

**SCUOLA DI ALTA FORMAZIONE E SPECIALIZZAZIONE
DELL'UNIONE NAZIONALE AVVOCATI
AMMINISTRATIVISTI UNAA**

CONVERSAZIONE DI LUNEDI' 28 OTTOBRE 2024

ORE 15/18

L' ISTRUTTORIA NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

L' istruttoria nel processo amministrativo gode di una monumentale e insuperata monografia del prof. Feliciano Benvenuti del 1953, ma il dibattito dottrinale e scientifico è lungi dall' esser concluso, e ciò non perché i temi trattati mirabilmente dall' eminente studioso veneto siano ontologicamente superati, ma perché la proliferazione delle controversie amministrative ad opera dei TTAARR ha moltiplicato le occasioni di contesa tra PA ed amministratori.

L'istruttoria nel procedimento giurisdizionale amministrativo assume quindi un rilievo centrale almeno per 3 ordini di ragioni:

a) perché l'istruttoria è funzionale all'emersione e concreta valutazione del FATTO; e il disvelamento e il ritrovamento del FATTO agevolano una corretta conoscenza della fattispecie attribuita al Giudice.

Non è casuale che ci sia una ritrosia – da parte delle Corti di Giustizia (nel corso del recente congresso di Bari un autorevolissimo e coltissimo magistrato amministrativo ha quasi diffidato da un ' indagine troppo penetrante nella ricerca del fatto, ritenuta addirittura fuorviante per le sorti del processo) – di indagare approfonditamente alla ricerca del fatto;

b) perché il tema dell' istruttoria e del disvelamento del fatto emergono ineluttabilmente nell' indagine relativa a quello che può definirsi un mistero orfico della giustizia, e cioè la ricerca e la definizione della

DISCREZIONALITA' TECNICA E DELLA DISCREZIONALITA' AMMINISTRATIVA;

c) perché l' istruttoria giurisdizionale amministrativa si muove all' interno di un processo nel quale questa fase processuale – a differenza di ciò che accade nel rito civile – non ha (o non ha ancora) un rilievo primario (non appaiono banali, né intellettualmente recessive le idee di coloro che vedrebbero bene – all' interno del processo – la figura ben stagliata di un magistrato istruttore).

Queste sono in larga misura i dibattiti dominanti che si muovono intorno al tema ISTRUTTORIA. E' il caso però di scendere nel dettaglio normativo.

Gli articoli che trattano dell'istruttoria – nel codice del processo – sono quelli che vanno dal **63 al 69**.

Non ci sono profili di rilievo a questo riguardo e ci si limita a segnalare gli aspetti più rimarchevoli:

- 1) La prova testimoniale – indicata per iscritto – come recita l' art.63 del codice è assolutamente poco praticata innanzi al GA;
- 2) L' interessato deve fornire un principio di prova affinché il Giudice possa esercitare i suoi poteri officiosi (art.64 – sul punto **Tar Toscana,135/2016**). Sul punto – in tema cioè di metodo acquisitivo sul principio di prova fornito dal ricorrente – va osservato che – specularmente alla più efficace emersione del fatto, oggi forse – se il profilo ostensivo fosse più intenso, cioè se le azioni in tema di accesso fossero recepite come uno strumento sostanziale e non come un orpello formale - sarebbero meno necessari i poteri inquisitori;
- 3) Il giudizio risarcitorio non è soggetto al metodo acquisitivo e il ricorrente deve dare la prova piena ai sensi dell' art.2697 c.c. (**in tal senso C.St. 284/2016**). Il profilo risarcitorio assume oggi un ruolo centrale nel processo non solo in tema di contratti pubblici (

Avv. Bruno Ricciardelli
Patrocinante in cassazione

materia nella quale il progressivo assottigliamento della tutela cautelare rende ipertrofico l' aspetto risarcitorio) ma – per effetto della devoluzione di alcune controversie al GA – anche in materia espropriativa e di risarcimenti di diritti;

- 4) Verificazione e CTU sono sottratte alla disponibilità delle parti (non sono mezzi di prova, **ma mezzi istruttori**) e sono differenti tra loro (**Tar Campania- Napoli, 4225/2013**); in particolare la verificazione ha solo un carattere ricognitivo, mentre la CTU ha anche un **carattere valutativo (C.St. 2433/2016)**;
- 5) Costituiscono elementi probatori i fatti non contestati e i comportamenti processuali delle parti (**art. 64 e Tar Campania- Napoli 2897/2022**); la verità è che – a dispetto della formulazione chiara dell' art.64 del cpa – il GA ha un uso più timido di questo strumento rispetto a quanto non faccia il GO con l' art.116 del cpc;
- 6) I pareri proveritate sono ammissibili (**Tar Lombardia – Brescia 1781/2012 strumenti di accesso al fatto**);
- 7) Vale sempre il vecchio brocardo ONUS PROBANDI INCUMBIT EI QUI DICIT(**Tar Campania Napoli, 6890/2023- occorre considerare che spesso è l' Amministrazione a dire per prima**);
- 8) La mancata ottemperanza alle richieste del Giudice in sede istruttoria (anche il remand) può essere valutata come comportamento omissivo ai sensi dell' art.64 cpa (**Tar Campania, 5612/2023**);
- 9) Costituzione in giudizio e mancata costituzione in giudizio hanno effetto anche ai fini del principio di NON CONTESTAZIONE(**Tar Lombardia Milano, 63/2020 e Tar Toscana,148/2018**);

Il rilievo e l' importanza dell' istruttoria – al presente – emergono soprattutto per alcuni rilievi:

A) L' INTELLIGENZA ARTIFICIALE E LA GIUSTIZIA
PREDITTIVA

Nel presente l' enorme diffusione dell' intelligenza artificiale travolge e involge anche il mondo del processo .

Si moltiplicano e si diffondono gli incontri e i simposi nei quali si discute di tale carattere come della cosiddetta GIUSTIZIA PREDITTIVA, cioè della decisione giudiziale emessa solo sulla base di un algoritmo predittivo del risultato: la verità è che l' approccio del Giudice rispetto a scelte amministrative operate con l' ausilio di tecniche di intelligenza artificiale e di algoritmi non è sempre cristallino ed è **sovente condizionato dal risultato di dover salvare o meno determinate scelte.**

Infatti le applicazioni di queste modalità sono presenti soprattutto in materia CONCORSUALE o in quella degli APPALTI PUBBLICI dove l' interprete è spesso chiamato a confrontarsi con scelte operate dall' Amministrazioni in base a soluzioni suggerite dall' ausilio di ALGORITMI .

Si segnala al riguardo una sentenza del Consiglio di Stato (la **8005/2024**) che tratta della correzione di prove concorsuali mediante sistemi ALGORITMICI.

Avv. Bruno Ricciardelli
Patrocinante in cassazione

Nell'intento di dover salvare un concorso con migliaia di accorrenti, il C.Stato – riformando una sentenza di primo grado del Tar del Lazio – osserva che il coefficiente di modifica di un punteggio (cd. EQUALIZZAZIONE) non conduce necessariamente ad una distorsione.

Per concludere , il tema della giustizia predittiva , soprattutto in Europa, tende soprattutto ad una regolamentazione piuttosto piuttosto che ad un reale sviluppo del sistema.

B) Assolutamente adiacente col tema della valutazione dell' algoritmo è il tema della valutazione della cd. DISCREZIONALITA' TECNICA della PA.

Questo aspetto è rivelatore di un approccio più o meno attento alla problematica de qua. La maggior parte della volte le formule utilizzate dal GA appaiono alquanto stereotipate: esse ripetono in maniera meccanica e ripetitiva che di fronte alla DISCREZIONALITA' TECNICA, non ci può essere alcuna critica concreta se non si dimostra l' illogicità o la manifesta ingiustizia dell' atto emanato.

Qualche volta invece il Giudice intraprende **più efficacemente** la ricerca del FATTO e individua con maggiore puntualità le modalità di critica dell' attività amministrativa discrezionale(**C.St. 8167/2022, 10624/2022 e – da ultimo – 7507/2024**) .

Avv. Bruno Ricciardelli
Patrocinante in cassazione

Quando ciò accade, il dibattito processuale ne esce arricchito e la decisione giudiziale appare estremamente più precisa e puntuale rispetto al thema decidendi.

Si segnala in tema la sentenza della VI sezione del Consiglio di Stato **10624/2022** dove – riguardo al self restraint del GA rispetto alla discrezionalità tecnica – si afferma : “ *Tale impostazione sarebbe del tutto incompatibile con la moderna configurazione dell’ oggetto e della funzione del processo amministrativo , ispirato al canone dell’ effettività della tutela, dotato di un sistema remediale aperto e conformato al bisogno differenziato di tutela*”.

Sono parole queste che realmente delineano il processo come la palestra all’ interno della quale verificare la correttezza dell’ agire amministrativo e che disegnano un palcoscenico luminoso e non oscurato nella ricerca del fatto.

La circostanza che spesso **deve darsi credito** all’ impostazione della Pa consegue ad altro : se il privato ricorrente **non è in grado** di porre con serietà in discussione l’ attendibilità scientifica della scelta amministrativa, il Giudice deve dare prevalenza alla posizione espressa dall’ organo istituzionalmente investito dalla competenza ad adottare la decisione.

Anche questo risultato va accettato senza isterismi perché costituisce il giusto contraltare della puntuale ricerca del fatto.