersi la pretesa inidoneità della motivazione svolta ad individuare l'essenza e l'effettiva portata di una ratio decidendi, avendo la Corte territoriale esplicitato le ragioni del proprio convincimento con elementi che si*

Lo stesso dicasi in caso di adesione alle risultanze cui è giunto il consulente tecnico. L'organo decidente è tenuto ad indicare in motivazione le ragioni che lo portano a disattendere le conclusioni e le allegazioni delle parti, e a dar conto della relazione del consulente tecnico che intende condividere, non potendo limitarsi ad un semplice richiamo⁶⁰.

Dott.ssa Barbara Fenni

inseriscono con sostanziale coerenza logica nell'ambito delle globali valutazioni poste a fondamento della decisione gravata.

Né può assumere significativo rilievo che non siano state esternate le ragioni del denegato supplemento istruttorio, essendo ben noto che il giudice non è tenuto a prendere espressamente in considerazione tutte le allegazioni di parte quando abbia indicato gli elementi in base ai quali ha raggiunto la certezza sulla sussistenza o meno del diritto in contestazione”.

⁶⁰ Corte Cassazione, n. 6399 del 21.03.2011 in cui si legge che il riconoscimento in capo al giudice del potere di apprezzare il fatto “non equivale ad affermare che egli possa farlo immotivatamente e non lo esime, in presenza delle riferite contestazioni, dalla spiegazione delle ragioni-tra le quali evidentemente non si annovera il maggior credito che egli eventualmente tenda a conferire al consulente d'ufficio quale proprio ausiliare-per le quali sia addivenuto ad una conclusione anziché ad un'altra”.