

Judicium il processo civile in Italia e in Europa

Menu principale

- [Home](#)
- [News](#)
- [Opinioni e giurisprudenza](#)
- [Osservatorio](#)
- [Fonti](#)
- [Convegni](#)
- [Archivio](#)
- [Contatti](#)

cerca nel sito

cerca

Ultime news

- [13.10.2016](#)
[Lecce. Convegno "Il rapporto di lavoro del socio lavoratore di cooperativa: tipicità e problematiche"](#)
- [13.10.2016](#)
[Roma. Seminario "Le procedure di sovraindebitamento tra esecuzione individuale e concorsuale"](#)
- [8.9.2016](#)
[Αιγάλοι sulla giustizia civile. Interesse ad impugnare e questioni di giurisdizione. Roma 20 settembre 2016](#)
- [11.7.2016](#)
[XXIV BIENNIAL COLLOQUIUM OF THE ITALIAN ASSOCIATION OF COMPARATIVE LAW \(AIDC\) NAPLES – ‘SUOR ORSOLA BENINCASA’ UNIVERSITY JUNE 15-17, 2017 “JUS DICERE IN A GLOBALIZED WORLD” CALL FOR PAPERS](#)
- [6.7.2016](#)
[Roma, 19 luglio 2016. Seminario "I POTERI DEGLI ARBITRI"](#)

Nuvola tag

[d.lgs. 28/2010](#) [140-bis 360 n. 5 c.p.c.](#) [702-bis 814 ABF ADR Cassazione Appello Arbitrato irrituale](#) [Arbitrato Art. 44 Azione collettiva Azione di classe Cassazione Class action Codice del consumo](#)
[Codice Collegato lavoro Compenso Conciliazione Concordato preventivo Condizione di procedibilità D.lgs. 183/2010 Decreto sviluppo Diritto processuale civile Esecuzione Espropriazione forzata](#)

Fallimento Filtro in appello Impugnazioni Inammissibilità Istruzione preventiva a L. 69/2009 Lavoro Legge delega art. 44 Mediazione Mediazione obbligatoria Motivazione Negoziations
 assistita Non contestazione Opposizione a decreto ingiuntivo Pignoramento Procedimento sommario di cognizione Processo amministrativo Processo civile Processo del lavoro Ricorso per cassazione Riforma
 Riforme Sentenza Sommario Spese Titolo esecutivo Trascrizione Tutela cautelare Tutela della famiglia Vizio di motivazione

XXIV BIENNIAL COLLOQUIUM OF THE ITALIAN ASSOCIATION OF COMPARATIVE LAW (AIDC) NAPLES – ‘SUOR ORSOLA BENINCASA’ UNIVERSITY JUNE 15-17, 2017 “JUS DICERE IN A GLOBALIZED WORLD” CALL FOR PAPERS

Ultimi saggi

- C. Graziosi - La Cassazione "incamerata": brevi note pratiche (8.11.2016)
- P. Gobio Casali - Pignoramento di autoveicoli ex art. 521 bis c.p.c.: problemi applicativi (3.11.2016)
- B. Sassani - Da Corte a Ufficio Smalimento: ascesa e declino della "Suprema" (3.11.2016)
- R. Russo - La separazione delle carriere. Poscia, più che il legislatore poté il C.S.M. (28.10.2016)
- Michele Gerardo - Anticorruzione e trasparenza nella pubblica amministrazione. Profili giuridici, economici ed informatici (26.10.2016)
- FILIP TERESZKIEWICZ - The EU Online Dispute Resolution Platform for Consumer Disputes: a step towards an EU Digital Single Market* (26.10.2016)
- S. Lucattini - Il giudice amministrativo alla prova dei fatti: per una specialità di servizio (13.10.2016)
- M. Marinaro - Mediazione e opposizione a decreto ingiuntivo. Brevi note a margine dell'improcedibilità. (25.8.2016)
- R. Brenda - L'ultimo comma dell'art. 96 c.p.c. esce indenne dal Palazzo della Consulta. (23.8.2016)
- M. Marinaro - Spunti di riflessione per l'armonizzazione e la razionalizzazione dei sistemi di ADR per le liti dei consumatori (23.8.2016)
- M. Cirulli - Le nuove disposizioni in materia di espropriazione forzata contenute nella legge 30 giugno 2016, n. 119 (26.7.2016)
- F. M. Giorgi - Rito Fornero: esame critico degli orientamenti della giurisprudenza di legittimità sul rapporto tra le due fasi del primo grado, con sguardo finale all'interferenza del rito fallimentare. (26.7.2016)

- [V. Zeno Zencovich - Alcune riflessioni sulla riconoscibilità nell'ordinamento italiano di sentenze statunitensi di condanna a "punitive damages". \(11.7.2016\)](#)
- [G. Bonato - Tutela anticipatoria di urgenza e sua stabilizzazione nel nuovo c.p.c. brasiliano: comparazione con il sistema francese e con quello italiano \(11.7.2016\)](#)
- [N.M. Condemi - Il regime del raddoppio del contributo unificato: fattispecie processuali a confronto \(8.7.2016\)](#)
- [S. Rossetti R. Bottiglieri - Disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali \(6.7.2016\)](#)
- [T. Amodeo - Sull'ascolto del minore in tribunale \(4.7.2016\)](#)
- [F.P. Luiso - La convivenza di fatto dopo la L. 2016/76 \(24.6.2016\)](#)

[Continua >>](#)

[Cookie policy](#) | [Credits](#) | [Vecchio sito](#)

SIMONE LUCATTINI

Il giudice amministrativo alla prova dei fatti: per una specialità di servizio

Sommario: -1. Fatti, norme sulle prove, giudice amministrativo. -2. Una resistente ritrosia per l'istruttoria. -3. Gli alibi. -4. Giudice-amministratore ed effettività della tutela. -5. Per una specialità di servizio.

1. Fatti, norme sulle prove, giudice amministrativo

Elementi essenziali dell'istruttoria sono, in ogni processo, i fatti la cui conoscenza è rilevante per il giudizio, le norme sulle prove, il giudice, il quale con gli strumenti a sua disposizione procede all'accertamento della realtà, in vista della risoluzione della controversia. I fatti, in particolare, costituiscono il punto di partenza del ragionamento del giudicante, da cui muove l'interpretazione finalizzata ad individuare un significato della norma applicabile alla fattispecie concreta.

Nel giudizio amministrativo, il giudice, a seguito della progressiva estensione del sindacato e dell'apertura del processo ad una pluralità di azioni¹, è oggi chiamato, sempre più spesso, a conoscere i presupposti tecnici e fattuali del potere². Questa nuova articolazione dei poteri decisori e, ad un tempo, del diritto d'azione delle parti, non pare a sua volta poter prescindere da un corrispondente ampliamento dei mezzi di cognizione³ e dal loro pieno utilizzo, in ossequio ai

*Il presente lavoro è destinato agli studi per i 150 anni dell'unificazione amministrativa - coordinati dai Proff. Leonardo Ferrara e Domenico Sorace - e, in particolare, al volume "La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)", coordinato dal Prof. Gian Domenico Comporti.

¹Cfr. Cons. St., Ad. plen., 23.03.2011, n.3 e 29.07.2011, n.15, che, in base al principio di atipicità delle azioni, riconoscono come immanenti nel sistema della tutela giurisdizionale amministrativa, tanto l'azione di adempimento, quanto quella di accertamento. Si veda inoltre Cons. St., Ad. plen., 20.07.2012, n. 28, secondo cui la tipicità delle azioni e delle modalità di tutela «sarebbe in stridente ed inammissibile contrasto, oltre che con i fondamentali principi di pienezza ed effettività della tutela, ex art. 1 c.p.a., con la stessa previsione dell'art. 24 della Costituzione»; in tal senso, può leggersi anche Cass., S.U., 9.03.2015, n. 4683, che, nel rigettare il ricorso per motivi di giurisdizione avverso Cons. St., Ad. plen., n. 28/2012 cit., ha chiosato: «l'effettività della garanzia giurisdizionale può essere assicurata soltanto con l'atipicità delle forme di tutela».

²Si pensi, in tal senso, alle verifiche fattuali necessarie per accertare la responsabilità civile dell'amministrazione o per stabilire il *quantum* dell'eventuale risarcimento; in quest'ottica, cfr. Cons. St., sez. V, 28.02.2011, n.1271, che, in vista della quantificazione del danno risarcibile, dispone due consulenze tecniche d'ufficio, una per il danno patrimoniale e l'altra per quello biologico; Cons. St., sez. V, 21.03.2011, n.1739, dove, ai fini della prova dell'entità del danno, si richiede l'allegazione di precise circostanze di fatto, non ritenendosi sufficienti valutazioni di tipo equitativo; Cons. St., sez. III, 13.05.2015, n. 2410, il quale, per ottenere la prova della colpa dell'amministrazione per ritardo nel provvedere, chiede di verificare il «contesto di fatto» e la «la complessità della situazione fattuale».

³Per Cons. St., sez. III, 23.02.2012, n.1069, il «mutato volto del processo amministrativo» – «incentrato sempre più sull'accertamento del rapporto, e non più solo sull'impugnazione dell'atto» – e la «significativa estensione del perimetro» della giurisdizione amministrativa verso materie sempre più tecniche ha ormai reso essenziale l'«accesso diretto al fatto» e, quindi, la messa a disposizione del giudice dei «necessari poteri, istruttori e decisori». Anche secondo Tar Lombardia, Milano, sez. III, ord. 6.04.2011, n. 904, «il progressivo spostamento dell'oggetto del giudizio amministrativo dall'atto al rapporto regolato dal medesimo, al fine di scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata ... ha ormai reso intollerabile l'idea di una cognizione ristretta ai soli elementi di fatto che risultino esclusi o sussistenti in base alle risultanze procedurali». Lungo questa linea di pensiero può leggersi la relazione del Presidente del Tar del Lazio, Luigi Tosti, tenuta in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2015, Roma, 26.02.2015, in <<http://www.giustizia-amministrativa.it/>>, 29: «La sostituzione del giudice all'Amministrazione nella

principi di effettività (art. 24 Cost.), giusto (art. 111 Cost.) ed equo processo (art. 6 Convenzione europea dei diritti dell'uomo). In tale prospettiva, l'art. 63, commi 2-5, del decreto legislativo 2.07.2010, n.104 (codice del processo amministrativo) ha esteso i poteri istruttori del giudice, ammettendo, oltre alle più tradizionali prove documentali (chiarimenti e documenti), l'ispezione di cui all'art. 118 c.p.c., la prova testimoniale, la verifica e la consulenza tecnica d'ufficio. Ma soprattutto, l'art.63, comma 5, c.p.a. – quale norma di chiusura del sistema probatorio – consente ora al giudice di disporre di tutti i mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, esclusi soltanto l'interrogatorio formale ed il giuramento⁴. Con la codificazione del processo amministrativo, la limitatezza degli strumenti istruttori all'interno del processo amministrativo sembrerebbe, dunque, oramai venuta meno, essendosi superata ogni distinzione tra giurisdizione di legittimità, esclusiva e di merito per quanto concerne la cognizione del fatto. Pertanto il giudice amministrativo, anche di legittimità, è oggi, come storicamente il giudice di merito, giudice del fatto, fornito di accesso pieno ai profili fattuali e ai rapporti controversi.

Se però si volge l'attenzione all'uso che la giurisprudenza fa dei mezzi istruttori si può ancora registrare una certa ritrosia per l'istruttoria⁵. Tale rilievo empirico, che differenzia profondamente il giudizio amministrativo da quello civile, consente quindi di sviluppare un ragionamento oltre il dato puramente tecnico-normativo: se i fatti controversi (ad esempio, il momento di instaurazione di un rapporto di lavoro, la distanza di un manufatto)⁶ sono in natura identici, qualunque sia il giudice chiamato ad accertarli, e gli strumenti istruttori di cui sono dotati i due giudici, civile e amministrativo, sostanzialmente coincidono⁷, la ragione dei differenti atteggiamenti in tema d'istruttoria andrà, ragionevolmente, ricercata altrove.

L'ipotesi di studio è che le resistenze del giudice amministrativo nello sfruttare a pieno le proprie possibilità cognitive siano dovute, non a questioni di diritto positivo o di tecnica processuale, bensì a ragioni di ordine storico, ideologico e culturale, di come cioè il giudice percepisce se stesso ed il proprio ruolo all'interno del processo e nei confronti del potere pubblico. Per verificare la validità di tale ipotesi, pare necessario assumere una prospettiva d'indagine induttiva e pragmatica⁸, attenta anzitutto alla prassi giurisprudenziale. Per questa via, si potrà dunque "mettere alla prova" l'attualità e la stessa ragion d'essere della giurisdizione speciale, tradizionalmente rinvenuta nella superiore "sensibilità per le cose amministrative", frutto della particolare "specializzazione sul potere" del giudice amministrativo. In quest'ottica, la questione della specialità pare poter essere finalmente affrontata, non in chiave ideologica, bensì in concreto, a partire dall'istruttoria processuale. Il che conduce infine a chiedersi se le particolari capacità cognitive ritenute in

verifica della fondatezza della domanda, con un giudizio che investe ormai, al di là della mera valutazione di vizi formali, l'aspetto sostanziale ... comporta sempre più esigenze di carattere istruttorio».

⁴Cfr., peraltro, Tar Umbria, sez. I, 15.01.2015, n. 22, secondo cui il divieto della prova confessoria opera «solo in riferimento alle dichiarazioni provenienti dalla parte pubblica per l'indisponibilità degli interessi pubblici».

⁵In tema, cfr., *amplius, infra*, paragrafo 2.

⁶Cfr., rispettivamente, Tar Lombardia, Brescia, sez. II, ord. 3.07.2014, n. 452 e Cons. St., sez. IV, 12.02.2015, n. 738.

⁷Ferma restando la specificità, anche a livello probatorio, del processo amministrativo, riconosciuta sin da C. Cost., 18.05.1989, n.251.

⁸Nella logica della giurisprudenza comunitaria, secondo cui si ha *full jurisdiction* quando il giudice può concretamente operare un riesame pieno delle scelte amministrative (cfr. C. eur. dir. uomo, 27.09.2011, n. 43509/08, *Menarini Diagnostic S.r.l. c. Italia*; C. giust., sez. V, 10.07.2014, C-295/12, *Telefónica S.A. e Telefónica de España S.A.U. c. Commissione*; sez. V, 18.07.2013, C-501/11, *Schindler Holding Ltd e altri c. Commissione*), non rilevando i poteri decisori o cognitivi che il giudice potrebbe astrattamente esercitare, bensì soltanto quelli che esercita con pienezza, con riferimento a fattispecie determinate. Applicazioni di tale logica si trovano altresì in C. eur. dir. uomo, 17.04.2012, C-21539/07, *Steininger c. Austria*; 4.03.2014, C-18640/10, *Grande Stevens e altri c. Italia*.

posse del giudice speciale amministrativo, per la sua formazione o per le esperienze maturate nel proprio percorso professionale, possano esimerlo da puntuali accertamenti istruttori in ordine ai fatti e ai presupposti tecnici del potere.

Su un piano più generale, un simile ragionamento sulla specialità si inserisce in quadro ordinamentale in cui la giurisdizione è concepita, essenzialmente, come «servizio per la collettività», finalizzato all'«efficacia delle soluzioni»⁹, e dove la pluralità delle giurisdizioni costituisce anch'essa «un servizio al cittadino, per trattare in modo più compiuto ed efficace determinate questioni»¹⁰. In tale contesto, ove «anche la giustizia deve adeguarsi alle regole della concorrenza»¹¹, tra i diversi giudici e tra rimedi giurisdizionali e alternativi¹², la specialità della giurisdizione amministrativa, come di ogni giurisdizione, sembra infatti potersi fondare soltanto su ragioni di effettività del servizio-giustizia reso, e non su meriti storici¹³ e men che mai sul «feticcio» della tradizione¹⁴.

2. Una resistente ritrosia per l'istruttoria

Superata l'attenzione, quasi ossessiva, per il catalogo delle prove ammissibili, sconosciuta negli altri rami dell'ordinamento, ove, da sempre, si guarda piuttosto alla atipicità e strumentalità delle tecniche di accertamento della verità, anche il processo amministrativo, in virtù della richiamata disciplina codicistica, pare finalmente potersi aprire ad un confronto diretto con i fatti ed i saperi tecnici, alla ricerca del mezzo probatorio più utile, in ragione della particolarità del caso concreto.

Di questa evoluzione, strettamente connessa alla mutata configurazione del processo amministrativo (non più di mera impugnazione) e al pieno affermarsi del paradigma soggettivo, la giurisprudenza mostra, peraltro, assoluta consapevolezza, riconoscendo apertamente che nel giudizio amministrativo «la componente del «fatto» ha ormai raggiunto quantomeno lo stesso peso di quella del «diritto»»¹⁵. A dispetto di tali condivisibili affermazioni, l'analisi del dato giurisprudenziale fa tuttavia emergere una persistente resistenza nel compiere, pur in assenza di reali limiti di ordine tecnico e positivo, una approfondita opera di scavo nella realtà fattuale sottostante le più «raffinate e pregiate» questioni di diritto. Il panorama giurisprudenziale si presenta comunque piuttosto vario e differenziato, con pronunce inclini a riconoscere l'esigenza del giudice amministrativo di «spingersi «oltre» la rappresentazione dei fatti forniti dal procedimento»¹⁶, ed altre, invece, che sembrano ancora risentire della tradizionale ritrosia per l'istruttoria.

⁹Cfr. Cass., S.U., 9.10.2008, n. 24883 (cui di recente si rifà Cons. St., sez. VI, sez. VI, 26.03.2015, n.1596). Anche Corte cost., 27.05.1996, n. 171 ha qualificato la giustizia come «servizio pubblico essenziale».

¹⁰Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 5.11.2014, n. 1160.

¹¹Cass., S.U., n. 24883/2008.

¹²Sul rilievo dei sistemi di *alternative dispute resolution*, anche nell'ottica del processo amministrativo, può leggersi il discorso del Presidente del Consiglio di Stato Giorgio Giovannini di inaugurazione dell'anno giudiziario 2015, Roma, 5.02.2015, in <<http://www.giustizia-amministrativa.it/>>, 20.

¹³Come noto, l'argomento storico ebbe peraltro un notevole peso già nel dibattito sulla giustizia amministrativa sviluppatosi in seno all'Assemblea costituente: cfr. gli interventi di G. Leone, Atti Assemblea Costituente, 21 novembre 1947, 2334, e di M. Ruini, 21 novembre 1947, 2336 ss.

¹⁴Cfr. L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Dir.publ.*, 2014, 579.

¹⁵Così, icasticamente, Cons. St., sez. III, n.1069/2012.

¹⁶Cfr. Tar Lombardia, Milano, sez. III, 6.05.2011, n.1205, che rinviene nel «potere di accertare i presupposti di fatto del provvedimento impugnato lo specifico della giurisdizione amministrativa anche di legittimità».

Nel primo senso, meritevoli d'attenzione appaiono alcune sporadiche pronunce che ammettono l'interrogatorio libero, riconoscendo che «solo il "contatto" con le parti, nell'immediatezza dell'oralità, può fornire indispensabili elementi "sensitivi" di convincimento ai fini del riscontro e della valutazione delle prove documentali già acquisite»¹⁷. L'interrogatorio è stato altrove impiegato per «accertare l'effettivo contenuto dei rapporti intercorsi tra il Comune e la società» incaricata di svolgere un servizio di pubblica utilità¹⁸, o per verificare le «circostanze di tempo e di luogo» e le «modalità con cui si svolgono le attività di esercizio pubblico» in una importante piazza cittadina¹⁹; ovvero, in vista della più completa cognizione di valutazioni tecniche, come avvenuto in giudizi aventi ad oggetto atti dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico²⁰, o, comunque, per «comprendere in maniera più esauriente i termini reali delle operazioni economiche e dei meccanismi tecnici celati dietro il linguaggio specialistico utilizzato»²¹.

Anche la testimonianza viene ammessa con estrema cautela, in forma scritta – come prevede la già restrittiva disciplina codicistica (art. 63, comma 3, c.p.a.)²² –, e ove «strettamente indispensabile»²³, estendendo così in via di fatto il requisito dell'indispensabilità che il legislatore ha invece posto come condizione di ammissibilità esclusivamente della consulenza tecnica d'ufficio (art. 63, comma 4, c.p.a.).

Scorrendo ancora la giurisprudenza, non si rinvencono poi pronunce che ammettono l'ispezione prevista dall'art. 63, comma 2, c.p.a., che pure potrebbe consentire al giudice l'accesso diretto ai fatti di causa, senza neppure l'interposizione di testimoni o periti tecnici²⁴; più spesso si ricorre

¹⁷Cfr. Tar Lombardia, Brescia, sez. II, ord. 3.07.2014, n. 452, in cui il giudice era chiamato ad appurare il momento d'instaurazione di un rapporto di lavoro, nonché, del medesimo giudice, la sentenza 30.07.2014, n. 889. Vedasi anche Tar Lombardia n. 904/2011, che dispone l'interrogatorio libero «dal momento che, nelle produzioni allegare in atti, sono comprese numerose dichiarazioni scritte che possono essere più compiutamente apprezzate attraverso l'audizione orale della ricorrente e di un rappresentante dell'amministrazione». Talora, però, l'interrogatorio libero viene ri-attratto in una dimensione documentale, assimilandolo alla richiesta di chiarimenti che, per prassi giurisprudenziale, vengono solitamente resi in forma scritta: cfr. Tar Campania, Napoli, sez. II, 14.01.2015, n. 211: «la richiesta di chiarimenti costituisce un incombente istruttorio assimilabile all'interrogatorio libero nel processo civile»; analogamente, Tar Trento, 13.01.2016, n.12.

¹⁸Tar Lombardia, Brescia, sez. II, ord. 13.11.2013, n. 965.

¹⁹Tar Lombardia, Brescia, sez. II, ord. 27.06.2013, n. 319.

²⁰Cfr. le ordinanze del Tar Lombardia, Milano, sez. II, 25.06.2012, n. 1771; 8.05.2013, n.1174; 18.06.2013, n. 1575.

²¹Cfr., ancora, Tar Lombardia, Milano, sez. III, ord. n. 904/2011. Apre alla possibilità di «dar voce, nell'ambito del processo, al punto di vista dei tecnici e degli economisti che operano, ad esempio, nelle Autorità indipendenti, anche attraverso lo strumento dell'interrogatorio libero», A. Pajno, discorso di insediamento del Presidente del Consiglio di Stato e di inaugurazione dell'anno giudiziario 2016, Roma, 16 febbraio 2016, in <http://www.giustizia-amministrativa.it/>, 16.

²²Cfr. Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 15.09.2015, n. 1201 e ord. 25.06.2015, n. 1240; critico sul vincolo della forma scritta è, in particolare, Cons. St., sez. III, 23.02.2012, n. 1069, secondo cui la prova testimoniale, nella disciplina codicistica, risulta «vincolata discutibilmente alla sola forma scritta». Si veda, inoltre, Cons. St., Ad. plen., 20.11.2014, n.32, che ha riconosciuto, all'interno del giudizio elettorale, la «rilevanza probatoria sostanzialmente equivalente» alla prova testimoniale di dichiarazioni sostitutive di atto notorio; a tale pronuncia si rifà Cons. St., sez. V., 23.02.2015, n. 863.

²³Tar Campania, Napoli, sez. V, ord. 5.05.2011, n. 2541, per cui l'indispensabilità costituirebbe «un predicato comune all'intero rinnovato strumentario istruttorio del Giudice amministrativo».

²⁴Cfr. Cons. St., sez. IV, 20.02.2013, n. 1059, ove non si ammette il «deposito agli atti del giudizio ... di un plastico rappresentante l'intervento da realizzare», in quanto «tale deposito, fornendo al giudice un oggetto sul quale appuntare la propria attenzione al fine della conoscenza dei fatti di causa, non può essere assimilato a un deposito documentale e configura invece una domanda implicita d'ispezione di cose».

invece all'ordine di esibizione *ex art. 210 c.p.c.*²⁵ che, però, riguarda documenti detenuti dalla pubblica amministrazione, contenenti quindi un'indiretta rappresentazione della realtà.

Le riferite pronunce appaiono, nel loro complesso, sintomatiche di un atteggiamento volto a prediligere le rappresentazioni documentali dei fatti rispetto alla loro più immediata e diretta conoscenza. Un tendenziale distacco dai profili fattuali che emerge soprattutto nelle controversie in cui risulterebbe, invece, essenziale accertare la sussistenza di un dato materiale (per esempio il momento di realizzazione di un manufatto abusivo)²⁶ o piuttosto riguardanti richieste di risarcimento danni²⁷, dove il mancato utilizzo dei nuovi mezzi istruttori rischia di precludere l'acquisizione di dirimenti elementi di prova.

Volgendo lo sguardo non più ai puri fatti, bensì ai fatti tecnici, e quindi al sindacato sulle valutazioni tecnico-discrezionali, il dato che emerge con maggiore evidenza è il limitato ricorso a consulenze tecniche d'ufficio, a riprova del tutt'ora complicato rapporto tra giudice e saperi tecnici²⁸, anch'esso non spiegabile alla luce del mero dato normativo. Infatti, il comma 4 dell'art. 63 c.p.a., che ammette il ricorso alla CTU solo se «indispensabile», elevando di fatto la verifica a mezzo privilegiato per l'accertamento delle questioni fattuali e tecniche più complicate, non sembra dare vita ad una irragionevole limitazione istruttoria, poiché il requisito della indispensabilità appare facilmente superabile, al punto da risultare, in pratica, inidoneo ad impedire al giudice di disporre la consulenza tecnica ogni volta lo ritenga necessario. Eppure, si registra una diffusa tendenza del giudice amministrativo a negare la consulenza tutte le volte in cui le valutazioni tecniche in questione non siano connotate da «incertezza intrinseca»²⁹ o «affette da irragionevolezza od illogicità»³⁰, ovvero oggetto di «vistoso disaccordo tra le parti»³¹, quasi che, fuori da questi casi, la ricostruzione contenuta nell'atto impugnato possa generalmente ritenersi sufficiente per la piena percezione dei fatti di causa.

Altre recenti sentenze non dispongono invece CTU sull'assunto per cui, in riferimento alle valutazioni tecniche dell'amministrazione, «non è ammesso un sindacato di merito del giudice amministrativo, ma soltanto quello di legittimità nelle ipotesi di evidenti e macroscopici vizi logici, desumibili dalla motivazione degli atti impugnati»³². A simili conclusioni si perviene talvolta anche evocando il generale divieto del giudice di sostituirsi all'amministrazione in valutazioni opinabili,

²⁵Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. I, 3.03.2016, n. 2814; Tar Lazio, Roma, sez. I, ord. 30 gennaio 2014, n. 1198; Tar Sicilia, Catania, sez. I, 18.12.2015, n. 2959; Tar Calabria, Reggio Calabria, ord. 21.12.2011, n. 970.

²⁶Cfr. Tar Campania, Napoli, sez. IV, 2.04.2015, n. 1911.

²⁷Cfr., in materia di pubblico impiego, Tar Piemonte, sez. I, 2.05.2015, n. 697; Tar Lazio, sez. I-ter, n. 3393/2015. Ammette invece la prova testimoniale, richiesta dall'amministrazione resistente nei cui confronti era rivolta l'azione risarcitoria, Tar Lazio, sez. I-bis, 9.02.2015, n. 2347.

²⁸In tema cfr., di recente, Cass., S.U., 20.01.2014, n. 1013, la quale, una volta riconosciuto che il sindacato sulle scelte tecnico-discrezionali dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato deve «estende(rsi) anche ai profili tecnici», finisce poi coll'allinearsi a criteri di verifica di tipo logico-formale, ribadendo che, in caso di giudizi «opinabili», il sindacato «è destinato ad arrestarsi sul limite oltre il quale la stessa opinabilità dell'apprezzamento operato dall'amministrazione impedisce d'individuare un parametro giuridico che consenta di definire quell'apprezzamento legittimo», potendo il giudice soltanto «vagliare la correttezza dei criteri giuridici, la logicità e coerenza del ragionamento e l'adeguatezza della motivazione con cui l'amministrazione ha supportato le proprie valutazioni tecniche».

²⁹Cons. St., n.953/2011; in senso analogo, Cons. St., sez. VI, 7.02.2014, n.590.

³⁰Tar Toscana, sez. I, n.864/2014.

³¹Tar Campania, Salerno, sez. I, 25.03.2014, n.624.

³²Cfr. Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 24.02.2016, n. 241; Tar Calabria, sez. II, 23.02.2015, n. 303; Tar Puglia, Bari, sez. I, 17.01.2014, n.66; Cons. St., sez. IV, 4.05.2011, n.2683; Cons.St., sez. IV, 9 marzo 2011, n.1514.

quali quelle relative, ad esempio, alla anomalia di un'offerta in sede di gara³³ o alla dipendenza da causa di servizio di una patologia, dove la consulenza non viene ammessa in quanto gli organi tecnici a ciò preposti, «per la competenza specifica che gli è attribuita», sarebbero in assoluto «meglio in grado di cogliere se esista o meno un nesso eziologico tra l'insorgenza di una infermità ed il tipo di lavoro svolto nell'ambito dell'Amministrazione»³⁴. Ragionamento, questo, che se portato alle sue logiche, ed estreme, conseguenze renderebbe pressoché superfluo ogni sindacato sulla discrezionalità tecnica esercitata da organismi tecnici specializzati istituiti in seno alla pubblica amministrazione, *a priori* ritenuti meglio in grado di effettuare gli apprezzamenti di loro competenza.

Una maggiore propensione a verificare i presupposti tecnici del potere sembra però emergere nei giudizi aventi ad oggetto atti delle autorità amministrative indipendenti. Di recente, ad esempio, con riferimento ad una sanzione pecuniaria irrogata dall'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo (ISVAP, poi IVASS), il giudice, al fine di pervenire alla «esatta valutazione del fatto», ha dapprima disposto una consulenza tecnica, poi, chiamato per chiarimenti il perito tecnico e, infine, ordinato un supplemento d'istruttoria, chiedendo specificamente all'amministrazione di «sviluppare i calcoli consequenziali agli errori metodologici contestati alla società ricorrente, dando evidenza numerica al Collegio dell'effetto di tali errori sull'entità dei premi tecnici relativi al profilo oggetto di sanzione»³⁵.

Altrettanta sensibilità e attenzione non paiono, invece, riscontrabili nell'ambito delle controversie di tipo risarcitorio³⁶, ove pure l'apporto di un esperto in grado di valutare il fatto dannoso e quantificare il danno risarcibile potrebbe consentire al giudice di affrancarsi dalla tendenza a identificare e liquidare le relative voci secondo criteri astratti e di tipo indennitario³⁷. Né si discosta

³³Cfr. Cons. St., sez. IV, 10.03.2014, n. 1085, che respinge «la richiesta di consulenza tecnica d'ufficio in quanto tendente inammissibilmente a provocare una nuova valutazione sull'anomalia dell'offerta in sostituzione di quella operata dall'amministrazione»; si veda, inoltre, Cons. St., sez. V, ord. 18.02.2016, n. 521, ove verifica e consulenza tecnica non sono ammesse in quanto ciò «comporterebbe una duplicazione in sede giurisdizionale di un'istruttoria di tipo complesso da svolgersi nella sede appropriata, e cioè quella del procedimento di valutazione di impatto ambientale».

³⁴Tar Lazio, Roma, sez. I-ter, 5.11.2013, n.9394; 8.04.2015, n. 5107. In tal senso, possono leggersi anche Tar Lazio, Roma, sez. I-bis, 11.10.2013, n.8788; 24.03.2014, n.3209, nonché l'ordinanza 20.01.2015, n. 970, che non ammette l'accertamento tecnico preventivo *ex art.* 696 c.p.c.; Tar Campania, sez. VI, 18.02.2016, n. 925; Tar Campania, sez. VII, 6.03.2015, n. 1423; 22.01.2015, n. 430; Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 28.02.2014, n.186; 23.11.2013, n.740; Tar Calabria, Reggio Calabria, 6.11.2013, n.597. Tale orientamento è stato recentemente confermato da Cons. St., sez. III, 13.01.2014, n.88.

³⁵Tar Lazio, sez. II, ord. 13.01.2015, n. 414. Cfr. anche le ordinanze del Consiglio di Stato, sez. VI, 14.10.2015, n.4745 e del Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 7.02.2011, n.364 e 5.11.2008, n.269, che dispongono consulenze tecniche in contenziosi relativi a provvedimenti dell'AEEGSI. Vedasi inoltre Tar Lombardia, Milano, sez. III, 9.10.2014, n.2437, che evidenzia la possibilità per il giudice amministrativo di «esercitare sulle valutazioni tecnico discrezionali delle Autorità indipendenti anche un sindacato a carattere intrinseco, impiegando cioè - eventualmente anche con l'ausilio di conoscenze esterne fornite da verificazioni o consulenze tecniche - i parametri specialistici di cui si è avvalsa l'Amministrazione», nonché Cass., S.U., n. 1013/2014, dove si mette invece in risalto come «il giudice amministrativo disponga oggi di ampi mezzi istruttori, ivi compreso lo strumento della consulenza tecnica». Tale pronuncia è stata recentemente richiamata da Tar Lazio, Roma, sez. I, 18.02.2015, n.2769, con riferimento all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

³⁶Negaio la CTU su questioni risarcitorie, *ex plurimis*, Tar Trento, 25.02.2016, n. 109; Tar Liguria, sez. I, 29.01.2016, n. 96; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 2.12.2009, n. 5269; Cons. St., sez. V, 27.04.2012, n. 2449; sez. III, 29.08.2012, n. 4651. Cons. St., sez. V, 14.01.16, n. 79, si è invece avvalso dell'apporto di un consulente al fine di verificare la congruità delle voci di danno, in termini di danno emergente e lucro cessante, stimate dal ricorrente quale conseguenza del contestato diniego di autorizzazione all'installazione di un distributore di carburante.

³⁷Cfr., con riferimento a un danno da ritardata costituzione del rapporto di pubblico impiego, Cons. St., sez. III, 4.06.2013, n.3049; sul danno da perdita di *chance*, vedasi invece Cons. St., sez. V, 18.02.2013, n. 966; sez. V,

da tale resistente orientamento la giurisprudenza in materia di consulenza tecnica preventiva *ex art.696-bis* c.p.c. ritenuta, al pari della più classica CTU, ammissibile solo se indispensabile³⁸, ovvero negata perché rispondente «solo indirettamente – ed in via puramente residuale – ad esigenze di natura probatoria»³⁹, svilendo così l'apporto istruttorio e *lato sensu* conciliativo dell'esperto in grado, specie nelle controversie risarcitorie, di valutare i danni e quantificarli prognosticamente, in vista della risoluzione stragiudiziale della controversia.

In generale, pare potersi affermare che, nel sindacato sui fatti tecnici, il giudice amministrativo tende ancora a preferire la “vecchia” verifica, utilizzata per soddisfare le più svariate esigenze probatorie⁴⁰. Trattasi, del resto, di un più tradizionale e, per certi versi, rassicurante strumento, collegato con l'amministrazione pubblica e dal carattere esclusivamente documentale, ancorché assai duttile, potendo comprendere, come a suo tempo notato, «un multiforme complesso di accertamenti»⁴¹.

In conclusione, l'analisi del dato giurisprudenziale evidenzia come all'avvenuto ampliamento dei mezzi istruttori non sia corrisposta una maggiore propensione del giudice amministrativo ad “andare oltre” la ricostruzione dei fatti compiuta dall'amministrazione e a confrontarsi con i saperi tecnici. Alcune aperture in tal senso si sono registrate nel sindacato sugli atti delle autorità indipendenti, dove il giudice, come visto, ha talora disposto l'interrogatorio libero delle parti o richiesto consulenze tecniche. Scelte queste senz'altro condivisibili, in considerazione dell'elevato contenuto tecnico di tali controversie, a condizione però che non si crei una sorta di “doppio binario

15.04.2013, n. 2038. Coglie però l'incongruenza di parametri medi e forfettizzati, utilizzati per determinare il danno da perdita di *chance*, Cons. St., sez. V, 18.04.2012, n. 2256, che perciò ricorre alle «competenza specialistiche di un Ctu esperto in discipline statistico-aziendali, trattandosi di accertare fatti complessi, con una ineliminabile componente valutativa sulla base di detti ambiti specialistici». Su questa linea si attesta anche Tar Emilia Romagna-Parma, sez. I, 7.12.2011, n.420, che, sempre in materia di gare d'appalto, giudica non soddisfacente il criterio – automatico ed indifferenziato – del dieci per cento dell'utile d'impresa ai fini della quantificazione del danno, pretendendo «la prova rigorosa, a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto».

³⁸Tar Lazio, sez. II-*quater*, 12 aprile 2013, n. 3753; Tar Emilia Romagna, sez. I, ord. 11.07.2014, n. 361.

³⁹Tar Sicilia, sez. III, decr. 15.04.2013, n. 1091.

⁴⁰Cfr., ad esempio, Tar Lombardia, sez. I, ord. 30.01.2014, n. 342 e Tar Emilia Romagna, sez. I, ord. 11.07.2014, n. 361, che dispongono verificazioni invece dell'accertamento tecnico preventivo e della conciliazione preventiva richieste dalla parte ricorrente. Facendo leva sul citato art. 63, comma 5, c.p.a., l'accertamento tecnico preventivo è invece ammesso da Cons. St., sez. IV, 27.10.2011, n.5769; sez. I, 22.04.2013, n. 4005; Tar Veneto, sez. I, ord. 22.05.2015, n. 565; Tar Lazio, Roma, sez. II-*bis*, 2.10.2013, n.8558; Tar Sardegna, sez. II, 24.06.2014, n. 491. Tra le poche pronunce che ammettono la consulenza tecnica preventiva, si segnalano Tar Toscana, sez. I, ord. 16.07.2012, n. 1330; Tar Veneto, sez. II, ord. 13.12.2012, n. 1557.

⁴¹O. TENTOLINI, *La prova amministrativa*, Milano,1950, 134. La giurisprudenza amministrativa riconosce alla verifica la capacità di consentire l'imparziale accertamento di fatti complessi; in tal senso, Cons. giust. amm. Reg. Sicilia, sez. giurisdiz., 25.01.2011, n.89; Tar Campania, sez. IV, 3.02.2015, n. 652, che rileva una «sostanziale omogeneizzazione» tra verifica e CTU. Cfr. anche, con particolare riferimento al contraddittorio, Cons. St., sez. IV, 8.03.2012, n.1343, secondo cui «la verifica costituisce mezzo istruttorio che non può ritenersi meno garantista rispetto alla consulenza tecnica, poiché anch'essa deve svolgersi nel rispetto del contraddittorio tra le parti»; in termini, Cons. St., sez. IV, 26.11.2013, n.5628; sez. IV, 21.10.2013, n.5112. Vedasi però Tar Umbria, sez. I, 17.4.2015, n. 178: «attesa la diversità dei due istituti, non solo sul piano soggettivo, ma anche sul piano oggettivo e funzionale, consistendo la verifica in un mero accertamento a funzione descrittiva ed illustrativa per completare la conoscenza dei fatti che non siano desumibili dalle risultanze documentali, mentre la consulenza tecnica d'ufficio si estrinseca in una vera e propria valutazione non meramente ricognitiva di questioni di fatto, la cui risoluzione presuppone specifiche cognizioni di ordine tecnico, da utilizzare ai fini della decisione». Ma soprattutto cfr. C. eur. dir. uomo, 21.01.2014, n. 48754/11, *Di Placi c. Italia*, ove, muovendo dall'assunto per cui la verifica è stata svolta da un organo non imparziale rispetto alle parti, si giunge ad affermare che «il ricorrente non era in posizione di parità con il suo avversario, lo Stato, come avrebbe dovuto essere in conformità con il principio della parità delle parti».

istruttorio”, tenuto conto che ogni differenziazione nell’ambito e nella profondità dell’istruttoria dovrebbe dipendere soltanto dall’oggetto della cognizione – *sub specie* di complessità e rilevanza dei fatti da accertare –, e non dal peso economico-sociale della controversia.

3. Gli alibi

Due sono gli alibi, quasi mai apertamente dichiarati, per giustificare il mancato utilizzo dei mezzi istruttori nel giudizio amministrativo: l’allungamento dei tempi del giudizio e la “specializzazione sul potere” tradizionalmente riconosciuta al giudice dell’amministrazione, che renderebbe spesso superflue più approfondite indagini.

Quanto al primo dei menzionati alibi, si può osservare che il principio della ragionevole durata, cui giustamente si tende a riconoscere un rilievo sempre più ampio e assorbente⁴², rischia però, in nome della celerità⁴³, di favorire decisioni di carattere sostanzialmente equitativo, potendo esimere il giudice dai necessari approfondimenti istruttori⁴⁴. Per evitare che ciò accada, pare dunque opportuno rinvenire un punto di equilibrio tra ragionevole durata e completezza istruttoria.

Ebbene, pur in assenza di una apposita udienza istruttoria⁴⁵, del tipo di quella prevista dall’art.183 c.p.c., in cui il giudice possa valutare le esigenze istruttorie, consentendo alle cause di giungere già istruite all’udienza di discussione, il giudice potrebbe, anche a legislazione vigente, disporre incumbenti nel corso del giudizio e rinviare ad apposite udienze l’ammissione di consulenze tecniche d’ufficio, accertamenti tecnici preventivi o verificazioni⁴⁶. Simili soluzioni pretorie, se, da un lato, rischiano di rimettere ad ogni singolo giudice la creazione delle regole sull’assunzione dei mezzi di prova, dall’altro, sembrano tuttavia poter consentire il pieno utilizzo dell’ampio ventaglio di strumenti istruttori oggi disponibili, contemperando ragionevole durata e diritto alla prova.

Nel senso della massima accelerazione processuale si muove, invece, la rilevata «interconnessione tra sentenza in forma semplificata e istruttoria *debole*»⁴⁷, già delineata all’interno del rito super-compresso degli appalti pubblici (art.40 decreto legge 24. 06. 2014, n. 90, convertito in legge 11.08.2014, n. 114), e ora riproposta ed estesa all’intero processo amministrativo dal nuovo art. 71-

⁴²Specie nel contenzioso economico: cfr. A. Pajno, discorso di insediamento del Presidente del Consiglio di Stato e di inaugurazione dell’anno giudiziario 2016, 17 ss.

⁴³Cfr., di recente, Tar Puglia, Bari, sez. II, 22.1.2015, n. 114, ove la CTU non viene ammessa «anche in ragione del principio di ragionevole durata e celerità del processo, nonché di economia dei mezzi processuali».

⁴⁴Al riguardo è giusto il caso di richiamare l’insegnamento di C. cost., 10.11.1999, n.427, dove si afferma che le accelerazioni e le semplificazioni introdotte per i giudizi amministrativi relativi ad opere pubbliche (cfr. art.19, commi 2 e 3, decreto legge 25.03.1997, n.67, convertito in legge 23.05.1997, n.135) non possono andare a discapito della «completezza e sufficienza del quadro probatorio».

⁴⁵La cui introduzione è auspicata, tra gli altri, dal Presidente del Tar Lazio, C. Piscitiello, relazione di inaugurazione dell’anno giudiziario 2013, Roma, 1.03.2013, in <<http://www.giustizia-amministrativa.it/>>, 16, e dal Presidente del Tar Lombardia, F. Mariuzzo, relazione di inaugurazione dell’anno giudiziario 2015, Milano, 17.02.2015, in <<http://www.giustizia-amministrativa.it/>>, 8. In tema cfr., in generale, Tar Lombardia, ord. n. 904/2011, secondo cui l’assenza, nel processo amministrativo, di «un’autonoma fase di istruzione della causa» servirebbe a «dare continuità ad un modello processuale ispirato all’agilità delle forme piuttosto che al modello civilistico di giudizio a cognizione piena contraddistinto dalla predeterminazione legale di forme, termini e poteri delle parti».

⁴⁶È questa, del resto, la via seguita in più occasioni dal Tar della Lombardia; su questa prassi ambrosiana, vedasi F. Mariuzzo, relazione di inaugurazione dell’anno giudiziario 2014, Milano, 28.02.2014, in <www.lexitalia.it> (24 marzo 2014), 11, e A. De Zotti, relazione di inaugurazione dell’anno giudiziario 2016, Milano, 26.02.2016, in <<http://www.giustizia-amministrativa.it/>>, 21.

⁴⁷P. LOMBARDI, *Riflessioni in tema d’istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva “temperata”*, in *Dir.proc.amm.*, 2016, 134.

bis c.p.a., quale possibile effetto del deposito dell'istanza di prelievo⁴⁸. Nell'ambito di questi riti accelerati l'estrema contrazione dei tempi di decisione tende infatti, inevitabilmente, a comprimere lo spazio dedicato all'istruttoria.

In ogni caso, nell'ottica della presente ricerca, l'attenzione sembra piuttosto doversi concentrare sul – mai dichiarato – alibi costituito dalla particolare “specializzazione sul potere” del giudice amministrativo⁴⁹. E' qui infatti che il tema dell'istruttoria processuale si salda con quello della specialità della giurisdizione.

Come noto, la *ratio* della specialità del giudice dell'amministrazione è stata in passato autorevolmente rinvenuta in «attitudini formate sulla base di una esperienza vissuta o, in altri termini, di un'aderenza alla realtà dei rapporti controversi più penetrante di quella che possa provenire dal di fuori, dalla mera consultazione di un esperto»⁵⁰. Ciò significa che le pregresse esperienze professionali maturate dal giudice amministrativo gli consentirebbero di disporre di capacità e di conoscenze tecniche, o anche generali (compresi massime di esperienza, fatti notori), superiori alla media, che potrebbero rendere superflua la nomina di un consulente tecnico⁵¹ o il ricorso ad altri mezzi istruttori. Tale risalente idea sembra tuttavia non più in linea con l'attuale modo di essere dell'amministrazione, sempre *meno speciale* e sempre *più tecnica*. Sicuramente, infatti, il giudice amministrativo, che talora proviene dai ruoli dell'amministrazione, può aver maturato, grazie alla sua particolare posizione istituzionale, competenze specialistiche e attitudini che superano, anche di molto, quelle medie; ciò attraverso lo svolgimento di precedenti attività lavorative o di incarichi esterni⁵² (di recente però oggetto di significative limitazioni normative)⁵³. Si pensi, ad esempio, alle esperienze che il giudice potrebbe aver maturato in seno ad una amministrazione-stazione appaltante, che possono tornargli utili per decidere sull'anomalia di un'offerta presentata in sede di gara o sul prezzo base di un appalto, senza avvalersi di un esperto⁵⁴;

⁴⁸Per alcune prime applicazioni di questi riti, si vedano Tar Lazio, Roma, sez. I-ter, 29.04.2015, n. 6182; Tar Toscana, sez. III, 15.03.2016, n. 460; Tar Lazio, Roma, sez. III, 24.03.2016, n. 3723.

⁴⁹Cfr. in generale il discorso del Presidente Giorgio Giovannini di inaugurazione dell'anno giudiziario 2015, 21, ove si evocano le virtù di «un giudice “specializzato” che conosca a fondo le modalità di svolgimento dell'attività amministrativa e che così possa e sappia ricondurre l'agire dei pubblici poteri al rispetto del principio di legalità». La tesi della specialità-“specializzazione sul potere” può vantare autorevoli antecedenti: cfr. C. Mortati, Atti Assemblea Costituente, 21 novembre 1947, 3973, secondo cui le ragioni della specialità sarebbero da rinvenire in «una speciale *forma mentis*, una speciale preparazione per la interpretazione di certe disposizioni di legge», ossia nella migliore presunta capacità del giudice amministrativo di cogliere il senso delle norme di diritto pubblico, di cui si avvale nella propria attività la pubblica amministrazione.

⁵⁰C. MORTATI, *Le giurisdizioni speciali di fronte alla Costituzione, Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, in *Raccolta di scritti di Costantino Mortati*, vol.III, Milano, 1972, 1172 ss. (corsivo aggiunto).

⁵¹In tema, cfr., in generale, Cass. 12. 03. 2013, n.6093; 3. 01. 2011, n.72; 26. 06. 2007, n.14759; Cass. pen., 2. 12. 2010 – 4. 02. 2011, n.4369; 20. 04. 2004, n.7500.

⁵²Cfr. il già citato discorso di insediamento del Presidente del Consiglio di Stato G. Giovannini, 17, secondo cui lo svolgimento di incarichi esterni «consente al magistrato di acquisire una preziosa esperienza circa i concreti meccanismi di funzionamento delle pubbliche amministrazioni, che può essergli particolarmente utile proprio in sede di esplicazione delle proprie funzioni istituzionali».

⁵³Cfr. art. 1, commi 66 e 68, legge 6. 11. 2012, n. 190, art. 8 decreto legge n. 90/2014. Già Corte cost., 6 dicembre 1973, n. 177, aveva a suo tempo auspicato un «sostanziale contenimento degli incarichi speciali».

⁵⁴Cfr., ad esempio, Cons. St., sez. IV, 10 marzo 2014, n.1085; Tar Toscana, sez. I, 19 maggio 2014, n.864. Meritevoli d'attenzione, in quest'ottica, appaiono in particolare Cons. St., sez. V, 14 febbraio 2011, n.953, ove, nel decidere in merito alla determinazione del prezzo base di una gara, il giudice si rifà alla «comune esperienza»; Cons. St., sez. IV, 29 aprile 2014, n.2223, laddove il bagaglio di conoscenze cui il giudice può attingere – che gli consente, nella stima di un terreno, di appoggiarsi a massime di comune esperienza («è infatti immediatamente percepibile a tutti») –, non

ovvero al fatto che la preparazione dei giudici amministrativi, essendo selezionati attraverso un concorso di secondo grado o scelti per nomina governativa tra i più alti funzionari pubblici⁵⁵, risulta molto spesso filtrata da anni di concreta esperienza amministrativa. Con riguardo alla successiva carriera svolta all'interno della magistratura amministrativa, si deve poi tener conto della acquisita specializzazione disciplinare, che può consentire al giudice di sviluppare nel tempo un'approfondita conoscenza di specifici campi dell'azione amministrativa. Tale elevata competenza specialistica può essere, peraltro, in concreto accresciuta grazie alle regole interne di riparto, che tendono a concentrare il contenzioso amministrativo su atti tecnicamente complessi, quali ad esempio quelli delle autorità amministrative indipendenti, presso la medesima sezione del Consiglio di Stato o un'unica sezione "specializzata" di Tribunali amministrativi, a loro volta dotati di competenza funzionale inderogabile⁵⁶.

Altrettanto vero è però che il giudice amministrativo non è di per sé specialista in nessuna disciplina tecnica⁵⁷, a meno di non ritenerlo, astrattamente e genericamente, "sapiente di amministrazione-specialista in amministrazione". Ma, la materia-amministrazione appare davvero troppo vasta e trasversale per poter assurgere ad autonomo campo del sapere, tenuto anche conto che le scelte amministrative risultano, oggi, in buona parte intrise di profili tecnico-specialistici, quasi sempre impenetrabili da parte di un giudice che rimane un "generalista"⁵⁸.

In definitiva, le conoscenze acquisite dai magistrati amministrativi-persone fisiche nel loro percorso formativo e professionale potranno semmai servire a quei giudici per fare a meno, in taluni casi, di consulenze tecniche o altre verifiche istruttorie, ma certo non giustificano l'ancora diffusa ritrosia istruttoria, né tantomeno sembrano poter fondare, in chiave moderna, la specialità della giurisdizione amministrativa. Il raffronto con le altre giurisdizioni speciali, dove le competenze tecniche vengono, almeno in teoria⁵⁹, assicurate dalla presenza di componenti non togati all'interno dei collegi, sembra indirettamente confermare tale assunto. A differenza della giurisdizione amministrativa, la specialità, infatti, si basa qui su un dato "strutturale", costituito dalla particolare composizione dell'organo giudicante, e non su una generale indistinta "sensibilità per le cose amministrative". Si pensi, in tal senso, al Tribunale superiore delle acque pubbliche composto, sin dalla sua origine, anche da ingegneri⁶⁰, al fine di dare alle controversie in materia di acque un

riesce, tuttavia, ad evitare una decisione di tipo equitativo, presa «mediando gli importi per le zone agricole indicati nelle perizie delle appellate (Euro 4 mq) e dell'appellante (Euro 2,00 mq)», per cui «appare equo fissare l'importo di 3 Euro al mq».

⁵⁵Cfr. art. 19 legge 27.04.1982, n. 186.

⁵⁶Cfr., ad esempio, l'art. 14, comma 2, c.p.a., che sancisce la competenza funzionale inderogabile del Tar Lombardia, sede di Milano, sulle «controversie relative ai poteri esercitati dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas». La specializzazione che ne discende produce talora decisioni anche molto complete ed accurate sotto il profilo tecnico: cfr., ad esempio, Tar Lombardia, sez. IV, 24 gennaio 2007, n. 94, da cui emerge un'attenta ricostruzione dei meccanismi di funzionamento del dispacciamento nel mercato dell'energia elettrica, fatta sulla base di puntuali verifiche istruttorie, che hanno portato il giudice a confutare le tesi sostenute, sia dall'impresa ricorrente, che dall'Autorità.

⁵⁷Come noto, l'ammissione al concorso di secondo grado ai Tar e al Consiglio di Stato è vincolata soltanto al possesso della laurea in giurisprudenza: cfr. art. 15 del d.p.r. 21.04.1973, n.214.

⁵⁸ Appare, pertanto, estremamente difficoltoso per tale giudice addentrarsi, senza alcuna consulenza esterna, nella valutazione di atti tecnicamente complessi, «con gli occhi dell'esperto ... riutilizzando gli stessi criteri tecnici utilizzati dall'Autorità (per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico, ndr) per verificare se, in tale ottica "specialistica", la scelta regolatoria riveli una intrinseca attendibilità o ragionevolezza», come si legge in Cons. St., sez. VI, 19.01.2016, n.162.

⁵⁹Se il reclutamento avviene a seguito di una severa selezione tecnica, osserva, con riferimento al giudice tributario, R. LUPI, *Diritto tributario*, Parte generale, Milano, 2000, 265.

⁶⁰Cfr. gli artt. 139, 142, comma 2, e 143, comma 3, regio decreto 11.12.1933, n.1775 (testo unico acque pubbliche). La composizione numerica del collegio varia a seconda che il Tribunale decida in appello su diritti soggettivi o in unico

giudice «che avesse le cognizioni tecniche necessarie per l'esame integrale ed organico di ogni controversia a lui sottoposta»⁶¹. A prescindere dalla questione inerente l'attualità o meno di una giurisdizione speciale e specializzata sulle acque, è interessante osservare come, nelle ormai risalenti norme di procedura sia possibile individuare un collegamento tra la presenza degli esperti all'interno dei collegi giudicanti e la disciplina istruttoria, quale emerge dall'art. 167, commi 1 e 3, del regio decreto n. 1775/1933, che prevede soltanto «in casi eccezionali»⁶² l'esperimento di una consulenza tecnica "esterna", mentre normalmente «occorrendo accertamenti tecnici, il giudice vi procederà ... insieme con uno dei componenti del Tribunale stesso indicati nella lettera d) dell'art.139 (ingegneri iscritti all'albo, ndr)»⁶³.

Analoghe esigenze di specializzazione sono alla base della composizione mista delle commissioni tributarie, di cui fanno parte magistrati ed esperti dei vari settori che interferiscono con le controversie fiscali (commercialisti, periti agrari etc.). Ove, poi, le liti richiedano competenze ancora più specialistiche, il giudice potrà comunque avvalersi di una consulenza tecnica, espressamente prevista dall'art.7, comma 2, decreto legislativo 31.12.1992, n.546 nei casi, teoricamente circoscritti, in cui «occorre acquisire elementi conoscitivi di particolare complessità».

Specialisti di formazione extragiuridica non sono invece inseriti nel corpo dei magistrati contabili, per quanto nella giurisdizione contabile sia da tempo avvertita l'esigenza di «potenziare la Corte anche con riguardo alla professionalità dei suoi magistrati: che debbono essere – come in altri paesi – non soltanto giuristi, ma anche economisti»⁶⁴, al punto che l'art. 3, comma 8, della legge 15.05.1997, n. 127 aveva previsto una riserva di posti in favore di laureati in scienze economiche o statistiche⁶⁵.

Riannodando le fila del ragionamento svolto, tra specialità e istruttoria, si osserva che la composizione "tecnica" dei collegi giudicanti del giudice delle acque e di quello tributario potrebbe ragionevolmente in pratica giustificare un minor impiego di accertamenti istruttori; eppure soprattutto il giudice tributario fa ampio – e forse anche eccessivo, vista la sua connotazione tecnica (ma il vero problema qui, come accennato, sono le modalità di selezione) – ricorso a CTU⁶⁶. Alla luce di ciò appare tanto più difficile giustificare le resistenze istruttorie ancora affioranti nella giurisprudenza amministrativa, laddove la specialità non si basa sulla perizia tecnica, bensì sull'acquisita esperienza nelle questioni amministrative, maturata per effetto della prossimità alle

grado su interessi legittimi; a variare è, in particolare, il numero dei consiglieri di stato presenti nei collegi giudicanti, rimanendo invece costante, al loro interno, la presenza di un tecnico.

⁶¹Cfr. il discorso inaugurale del Tribunale delle acque tenuto, nel 1917, dall'allora Ministro della giustizia Sacchi.

⁶²«In casi eccezionali, il giudice può anche nominare un tecnico per i rilievi necessari, la descrizione dei luoghi e la constatazione dello stato di fatto».

⁶³Cfr. Tribunale superiore acque pubbliche, 20 aprile 1999, n. 49, ove si precisa che dinanzi al Tribunale superiore, in quanto giudice specializzato, la consulenza tecnica d'ufficio può essere disposta soltanto in casi eccezionali; 7 marzo 1986, n.15, che conferma l'eccezionalità del ricorso all'esperienza di un tecnico esterno, nel senso che tale ausilio può essere richiesto unicamente per sopperire all'impossibilità contingente del Tribunale di prendere direttamente visione dei luoghi oggetto della controversia. Per quanto riguarda invece i Tribunali regionali delle acque pubbliche, a seguito di Corte cost., 17 luglio 2002, n. 353, che ha dichiarato parzialmente illegittimo, per violazione del principio di indipendenza e terzietà del giudice speciale (art.108 Cost.), l'art. 138 del testo unico acque nella parte in cui prevedeva la partecipazione al collegio di funzionari del Genio civile, in fase istruttoria gli accertamenti tecnici non possono più essere effettuati dal giudice delegato insieme a detti funzionari-tecnici; pertanto, il ricorso a consulenze tecniche d'ufficio, già in passato piuttosto frequente, è ora divenuto pressoché necessario.

⁶⁴G. D'Auria, *La "nuova" Corte dei conti*, in www.astrid-online.it (03.2009), 10.

⁶⁵In seguito però la norma, mai attuata, è stata modificata nel senso che tale riserva potesse operare solo nei confronti di soggetti muniti «oltre che del diploma di laurea in giurisprudenza, anche di diploma di laurea in scienze economico-aziendali o in scienze dell'economia o di altro titolo di studio equipollente» (art. 13, comma 4, legge 29. 07. 2003, n. 229).

⁶⁶Cfr. E. MARELLO, *L'oggetto della consulenza tecnica nel processo tributario*, in *Rass. trib.*, 2005, 1567 ss.

sue vicende. Il giudice amministrativo non può infatti vantare una specifica competenza in determinate branche del sapere (tipica di giudici non togati), ma, come ridetto, una più generale "sensibilità per le cose amministrative", quasi sempre insufficiente, però, per sindacare con pienezza fatti tecnici complessi. Altrimenti, tale indiscutibile maggiore pratica rischierebbe di assumere i tratti di una quasi sacrale capacità di percezione/comprendimento delle questioni amministrative (anche ad elevato contenuto tecnico), in grado di giustificare l'amputazione dell'istruttoria tecnica, a prescindere dalle reali conoscenze del singolo giudice e dalla necessità oggettiva di approfondimenti istruttori.

Per quanto riguarda invece l'istruttoria sui meri fatti (scevri da profili tecnici), va detto che la pretesa di tali superiori attitudini sembra poter condurre a esiti ancor meno accettabili. Infatti se, in taluni casi, per il suo particolare percorso professionale, è ragionevole ritenere che il giudice amministrativo possa possedere specifiche cognizioni, non è d'altra parte pensabile che egli possieda una più elevata capacità di percezione dei puri fatti, che gli consenta di fare ad esempio a meno di una ispezione di luoghi o cose o di una prova testimoniale, quasi che la particolare *forma mentis* del giudice speciale consentisse anche una più potente percezione della realtà, tale da supplire al più ravvicinato ed immediato contatto con i fatti che si realizza tramite queste prove.

4. Giudice-amministratore ed effettività della tutela

Una certa ritrosia del giudice amministrativo per l'istruttoria pare rappresentare una costante del nostro sistema di giustizia amministrativa, dalle origini legalistiche e tutorie fino al presente, caratterizzato dall'enfaticizzazione del valore soggettivo dell'effettività della tutela.

I vecchi schemi istruttori, ancorati alle ricostruzioni documentali contenute nel provvedimento impugnato, appaiono, del resto, perfettamente in linea con la cultura e l'ideologia di un giudice «profondamente e ideologicamente immerso nell'amministrazione»⁶⁷. In quest'ottica, le rilevate resistenze istruttorie costituiscono forse uno degli ultimi residui di un atteggiamento culturale con radici profonde, che affondano nel momento genetico del sistema, segnato dal distacco del giudice dall'amministrazione. Come autorevolmente osservato, infatti, «a mano a mano che il giudice amministrativo acquistava consapevolezza del carattere giurisdizionale della sua funzione, egli *si estraniava dalle vicende reali* dell'amministrazione ed assumeva un atteggiamento via via più *distaccato e quindi formale*»⁶⁸. Ebbene, l'eco di questo "formalistico distacco" si avverte ancora oggi che la parabola della "giurisdizionalizzazione" appare definitivamente compiuta, con l'avvento del codice processuale, e con l'affermazione del principio d'effettività, scolpito nell'articolo 1 c.p.a.⁶⁹: il giudizio amministrativo non pare infatti del tutto capace di garantire, almeno sotto il profilo istruttorio, un «giudice dentro l'amministrazione»⁷⁰, disposto fino in fondo a "sporcarsi le mani" con i fatti.

Tale resistente atteggiamento sembra poi, in tempi recenti, saldarsi ad una visione «assolutizzante» del principio d'effettività della tutela, come mezzo per «conseguire qualsivoglia utilità, seppur non

⁶⁷A. TRAVI, *Il Consiglio di Stato fra legislazione e amministrazione*, in G. CHIODI - D. PULITANO' (a cura di), *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, Milano, 2013, 146.

⁶⁸F. BENVENUTI, *Excursus V*, in F. BENVENUTI - G. MIGLIO (a cura di), *L'unificazione amministrativa ed i suoi protagonisti*, Milano, 1969, 198 (corsivo aggiunto).

⁶⁹E, comunque, «immanente nell'ordinamento»: Cons. St., sez. VI, 16.11.2011, n. 5166.

⁷⁰Così F. BENVENUTI, *Excursus V*, cit., 199.

definita *a priori*⁷¹, dal diritto sostanziale che regola la fattispecie. Come nella nota vicenda del c.d. numero chiuso della Facoltà di Medicina, in cui il Consiglio di Stato non si è limitato a ordinare il rifacimento della prova selettiva irregolare, bensì, sostituendosi all'amministrazione, ha disposto «il risarcimento in forma specifica», mediante l'ammissione al corso di laurea di uno dei candidati⁷². La richiamata pronuncia, che instaura un (logicamente insostenibile) collegamento tra annullamento della prova e conseguimento del bene della vita (ammissione al corso), appare paradigmatica della tendenza del giudice amministrativo a riconoscere al privato, in omaggio all'effettività, utilità maggiori di quelle che gli spetterebbero sulla base del diritto sostanziale, anche a costo di spogliare l'amministrazione delle proprie prerogative decisorie, e fin quasi a confondere l'effettività della tutela giurisdizionale con l'efficacia dell'azione amministrativa⁷³. In tale prospettiva, l'effettività – insieme alla satisfattività⁷⁴, intesa come capacità del giudizio amministrativo di assicurare risultati compatibili con il complessivo assetto degli interessi in gioco, prima ancora che con le aspettative dei privati – pare fornire, in una sorta di eterogenesi dei fini, nuova linfa alla vecchia figura del giudice-amministratore capace, «da una singolare posizione collaborativa con l'amministrazione»⁷⁵, di valutare l'interesse pubblico e definire innovativi assetti tra sfera pubblica e posizioni soggettive dei privati. A sua volta, la cennata torsione in senso «decisorio»⁷⁶ del giudizio amministrativo⁷⁷ pare suscettibile di influenzare, finalisticamente, l'attività istruttoria, giacché un giudice-amministratore, anche nella più moderna versione all'insegna dell'effettività, sarà naturalmente portato a valorizzare i fatti nella misura in cui gli servano per erogare una tutela incisiva (che è cosa diversa da effettiva). In quest'ottica, il giudice amministrativo potrebbe quindi sentirsi abilitato a «selezionare e configurare» i presupposti fattuali della fattispecie, per poi «dosare la portata delle proprie pronunce in relazione alla propria particolare lettura della natura delle cose»⁷⁸. In pratica, una simile modalità di esercizio del potere decisorio potrebbe dare vita, nella genesi della sentenza, a non sempre riconoscibili sovrapposizioni e intrecci tra momento d'interpretazione delle norme, verifica dei fatti e valutazione dell'interesse pubblico⁷⁹, in grado di plasmare lo «scheletro logico»⁸⁰ che sorregge la singola pronuncia. Ed infatti, quanto più elevato è il grado di accuratezza posta dal giudice nell'indagare il fatto, tanto più i giudizi di valore rimarranno tendenzialmente estranei alla

⁷¹ Cfr. R. VILLATA, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 289 s.

⁷² Cfr. Cons. St., sez. VI, 9.06.2014, n. 2935.

⁷³ Si veda però Tar Lombardia, Milano, sez. III, ord. n. 904/2011, ove si precisa che «ciò che certamente resta precluso al giudice amministrativo è soltanto il giudizio di valore e di scelta che "specializza" la funzione amministrativa», mentre spetta al giudice «l'interpretazione e l'accertamento dei presupposti della fattispecie di cui il potere è effetto».

⁷⁴ In argomento, cfr. P. De Lise, discorso di insediamento del Presidente del Consiglio di Stato, Roma, 22.09.2010, in <<http://www.giustizia-amministrativa.it/>>, 2 ss.

⁷⁵ Cfr. G. D. COMPORTI, *Il giudice amministrativo tra storia e cultura: la lezione di Pier Giorgio Ponticelli*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 820.

⁷⁶ Cfr. G. ROMEO, *La cultura del narcisismo e l'assenza del "limite" nella giurisprudenza amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 40.

⁷⁷ Che affiora soprattutto nelle pronunce che modulano (Cons. St., VI, 9.3.2011, n. 1488), o escludono del tutto (Cons. St., VI, 10.5.2011 n. 2755), gli effetti caducatori e ripristinatori del giudicato di annullamento, ove la loro applicazione risulti «incongrua e manifestamente ingiusta». Diversamente, Cons. St., Ad. plen., 13.4.2015 n. 4, secondo cui non è consentito al giudice derogare «sulla base delle invocate ragioni di opportunità, giustizia, equità, proporzionalità, al principio della domanda», anche nel caso in cui la negata possibilità di «modulare la forma di tutela sostituendola a quella richiesta» determini notevoli disagi in capo ai controinteressati incolpevoli.

⁷⁸ In tal senso, G. D. COMPORTI, *Il giudice amministrativo tra storia e cultura: la lezione di Pier Giorgio Ponticelli*, cit., 784.

⁷⁹ Cfr. Cons. St., sez. IV, 1.07.2014, n. 3296, che si colloca nella prospettiva di un «giudizio amministrativo caratterizzato dal rilievo dell'interesse pubblico in occasione del controllo sull'esercizio della funzione pubblica».

⁸⁰ L'espressione è ripresa da P. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile* (1914), in *Opere giuridiche*, a cura di Cappelletti M., I, Napoli, 1965, 54.

decisione, che solo così potrà basarsi su sequenze logico-deduttive controllabili, fattispecie astratto-fatto concreto-effetto giuridico. Viceversa, se il giudice amministrativo non sfrutta tutte le possibilità cognitorie a sua disposizione, il dato fattuale rischia di essere diluito in un più ampio quadro di giudizi di valore, criteri equitativi, mediazione tra interessi⁸¹, opportunità, ragion pratica. In questo modo, l'interesse pubblico, nel lavoro logico-mentale che porta alla formazione della sentenza, potrebbe colmare i vuoti lasciati dalla mancata puntuale, oggettiva, ricostruzione della realtà fattuale ovvero comporre, a livello interpretativo, le note «incongruenze» della legislazione amministrativa⁸². Per questa via, potrebbero dunque ancor oggi trovare spazio quegli «apprezzamenti duttili, elastici», caratterizzanti il *modus operandi* dei giudici speciali rispetto al «sillogismo rigoroso» del giudice ordinario⁸³, che non sembrano tuttavia più in linea con il mutato rapporto tra giustizia come servizio e altri poteri dello Stato, né con la progressiva recezione del canone europeo della *full jurisdiction*, espressione del coestensivo principio di effettività. E, d'altra parte, se è vero che l'effettività della tutela, nella dimensione del processo amministrativo, significa (anche) che la controversia deve poter trovare, ad un certo punto, una soluzione definitiva⁸⁴, allora un compiuto svolgimento dell'istruttoria e, quindi, un accertamento del fatto tale da esaurire, o almeno limitare, la discrezionalità dell'amministrazione nella fase di ri-esercizio del potere successiva al giudicato di annullamento, può risultare strumentale rispetto ad una più rapida, piena e concentrata soddisfazione dell'interesse finale azionato⁸⁵.

5. Per una specialità di servizio

Nella rinnovata concezione della giurisdizione come servizio⁸⁶, e non più come potere, la specialità del giudice amministrativo sembra potersi giustificare nella misura in cui consente di elevare la qualità del servizio giustizia reso e soddisfare particolari esigenze di tutela. In tale logica, la specialità deve dunque «attualizzarsi» ed essere misurata in termini reali, non ideologici, in considerazione dell'*attuale* modo di essere dell'amministrazione e degli *attuali* bisogni di tutela dei privati⁸⁷.

Ebbene, come già notato, il carattere forse più evidente dell'amministrazione contemporanea è dato dalla sempre più forte compenetrazione dei saperi tecnici⁸⁸ che, anche nel giudizio amministrativo,

⁸¹ Cfr., del resto, G.B. Adonnino, Atti Assemblea Costituente, 20 novembre 1947, 3937: un «giudice proveniente dall'amministrazione ... ha viva la sensibilità di tanti interessi contrastanti, e dell'interesse collettivo in specie».

⁸² Al riguardo, vedasi M. S. GIANNINI, *Le incongruenze della normazione amministrativa e la scienza dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, 286.

⁸³ Cfr. ancora G.B. Adonnino, Atti Assemblea Costituente, 20 novembre 1947, 2261: «in tante materie speciali ... il giudice ordinario non è adatto, perché il giudice ordinario ha un sistema rigido, dagli spigoli netti, dal sillogismo rigoroso quale s'addice al vigile senso del diritto, e non può essere pronto a quegli apprezzamenti duttili, elastici, che sono richiesti da tanti ambienti e da tante materie speciali».

⁸⁴ Cfr. Cons. St., sez. IV, 31.03.2015, n. 1686, nonché Cons. St., Ad. plen., 15.01.2013, n. 2.

⁸⁵ Cfr., nella logica dell'azione di adempimento, Tar Lombardia, sez. III, 8.06.2011, n. 1428 e Tar Friuli Venezia Giulia, sez. I, 31.03.2015, n. 167.

⁸⁶ Quale emerge, nitidamente, dal discorso di insediamento del Presidente del Consiglio di Stato Pajno, 35 s., nonché dai discorsi di inaugurazione dell'anno giudiziario 2016 tenuti dai presidenti dei tribunali amministrativi regionali: cfr., ad esempio, C. Volpe, relazione del Presidente del Tar del Lazio di inaugurazione dell'anno giudiziario 2016, Roma, 22 febbraio 2016, in <<http://www.giustizia-amministrativa.it>>, 7.

⁸⁷ «La necessità della specializzazione del giudice è una conseguenza esplicita della modernità», si legge nel più volte citato discorso di insediamento del Presidente Pajno, 12.

⁸⁸ Di «compenetrazione ... sempre più intensa tra diritto ed economia», che conduce ad un «cambiamento quasi climatico», il quale impone al giudice di valutare l'attività amministrativa nell'«offuscamento di sicuri indici caratterizzanti l'interesse pubblico», ponendosi, al fine, «al centro del sistema di verifica del corretto esercizio di una

risultano ormai persino preponderanti rispetto alle questioni di stretto diritto, tanto nelle controversie che insorgono per l'aggiudicazione di contratti pubblici, quanto in quelle che nascono nei mercati regolati, dalla finanza ai servizi di pubblica utilità⁸⁹. Si pensi, tra i molti possibili esempi, al settore delle gare pubbliche e al delicato compito qui attribuito al giudice amministrativo di sostituirsi all'amministrazione per definire l'assetto d'interessi successivo all'annullamento dell'aggiudicazione (artt. 121 e 122 c.p.a.) che, per essere svolto, necessita di conoscenze tecniche ed economiche che non fanno parte del tradizionale bagaglio culturale dei giudici⁹⁰.

In un tale contesto, la presenza di un giudice speciale sembra potersi giustificare anzitutto sulla base della sua specializzazione tecnica, chiamata a compensare la crescente specializzazione dell'attività amministrativa, e non la specialità dell'amministrazione (che peraltro tende ad attenuarsi, nella logica del rapporto). Non dovrebbe trattarsi, in altri termini, di una specializzazione concepita sul potere, quale monolitica unità funzionale, bensì adattata alle tecniche e quindi variabile a seconda dei saperi coinvolti in un determinato episodio di vita amministrativa. Alla luce della molteplicità delle discipline specialistiche di volta in volta implicate nelle vicende amministrative, anche meno complesse, non pare in definitiva più sostenibile l'idea di un giudice speciale perché genericamente "specializzato in amministrazione", "specialista del potere". Il modello di amministrazione vigente sembra infatti richiedere un "giudice più tecnico", non tanto esperto del potere, ma propenso ad aprirsi ad un confronto dialettico con gli esperti ovvero dotato, esso stesso, della capacità di comprendere i profili tecnici di volta in volta connessi con l'esercizio della funzione. In pratica, un simile risultato potrebbe essere raggiunto attraverso due vie, non necessariamente alternative. O introducendo, come da più parti auspicato, nel processo amministrativo una apposita, preliminare, udienza istruttoria, in modo da mettere il giudice in condizione di utilizzare l'ampio ventaglio di mezzi oggi disponibili, senza allungare oltremodo i tempi del giudizio; ovvero mediante un intervento di carattere più strutturale, individuando criteri per la formazione degli organi speciali della giurisdizione amministrativa che abbiano al proprio interno le diverse conoscenze specialistiche indispensabili per la risoluzione di questioni anche non strettamente giuridiche⁹¹. Ciò potrebbe avvenire mediante collegi giudicanti composti, insieme, da magistrati e da esperti qualificati, selezionati tramite apposito concorso (aperto a soggetti estranei alla pubblica amministrazione), e adattati alle specificità della controversia da risolvere, sul modello del Tribunale dei minori composto da giudici di carriera e da soggetti dotati di particolari, e differenziate, competenze (pedagogiche, psicologiche etc.)⁹². Anche questa suggestiva soluzione

funzione pubblica che di quella tradizionale conserva solo il nome», parla, suggestivamente, P. Salvatore, relazione annuale sull'attività della giustizia amministrativa, Roma 14.02.2008, in <<http://www.giustizia-amministrativa.it/>>, 10.

⁸⁹L'esigenza di un giudice tecnicamente preparato pare del resto connaturata all'idea stessa del giudice amministrativo come "giudice naturale dell'interesse pubblico nell'economia", su cui possono leggersi P. De Lise, intervento in occasione della celebrazione per il 180° anniversario del Consiglio di Stato, Roma, 31.10.2011, in <<http://www.giustizia-amministrativa.it/>>, 4; G. Coraggio, discorso di insediamento del Presidente del Consiglio di Stato, Roma, 19.04.2012, in <<http://www.giustizia-amministrativa.it/>>, 13.

⁹⁰Ammette con franchezza l'ex Presidente del Tar Lombardia P.M. Piacentini, discorso di inaugurazione dell'anno giudiziario 2010, Milano, 10 aprile 2010, in <<http://www.giustizia-amministrativa.it/>> 13: «sarà necessario che si torni sui banchi di scuola per apprendere una serie di nozioni, soprattutto economiche tecniche e sociali» che il giudice amministrativo di solito non possiede. Riconosce, in particolare, la difficoltà di «districarsi nel linguaggio tecnico e nelle complesse formule matematiche» utilizzate dall'Autorità per l'energia, Tar Lombardia, sez. III, 12.02.2010, n. 399.

⁹¹E' questa la proposta avanzata dal direttore generale di Confindustria M. Panucci, di «contaminare il Consiglio di Stato con altre culture ... portando dentro Palazzo Spada gli economisti, i giuristi dell'economia» (intervista su *Affari&Finanza* del 16 novembre 2015).

⁹²Cfr. art. 2 regio decreto 20.07.1934, n. 1404.

potrebbe, del resto, assicurare il contemperamento del principio della ragionevole durata del processo con l'effettività del diritto alla prova, in quanto il giudizio sarebbe qui condotto da un giudice esperto e preparato, molto spesso in grado di fare a meno di saperi tecnici esterni, ma senza perciò amputare l'istruttoria tecnica.

Le prospettate soluzioni potrebbero, una incidendo sulla disciplina organizzativa dell'istruttoria, l'altra sul senso stesso della specialità, comunque contribuire a superare il vacillante mito di un giudice astrattamente "sapiente di amministrazione", proiettando in avanti la giurisdizione amministrativa, rifondata su stringenti esigenze tecniche di tutela e di efficacia del servizio di giustizia offerto ai cittadini.

Abstract

Lo scritto prende le mosse dallo studio, empirico, dell'istruttoria nel processo amministrativo, registrando una certa perdurante ritrosia per il pieno utilizzo dei mezzi istruttori oggi a disposizione del giudice del potere. L'ipotesi di studio è che tali resistenze siano dovute, non più a questioni di diritto positivo o di tecnica processuale, bensì a ragioni di ordine storico, ideologico e culturale. Di qui il tema dell'istruttoria processuale viene messo in connessione con quello della specialità della giurisdizione, nella prospettiva del superamento della tradizionale idea di un giudice speciale perché "specializzato in amministrazione", "specialista del potere". L'amministrazione contemporanea sembra infatti richiedere un "giudice più tecnico", propenso ad aprirsi ad un confronto dialettico con gli esperti ovvero dotato della capacità di comprendere i profili tecnici di volta in volta connessi con l'esercizio della funzione.