

## I PROCEDIMENTI DI ISTRUZIONE PREVENTIVA

### Sommario

Premessa .....	1
La riforma del 2005 .....	2
Strumentalità / autonomia dei procedimenti di istruzione preventiva .....	3
ATP e arbitrato .....	4
Presupposti della ATP e divieto di accertamenti preventivi esplorativi.....	5
Effetti della presentazione del ricorso per ATP sugli istituti della prescrizione e della decadenza ....	6
Valore probatorio dell'accertamento tecnico preventivo. ....	7
Reclamabilità del provvedimento che nega l'ATP .....	8
Procedimenti di istruzione preventiva e regolamento delle spese .....	11
Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite .....	12
Ambito operativo dell'art. 696 <i>bis</i> c.p.c. ....	13
Effetti prodotti dalla presentazione del ricorso <i>ex art. 696 bis</i> c.p.c.....	14
Natura del procedimento <i>ex art. 696 bis</i> c.p.c.....	15
CTU preventiva <i>ex art. 696 bis</i> c.p.c. e mediazione <i>ex</i> dlgs n. 28/2010 .....	18
CTU preventiva e arbitrato .....	19
Provvedimento del giudice in caso di conciliazione.....	19
CTU <i>ex art. 696 bis</i> c.p.c. in corso di causa.....	20
Impugnabilità dei provvedimenti <i>ex art. 696 bis</i> c.p.c.....	21
Le spese del procedimento .....	21
CTU, ATP e CTU preventiva <i>ex art. 696 bis</i> c.p.c. nel processo amministrativo .....	22

### Premessa

La finalità dei tradizionali procedimenti di istruzione preventiva di cui al Libro IV, Titolo I, Capo III, Sezione IV del codice di procedura civile è la raccolta delle prove prima della instaurazione del giudizio di merito in relazione al pericolo di dispersione (per esempio irreversibili modifiche di persone, luoghi o cose) con pregiudizio delle ragioni probatorie.

Tra i procedimenti di istruzione preventiva vanno menzionati l'audizione di testimoni a futura memoria (art. 692 c.p.c.) e l'accertamento tecnico preventivo (art. 696 c.p.c.).

In particolare l'ATP rappresenta un meccanismo di immediato accertamento dei fatti da cui potrebbe derivare la lesione del diritto, di verifica delle cause della lesione, dei rimedi necessari per la rimessione in pristino e per la quantificazione dei danni.

## La riforma del 2005

La riforma del 2005 (decreto legge n. 35/2005 convertito nella legge n. 80/2005) ha ampliato notevolmente l'operatività dell'ATP, prevedendo l'accertamento tecnico valutativo, anche in considerazione della funzione conciliativa assunta di fatto da tale strumento processuale.

In tal senso parte della dottrina ha valutato favorevolmente la riforma.

Vi è chi, all'opposto, ha criticato la novità legislativa poiché la disposizione in tema di ATP valutativo (art. 696, comma 2 c.p.c.) ed in particolare la previsione normativa di cui all'art. 696 *bis* c.p.c. in tema di consulenza tecnica preventiva con finalità conciliativa (la cui essenza è rappresentata da un accertamento valutativo cui si aggiunge la funzione, attribuita al consulente tecnico, di tentare la conciliazione della controversia) assegnerebbero a tecnici estranei all'ordine giudiziario la funzione giurisdizionale.

Questa critica, tuttavia, non è condivisibile in considerazione della incentivazione che recentemente è stata attribuita alle tecniche di risoluzione alternativa delle controversie (cd. ADR) con funzione deflattiva del contenzioso e di garanzia della ragionevole durata del processo.

La modifica legislativa del 2005 consente, quindi, l'ATP valutativo (finalizzato ad effettuare valutazioni di cause e di danni; cfr. novella dell'art. 696, comma 2 c.p.c.).

In tal modo in sede di ATP è possibile anticipare valutazioni che in precedenza erano riservate alla fase istruttoria propria del giudizio di merito.

Tuttavia, già la Cassazione prima della riforma del 2005 aveva accolto un'interpretazione estensiva dell'ATP volta a superare la sua originaria funzione di mera "fotografia - descrizione" dello stato dei luoghi e delle cose.

In tal senso si orientava la sentenza della Corte di Cassazione n. 12007/2002 a salvaguardia del principio del giusto processo *ex art. 111 Cost.* e del principio della effettività della tutela giurisdizionale *ex art. 24 Cost.*

A seguito della riforma il CTU in sede di ATP non è più un soggetto che percepisce in modo acritico la realtà, bensì un tecnico che deve fornire una valutazione ed una analisi critica alla luce dei quesiti che allo stesso vengono posti.

Pertanto, l'ATP non è più soltanto uno strumento processuale posto a tutela del diritto alla prova, ma è anche un mezzo con finalità conciliativa (in sede di valutazione del nesso eziologico e dell'entità dei danni le parti saranno evidentemente agevolate nel tentare di raggiungere la conciliazione).

La riforma del 2005 consente anche l'esperibilità dell'ATP sulla persona della parte resistente se consenziente in linea con la precedente giurisprudenza della Corte costituzionale.

Se la parte resistente dissente non sarà esperibile l'ATP sulla persona.

L'art. 696, comma 1 c.p.c. non prevede conseguenze processuali in caso di dissenso, ma la lacuna legislativa va colmata analogicamente con il ricorso alla disposizione di cui all'art. 118 c.p.c. (dal rifiuto il giudice può trarre argomenti di prova *ex art.* 116, comma 2 c.p.c.).

## **Strumentalità / autonomia dei procedimenti di istruzione preventiva**

La disciplina *ex artt.* 692 - 699 c.p.c. non prevede un termine perentorio - a pena di inefficacia - entro cui procedere all'instaurazione del giudizio di merito (vi è quindi una analogia con la fattispecie dei provvedimenti cautelari "anticipatori" di cui all'art. 669 *octies*, comma 6 c.p.c. introdotto dal decreto legge n. 35/2005 convertito nella legge n. 80/2005, provvedimenti che sono destinati a conservare efficacia anche se non viene avviato il giudizio di merito).

Ciò rappresenta un'attenuazione del rapporto di strumentalità intercorrente tra il procedimento di istruzione preventiva (comunque dotato di natura cautelare) ed il giudizio di merito.

Il procedimento di istruzione preventiva ha, quindi, una sua autonomia funzionale rispetto al successivo (ed eventuale) giudizio di merito (che potrebbe non essere instaurato): l'ATP produce effetti destinati a perdurare nonostante la non instaurazione del giudizio di cognizione.

Ai sensi dell'art. 698 c.p.c. l'assunzione preventiva dei mezzi di prova non pregiudica le questioni relative alla loro ammissibilità e rilevanza (che verranno affrontate nel futuro giudizio di merito); nel giudizio di merito i verbali delle prove preventive potranno essere prodotti se i mezzi di prova sono stati previamente dichiarati ammissibili nel giudizio stesso.

Comunque per la Corte costituzionale (sentenza n. 26/2010) rimane ferma la natura strumentale e cautelare dell'ATP che ha un fisiologico collegamento funzionale con il giudizio di merito: il suddetto legame funzionale comporta l'efficacia conservativa, in eventuali futuri giudizi di merito, della prova acquisita in sede di ATP.

Il carattere, pur attenuato e peculiare, della strumentalità propria dei procedimenti cautelari di ATP fa sì che i risultati con la stessa raggiunti possano avere effetti non provvisori (specie se in sede di ATP le parti raggiungono un accordo e conciliano la controversia).

In ogni caso, il giudice del giudizio di merito ai sensi dell'art. 698, comma 2 c.p.c. non è vincolato alle risultanze dell'ATP nella valutazione del materiale probatorio.

## **ATP e arbitrato**

La Corte di Cassazione in passato ha sempre sostenuto l'improponibilità, per difetto assoluto di giurisdizione, di ogni domanda cautelare (anche per ATP) rivolta al giudice ordinario in presenza di una clausola compromissoria per arbitrato libero, poiché tale clausola implica rinuncia dei contraenti alla tutela giurisdizionale (anche cautelare) dinanzi al giudice.

Cass. civ. n. 15524/2000 ha ribadito il predetto principio con riferimento all'ATP.

Anche la giurisprudenza di merito si è uniformata a tale principio fondato sulla considerazione della clausola compromissoria per arbitrato libero quale rinuncia dei contraenti alla tutela giurisdizionale (anche cautelare) dinanzi al giudice ordinario.

Il decreto legge n. 35/2005 convertito nella legge n. 80/2005 nel novellare l'art. 669 *quinquies* c.p.c. supera l'orientamento della Cassazione.

Attualmente non vi è alcuna differenza tra arbitrato rituale ed arbitrato irrituale ai fini della concessione alla tutela cautelare da parte del giudice competente per il merito.

In precedenza, tuttavia, i procedimenti di istruzione preventiva erano rimasti esclusi, in forza dell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c., dalla disposizione dell'art. 669 *quinquies* c.p.c. (secondo cui se la controversia è compromessa in arbitri anche non rituali, la domanda cautelare si propone al giudice che sarebbe stato competente a conoscere del merito).

La Corte costituzionale (cfr. sentenza n. 144/2008) ha dapprima dichiarato incostituzionali gli artt. 669 *quaterdecies* e 695 c.p.c. (che prevedeva la non impugnabilità della decisione negativa sull'ammissione del mezzo di prova in via preventiva).

Successivamente la Corte costituzionale (cfr. sentenza n. 26/2010) ha dichiarato incostituzionale l'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. nella parte in cui esclude l'applicabilità dell'art. 669 *quinquies* c.p.c. ai procedimenti *ex art.* 696 c.p.c.: in caso di clausola compromissoria (per arbitrato rituale o irrituale) non è più impedita la proposizione della domanda di ATP al giudice ordinario che sarebbe stato competente a conoscere del merito.

Secondo Corte costituzionale n. 26/2010 tale impedimento (in uno alla fisiologica impossibilità - in virtù dell'art. 818 c.p.c. - per gli arbitri di adottare misure cautelari) avrebbe compromesso il diritto alla prova (*i.e.* diritto di difendersi provando) per la possibile irrimediabile alterazione dello stato dei luoghi da sottoporre ad ATP, con pregiudizio della effettività della tutela giurisdizionale ai sensi dell'art. 24 Cost.

La citata sentenza della Corte costituzionale n. 26/2010 ha evidenziato la comune natura cautelare dei procedimenti di istruzione preventiva per i quali non è ammissibile la scelta legislativa di discriminare la disciplina a seconda della tipologia di provvedimento cautelare: anche se le misure di istruzione preventiva non sono sottoposte a termine di efficacia sono comunque strumentali rispetto al giudizio di merito e conservano natura cautelare (mirano, infatti, ad evitare che la durata del processo vada in danno di chi ha ragione e che l'alterazione dello stato dei luoghi possa produrre pregiudizi irreparabili sul piano del diritto alla prova).

## **Presupposti della ATP e divieto di accertamenti preventivi esplorativi**

E' necessario che il giudice della ATP valuti, seppure con delibazione sommaria (tipica del procedimento *de quo*), la sussistenza delle condizioni dell'azione "cautelare" volta ad ottenere l'ATP (così anche in ipotesi di domanda volta ad ottenere la CTP *ex art.* 696 *bis* c.p.c.), anche al fine di impedire l'ingresso di ATP "esplorative" e cioè finalizzate, in prospettiva, a supplire alle

deficienze delle allegazioni ed offerte di prova gravanti sul ricorrente nel futuro giudizio di merito ai sensi dell'art. 2697 c.c. ovvero a compiere un'indagine tendente alla ricerca di elementi di fatto o circostanze non provati dal soggetto su cui ricade il relativo onere.

A tal proposito, è condivisibile quanto affermato dal Tribunale di Piacenza con ordinanza del 27.5.2011 che esclude che nel rito di cui agli artt. 702 *bis* e ss. c.p.c. (peraltro nella fattispecie all'attenzione del Tribunale di Piacenza preceduto da una consulenza tecnica preventiva *ex art. 696 bis* c.p.c., conclusasi senza il raggiungimento della conciliazione) la sommarietà possa essere intesa come superficialità o riduzione al minimo delle prove, dovendosi viceversa intendere per sommarietà unicamente l'omissione di formalità e di formule sacramentali e quindi la semplificazione e lo snellimento delle procedure, operando anche nel rito sommario *ex art. 702 bis* c.p.c. con pienezza e senza alcuna limitazione il principio dell'onere probatorio *ex art. 2697* c.c. e non essendo immaginabile neanche nel rito sommario un esonero dall'assolvimento dell'onere della prova oltre che di quello preventivo di allegazione.

In conclusione si può affermare che qualsiasi procedimento sommario (sia l'ATP *ex art. 696* c.p.c., sia la CTU preventiva *ex art. 696 bis* c.p.c., sia il procedimento sommario di cognizione *ex artt. 702 bis* e ss. c.p.c.) non può costituire una deroga al principio fondamentale dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c.

## **Effetti della presentazione del ricorso per ATP sugli istituti della prescrizione e della decadenza**

La notificazione del ricorso per ATP in quanto "giudizio conservativo" produce, ai sensi dell'art. 2943 c.c., l'interruzione della prescrizione sino alla conclusione del procedimento, conclusione che coincide con il deposito della relazione peritale (cfr Cass. civ. n. 9066/2011, n. 17385/2007 e n. 11087/2000).

Per la giurisprudenza prevalente e per parte della dottrina, da tale momento (deposito della relazione peritale) ricomincia a decorrere il termine di prescrizione (che fino a quel momento rimane sospeso).

Essenza dell'atto interruttivo della prescrizione in generale è l'idoneità di tale atto a rendere edotto il destinatario della volontà del notificante di far valere un diritto nei suoi confronti.

La notificazione del ricorso per ATP mira a far conoscere al destinatario la volontà del notificante di avvalersi del risultato dell'indagine tecnica per il futuro riconoscimento del diritto nei confronti dello stesso destinatario: ciò spiega la sua efficacia interruttiva della prescrizione ai sensi dell'art. 2943 c.c.

Tuttavia, il procedimento per ATP si configura come "giudizio conservativo" ai sensi dell'art. 2943, comma 1 c.c. solo se strumentale rispetto al futuro giudizio di cognizione (e se instaurato dal titolare del diritto in questa prospettiva); unicamente in tal caso il procedimento per ATP ha efficacia interruttiva della prescrizione.

L'introduzione del procedimento per ATP non ha, quindi, efficacia interruttiva della prescrizione se proposto dal soggetto obbligato nei confronti di chi si afferma titolare del diritto in funzione del successivo avvio di un giudizio di cognizione di accertamento negativo.

Pertanto, vi è efficacia interruttiva solo con l'atto con cui il titolare del diritto manifesta la sua volontà a che il diritto sia accertato e riconosciuto.

Effetto interruttivo va riconosciuto alla proposizione del ricorso per ATP anche in ordine alla decadenza.

## **Valore probatorio dell'accertamento tecnico preventivo.**

Poiché la riforma del 2005 (decreto legge n. 35/2005 convertito nella legge n. 80/2005) ha superato l'originaria funzione di mera "fotografia" dello stato di luoghi o di cose propria dell'originaria ATP, essendo attualmente possibile un'indagine da parte del CTU in sede di ATP anche estesa ai profili valutativi, ormai l'accertamento tecnico preventivo ha acquisito la sostanza di una fase processuale a sé, contraddistinta da una propria unitarietà rispetto al giudizio di merito cui pure è collegato.

Ai sensi dell'art. 698, comma 3 c.p.c. i processi verbali delle prove non possono essere prodotti, né richiamati, né riprodotti in copia nel giudizio di merito, prima che i mezzi di prova siano stati dichiarati ammissibili nel giudizio stesso.

Pertanto, il procedimento di ATP è - come evidenziato in precedenza - autonomo rispetto al giudizio di merito nel corso del quale l'ammissibilità e la rilevanza del mezzo di prova preventiva deve essere autonomamente valutata dal giudice di merito.

La giurisprudenza consolidata di legittimità ha affermato che non vi è comunque necessità di un esplicito provvedimento formale acquisitivo della ATP da parte del giudice competente a conoscere del merito, essendo sufficiente una mera acquisizione materiale del fascicolo del procedimento di ATP, cui non si accompagni un provvedimento formale di non acquisizione che evidentemente verrà adottato nel caso in cui emergano circostanze ostative (autonomamente valutabili dal giudice del merito) alla acquisizione su eccezione della parte (evidentemente posta in grado di contraddire in merito alle conclusioni della ATP) che lamenti la irritualità dell'acquisizione e l'impossibilità di esame delle risultanze dell'indagine.

Ha sottolineato, a tal proposito, Cass. civ. n. 17990/2004: "L'acquisizione della relazione di accertamento tecnico preventivo tra le fonti che il giudice di merito utilizza per l'accertamento dei fatti di causa non deve necessariamente avvenire a mezzo di un provvedimento formale, bastando anche la sua materiale acquisizione, ed essendo sufficiente che quel giudice l'abbia poi esaminata traendone elemento per il proprio convincimento e che la parte che lamenti la irritualità dell'acquisizione e l'impossibilità di esame delle risultanze dell'indagine sia stata posta in grado di contraddire in merito ad esse."

## **Reclamabilità del provvedimento che nega l'ATP**

In passato, parte della dottrina e della giurisprudenza escludeva la reclamabilità del provvedimento di accoglimento del ricorso per ATP, facendo riferimento al mero dato letterale dell'art. 696 c.p.c., il quale a sua volta rinvia all'art. 695 c.p.c. che menziona espressamente l'ipotesi dell'ordinanza ammissiva "non impugnabile".

Tale orientamento sanciva l'improponibilità di qualsiasi forma di gravame contro il provvedimento assunto e si escludeva, in considerazione del suo carattere non definitivo, che esso fosse suscettibile di ricorso per cassazione *ex art. 111 Cost.*

Si sosteneva che il meccanismo della non impugnabilità di cui all'art. 695 c.p.c. fosse attenuato dalla possibilità della riproposizione della istanza di accertamento tecnico preventivo in precedenza rigettata (l'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. estende l'applicabilità dell'art. 669 *septies* c.p.c. in tema di riproposizione dell'istanza cautelare rigettata ai provvedimenti di istruzione preventiva).

In ipotesi di accoglimento del ricorso si opinava nel senso che il provvedimento di istruzione preventiva non comportasse alcun pregiudizio per la parte resistente, in considerazione del fatto che il giudice del futuro giudizio di merito avrebbe dovuto valutare nuovamente l'ammissibilità e la rilevanza delle prove assunte *ex artt.* 692 e ss. c.p.c. e tenuto conto della possibilità di rinnovazione del mezzo istruttorio nel corso del giudizio di cognizione.

Tuttavia, la dottrina maggioritaria era pervenuta alla conclusione - ben prima dell'intervento della Corte costituzionale del 2008 - di ritenere i provvedimenti di istruzione preventiva (sia di accoglimento, sia di rigetto) reclamabili ed in particolare quelli di rigetto, poiché il diniego di ATP avrebbe potuto incidere in modo irreparabile sul diritto processuale alla prova della parte.

La Corte costituzionale con sentenza additiva n. 144/2008 ha dichiarato incostituzionale il combinato disposto degli artt. 669 *quaterdecies* e 695 c.p.c. nella parte in cui non prevedono la reclamabilità dei provvedimenti di rigetto dell'istanza di istruzione preventiva (*ex artt.* 692 e 696 c.p.c.).

La Consulta in detta occasione afferma che il pregiudizio subito dalla parte istante che si vede respinta l'istanza di ATP è irrimediabile, diversamente dal pregiudizio che può subire la parte resistente nel procedimento di istruzione preventiva (dal momento che il provvedimento ammissivo è comunque suscettibile di essere valutato ai sensi dell'art. 698, comma 2 c.p.c. dal giudice del futuro giudizio di merito ai fini della ammissibilità e rilevanza del mezzo di prova).

Pertanto, la Consulta ha ravvisato una limitazione della effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.) ed una violazione del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) unicamente con riferimento al regime previgente di non reclamabilità del provvedimento di diniego dell'istanza di istruzione preventiva, non altrettanto con riferimento al provvedimento di accoglimento.

Il Giudice delle Leggi ha, altresì, evidenziato che il riconoscimento della reclamabilità del provvedimento di rigetto non trova fondamento nel principio del doppio grado di giurisdizione,

poiché detto principio non ha rilevanza costituzionale, bensì - come visto - nel principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Né varrebbe obiettare che l'art. 669 *septies* c.p.c. (applicabile al procedimento di istruzione preventiva in forza della previsione di cui all'art. 669 *quaterdecies* c.p.c.) attribuisce al ricorrente, sussistendo determinate condizioni, la facoltà di riproporre l'istanza.

La Corte costituzionale ha, infatti, rimarcato che la riproposizione *ex art. 669 septies* c.p.c. della istanza cautelare al medesimo giudice che ha emesso il provvedimento di rigetto opera su un piano diverso da quello del reclamo e non assicura lo stesso livello di efficacia di questo (cfr. sentenza della Corte costituzionale n. 253/1994: la riproposizione dell'istanza ai sensi dell'art. 669-*septies* c.p.c. si rivolge al medesimo giudice che ha già respinto la richiesta di misura cautelare e quindi non offre le stesse garanzie di effettività della tutela giurisdizionale proprie del mezzo processuale del reclamo).

Secondo parte della dottrina rimane comunque una disparità di trattamento rispetto all'ipotesi della ordinanza ammissiva dell'istanza di ATP.

Pertanto, tale impostazione ritiene applicabile il regime di reclamabilità anche all'ipotesi di ordinanza di accoglimento dell'istanza di ATP, in considerazione del fatto che la disposizione dell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. di per sé non esclude l'applicabilità del regime dell'art. 669 *terdecies* c.p.c. (in tema di reclamo contro i provvedimenti cautelari) anche all'ordinanza ammissiva e tenuto conto della circostanza che l'art. 669 *terdecies* c.p.c. è stato modificato da un intervento della Corte costituzionale (sentenza n. 253/1994) che ha dichiarato l'illegittimità dell'originaria formulazione della disposizione nella parte in cui ammetteva il reclamo unicamente con riferimento al provvedimento che concede tutela cautelare e non anche relativamente al provvedimento che nega la tutela, affermando quindi un principio di reclamabilità di qualsiasi provvedimento cautelare (positivo o negativo).

Seguendo questa linea bisognerebbe ritenere reclamabili tutti i provvedimenti adottati in sede di istruzione preventiva.

Vi sono, infatti, alcune ipotesi, sia pure eccezionali, in cui anche il provvedimento di accoglimento della domanda di istruzione preventiva potrebbe comportare dei pregiudizi irreparabili (si pensi alla materia dei brevetti [cfr. misure speciali di istruzione preventiva nel diritto industriale di cui all'art.

129 del codice della proprietà industriale], dove l'istruzione preventiva potrebbe avere tratti invasivi poiché implica l'ingresso coattivo dell'ufficiale giudiziario e del consulente tecnico nella sede dell'impresa del resistente con conseguente possibile interruzione dell'attività lavorativa), tenuto conto che comunque la parte resistente deve anticipare le spese relative alla propria difesa.

Pertanto da più parti si invoca una declaratoria di incostituzionalità degli artt. 669 *quaterdecies* e 695 c.p.c. in modo tale che si renda ammissibile il reclamo anche contro il provvedimento di accoglimento dell'istanza di istruzione preventiva, al fine di garantire una effettiva parità di trattamento rispetto all'ipotesi del provvedimento di rigetto contemplata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 144/2008.

## **Procedimenti di istruzione preventiva e regolamento delle spese**

Nei procedimenti di istruzione preventiva se il giudice respinge il ricorso, vi sarà la condanna del ricorrente ai sensi degli artt. 91 e ss. c.p.c. a rimborsare le spese al resistente.

Se il giudice accoglie il ricorso per ATP, non vi sarà soccombenza (con conseguente inapplicabilità degli artt. 91 e ss. c.p.c.) e le spese del CTU saranno a carico del ricorrente (come parte che ha interesse all'accertamento dalla stessa richiesto), mentre quelle legali restano a carico di chi le ha anticipate, salvo la possibilità di ripeterle nel giudizio di merito.

Non vi sarà, pertanto, alcuna decisione in ordine alla regolamentazione definitiva delle spese di lite (cfr. Cass. n. 21888/2004: se il giudice emette un provvedimento di liquidazione delle spese processuali in caso di accoglimento del ricorso per ATP, lo stesso avrà natura decisoria, sicché sarà ammissibile il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost.).

## Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite

Con il decreto legge n. 35/2005 convertito nella legge n. 80/2005 è stato introdotto un innovativo istituto e cioè la consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite di cui all'art. 696 *bis* c.p.c. mutuando il testo dell'art. 49 del progetto di riforma elaborato alla Commissione Vaccarella e comunque orientamenti consolidati della Cassazione e della Corte costituzionale: detto strumento processuale è frutto di quella ispirazione che caratterizza il cd. progetto Vaccarella tendente alla privatizzazione - in un'ottica neo-liberista - della giustizia civile e, quindi, fuoriesce dall'alveo del controllo giurisdizionale del giudice per rimettere alle parti - attraverso l'ausilio di un consulente tecnico - la conciliazione e la definizione della controversia (si tratta di uno strumento di ADR [*alternative dispute resolution*]).

L'istituto in esame da un punto di vista sistematico è collocato nell'ambito della sezione dei procedimenti di istruzione preventiva a sua volta inserita nel contesto della capo terzo dedicato ai procedimenti cautelari.

Tuttavia, lo strumento dell'art. 696 *bis* c.p.c., nonostante la collocazione sistematica, prescinde dal requisito dell'urgenza di cui all'art. 696 c.p.c. richiesto per l'accertamento tecnico preventivo.

Il fatto di accantonare il requisito dell'urgenza (che viceversa è espressamente richiesto dall'art. 696 c.p.c. per l'ATP) consente di inquadrare la CTU preventiva in un contesto che è quello relativo ai procedimenti sommari di istruzione preventiva di natura non cautelare.

La finalità assegnata dal legislatore all'istituto è duplice: da un lato scopo primario è la funzione conciliativa e quindi deflattiva del contenzioso; dall'altro si tratta di uno strumento che ha funzione istruttoria in quanto volto alla formazione in via preventiva, anche se non urgente, della consulenza tecnica.

In ogni caso la non necessità - per espresso dettato legislativo - del requisito dell'urgenza di cui all'art. 696 c.p.c. (previsto per l'ATP) non significa che si possa prescindere dalla esigenza della doverosa allegazione e dimostrazione, da parte del ricorrente, del requisito del *fumus boni iuris* (*i.e.* esistenza di un'effettiva controversia e astratta possibilità che possa essere risolta in sede di merito -

laddove il consulente non sia in grado di far conciliare le parti - utilizzando la consulenza preventiva).

Il giudice, cui viene presentata istanza *ex art. 696 bis c.p.c.*, dovrà infatti valutare, sia pure con delibazione sommaria, l'intensità e l'adeguatezza del collegamento tra il mezzo istruttorio e la causa di merito nella quale potrà essere impiegato, dovendosi quindi concludere nel senso che delle due anime dell'*art. 696 bis c.p.c.* è in definitiva prevalente la funzione istruttorio, in quanto la funzione conciliativa non è da sola sufficiente a sorreggere questo procedimento.

## **Ambito operativo dell'*art. 696 bis c.p.c.***

L'*art. 696 bis c.p.c.* fa riferimento alle controversie relative all'accertamento ed alla relativa determinazione dei crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito.

Ne consegue che le contese oggetto di devoluzione alla CTU preventiva *ex art. 696 bis c.p.c.* sono rappresentate essenzialmente da controversie dalle connotazioni prevalentemente "tecnico - fattuali", quali quelle relative a lesioni alla persona, a vizi della cosa, controversie extracontrattuali per danni a immobili da infiltrazioni eccetera, restando affidata ai giuristi (giudice e procuratori delle parti) la discussione e la valutazione degli aspetti meramente giuridici.

L'espressione "accertamento" di cui all'*art. 696 bis*, comma 1 *c.p.c.* va intesa come verifica tecnico - fattuale, poiché al consulente non può essere chiesto un accertamento giuridico (rimesso al giudice). E', quindi, escluso che al consulente possano essere formulati quesiti di puro diritto.

Al consulente sono demandate unicamente l'accertamento del nesso causale e la determinazione dei danni sotto il profilo tecnico specialistico, spettando al giudice, ove non venga raggiunta la conciliazione, la valutazione globale della fattispecie sotto il più ampio criterio giuridico.

Il cuore dell'istituto in esame è, quindi, rappresentato da un accertamento tecnico preventivo "valutativo" cui si aggiunge la funzione, attribuita al consulente tecnico, di tentare la conciliazione della controversia. In sostanza l'oggetto della consulenza tecnica *ex art. 696 bis c.p.c.* è il medesimo dell'ATP *ex art. 696*, comma 2 *c.p.c.*

Per quanto concerne l'ambito del fatto illecito, l'indagine del consulente preventivo comprende anche il nesso causale e le valutazioni relative all'*an* ed al *quantum* del credito.

Sulla base del dato letterale dell'art. 696 *bis* c.p.c. si è escluso che possa essere chiesta la CTU preventiva per controversie relative a crediti derivanti da diritti reali, a *status* e diritti della persona, al diritto di famiglia, a crediti derivanti da altri fatti idonei a produrre obbligazioni, quali la gestione di affari altrui, la ripetizione di indebito e l'arricchimento senza giusta causa.

Più in generale si ritiene che l'istituto non sarebbe utilizzabile in tutte le controversie il cui oggetto non riguarda la responsabilità contrattuale o extracontrattuale delle parti.

Secondo Trib. Milano, Sez. X, 23 gennaio 2007 è inammissibile una consulenza tecnica preventiva con finalità esplorativa, non preceduta dalla positiva valutazione, da parte del giudice, circa la necessità dell'indagine peritale ai fini dell'eventuale giudizio di merito.

In una precedente decisione (cfr. Tribunale di Milano, 17 aprile 2006) era stato sancito il principio dell'inammissibilità della consulenza preventiva *ex* art. 696 *bis* c.p.c. qualora le parti non controvertano soltanto sulla misura dell'obbligazione risarcitoria, bensì anche sull'effettiva sussistenza della stessa, oltre che sulla individuazione del soggetto ad essa eventualmente tenuto.

Tuttavia, secondo Trib. Mantova, 26 marzo 2010 la formulazione dell'art. 696 *bis* c.p.c. (*i.e.* espressa menzione delle controversie relative all'accertamento ed alla determinazione del credito) lascia intendere che l'espletamento della consulenza preventiva si possa riferire sia all'aspetto dell'*an* (sussistenza del diritto di credito risarcitorio), sia all'aspetto del *quantum* (quantificazione del credito).

Analogamente Trib. Milano del 13.4.2011 ammette la CTU preventiva anche nel caso in cui la parte resistente contesti l'*an debeatur* della pretesa.

## **Effetti prodotti dalla presentazione del ricorso *ex* art. 696 *bis***

### **c.p.c.**

Al pari della presentazione del ricorso per ATP di cui all'art. 696 c.p.c. la presentazione del ricorso *ex* art. 696 *bis* c.p.c. produce un effetto interruttivo della prescrizione del diritto in quanto viene

comunque in rilievo un atto costituente esercizio giudiziale del diritto ai sensi dell'art. 2943, comma 1 c.c.

Infatti, l'accertamento (fattuale) dei crediti in sede di consulenza tecnica preventiva con funzione conciliativa *ex art. 696 bis c.p.c.* ha ad oggetto i diritti prospettati dalle parti, nel senso che l'accertamento effettuato in questa sede - nel caso in cui non si raggiunga la conciliazione - comunque costituisce un antecedente logico rispetto alla soluzione della lite in atto tra le parti e quindi una chiara manifestazione della volontà di esercitare in via giudiziale il diritto controverso con conseguenziale efficacia interruttiva della prescrizione.

## **Natura del procedimento *ex art. 696 bis c.p.c.***

L'art. 696 *bis c.p.c.* ammette l'espletamento della CTU preventiva anche al di fuori delle condizioni di cui al primo comma dell'art. 696 c.p.c. e quindi accantonando il requisito dell'urgenza.

La maggioranza della dottrina, facendo leva sul dato testuale, esclude la natura cautelare dell'istituto, nonostante la collocazione sistematica dello stesso, in quanto non ancorato al presupposto cautelare, tipico delle misure cautelari, del *periculum in mora*.

In tal senso si è espressa anche la prevalente giurisprudenza (cfr. Trib. Trapani, 10 ottobre 2006 e Trib. Torino, 31 marzo 2008).

Rispetto al giudizio di merito il nesso di strumentalità, pur esistente, è ancora più attenuato di quanto si è visto in precedenza per l'ATP *ex art. 696 c.p.c.*

Pertanto, può parlarsi di "autonomia attenuata" ovvero di "strumentalità attenuata" del procedimento istruttorio-conciliativo *ex art. 696 bis c.p.c.* rispetto al giudizio di merito.

È controverso se il giudice investito della richiesta di espletamento di CTU preventiva *ex art. 696 bis c.p.c.* debba valutare o meno la sussistenza del requisito del *fumus boni iuris*.

Ragioni di carattere sistematico e di corretta applicazione dell'istituto inducono a prediligere l'impostazione secondo cui il giudice, anche nell'ambito del procedimento *ex art. 696 bis c.p.c.*, deve valutare la sussistenza del requisito del *fumus boni iuris*, inteso come sommaria valutazione sia della fondatezza della pretesa del ricorrente, sia dell'utilità del mezzo istruttorio nell'eventuale

giudizio di merito, sia dell'esistenza - quanto meno sotto il profilo della verosimiglianza del diritto dedotto - di una controversia giuridica tra le parti in relazione al diritto prospettato dal ricorrente: ciò anche al fine di evitare gli abusi che nella prassi potrebbero verificarsi attraverso il ricorso al suddetto strumento processuale senza che tra le parti sia configurabile una lite effettiva, o addirittura in mancanza di un interesse concreto ed attuale del ricorrente all'accertamento tecnico, ovvero per ottenere un accertamento preventivo con finalità esplorativa (vietato nel giudizio di merito).

Invero, pur avendo la CTU preventiva una finalità di soluzione conciliativa della controversia, va considerato che il legislatore ha reputato detta CTU utilizzabile come mezzo istruttorio nel corso del giudizio di merito se la conciliazione non dovesse essere raggiunta.

A tal riguardo, il Tribunale di Milano con decisione del 13 aprile 2011 ha evidenziato che la consulenza tecnica preventiva *ex art. 696 bis c.p.c.*, potendo trovare applicazione anche al di fuori di una situazione di urgenza, non partecipa della natura cautelare tipica degli altri mezzi di istruzione preventiva; che, pertanto, i presupposti di ammissibilità della consulenza tecnica preventiva devono necessariamente essere ancorati al *fumus boni iuris* del diritto tutelando nel successivo ed eventuale giudizio di merito, essendo altrimenti rimesso l'istituto al mero arbitrio del ricorrente.

La decisione del Tribunale di Milano respinge sia la tesi estensiva (*i.e.* ammissibilità della CTU preventiva prescindendo sia dal *periculum in mora*, sia dal *fumus boni iuris*, sia dall'effettiva volontà conciliativa delle parti, per essere ogni questione relativa all'ammissibilità dell'istituto rimessa al giudice dell'eventuale successivo giudizio di merito), sia la tesi restrittiva (secondo cui l'istituto non può trovare applicazione qualora la parte resistente contesti l'*an debeatur* della pretesa).

La sentenza del T.A.R. Lazio, Roma n. 3753/2013 richiama le conclusioni cui perviene la decisione del Tribunale Milano del 13 aprile 2011.

Il Tribunale di Milano condivisibilmente osserva che la tesi estensiva apre la strada a consulenze tecniche esplorative ad ampio raggio in contrasto con i fini deflattivi della riforma del 2005, mentre la tesi restrittiva rimette l'applicabilità dell'istituto al mero arbitrio della parte resistente.

Ne consegue che - secondo l'ordinanza del Tribunale di Milano del 13 aprile 2011 - il ricorso al procedimento *ex art. 696 bis c.p.c.* è esperibile soltanto in presenza di tutti i presupposti di

ammissibilità richiesti dalla disposizione in esame e per gli altri strumenti di istruzione preventiva (quindi si può prescindere dal presupposto del *periculum in mora*, ma non dal presupposto del *fumus boni iuris*).

Pertanto, il Tribunale di Milano evidenzia un carattere di strumentalità e provvisorietà dell'istituto *ex art. 696 bis c.p.c.*, sia pure attenuata dalla finalità conciliativa propria dell'istituto: infatti, il provvedimento che dispone la CTU preventiva è un atto istruttorio funzionalmente collegato (e strumentale) al diritto di cui si chiederà la tutela nel successivo (ed eventuale) giudizio di merito.

Sempre il Tribunale di Milano rileva che la consulenza tecnica preventiva espletata ai sensi dell'art. 696 *bis c.p.c.* non pregiudica le questioni relative alla sua ammissibilità e rilevanza nel futuro giudizio di merito, né impedisce la sua rinnovazione nel giudizio di merito (cfr. art. 698 c.p.c.); che, conseguentemente, nel ricorso *ex art. 696 bis c.p.c.* dovrà essere indicata - a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio - l'azione che sarà esercitata nel giudizio di merito (trattasi di nullità sanabile).

In definitiva, appare condivisibile l'orientamento espresso nel 2011 dal Tribunale di Milano e dal T.A.R. Lazio, Roma con sentenza n. 3753/2013 poiché vengono sottolineate la finalità conciliativa dell'istituto *ex art. 696 bis c.p.c.*, ma al tempo stesso la rilevanza e la collocazione sistematica della disposizione in commento nell'ambito delle norme sui procedimenti cautelari, dal che deriva che il nesso di strumentalità con il giudizio di merito continua a permanere, sia pure notevolmente affievolito, con ciò evitandosi l'ingresso nel procedimento civile di accertamenti tecnici meramente esplorativi.

Da ciò la necessità che il ricorso *ex art. 696 bis c.p.c.* sia comunque sorretto dal *fumus boni iuris* per poter essere ritenuto ammissibile.

Come per l'ATP *ex art. 696 c.p.c.* anche nel procedimento in questione non sussiste l'onere per le parti di iniziare entro un termine perentorio, a pena di inefficacia della misura ottenuta, il giudizio di merito.

Tale principio, già esaminato con riferimento al procedimento per ATP, vale a maggior ragione nella consulenza preventivo-conciliativa *ex art. 696 bis c.p.c.* ove il collegamento con l'eventuale futuro giudizio di merito è - come visto - ancor più attenuato.

Si deve ritenere, come per l'ATP, che, affinché la relazione peritale *ex art. 696 bis c.p.c.* venga acquisita nel successivo (ed eventuale) giudizio di merito, sia necessario un preventivo vaglio di ammissibilità e rilevanza da parte del giudice del merito ai sensi dell'art. 698 c.p.c. (disposizione da ritenersi applicabile nel procedimento *ex art. 696 bis c.p.c.* anche se il citato art. 698 c.p.c. non è espressamente richiamato dall'art. 696 *bis c.p.c.*).

Spetterà poi al giudice del merito valutare, una volta ammessa la relazione peritale *ex art. 696 bis c.p.c.*, la necessità o meno di ulteriori indagini, ovvero di sentire a chiarimenti il CTU, o di disporre la rinnovazione della CTU.

La relazione peritale *ex art. 696 bis c.p.c.* (in caso di omessa conciliazione) non costituisce titolo esecutivo *ex art. 474 c.p.c.* né può costituire valida "prova scritta" ai fini dell'emissione del decreto ingiuntivo o di un'ordinanza *ex art. 186 ter c.p.c.*, posto che l'accertamento compiuto dal consulente è differente dall'accertamento di cui all'art. 474 c.p.c. (accertamento, che vale a fondare l'essenza del titolo esecutivo).

Le dichiarazioni rese dalle parti e riportate dal consulente nella relazione nel corso del procedimento *ex art. 696 bis c.p.c.* ed in generale il comportamento processuale della parte assente potranno essere utilizzate come argomenti di prova ai sensi dell'art. 116, comma 2 c.p.c., anche se quest'ultima disposizione non è espressamente richiamata dall'art. 696 *bis c.p.c.*

L'art. 116, comma 2 c.p.c. deve considerarsi espressione di un principio generale anche nell'ottica di indurre le parti a comportamenti ispirati all'osservanza del dovere di lealtà di cui all'art. 88 c.p.c.

## **CTU preventiva *ex art. 696 bis c.p.c.* e mediazione *ex dlgs n.***

**28/2010**

L'introduzione, ad opera dell'art. 84 decreto legge n. 69/2013 convertito nella legge n. 98/2013, della previsione normativa di cui all'art. 5, comma 4, lett. c) dlgs n. 28/2010 ha comportato l'incompatibilità strutturale tra la CTU preventiva *ex art. 696 bis c.p.c.* e la mediazione - condizione di procedibilità della domanda giudiziale *ex novellato art. 5, comma 1 bis dlgs n. 28/2010.*

L'identità tra i due istituti aventi la medesima *ratio* (i.e. conciliazione della controversia) rende inutile - secondo l'espressa statuizione legislativa di cui al citato art. 5, comma 4, lett. c) dlgs n. 28/2010 come novellato dall'art. 84 decreto legge n. 69/2013 convertito nella legge n. 98/2013 - l'esperimento della mediazione *ex* dlgs n. 28/2010 prima dell'avvio del procedimento *ex* art. 696 *bis* c.p.c.

## CTU preventiva e arbitrato

In passato alcuni autori sostenevano che la consulenza tecnica preventiva *ex* art. 696 *bis* c.p.c. non potesse essere richiesta quando la controversia cui fa riferimento l'istanza era oggetto di clausola compromissoria in analogia con quanto previsto dall'art. 669 *quinquies* c.p.c.

La giurisprudenza (cfr. Trib. Torino, 17 gennaio 2008) aveva affermato l'inammissibilità del ricorso alla consulenza tecnica preventiva *ex* art. 696 *bis* c.p.c. in presenza di clausole arbitrali.

Tuttavia, questo orientamento deve ritenersi superato in particolar modo dopo l'intervento della Corte costituzionale n. 26/2010 che riguarda il procedimento per ATP *ex* art. 696 c.p.c., ma che si può ritenere estensibile anche al procedimento *ex* art. 696 *bis* c.p.c.

Si deve anzi affermare che la finalità conciliativa dell'istituto *ex* art. 696 *bis* c.p.c. corrobora ancor di più la compatibilità di tale procedimento con le clausole arbitrali, essendo accomunati dalla loro natura di strumenti alternativi di composizione delle controversie.

## Provvedimento del giudice in caso di conciliazione

Si ritiene che il giudice - ai fini della concessione al verbale di conciliazione dell'efficacia esecutiva con decreto - debba limitarsi ad una mera valutazione formale dell'accordo e che possa rifiutare la concessione dell'*exequatur* soltanto se ritiene che l'accordo di conciliazione sia contrario all'ordine pubblico (elementi in tal senso possono desumersi dall'art. 12 dlgs n. 28/2010 come modificato dall'art. 84 decreto legge n. 69/2013 in tema di diniego di omologazione dell'accordo -

conciliazione *ex art. 11 dlgs cit.* in caso di contrasto con norme imperative ovvero con l'ordine pubblico).

Il decreto che conferisce o nega l'esecutorietà deve ritenersi insuscettibile di impugnazione anche ai sensi dell'art. 111 Cost. in quanto privo del carattere della decisorietà e definitività.

Tuttavia, la dottrina ritiene che il verbale di conciliazione, avendo natura negoziale, sia suscettibile di contestazione con le ordinarie impugnative negoziali.

In caso di mancata conciliazione, il consulente provvede a depositare la relazione peritale in cancelleria e che ciascuna delle parti potrà chiedere che la relazione venga acquisita agli atti del successivo giudizio di merito (cfr. art. 696 *bis*, comma 5 c.p.c.).

## **CTU *ex art. 696 bis c.p.c.* in corso di causa**

Nonostante il dato letterale (“consulenza preventiva”) della disposizione *ex art. 696 bis c.p.c.*, si reputa ammissibile anche una consulenza preventiva in corso di causa, dovendosi quindi valorizzare la finalità conciliativa dell'istituto in esame (praticabile anche in corso di causa) ed allo scopo di evitare disparità di trattamento con l'ATP che è espressamente ammessa in corso di causa ai sensi dell'art. 699 c.p.c.

Si potrebbe ipotizzare una CTU *ex art. 696 bis c.p.c.* “in corso di causa” al fine di consentire al consulente nominato dal giudice di formulare alle parti una proposta transattiva o conciliativa ai sensi dell'art. 185 *bis c.p.c.* (introdotto dall'art. 77 decreto legge n. 69/2013 convertito nella legge n. 98/2013).

Ciò eviterebbe la compromissione della “terzietà” del giudice rispetto alla controversia in atto e garantirebbe l'osservanza della direttiva comunitaria n. 52/2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale (il cui art. 3 sembra escludere, sia pure limitatamente alle controversie transfrontaliere, la mediazione ad opera del giudice responsabile del procedimento concernente la controversia da conciliare).

## **Impugnabilità dei provvedimenti *ex art. 696 bis c.p.c.***

Si discute se i provvedimenti *ex art. 696 bis c.p.c.* siano impugnabili.

Chi esclude in radice la natura cautelare dei provvedimenti *ex art. 696 bis c.p.c.* non ammette la reclamabilità degli stessi (cfr. Trib. Bari, 15 ottobre 2013) non ricorrendo la *ratio* posta a fondamento della sentenza n. 144/2008 della Corte costituzionale.

Altro orientamento, all'opposto, assimila i provvedimenti *ex art. 696 bis c.p.c.* ai provvedimenti in materia di istruzione preventiva *ex artt. 695 e 696 c.p.c.* per i quali la Corte costituzionale con sentenza n. 144/2008 ha riconosciuto la reclamabilità del provvedimento di rigetto, intendendo con ciò evitare ogni disparità di trattamento tra i due istituti (*i.e.* ATP *ex art. 696 c.p.c.* e CTU preventiva *ex art. 696 bis c.p.c.*).

Si esclude, inoltre, l'impugnabilità del provvedimento *ex art. 696 bis c.p.c.* con regolamento di giurisdizione ovvero con regolamento di competenza, tenuto conto che la pronuncia sul punto della competenza o della giurisdizione da parte del giudice nel corso del procedimento *ex art. 696 bis c.p.c.* non pregiudica le questioni relative all'ammissibilità e rilevanza (che potranno essere affrontate in sede di giudizio di merito), non ha natura decisoria, non è equiparabile ad una sentenza e, quindi, non rende incontestabile la competenza del giudice adito.

## **Le spese del procedimento**

In ordine al regolamento delle spese, si deve applicare la disciplina prevista per il procedimento di ATP *ex art. 696 c.p.c.*

Se le parti si conciliano, troverà applicazione il principio generale di cui all'art. 92, comma 3 c.p.c. in base al quale le spese devono ritenersi compensate, salvo diverso accordo tra le parti.

In virtù dell'art. 91, comma 1, secondo inciso c.p.c. come novellato dalla legge n. 69/2009 se il giudice della causa di merito in sentenza accoglie la domanda in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa condanna la parte che ha rifiutato senza giusto motivo la proposta al

pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta, salvo quanto previsto dal secondo comma dell'art. 92 c.p.c.

La disposizione in esame fa genericamente riferimento alle proposte conciliative, e quindi non soltanto a quelle formulate nel corso del giudizio di merito (cfr. art. 185 *bis* c.p.c.), ma anche alle proposte conciliative formulate in una fase antecedente, quale può essere il procedimento *ex art. 696 bis* c.p.c.

E' evidente come la novella di cui alla legge n. 69/2009 miri a disincentivare e sanzionare le condotte di abuso del processo lesive del principio di ragionevole durata, al fine di scoraggiare il ricorso al giudizio in tutti i casi in cui la lite tra le parti può essere conciliata stragiudizialmente.

Ne consegue che l'ingiustificato rifiuto della proposta conciliativa formulata dal CTU nel corso del provvedimento *ex art. 696 bis* c.p.c. potrà essere valutata nel futuro giudizio di merito ai sensi dell'art. 91, comma 1, secondo inciso c.p.c.

## **CTU, ATP e CTU preventiva *ex art. 696 bis* c.p.c. nel processo amministrativo**

Il processo amministrativo, pur retto dal principio dispositivo con metodo acquisitivo (il ricorrente deve allegare un principio di prova; il giudice amministrativo è tuttavia dotato di poteri inquisitori per far fronte alla fisiologica disparità di trattamento esistente all'origine tra cittadino e pubblica amministrazione), specie dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo si va sempre più avvicinando al processo civile (cfr. art. 39 cod. proc. amm. sul cd. rinvio esterno alle disposizioni del codice di procedura civile in quanto compatibili o espressione di principi generali; artt. 63 e 64 cod. proc. amm. sui mezzi di prova e disponibilità/onere/valutazione della prova).

In passato i mezzi di prova a disposizione del giudice amministrativo erano estremamente limitati (solo produzioni documentali, chiarimenti e verifica).

Ai sensi dell'art. 63, comma 5 cod. proc. amm. "Il giudice può disporre anche l'assunzione degli altri mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, esclusi l'interrogatorio formale e il

giuramento.”; quindi quasi tutti i mezzi di prova contemplati dal codice di procedura civile (anche la consulenza tecnica di ufficio).

Il regime di cui agli artt. 63 e 64 cod. proc. amm. riguarda sia la giurisdizione generale di legittimità, sia la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (cioè estesa anche alla cognizione di diritti soggettivi).

La verifica è lo strumento tradizionale di accertamento istruttorio tecnico delegato dal G.A. ad un funzionario della P.A.

In astratto costituisce espressione di una visione del processo amministrativo sbilanciato a favore della P.A.

L’art. 63, comma 4 cod. proc. amm. (il cui precedente storico è rappresentato dalla legge n. 205/2000) consente al G.A. di disporre la CTU nel processo amministrativo solo “se indispensabile”.

Anche nel processo amministrativo la CTU è mezzo di valutazione dei fatti e delle prove già fornite.

La CTU ha la funzione di fornire all’attività valutativa del giudice l’apporto di cognizioni tecniche specialistiche dallo stesso non possedute.

Come nel processo civile anche nel processo amministrativo non è ammessa la cd. CTU esplorativa.

Si veda sul punto Cons. Stato, Sez. V, 29 ottobre 2009, n. 6688:

“La consulenza tecnica d’ufficio, in quanto mezzo d’indagine finalizzato ad aiutare il giudice nella valutazione degli elementi acquisiti o nella soluzione di questioni che comportino specifiche conoscenze, non può essere disposta al fine di esonerare la parte dal fornire le prove di quanto assume ed è quindi legittimamente negata dal giudice qualora la parte tenda con esso a supplire alle deficienze delle proprie allegazioni od offerte di prova ovvero a compiere un’indagine esplorativa alla ricerca di elementi di fatto o circostanze non provati.”.

Cons. Stato, Sez. V, 2 novembre 2011, n. 5843 ha rimarcato:

“La consulenza tecnica, pur se disposta d’ufficio, non è 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, con la conseguenza che la richiesta di consulenza tecnica non può essere sostitutiva dell'onere probatorio ricadente sulle parti.”.

Ipotesi classica di utilizzo della CTU nel processo amministrativo è rappresentato dal sindacato (ormai ritenuto intrinseco seppure “debole” [*i.e.* non sostitutivo]) della discrezionalità tecnica della P.A. (per esempio prove concorsuali [esame di abilitazione forense, concorso notarile o in magistratura]; giudizio di anomalia dell’offerta in gare di appalto; giudizi tecnici espressi dalle Autorità amministrative indipendenti).

Si rammenta, a tal proposito, la tradizionale differenza tra discrezionalità tecnica (che presuppone la valutazione di un “fatto” attraverso l’applicazione di norme tecniche “opinabili” e quindi pienamente sindacabile *ab intrinseco* dal giudice amministrativo attraverso lo strumento della CTU) e discrezionalità amministrativa (che presuppone l’effettuazione, da parte della P.A., di scelte di merito sulla base della applicazione di norme amministrative di “opportunità” non sindacabili dal G.A., salvo le ipotesi di vizi macroscopici).

Nel processo amministrativo si deve ritenere ammissibile l’ATP *ex art.* 696 c.p.c. (cfr. Cons. Stato n. 5769/2011 che fa leva sul disposto dell’art. 63, comma 5 cod. proc. amm.).

Cons. Stato n. 5769/2011 ha evidenziato la necessità al fine della ammissibilità della ATP *ex art.* 696 c.p.c. nel processo amministrativo della valutazione, da parte del giudice, del collegamento del mezzo di prova preventivo con il futuro giudizio di merito (“collegamento del mezzo processuale richiesto con la situazione sostanziale in funzione della quale il mezzo stesso dovrebbe esplicare i propri effetti”).

La CTU nel processo amministrativo è attualmente disciplinata dall’art. 67 cod. proc. amm.

L’art. 19 cod. proc. amm. configura il CTU (da scegliersi tra dipendenti pubblici, professionisti iscritti nell’albo del Tribunale di cui all’art. 13 disp. att. c.p.c. o tra altri soggetti muniti di una particolare competenza tecnica) ed il verificatore come “ausiliari del giudice”.

La sentenza del T.A.R. Lazio, Roma n. 3753/2013 (che aderisce alla tesi secondo cui la CTU preventiva *ex art.* 696 *bis* c.p.c. non possa prescindere dal presupposto cautelare del *fumus boni iuris*, pur potendosi tralasciare il presupposto del *periculum in mora*) ammette la CTU preventiva *ex art.* 696 *bis* c.p.c. nel processo amministrativo solo “se indispensabile” (così come prevede l’art. 63, comma 4 cod. proc. amm. per la CTU).

# QUESTIONE GIUSTIZIA



Infatti, secondo detta sentenza, la CTU preventiva *ex art. 696 bis c.p.c.*, attesa la sua finalità deflattiva e la sua natura di mezzo istruttorio che precede l'eventuale giudizio di cognizione, non può considerarsi espressione di un principio generale del processo civile *ex art. 39, comma 1 cod. proc. amm.* (come tale sempre ammissibile anche se non indispensabile).

Inoltre, il giudice amministrativo può disporre una CTU preventiva *ex art. 696 bis c.p.c.* solo se la controversia rientra nell'ambito della sua giurisdizione.

Nella fattispecie concreta il T.A.R. Lazio, Roma ha respinto la richiesta di CTU preventiva *ex art. 696 bis c.p.c.* perché ritenuta priva del requisito della indispensabilità di cui all'art. 63, comma 4 cod. proc. amm.

Francesco Cocomile.