

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI MILANO
FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA
SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE
CURRICULUM: DIRITTO AMMINISTRATIVO - XXV CICLO

TESI DI DOTTORATO

L'ISTRUZIONE PROBATORIA NEL PROCESSO
AMMINISTRATIVO

Coordinatore Dottorato di ricerca:

Ch.mo Prof. Erminio Ferrari

Tutor accademico:

Ch.mo Prof. Massimo Occhiena

Dottorando:

Dott. Alberto Marcovecchio

Matricola 08713

ANNO ACCADEMICO 2012

INDICE-SOMMARIO

PREMESSA

Presupposti e obiettivi della ricerca.....5

CAPITOLO PRIMO

Evoluzione dell'attività istruttoria del giudice amministrativo e delle parti: dall'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato al Codice del processo amministrativo

1.1. Premessa.....9

1.2. La nascita del sistema di giustizia amministrativa italiano e dei relativi strumenti di istruzione probatoria.....10

1.3. La definizione dei caratteri dell'istruzione probatoria: il regolamento di procedura del 1907.....14

1.4. Il Testo unico del Consiglio di Stato.....17

1.5. Cinquant'anni senza riforme.....20

1.6. Le aperture giurisprudenziali e gli interventi (incerti) della Corte costituzionale.....22

1.7. L'avvio della stagione delle riforme: il d. lgs. n. 80 del 1998 e la legge n. 205 del 2000 (e la l. n. 241 del 1990).....28

1.8. Il Codice del processo amministrativo: spunti e rinvio.....30

CAPITOLO SECONDO

La codificazione dell'attività istruttoria: riflessi sull'accesso al fatto da parte del giudice

2.1. <i>Premessa</i>	34
2.2. <i>I poteri istruttori e la mancanza della figura del giudice istruttore</i>	35
2.3. <i>Il principale strumento di accesso al fatto: la consulenza tecnica</i>	41
2.4. <i>Gli attuali (necessari?) spazi per la verifica nel processo amministrativo</i>	62
2.5. <i>I classici strumenti di indagine del giudice: le prove documentali</i>	70
2.6. <i>L'ingresso della prova testimoniale nel processo amministrativo</i>	78
2.7. <i>L'utilizzo degli "schiarimenti" nel nuovo processo amministrativo</i>	89
2.8. <i>L'adozione dei provvedimenti istruttori</i>	95

CAPITOLO TERZO

Oneri probatori ed effettività della tutela

3.1. Premessa.....100

3.2. Il ruolo delle parti nella formazione della prova alla luce del Codice del processo amministrativo.....101

3.3. Il ruolo del giudice nella formazione della prova.....116

3.4. Il principio di non contestazione nel processo amministrativo.....131

3.5. La valutazione delle prove.....143

3.6. Atipicità e istruzione probatoria.....156

3.7. Le regole istruttorie nel giudizio di appello.....173

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.....188

BIBLIOGRAFIA.....196

PREMESSA

Presupposti e obiettivi della ricerca

I. Nel corso dell'audizione presso la Commissione affari costituzionali del Parlamento italiano alla metà degli anni '80 del secolo scorso, in sede di esame di uno dei numerosi disegni di legge aventi ad oggetto la riforma del processo amministrativo, Massimo Severo Giannini affermò che l'istruzione probatoria – nel giudizio amministrativo – era “un disastro”¹.

Nei tre decenni trascorsi dal giudizio espresso da Giannini si è assistito a numerosi interventi del legislatore e della giurisprudenza volti a ridefinire i principi e le regole dell'istruzione probatoria, e con essa, la natura e funzione del processo amministrativo.

Le problematiche inerenti all'istruzione probatoria hanno sempre destato, infatti, vivo interesse nella dottrina e nella giurisprudenza. Anche le riforme legislative del processo amministrativo – che si sono succedute nel corso degli anni – hanno inciso innanzitutto sull'attività istruttoria denotandone un ruolo centrale della disciplina processuale.

L'attenzione degli studiosi si è incentrata, per un verso, sull'assenza di una regolamentazione completa ed organica dell'istruzione probatoria, la quale era invece frammentata in numerosi testi normativi, la cui applicazione era inoltre differenziata in base alla diversa tipologia di giurisdizione (di legittimità, esclusiva o di merito), e per altro verso, sulla tendenza del giudice amministrativo ad autolimitare i propri poteri di indagine all'atto impugnato che finisce per condizionare anche lo svolgimento stesso del giudizio amministrativo e, quindi, il grado di tutela apprestato al cittadino.

Le predette limitazioni hanno delineato un modello di giudizio profondamente differente da quello ordinario di cognizione avanti il giudice civile

¹ Come riportato testualmente da L. ACQUARONE, *Riflessioni e proposte in tema di riforma del sistema probatorio*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 162.

rilevando un diverso approccio del giudice ai problemi di causa, dal momento che nel processo amministrativo l'attenzione dell'organo giudicante si è tradizionalmente rivolta alle questioni di diritto, mentre l'attenzione del giudice ordinario si rivolge immediatamente alle questioni di fatto².

L'attività istruttoria ha così rappresentato – e rappresenta tuttora – una sorta di cartina di tornasole dell'effettività della tutela assicurata dal giudice amministrativo e, più in generale, del rapporto tra amministrazione pubblica e parte privata.

Il tema dell'istruzione probatoria si rivela, infatti, di estremo rilievo per le sue strette connessioni con tanti aspetti del processo: la posizione delle parti e il ruolo del giudice, il principio dispositivo, il contraddittorio, i rapporti con l'accesso, il giusto processo, con implicazioni anche sul piano costituzionale, come è dimostrato dai numerosi interventi della Consulta sulla materia. E' la fase cruciale di tutti i procedimenti giurisdizionali perché in essa si delineano le premesse necessarie e condizionanti l'adozione di una pronuncia giudiziale idonea a rendere effettiva giustizia. In ogni tipo di processo, del resto, la formazione del provvedimento del giudice postula la ricostruzione critica della situazione di fatto in cui si innesta e nel quale trova la sua ragione d'essere la domanda sottoposta al vaglio dell'organo giudicante.

Soprattutto, l'istruzione si configura come uno snodo decisivo per affrontare i rapporti “sostanziali” tra cittadino e pubblica amministrazione; come una chiave di lettura originale ed efficace dell'intero diritto amministrativo³.

Senza dimenticare poi che gli istituti di giustizia amministrativa sono stati – e continuano ad essere – il luogo di elaborazione dei principi e dei precetti fondamentali del diritto amministrativo sostanziale⁴.

² C. E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, Milano, 1994, 3.

³ V. P. DE LISE, *L'istruzione nel processo amministrativo*, in *Jus*, 2008, 419.

⁴ F. PUGLIESE, *Le nuove disposizioni in materia di giustizia rimodellano gli istituti processuali e l'attività amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 617.

II. Obiettivo del presente lavoro è quello di esaminare il grado di tutela raggiunto dal processo amministrativo, visto sotto l'angolo di visuale dell'attività istruttoria.

L'attenzione sarà rivolta, necessariamente, alla disciplina introdotta dal Codice del processo amministrativo. Non prima però di aver dedicato una breve introduzione alla descrizione dei tratti evolutivi dell'attività istruttoria nel nostro ordinamento che, come si dirà, il legislatore codicistico si è limitato ad 'aggiornare', non senza qualche ambiguità.

Più in particolare, le linee direttrici dell'attività di ricerca consistono nell'indagare se e in quale misura può dirsi garantita l'effettività della tutela giurisdizionale delle parti sotto il profilo dell'accesso al fatto ad opera del giudice amministrativo e il rispetto dei principi costituzionali di parità dei soggetti processuali e del contraddittorio e, in generale, delle regole del giusto processo.

Un confronto processuale fra soggetti 'pari' deve infatti potersi estendere ad ogni tema della controversia: non può incontrare limiti dovuti alla circostanza che il giudice non possa conoscere della parte della controversia attinente al 'fatto', né consentirebbe di giustificare particolari limitazioni di carattere probatorio⁵. Il potere di indagine del giudice amministrativo per consentirgli il pieno accesso al fatto e per garantire la parità delle parti costituisce pertanto attuazione dell'effettività della tutela giurisdizionale, così come garantita dalla Costituzione⁶.

Ma anche semplici ragioni di ordine e di logica impongono di procedere previamente alla determinazione dei fatti che hanno dato luogo alla controversia e al loro accertamento attraverso l'istruzione probatoria, in riferimento alle conseguenze che ciascuna parte intende trarne⁷.

Un'indagine che necessita di un approfondimento sullo sviluppo dell'attività istruttoria delle parti e del giudice sulla realtà di fatto sottesa ad ogni controversia, anche alla luce delle recenti riforme codicistiche.

⁵ G. D'ANGELO, *Le prove atipiche nel processo amministrativo*, Napoli, 2008, 1 e 4.

⁶ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, ord. 17 aprile 2000, n. 2292, in *Cons. Stato*, 2000, 987.

⁷ G. COSTANTINO, *Il processo civile tra riforme ordinamentali, organizzazione e prassi degli uffici (una questione di metodo)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, 77 ss. e in particolare 118.

Obiettivo dunque del presente lavoro sarà, nella prima parte, quello di illustrare l'evoluzione dell'istruzione probatoria del processo amministrativo, soffermandosi sulle riforme più rilevanti (quali, ad esempio, l'introduzione della consulenza tecnica⁸) che hanno modellato il giudizio amministrativo nell'attuale configurazione.

Il sistema istruttorio del processo amministrativo non era disciplinato infatti da regole codificate né da fonti unitarie, ma da norme in parte risalenti nel tempo e in parte relativamente recenti.

Nella seconda parte si esamineranno i mezzi e gli strumenti di indagine sulla realtà di fatto apprestati dal Codice del processo al giudice amministrativo. In particolare, si prenderanno in considerazione sia i mezzi di prova tradizionali, nella loro 'veste' codicistica, sia gli strumenti frutto delle conquiste recenti.

Prendendo le mosse, quindi, dal dettato normativo si analizzerà la conformità della nuova disciplina dell'attività istruttorio con i principi costituzionali del giusto processo.

⁸ Avvenuta con la riforma operata dalla legge n. 205 del 2000, che all'art. 16 ha disposto l'«integrazione dell'istruttoria mediante consulenza tecnica» e recentemente confermata dal legislatore del nuovo Codice del processo amministrativo, non senza alcune perplessità sul tenore letterale della formulazione normativa, di cui si dirà.

CAPITOLO PRIMO

Evoluzione dell'attività istruttoria del giudice amministrativo e delle parti: dall'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato al Codice del processo amministrativo

1.1. Premessa

In questo capitolo si analizzerà l'evoluzione della disciplina e dei caratteri dell'istruzione probatoria del processo amministrativo dalla sua istituzione sino alle recentissime riforme.

E' un approfondimento necessario ai fini dell'indagine sui poteri di istruzione del giudice e su gli oneri probatori delle parti, dal momento che gli elementi caratteristici dell'istruzione probatoria del giudizio amministrativo si sono sedimentati nel corso degli anni e lo stesso legislatore codicistico si è limitato ad 'aggiornarli', non senza qualche ambiguità⁹.

Ancora oggi, infatti, le premesse culturali del nostro sistema di giustizia amministrativa e, di conseguenza, del ruolo del giudice e dei suoi poteri cognitivi/istruttori continuano in qualche modo a condizionarne lo sviluppo¹⁰: periodicamente emergono orientamenti che sembrano derivare da qualche 'preoccupazione' per l'interesse pubblico, in modo ben poco consono al principio della parità delle parti¹¹.

⁹ Come rilevato da M. CLARICH (*Processo amministrativo ancora a caccia di certezze*, in *Il Sole 24 Ore*, 24 luglio 2009, 31), per oltre un secolo il processo amministrativo ha mantenuto "una struttura semplice" e consolidata prima delle "turbolenze" degli ultimi anni che hanno inciso, come si dirà, anche in materia di istruzione probatoria.

¹⁰ Si pensi, ad esempio, che nel recente Codice del processo, l'art. 73, c. 1, che indica in quali termini le parti possano produrre mezzi di prova prima dell'udienza di merito, fa riferimento soltanto ai "documenti" ossia al tradizionale mezzo di prova del processo amministrativo.

¹¹ Cfr. V. CAIANIELLO, *Rapporti tra procedimento amministrativo e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 247, il quale rileva come, essendo il processo amministrativo nato dalla trasformazione dei procedimenti (amministrativi) contenziosi di secondo grado in attività giurisdizionale, corre "tuttavia sempre il rischio di esservi risospinto, non avendo ancora attinto totale autonomia da quei rimedi".

Si è passati infatti gradualmente da un ricorso che aveva carattere amministrativo di fronte a un organismo di incerta natura a un ricorso giurisdizionale di fronte a un giudice terzo. L'aumento delle tutele ha progressivamente conferito un carattere sostanziale all'interesse legittimo e arricchito il processo amministrativo rispetto al semplice modello di annullamento degli atti, con l'obiettivo di garantire una tutela piena. Tuttavia, le norme di procedura, pur prendendo atto di questa evoluzione, risentono inevitabilmente delle origini e della storia del processo amministrativo¹².

In particolare, l'indagine si soffermerà sull'esame della scarna disciplina di settore, sulle modifiche legislative più rilevanti (che hanno costituito la normativa di riferimento sino alle riforme del XXI secolo) e sulle pronunce giurisprudenziali fondamentali, quali gli interventi della Corte costituzionale sulle garanzie del diritto di azione.

Attraverso l'esame di tali premesse sarà così possibile cogliere gli spunti di novità della nuova disciplina e, in particolare, la rilevanza delle modifiche introdotte che, pur apparendo il naturale correttivo di un contesto normativo consolidato, costituiscono invece l'approdo di un percorso evolutivo lungo e travagliato.

1.2. La nascita del sistema di giustizia amministrativa italiano e dei relativi strumenti di istruzione probatoria

I. La fase istruttoria nel processo amministrativo ha trovato storicamente il proprio fondamento negli articoli 21-23 della l. 6 dicembre 1971, n. 1034, nell'art. 44 del T. u. Cons. Stato 26 giugno 1924, n. 1054, e nel Titolo II, rubricato "Della istruzione", del r. d. 17 agosto 1907, n. 642.

Si trattava di un complesso scarno di norme¹³ dovuto al carattere di controllo che originariamente rivestiva l'attività (giurisdizionale) del Consiglio di

¹² Così G. ROSSI, *L'incertezza sui principi del processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*.

¹³ Cfr., con riferimento alle originarie disposizioni sull'istruzione probatoria di cui si dirà appresso, l'efficace osservazione di M. S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, III, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 248, il quale afferma che "chi volesse sapere del giudizio dinanzi al Consiglio di Stato dalla

Stato, la quale non richiedeva dunque la presenza di peculiari strumenti di prova che permettessero di scendere all'esame dei fatti, i quali venivano recepiti così come rappresentati dalla parte pubblica: il giudizio sull'operato dell'amministrazione si muoveva pur sempre nell'ambito del potere amministrativo¹⁴.

Invero, con la legge 31 marzo 1889 n. 5992 fu istituita la IV Sezione del Consiglio di Stato¹⁵ (che iniziò ad operare il 13 marzo 1890), ma almeno sino al 1907, anno in cui fu affermata espressamente la natura giurisdizionale delle decisioni del Consiglio di Stato¹⁶, non vi fu unanimità di vedute in ordine al carattere giurisdizionale della nuova Sezione¹⁷: si affermava trattarsi di una forma di controllo amministrativo, pur assistita da alcune garanzie "di giustizia"¹⁸. E' illuminante, da questo punto di vista, la lettura della relazione parlamentare al disegno di legge in questione nella quale si afferma che "il Consiglio di Stato conserva il suo carattere di organo, per quanto eminente, della Pubblica Amministrazione di cui fa parte"¹⁹. Il ricorso al Consiglio di Stato era inizialmente

lettura delle norme che lo regolano resterebbe allibito nel constatare come processi così importanti siano retti da una disciplina tanto rozza".

¹⁴ Per gli approfondimenti si rinvia alla classica trattazione di A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Napoli, 1904.

¹⁵ Sui caratteri della legge n. 5992 del 1889 e sul dibattito che portò alla riforma Crispi, v. G. ROEHRSEN, voce *Giustizia amministrativa*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1968, VII, 1118 ss. Nella relazione della legge, riportata da G. BARBAGALLO, *La Giustizia amministrativa, sistemi monisti e dualisti a confronto. La giurisdizione del Consiglio di Stato dalle origini al 1923, nel Regno di Sardegna e nel Regno d'Italia*, in www.giustizia-amministrativa.it, si legge che la finalità di tale legge era quella di dare tutela agli interessi sacrificati dalla legge 20 marzo 1865, all. E ("la legge 20 marzo 1865, allegato E, [...] se per una parte fu l'applicazione del principio di libertà, segnò per l'altra un vero regresso, in quanto che lasciò al solo apprezzamento dell'autorità amministrativa interessi che prima avevano un giudice").

¹⁶ Peraltro, le funzioni del giudice amministrativo in sede di giudizio di ottemperanza e di sospensione del provvedimento impugnato furono ritenute di natura sostanzialmente amministrativa anche molto più tardi, cfr. C. E. GALLO, *Lo svolgimento del giudizio nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 517.

¹⁷ Le prime tre sezioni (risalenti al 1831), come è noto, avevano soltanto funzioni consultive. Sulle differenti posizioni dottrinali v. V. E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in ID. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, III, pt. II, 1923, 155 e ss.

¹⁸ V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 16, secondo cui il giudice amministrativo nasce come una specie di controllore a latere dell'amministrazione. V. anche N. PAOLANTONIO, *L'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato attraverso la lettura degli atti parlamentari*, in *Quaderni di Dir. proc. amm.*, 1991, 59 ss.

¹⁹ N. PAOLANTONIO, *L'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato attraverso la lettura degli atti parlamentari*, cit.

visto quindi come una *revisio prioris instantiae*, ossia la revisione di una decisione amministrativa²⁰.

Si consideri ancora che la legge del 1889 non utilizza mai i termini “giurisdizione” e “sentenza”: usa i termini “competenza” e “decisione”. Più che un giudice dei rapporti tra amministrazione e cittadini, si era creato “un giudice dentro l’amministrazione che ne garantisse la legalità”²¹.

D'altronde un sindacato generale di carattere giurisdizionale, con il potere di sospendere e di annullare atti dell’amministrazione, sarebbe parso a quel tempo quale insopportabile ingerenza giurisdizionale sulla p.a., capace di paralizzarne l’attività²².

Inoltre, il Consiglio di Stato si occupava, a quel tempo, soprattutto dell’impugnazione di atti di autorità statali che, considerato che il giudizio doveva essere promosso avverso un atto definitivo, pervenivano all’esame del giudice amministrativo già dopo una reiterata attività valutativa ed istruttoria compiuta dall’amministrazione²³.

L’interesse individuale leso era conosciuto dunque solamente “come motivo o occasione per l’amministrazione stessa per il riesame dei suoi atti”²⁴: si tendeva a concentrare nella garanzia dell’interesse individuale anche la tutela della legalità²⁵.

²⁰ V. S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica. L’adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, Padova, 2011, 169, secondo cui “l’impugnazione dinnanzi al Consiglio di Stato si poneva senza attrito accanto ai tradizionali mezzi di tutela in via amministrativa” (170).

²¹ F. BENVENUTI, voce *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 590.

²² V. SCIALOJA, *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1931, 410.

²³ C. E. GALLO, *Art. 44*, in A. ROMANO, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2001, 517. Peraltro, era stato osservato come la necessaria definitività del provvedimento amministrativo ai fini della sua impugnazione rappresentava in realtà “più che la liberazione di un’energia autonoma rispetto all’amministrazione, il segno della perdurante simbiosi dell’interesse particolare con il potere pubblico” (F. BENVENUTI, *Mito e realtà nell’ordinamento amministrativo italiano*, in ID. – G. MIGLIO [a cura di], *L’unificazione amministrativa ed i suoi protagonisti. Atti del convegno celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, 1969, 201 ss.).

²⁴ Come si legge nel discorso di Silvio Spaventa per l’inaugurazione della Quarta Sezione pubblicato in *Riv. dir. pubbl.*, 1939, 222 e S. SPAVENTA, *La giustizia amministrativa*, in S. RICCI (a cura di), Napoli, 1993, 54; si veda anche A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 635 ss.

²⁵ Questa visione del processo è coerente con la concezione autoritaria dell’amministrazione che ha caratterizzato la nascita e gli sviluppi della giustizia amministrativa: “essa è fondata anzitutto sul principio della degradazione dei diritti soggettivi in interessi legittimi, riconoscendo così a quest’ultimi un valore «minore» in termini di tutela rispetto ai primi. Inoltre, essa esalta la «sacralizzazione degli atti

La concezione dell'epoca era cioè impostata sul presupposto che se la giurisdizione ordinaria aveva come oggetto la presenza di due interessi in conflitto, nelle controversie 'amministrative' entrambe le parti, ricorrente e resistente, agivano per la soddisfazione di un medesimo interesse, quello pubblico: il contrasto verteva unicamente sul diverso modo di realizzarlo ossia sull'esistenza o meno "di difformità dall'interesse pubblico dell'atto amministrativo portato al controllo di legittimità della IV Sezione del Consiglio di Stato"²⁶.

Il processo amministrativo era infatti visto come un'ulteriore istanza di verifica della legittimità dell'atto conseguente ad un procedimento nel quale la situazione di fatto era stata acclarata e ad una fase contenziosa amministrativa (decisione sul ricorso gerarchico) in cui i vari aspetti del problema erano già stati dibattuti²⁷.

II. Sono queste, in estrema sintesi, le premesse culturali del nostro sistema di giustizia amministrativa e, per quello che qui maggiormente interessa, del ruolo del giudice e dei suoi poteri cognitivi/istruttori e che, in qualche modo, ne continuano a condizionare lo sviluppo²⁸.

Da tale contesto si forma e si sviluppa l'idea che influenza ancora oggi l'attività istruttoria ovvero che se il giudice civile è pienamente giudice del fatto, con connessi poteri di accertamento adeguati e corrispondenti alla funzione, diversamente il giudice amministrativo è solo giudice dell'atto e deve recepire la situazione fattuale come assunta dall'amministrazione stessa a presupposto dell'atto impugnato²⁹.

amministrativi», accreditando il principio di presunzione di legittimità e della esecutorietà nei quali il momento autoritativo dell'amministrazione trova la sua massima espressione" (M. CLARICH, *La giustizia amministrativa nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Jus*, 2008, 394).

²⁶ M. STIPO, *Le origini del rapporto di giurisdizione verso la p.a. e la doppia tutela*, Roma, 1979, 745 ss.

²⁷ Al Consiglio di Stato si chiedeva esclusivamente di esprimere la valutazione finale e definitiva circa la legittimità del provvedimento (cfr. C. E. GALLO, *Lo svolgimento del giudizio nel processo amministrativo*, cit., 516).

²⁸ Come rilevato, infatti, periodicamente si assiste al formarsi di orientamenti giurisprudenziali che sono evidentemente determinati da una qualche tipo di preoccupazione per l'interesse pubblico: in modo ben poco consono al principio della parità delle parti (v., in proposito, R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 201 ss.).

²⁹ Così A. CHIZZINI, *Il potere istruttorio del giudice amministrativo nel quadro delle recenti riforme delineate dal d. lgs. 80/1998 e dalla l. 205/2000*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 872 ss., il quale, nell'analizzare l'origine del

E ciò spiega e giustifica l'assenza di una specifica disciplina sull'attività istruttoria nella legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato. In coerenza con l'illustrata concezione del processo amministrativo, era diffusa infatti la convinzione che l'istruttoria processuale fosse soltanto una sorta di rimedio contro le deficienze dell'istruttoria amministrativa³⁰.

Ai sensi dell'art. 25, il testo della l. n. 5992 del 1889 venne coordinato con quello dell'allegato D, della legge 20 marzo 1865, nel testo unico della "legge sul Consiglio di Stato", approvato con r. d. 2 giugno 1889, n. 6166³¹.

1.3. La definizione dei caratteri dell'istruzione probatoria: il regolamento di procedura del 1907

I. La legge 7 marzo 1907 n. 62 (coordinata nel t. u. 17 agosto 1907, n. 638 e con il relativo regolamento di procedura, approvato con r. d. 17 agosto 1907, n. 642), modificò le leggi sul Consiglio di Stato e sulla giustizia amministrativa.

Detta legge istituì innanzitutto la quinta Sezione del Consiglio di Stato con giurisdizione estesa al merito (inaugurata poi l'11 novembre 1907) e, come accennato, dichiarò giurisdizionali la quarta e la quinta Sezione³², prevedendo il ricorso per Cassazione avverso le decisioni in sede giurisdizionale del Consiglio di Stato per difetto assoluto di giurisdizione. La legge n. 62 conservò poi alla quarta

nostro sistema di giustizia amministrativa, inoltre aggiunge che "la natura autoritativa del potere pubblico impone che la possibilità di tutela per il cittadino non si indirizzi verso un giudizio pieno di diritto e sul fatto, ossia sugli interessi in conflitto, ma deve affidarsi solo ai principi di tipicità e vincolatezza dell'agire amministrativo, consentendo una tutela di mera conformità dell'atto alla norma" (877).

³⁰ Cfr. L. RAGGI, *Questioni in materia di prova nei procedimenti nanti le sezioni contenziose del Consiglio di Stato e le G.P.A.*, in *Arch. Giur. Serafini*, serie III, XIII, 1910, 177 ss.

³¹ Con la legge 1° maggio 1890, n. 6837, furono poi attribuite funzioni di decisioni di controversie, relative ad atti di amministrazioni locali, ad un organo istituito presso la Prefettura: la Giunta provinciale amministrativa (istituita con la legge 30 dicembre 1888, n. 5865). Organo che, a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, sarà dichiarato costituzionalmente illegittimo per via della sua composizione, che non ne assicurava l'indipendenza e l'imparzialità, posto che la maggior parte dei membri della Giunta era composta da funzionari appartenenti al potere esecutivo (v. Corte cost., 25 marzo 1967, n. 30, in www.cortecostituzionale.it).

³² Nei disegni di legge precedenti (progetti di legge Di Rudini del 1896 e Giolitti del 1901) non fu proposta l'istituzione di una quinta Sezione, ma si ipotizzò che la Sezione contenziosa potesse, ove l'avessero richiesto le esigenze di servizio, dividersi in due turni, uno dei quali presieduto da un consigliere, con distribuzione dei ricorsi da trattarsi dal primo o secondo da parte del Presidente della Sezione.

Sezione la giurisdizione generale di legittimità, mentre attribuì alla quinta Sezione la giurisdizione di decidere anche in merito (sulle controversie successivamente elencate dall'art. 23 del t.u. 17 agosto 1907 n. 638) e confermò la necessità che l'atto contro cui si ricorreva in Consiglio di Stato dovesse essere definitivo³³.

Anche la disciplina dell'istruttoria probatoria nel processo amministrativo fu integrata dalle riforme del 1907, prevedendo poteri istruttori più ampi per le controversie oggetto di giurisdizione anche in merito (ossia in relazione al fatto che la competenza fosse circoscritta alla legittimità o anche al merito), potendo la Sezione quinta ordinare qualunque mezzo istruttorio nei modi previsti dal regolamento di procedura, e dedicando il Titolo II del r. d. 17 agosto 1907, n. 642 all'istruzione della causa.

Nel sistema previgente, infatti, l'attività istruttoria era regolamentata unicamente dall'art. 37 del t. u. 6166/1889 ai sensi del quale “se la sezione riconosce che l'istruzione dell'affare è incompleta o che i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione con le risultanze dei documenti, prima di decidere sul merito, può richiedere all'amministrazione interessata nuovi schiarimenti o la produzione di documenti od ordinare all'amministrazione medesima di far nuove verificazioni, autorizzando le parti, quando ne sia il caso, ad assistervi ed anche a produrre determinati documenti”.

In sostanza, l'attività istruttoria ivi prevista era limitata alle verificazioni e ai schiarimenti che, peraltro, erano posti in essere dalla stessa amministrazione, in assenza di contraddittorio con il privato. La partecipazione del ricorrente e delle altre parti alla fase di acquisizione delle prove era, infatti, soltanto eventuale e

³³ Sulle innovazioni apportate dalla legge n. 602 del 1907 v. A. CERRETO, *L'istituzione della V Sezione del Consiglio di Stato e le altre innovazioni introdotte dalla L. 7 marzo 1907 n. 62, con accenno alle questioni fondamentali emerse nella giurisprudenza della V Sezione nel periodo 1907-1923*, in www.giustizia-amministrativa.it, il quale tra le modifiche rilevanti introdotte dalla legge citata segnala, tra l'altro, la possibilità per entrambe le Sezioni “di giudicare sulla propria competenza sia su opposizione delle parti sia d'ufficio, prevedendo il potere dell'adunanza plenaria (costituita annualmente da nove votanti: un presidente e quattro consiglieri per ciascuna sezione giurisdizionale) per la decisione sui conflitti di giurisdizione positivi o negativi fra le sezioni quarta e quinta”, e la facoltà per “ciascuna delle due sezioni giurisdizionali, su richiesta delle parti o d'ufficio, di sottoporre la decisione della controversia all'adunanza plenaria (nella composizione indicata) per la risoluzione delle questioni di diritto che avevano dato luogo a difformi decisioni in sede giurisdizionale”.

rimessa alla discrezionalità del giudice il quale poteva autorizzarle “*quando ne sia il caso ad assistervi ed anche a produrre determinati documenti*”³⁴.

II. Il regolamento n. 642 del 1907 disciplinava prevalentemente le modalità di assunzione dei mezzi di prova. Tuttavia, contiene alcune disposizioni di carattere generale cui merita accennarsi in questa sede ai fini dell’identificazione dei caratteri dell’attività istruttoria del processo amministrativo che si sono andati delineando con le numerose riforme legislative³⁵.

In particolare, pur riconoscendo il carattere giurisdizionale della IV Sezione e aprendo la strada al contraddittorio con il privato³⁶, anche il testo citato riferisce tutte le prove ivi previste all’amministrazione, nel senso che è la pubblica amministrazione ad essere incaricata dell’attività istruttoria, quantomeno nella giurisdizione di sola legittimità.

Ai sensi dell’art. 27 del regolamento n. 642, infatti, il giudice poteva richiedere all’amministrazione di produrre quegli atti e documenti ritenuti necessari per la decisione della controversia; poteva pure richiedere che l’amministrazione eseguisse “nuove” verificazioni.

Tali disposizioni si ponevano dunque in patente contrasto con la riconosciuta natura giurisdizionale del processo amministrativo e con le garanzie

³⁴ L’attività istruttoria disciplinata dalla l. n. 6166 del 1889 aveva piuttosto i caratteri dell’istruttoria riservata svolta in fase consultiva che non quelli propri di un vero e proprio processo giurisdizionale ispirato al principio del contraddittorio: l’art. 37 citato apprestava mezzi di prova adatti più ad un procedimento di controllo, che ad un processo giurisdizionale in senso tecnico (v. E. CANNADA BARTOLI, voce *Processo amministrativo (considerazioni introduttive)*, in *Novissimo digesto italiano*, XIII, Torino, 1966, 1085). Con l’art. 44 del T. u. Cons. Stato del 1924 (che sarà richiamato nel prossimo paragrafo) la situazione muta, posto che nel confermare i poteri di acquisizione delle prove in capo alla sezione elimina l’inciso “quando sia del caso” dall’ultima parte del comma relativa alla autorizzazione conferita alla parti ad assistere alla escussione delle prove e anche alla produzione di documenti.

³⁵ In realtà, la qualificazione formale del regolamento di procedura del 1907 ha creato non pochi problemi, oscillando tra la natura di regolamento delegato e regolamento di esecuzione. In particolare, la Corte Costituzionale ha assunto al riguardo posizioni contrastanti: la nota sentenza 23 aprile 1987 n. 146 (in *Foro Amm.*, 1987, 1341, che sarà richiamata anche *infra* nel testo) ha implicitamente affermato la natura di norma primaria del regolamento (v. anche le pronunce 12 dicembre 1998, n. 406, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 1126, e 9 dicembre 2005, n. 441, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2005, 3532), mentre tale natura è stata espressamente negata dalla successiva sentenza 18 maggio 1989, n. 251 (in *Foro it.*, 1989, I, 2704, anche per quest’ultima v. *infra*; in precedenza, cfr. la sentenza 28 novembre 1968, n. 118, in www.cortecostituzionale.it).

³⁶ L’art. 26 del r. d. n. 642 del 1907 prevede infatti al comma 3 che “le parti sono, a cura dell’amministrazione, avvisate, almeno cinque giorni prima, del luogo, del giorno e dell’ora in cui si

di difesa che sono proprie di qualsivoglia giudizio: e tra tali garanzie vi è evidentemente quella di imparzialità, riferita a tutta l'attività giurisdizionale e quindi non soltanto all'attività decisoria ma anche a quella istruttoria³⁷. Questo sistema probatorio si inseriva nel quadro di un processo che, ancorché rivestito di forme giurisdizionali, impediva come visto al giudice di spingersi nel giudicare l'atto dell'autorità al di là delle colonne d'Ercole rappresentate dalla necessaria mediazione dell'amministrazione interessata nell'accertamento del fatto³⁸.

Le delineate insufficienze del sistema probatorio non vennero colmate neanche con le successive riforme di epoca fascista.

1.4. Il Testo unico del Consiglio di Stato

I. La legislazione del 1907 venne coordinata con la legge 30 dicembre 1923, n. 2840 nel T. u. Cons. Stato 26 giugno 1924, n. 1054, che dedica un solo articolo (il 44) all'attività istruttoria. Tale complesso di norme ha costituito la disciplina di riferimento dell'istruzione probatoria (congiuntamente alle poche disposizioni contenute nella legge Tar) sino alle riforme del XXI secolo³⁹.

Ed infatti, ferme restando le norme previste dal regolamento di procedura sulle modalità di assunzione delle singole prove, la norma centrale per la definizione dei poteri istruttori del giudice era l'art. 44, T. u. Cons. Stato, il quale stabiliva i presupposti di esercizio di tali poteri (quando "l'istruzione dell'affare è incompleta" o i "fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione con i documenti"⁴⁰) ed elencava i soli tre mezzi di prova ammessi nel giudizio di legittimità, ossia documenti, verificazioni e schiarimenti.

eseguiranno le verificazioni".

³⁷ V., per tutti, F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 140.

³⁸ N. DI MODUGNO, *La nuova giurisdizione esclusiva e la prova nel processo amministrativo: prime riflessioni sulla recente riforma*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 44, ed ivi per ulteriori riferimenti ai lavori preparatori delle riforme della giustizia amministrativa del XIX e XX secolo.

³⁹ La limitatezza dei mezzi di prova ammessi nella giurisdizione di legittimità "non ad altro può essere ascritta se non ad un insufficiente stadio di sviluppo di questo momento nel processo amministrativo" (F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 5, ove si precisa che l'insufficienza è dovuta a una assimilazione della giurisdizione amministrativa al sistema dei ricorsi gerarchici, che per ragioni di tradizione storica e solo in "questo momento" persiste).

⁴⁰ Come rilevato da P. DE LISE, *La prova nella procedura delle giurisdizioni amministrative*, in *Cons. Stato*,

Le potenzialità del Testo unico e dei poteri officiosi da questo riconosciuti al giudice sono state scarsamente valorizzati ed invece si è fatta strada la convinzione che al giudice amministrativo spettasse una sorta di prosecuzione dell'istruttoria procedimentale piuttosto che un riesame autonomo e diretto della realtà dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata.

In particolare, anche a causa dell'ambigua formulazione della norma (istruzione dell' "affare"), l'art. 44 è stato inizialmente interpretato nel senso di disporre una nuova attività istruttoria soltanto se non fosse risultato completo quanto affermato dall'amministrazione nel provvedimento impugnato e negli atti del procedimento.

L'espressione contenuta nell'art. 44 è stata così intesa nel senso di una limitazione ai poteri istruttori del collegio nell'ipotesi in cui risultasse una carenza dell'istruttoria procedimentale, quasi che l'istruttoria processuale fosse un completamento della fase sostanziale⁴¹.

Inoltre, i mezzi istruttori previsti erano soltanto tre (richiesta di atti e documenti in possesso dell'amministrazione, gli schiarimenti forniti dalla p.a. e le verificazioni condotte dall'amministrazione cioè le indagini volte alla conoscenza dei fatti) e, soprattutto, erano posti in essere direttamente dall'amministrazione.

Quanto alla giurisdizione di merito, l'art. 36 del T. u. Cons. Stato del 1924 stabiliva che la V Sezione poteva "ordinare qualunque altro mezzo istruttorio" oltre quelli previsti per il giudizio di legittimità o, come specificato dall'art. 27 del Regolamento del 1907, fare "tutte le altre indagini che possano condurre alla

1974, 963, il giudice può provvedere d'ufficio al perfezionamento dell'istruzione "sulla base di una contraddizione che egli abbia rilevato sussistere negli stessi atti acquisiti al processo", ovvero, quanto al presupposto dell'incompletezza, essa significa "da un lato, una insufficiente evidenza o certezza di alcuni elementi, rilevanti ai fini della decisione, che emergono dal materiale acquisito dalle parti al processo, ma che non sono ancora essi stessi acquisiti, e, d'altro canto, una insufficienza degli elementi già acquisiti a fondare la decisione".

⁴¹ Che l'art. 44 del T. u. del 1924 prevedesse l'istruzione in sede di processo come il completamento di quella compiuta in sede di procedimento amministrativo è affermato, ad esempio, da V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, cit., 9. Ciò ha indotto la dottrina ad interpretare il dettato normativo in maniera costituzionalmente orientata ossia che per "istruzione dell'affare" si intendesse l'istruzione dell'affare in sede giurisdizionale e non in sede amministrativa (v. C. E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo - Diritto amministrativo speciale*, IV, Milano, 2000, 3352).

scoperta della verità”. Evidentemente l’istruzione necessaria alla V Sezione per la ‘scoperta della verità’ era più ricca di quella necessaria invece a un giudizio, quello della IV Sezione, interessato solo al problema della legittimità⁴² dell’atto emanato sulla scorta di un’attività istruttoria già compiuta, seppur da una delle parti in causa.

II. Il sistema istruttorio del giudizio di legittimità, delineato dal complesso normativo descritto, non era, dunque e come meglio si dirà, del tutto soddisfacente, sia perché inidoneo a fornire ai soggetti del processo (parti e giudice) gli strumenti per accertare compiutamente i fatti (specie se detto sistema si raffrontava con quello del processo civile); sia per la ridotta possibilità del giudice di avere accesso diretto al fatto, se non tramite l’atto impugnato⁴³.

Emerge, da questi brevi spunti, il tratto caratteristico dell’attività istruttoria secondo cui, e per dirla con la felice descrizione di autorevole dottrina, il giudice amministrativo conosce la realtà attraverso il filtro dell’atto, che “campeggia” in tutto il processo⁴⁴.

In altri termini, nel corso del giudizio, il giudice amministrativo poteva conoscere i fatti solo sulla base delle allegazioni delle parti e dei documenti da essi prodotti, ed in specie attraverso il provvedimento impugnato⁴⁵.

Ed infatti, concepito il processo amministrativo alla stregua di strumento di verifica della legittimità degli atti amministrativi, coerentemente la disciplina probatoria ivi prevista comportava una specie di impermeabilità rispetto all’accertamento dei fatti⁴⁶.

Che il sistema così delineato non garantisse un’adeguata tutela al ricorrente, ponendosi in contrasto con i principi costituzionali del diritto di difesa, sembrava

⁴² Come evidenziato da G. DE GIORGI CEZZI, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli, 2003, 53.

⁴³ R. GIOVAGNOLI - L. IEVA - G. PESCE, *Il processo amministrativo di primo grado*, in F. CARINGELLA - R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato di giustizia amministrativa*, Milano, 2005, 787.

⁴⁴ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, 229.

⁴⁵ G. ABBAMONTE - R. LASCHENA, *Giustizia amministrativa*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1997, XX, 241 ss.

⁴⁶ In termini, F. G. SCOCA, *Sulle implicazioni del carattere sostanziale dell’interesse legittimo*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano, 1988, 670.

indubbio. Tuttavia, dal punto di vista legislativo, si è assistito ad un sostanziale immobilismo quantomeno sino alla legge n. 205 del 2000 e, oggi, al Codice del processo amministrativo che ha abrogato e riscritto la disciplina in questione, e sul quale si tornerà più avanti. Ora, riprendendo la descrizione dell'evoluzione normativa, va subito osservato che l'impianto della legge non è mutato con l'istituzione dei Tribunali amministrativi regionali. L'attore principale della rivisitazione dei principi dell'istruttoria probatoria non è stato infatti né il legislatore né la Corte costituzionale quanto piuttosto la dottrina la quale vi ha proceduto a legislazione invariata, rileggendo le scarse disposizioni del Testo unico in senso diametralmente opposto rispetto al passato⁴⁷, con l'obiettivo di 'traghetare' l'istruzione probatoria del giudizio amministrativo verso un modello maggiormente conforme ai parametri costituzionali del giusto processo.

1.5. Cinquant'anni senza riforme

I. Come anticipato, il Testo unico Cons. Stato e il regolamento di procedura del 1907 hanno costituito per quasi un cinquantennio la disciplina di riferimento dell'attività istruttoria del giudice amministrativo. In tale periodo, infatti, il legislatore è intervenuto unicamente con alcune modifiche settoriali e con le poche disposizioni riferite all'istruttoria contenute nella legge istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali (l. n. 1034 del 1971).

In particolare, la legge T.A.R. ha introdotto alcune novità in materia di istruttoria, non modificando tuttavia il contesto normativo di riferimento né i suoi principi ispiratori.

Del resto, l'art. 19 della legge citata stabiliva che nei giudizi dinnanzi ai T.A.R. si sarebbero osservate (ove non contrastanti) le "norme di procedura" previste per i giudizi presso il Consiglio di Stato "fino a quando non verrà emanata apposita legge sulla procedura"⁴⁸.

⁴⁷ Ciò è avvenuto essenzialmente tramite l'opera di Benvenuti (cfr. G. MANFREDI, *Il regime probatorio nel codice del processo amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 476).

⁴⁸ Secondo la dottrina, il richiamo della legge T.A.R. era da intendersi riferito sia al T. u. Cons. St. sia al regolamento di procedura del 1907 (cfr. R. LUCIFREDI - V. CAIANIELLO, *I Tribunali amministrativi*

Segnatamente, l'art. 21 menziona espressamente i poteri istruttori, attribuiti nella specie al presidente, al 5° e al 6° comma: al 5° comma è stata attribuita al presidente la potestà di pronunciare ordinanza per ottenere dall'amministrazione l'esibizione degli atti e dei documenti, mentre al 6° comma è stata estesa tale facoltà anche nei confronti di soggetti diversi dall'amministrazione.

In base all'art. 22, relativo alla costituzione in giudizio, le parti che intervengono o si costituiscono in giudizio possano presentare istanze, che possono assumere evidentemente anche natura istruttoria.

Infine, all'art. 23, al 5° comma, è stata prevista un'istruttoria presidenziale da svolgere prima dell'udienza di discussione, nell'ambito della quale si è stabilito che il presidente potesse disporre, ove occorra, incumbenti istruttori (art. 23, c. 5).

Per quel che qui maggiormente interessa, l'art. 21, c. 3, ha esonerato il ricorrente dall'obbligo di deposito in giudizio del provvedimento impugnato, imponendo contestualmente all'amministrazione di depositarlo, unitamente a tutti gli atti del procedimento su cui questo si fonda (all'atto di costituzione in giudizio o nel termine - ordinatorio - di sessanta giorni).

Si tratta di un'importante innovazione, sia perché sposta l'onere di deposito dal ricorrente in capo all'amministrazione sia perché integra tale onere: poiché il provvedimento impugnato è emanato dall'amministrazione, evidentemente è ad essa che deve essere addossato l'obbligo della sua produzione⁴⁹.

L'obbligo per l'amministrazione di produrre in giudizio gli atti e i documenti in base ai quali l'atto è stato emanato può essere letto come un'attività istruttoria rivolta all'amministrazione, prescindendo dalle sue valutazioni in ordine alla posizione da assumere nel giudizio, in relazione alla funzione collaboratrice della p.a. nei confronti del giudice⁵⁰. Tuttavia, pur accentuandosi il carattere 'neutrale' di tale istruzione preparatoria dell'amministrazione, l'attenzione del legislatore si è

regionali, Torino, 1972, 185; in senso conforme, O. SEPE - G. PES, *Le nuove leggi di giustizia amministrativa: commento sistematico alla legge 6 dicembre 1971, n. 1034 ed al D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199*, Milano, 1972, 216).

⁴⁹ L. MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, 1977, 63 ss..

⁵⁰ A. ANDREANI, *L'istruzione nel processo davanti ai tribunali amministrativi regionali: esperienze e prospettive*, in

sofferma ancora una volta sull'indagine degli elementi di fatto che continua a svolgersi prima e al di fuori della naturale sede processuale ed esclusivamente sul provvedimento impugnato, per essere semplicemente recepita dal giudice amministrativo.

II. A seguito dell'istituzione dei Tar, il legislatore è intervenuto unicamente con alcune leggi settoriali, e dunque non aventi portata generale, in tema di istruttoria. Si fa riferimento, principalmente, all'art. 16 della l. 28 gennaio 1977, n. 10, recante "Norme per l'edificabilità dei suoli" (c.d. legge Bucalossi), che, nei ricorsi giurisdizionali contro il provvedimento con il quale la concessione edilizia viene data o negata⁵¹ nonché contro la determinazione e la liquidazione del contributo e delle sanzioni previste dagli artt. 15 e 18 della medesima legge, ammette, oltre ai mezzi di prova previsti dall'art. 44, comma 1, r. d. n. 1054 del 1924, le perizie di cui all'art. 27, r. d. 17 agosto 1907, n. 642⁵².

Si può richiamare ancora l'art. 8 della l. 25 marzo 1982, n. 94, che ha convertito in legge, con modificazioni, il d.l. 23 gennaio 1982, n. 9, in materia di edilizia residenziale.

I descritti interventi, ancorché limitati e settoriali, dimostrano che un allargamento dei mezzi istruttori era diventato ineludibile al fine di consentire un accesso pieno al fatto da parte del giudice amministrativo, quantomeno nella giurisdizione esclusiva nella quale, come è noto, si controverte di diritti soggettivi: l'art. 16 della l. 28 gennaio 1977, n. 10, costituisce un primo vero passo verso l'introduzione della c.t.u. nel processo amministrativo.

1.6. Le aperture giurisprudenziali e gli interventi (incerti) della Corte costituzionale

Dir. proc. amm., 1985, 493.

⁵¹ Vale a dire "in una materia, quale quest'ultima, che pacificamente ha ad oggetto interessi legittimi" (N. DI MODUGNO, *La nuova giurisdizione esclusiva e la prova nel processo amministrativo: prime riflessioni sulla recente riforma*, cit., 29).

⁵² Sui profili istruttori della normativa citata si rinvia a G. MARCHIANÒ, *L'ampliamento dei mezzi di prova nel giudizio amministrativo di legittimità ex art. 16 l. n. 10 del 1977*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1983, 126 ss., la quale ritiene che con tale modifica legislativa viene consentito "il superamento del diaframma rappresentato dall'atto impugnato attraverso la percezione immediata della realtà di fatto che ha dato origine al provvedimento", ancorché, secondo l'Autrice, tale strumento poteva assimilarsi in realtà alle

I. Il sistema istruttorio così delineato non poteva dirsi conforme ad una concezione moderna dello Stato di diritto e il contrasto fu ancor più eclatante con i principi e le garanzie in tema di tutela dei diritti e degli interessi contenuti nella Carta costituzionale.

La previsione, infatti, dell'art. 24 della legge fondamentale secondo cui deve essere riconosciuta a tutti la possibilità di tutela dei diritti e degli interessi legittimi nei confronti della p.a., e dei suoi atti, senza alcuna forma di limitazione o esclusione, comprende, affinché la tutela sia effettiva, anche il cosiddetto diritto alla prova, e cioè il diritto alla possibilità di provare, o far accertare, in giudizio, l'esattezza delle proprie affermazioni⁵³.

La Costituzione, che ha istituito (*rectius*: riconosciuto) la giurisdizione amministrativa con riferimento alle posizioni soggettive oggetto di tutela, ha espressamente affermato il diritto di agire da parte del cittadino, allo stesso modo, dinnanzi alla giurisdizione civile e a quella amministrativa⁵⁴.

Conseguentemente, se una delle parti in causa non può ottenere dal giudice che verifichi l'esattezza delle sue affermazioni, o che comunque accerti in giudizio i presupposti di fatto che sono controversi, il diritto costituzionale alla prova in realtà non è riconosciuto.

Un sistema istruttorio monco, come quello del processo amministrativo che, come detto, impediva un'adeguata valutazione della situazione in fatto, rilevante ai fini del decidere, è in realtà un sistema costituzionalmente illegittimo in quanto limita a particolari forme di impugnazione, quelle per vizi esclusivamente formali, la tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della pubblica amministrazione⁵⁵.

verificazioni di cui all'art. 44 T. u. Cons. Stato (179).

⁵³ Per l'applicazione dei principi costituzionali al processo ordinario v., per tutti, V. VIGORITI, *Garanzie costituzionali del processo civile*. Due process of law e art. 24 Cost., Milano, 1973, e in particolare 75 ss.

⁵⁴ G. PESCE, *Poteri istruttori e mezzi di prova nel processo amministrativo*, Milano, 2003, 3.

⁵⁵ Problemi di compatibilità non vi erano soltanto con i principi originari della Costituzione, ma anche con le modifiche costituzionali successive ossia con i principi del giusto processo introdotti dal nuovo art. 111 della Costituzione (si v. in proposito L. P. COMOGGIO, *La riforma del processo amministrativo e le garanzie del "giusto processo"*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 648-650, ove si afferma che il processo può definirsi "giusto" se la legge, da cui comunque deve essere regolato, rispetti e realizzi le condizioni essenziali enunciate dall'art. 111: "contraddittorio", "parità delle parti", "imparzialità e terzietà del giudice", "ragionevole durata del processo". Tali condizioni rappresentano, a loro volta, le garanzie minime, che

II. Il contrasto con la Costituzione appariva dunque evidente e ciò indusse la Consulta con la sentenza 23 aprile 1987, n. 146, a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 44 T. u. Cons. Stato, nella parte in cui non ammetteva nelle controversie in materia di pubblico impiego tutti i mezzi istruttori previsti dal codice di procedura civile per il processo del lavoro⁵⁶.

In particolare, la Corte ha ritenuto violasse gli artt. 3 e 24, primo e secondo comma, della Costituzione, la limitazione “della ricerca della verità” nelle controversie in materia di pubblico impiego dovuta alla scarsità dei mezzi istruttori previsti dall'art. 44, primo comma, del r. d. n. 1054 del 1924 e dall'art. 26, primo comma, del r. d. n. 642 del 1907, in quanto contrastanti con la tutela dell'azione in giudizio e alla garanzia del diritto di difesa.

Si tratta di pronuncia rilevante perché ha apportato un profondo contributo all'evoluzione dell'istruzione probatoria e, con essa, al processo amministrativo, fissando alcuni principi fondamentali e delineando i nuovi tratti dell'istruttoria processuale amministrativa che sono stati successivamente recepiti dal legislatore⁵⁷.

Segnatamente, seppur circoscritta alla giurisdizione esclusiva, traspare da questa importante sentenza il punto di arrivo delle esigenze riformatrici del processo amministrativo: la limitatezza dei mezzi istruttori – che preclude un completo accesso al fatto da parte del giudice – non era oltremodo sostenibile.

sono necessarie e sufficienti perché il processo che le rispetti e le realizzi in concreto possa appunto definirsi come “giusto”, “equo” e “dovuto”).

⁵⁶ La sentenza, assai nota, è stata commentata, tra gli altri, da M. E. SCHINAIA, *Notazioni sul regime probatorio nelle controversie di pubblico impiego*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 5 ss.; G. VACIRCA, *Prime riflessioni sul nuovo regime delle prove e delle controversie in materia di pubblico impiego*, in *Foro amm.*, 1987, 1344 ss.; F. SAITTA, *Nuovi orientamenti in tema di mezzi di prova del contenzioso sul pubblico impiego*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 599.

⁵⁷ Secondo A. TRAVI (*Garanzia del diritto di azione e mezzi istruttori nel giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 558) la pronuncia in discorso costituisce “l'intervento più radicale e incisivo della Corte costituzionale sulla disciplina del processo amministrativo”, non limitato alla questione *de quibus*, ma riguardante in definitiva il diritto di azione in quanto tale nel suo profilo costituito dal diritto alla prova che non deve essere condizionato dal tipo di posizione soggettiva dedotta in giudizio. L'Autore, peraltro, trae spunto dalla sentenza per affermare che l'illegittimità costituzionale delle norme contenute nel T. u. Cons. Stato non poteva ragionevolmente essere circoscritta alla disciplina dei mezzi per l'istruzione probatoria nelle controversie in materia di pubblico impiego e si deve estendere alla disciplina dell'istruzione probatoria in ogni settore della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo (579).

Muovendo dalla diversa esigenza di informare la giurisdizione sui diritti alle medesime regole istruttorie indipendentemente dalla sua attribuzione all'uno o all'altro plesso giurisdizionale, la Corte costituzionale conferma infatti che gli strumenti di indagine apprestati al giudice amministrativo non erano sufficienti alla ricostruzione degli elementi di fatto delle controversie sottoposte al suo esame.

III. Nel percorso (giurisprudenziale) di allargamento dei poteri istruttori del giudice amministrativo convenzionalmente si ritiene che una battuta d'arresto sia rappresentata dalla successiva pronuncia della Consulta (sentenza n. 251 del 1989⁵⁸), la quale ha in qualche modo frenato le fughe in avanti della sentenza n. 146 del 1987, di cui si è detto.

In particolare, nella sentenza n. 251 del 1989, il Giudice delle leggi, investito della legittimità dell'art. 44 del T. u. Cons. Stato in relazione all'art. 24 Cost., ha ritenuto costituzionalmente legittimo il sistema probatorio del processo amministrativo di legittimità essendo strutturato in modo di assicurare comunque il rispetto delle garanzie costituzionali, pur contemplando una ridotta estensione dei poteri di indagine rispetto al processo civile, posto che è in sede legislativa che si devono individuare i mezzi probatori adatti ad attuare tale tipo di sindacato, potendosi censurare la scelta del legislatore soltanto se risulti inidonea a garantire la tutela giurisdizionale. Ad avviso della Corte, l'estensione di tutti o di qualcuno dei mezzi probatori previsti dal codice di procedura civile per la tutela dei diritti soggettivi al processo amministrativo, quando questo riguardi interessi legittimi, spetta perciò al potere discrezionale del legislatore, dovendosi tenere comunque conto che le limitazioni circa la possibilità di utilizzare certi mezzi probatori sono insite in ogni sistema processuale, in ragione delle peculiarità delle controversie relative a ciascuno di essi e non possono considerarsi in contrasto con i principi

⁵⁸ E' la sentenza n. 251 del 18 maggio 1989, in *Foro it.*, 1989, I, 2704, per il cui commento si rinvia a G. AZZARITI, *Limitazione dei mezzi di prova e istruttoria del processo amministrativo di legittimità*, in *Giur. cost.*, 1990, 1698 ss.

costituzionali quando rispondano alle esigenze proprie del tipo di processo preso in considerazione.

A ben vedere, la sentenza n. 251 del 1989 muove da una fattispecie differente da quella del 1987, dal momento che in quest'ultima la Corte ebbe a censurare la disparità di tutela sul terreno probatorio assicurata al lavoratore nelle controversie in materia di pubblico impiego rispetto al lavoratore privato, in ragione della diversità della sede giurisdizionale prevista presso il giudice amministrativo, nel primo caso, e presso il giudice ordinario, nel secondo. Diversità di sede che, secondo la Corte, non poteva tollerare una disparità di tutela in presenza di situazioni soggettive di contenuto omogeneo, in quanto nascenti entrambe da un rapporto di lavoro subordinato.

Nella fattispecie che ha dato invece origine alla sentenza n. 251 del 1989 l'istruttoria aveva ad oggetto una questione pregiudiziale di diritto soggettivo. Sicché, la Corte ha ritenuto determinante il fatto che, al contrario dell'altro caso, il processo non si svolge in funzione della tutela di un diritto soggettivo in relazione al quale avrebbe potuto porsi un problema di rispetto dell'art. 3 della Costituzione, bensì di un interesse legittimo.

IV. Ciò chiarito, va evidenziato che anche nella pronuncia n. 251 del 1989, pur rappresentando un passo indietro sul grado di tutela raggiunto, si possono individuare le tracce del percorso evolutivo dell'attività istruttoria che si sta descrivendo, volto ad un maggior allargamento degli strumenti di indagine ivi previsti. In tale statuizione, infatti, vi è un riconoscimento esplicito alla limitatezza dei poteri di prova a disposizione del giudice, seppur temperato dalla considerazione che se nella pratica avviene che il giudice non esercita i propri poteri in modo da pervenire alla migliore conoscenza dei fatti ciò deriva per lo più "dal ridotto esercizio che egli fa di detti poteri". Inoltre, la citata sentenza non ha affatto escluso in assoluto che altri mezzi di prova (e in specie la testimonianza) potessero entrare nel sistema probatorio del processo amministrativo, ma ha soltanto escluso che un'operazione del genere potesse essere compiuta con una sentenza additiva, in quanto l'innesto di un mezzo di prova, previsto per altri

processi, in quello amministrativo, richiede un articolato intervento di spettanza del legislatore⁵⁹.

In ogni caso, se sul richiamo della Corte al giudice ad esercitare i poteri che il sistema gli conferirebbe si può anche convenire⁶⁰, certamente un maggiore allargamento dei mezzi istruttori nel processo amministrativo era avvertita quale esigenza indispensabile.

Lo dimostra ad esempio il fatto che la Corte costituzionale era stata nuovamente investita della questione di legittimità costituzionale della disciplina in tema di istruttoria con riferimento agli articoli 3, 24 e 113 della Costituzione, nella parte i cui non consentiva al giudice amministrativo, nella giurisdizione generale di legittimità, di disporre perizie, accertamenti tecnici e consulenze tecniche d'ufficio, rimarcandosi nuovamente il contrasto con il principio di effettività della tutela, dal momento che tale normativa avrebbe impedito la completa cognizione dei fatti rilevanti nella controversia⁶¹ e, dunque, pregiudicato la pienezza della tutela giurisdizionale.

⁵⁹ Così V. CAIANIELLO, *Rapporti tra procedimento amministrativo e processo*, cit., 257, il quale osserva come, infatti, la Corte “ha dichiarato la questione non già infondata bensì inammissibile, sotto il profilo della violazione dell’art. 24 Cost., rilevandosi come con essa venisse in realtà proposto un quesito d’ordine legislativo e non di costituzionalità”.

⁶⁰ Seppur destando la pronuncia nel suo complesso alcune perplessità, posto che, come è stato osservato, la “concezione autoritativa di pubblica amministrazione sottesa alla sentenza n. 251 del 1989 e, con essa, la concezione di giudizio di legittimità di cui la Corte ha inteso proteggere l’autonomia sono ormai - per fortuna - ampiamente superate nel nostro ordinamento; lo sono indubbiamente oggi, ma in buona parte, in base alla norme della Costituzione, lo erano e lo dovevano essere già all’epoca della pronuncia in questione, sebbene vada riconosciuto che la legge n. 241 del 1990, successiva alla stessa, abbia recato un contributo decisivo a detto superamento, dando avvio a una stagione di riforme senza precedenti del diritto amministrativo” (M. RENNA, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo tra autonomia e “civiltà”*”, in G. DELLA CANNEA - M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Collana Cinquant’anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana, Napoli, 2006, 575). In senso critico v. anche F. P. LUISO, *Il principio del contraddittorio e l’istruttoria nel processo amministrativo e tributario*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 335, secondo cui “la soluzione della Corte sarebbe pienamente soddisfacente se il giudizio di legittimità fosse un giudizio di puro diritto, come è quello della Cassazione [...]”. Per un commento, a tratti provocatorio, delle conclusioni della Consulta v. L. R. PERFETTI, voce *Prova (dir. proc. amm.)*, in *Enc. dir., Annali*, I, t. 1, Milano, 2008, 943-944. In effetti, posto che il giudizio amministrativo costituisce un processo che sconta la ‘disparità’ tra i soggetti di causa, il sistema delle prove deve conformarsi a tale carattere “ma non tanto con lo scopo di assecondarlo, bensì con quello di attenuarne sul piano *processuale* gli effetti” (G. AZZARITI, *Limitazione dei mezzi di prova e istruttoria del processo amministrativo di legittimità*, cit., 1702).

⁶¹ Ed inoltre perché le limitazioni in discorso darebbero luogo ad aree di privilegio dell’attività amministrativa, sottratte al controllo del giudice, impedendo altresì il sindacato giurisdizionale del vizio

In sostanza, in assenza delle novità legislative (d. lgs. n. 80 del 1998 e l. n. 205 del 2000, di cui nel prossimo paragrafo) che hanno ampliato i mezzi di prova a disposizione del giudice amministrativo, il sistema istruttorio nella giurisdizione di legittimità sarebbe stato nuovamente sottoposto a scrutinio di costituzionalità, sotto il profilo del rispetto delle garanzie di tutela del ricorrente⁶².

1.7. L'avvio della stagione delle riforme: il d. lgs. n. 80 del 1998 e la legge n. 205 del 2000 (e la legge n. 241 del 1990)

I. Se la limitatezza dei mezzi istruttori poteva dirsi oggettiva e costituire un ostacolo per il raggiungimento della tutela effettiva per la parte sotto il profilo dell'accesso diretto al fatto cui si ricollega l'esercizio dell'attività amministrativa, con le riforme del 1998 e del 2000 la situazione mutò decisamente⁶³.

In particolare, la norma chiave ai fini istruttori è l'art. 35, c. 3, del d. lgs. n. 80 del 1998, secondo cui il giudice amministrativo, nelle controversie relative alla giurisdizione esclusiva, può disporre l'assunzione dei mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, nonché la consulenza tecnica d'ufficio.

Inizialmente l'estensione ai mezzi di prova del c.p.c. e l'introduzione della consulenza tecnica fu limitata alla giurisdizione esclusiva, dal momento che non poteva più dirsi lecito un sistema che tutelasse i diritti soggettivi in modo diverso rispetto alla sorte che gli stessi diritti avrebbero avuto se di essi si fosse occupato il giudice ordinario.

di eccesso di potere per travisamento dei fatti, per falsità dei presupposti, per difetto di istruttoria e per irrazionalità della scelta tecnica (v. Cons. Stato, Sez. IV, ord. 17 aprile 2000, n. 2292, in *Cons. Stato*, 2000, cit.).

⁶² Cfr. l'ordinanza della Corte costituzionale 21 dicembre 2001, n. 430, in *Giur. cost.*, 2001, 6, che ha disposto la restituzione degli atti al Consiglio di Stato (trasmessi con l'ordinanza da parte della Sez. IV, 17 aprile 2000, n. 2292, in *Cons. Stato*, 2000, cit., di cui nel testo) affinché il giudice remittente valutasse se, a seguito della sopravvenuta modifica normativa, la questione potesse ritenersi ancora rilevante nel giudizio *a quo*. Il Consiglio di Stato ha concluso per la sopravvenuta irrilevanza della questione di costituzionalità in ragione dell'applicazione delle nuove regole probatorie anche ai giudizi in corso (Cons. Stato, Sez. IV, 30 settembre 2002, n. 5026, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2002, 5026).

⁶³ Le previsioni contenute negli articoli 33, 34 e 35 del d. lgs. 80 sono state considerate, prima della legge 205, alla stregua di una riforma talmente profonda da riuscire paragonabile soltanto alla legge abolitiva del contenzioso amministrativo del 1865 (N. DI MODUGNO, *La nuova giurisdizione esclusiva e la prova nel processo amministrativo: prime riflessioni sulla recente riforma*, cit., 18).

L'art. 16 della legge 205 del 2000 ha poi introdotto nel processo amministrativo la consulenza tecnica d'ufficio, ammessa senza limitazioni di sorta e per ogni tipo di controversia rientrante nella cognizione del G.A., superando le depotenziate e mai ben utilizzate verificazioni.

Più in generale, con le citate riforme si è cercato di rendere il sistema istruttorio più adeguato alle esigenze di realizzare nel processo l'eguaglianza della parti tramite un più immediato e diretto accesso al fatto da parte del giudice. E ciò attraverso l'ampliamento dei mezzi di prova esperibili dal giudice amministrativo (soprattutto nella giurisdizione esclusiva), l'introduzione della consulenza tecnica e la valorizzazione dei poteri del magistrato delegato alla ammissione e assunzione delle prove⁶⁴.

In particolare, con la legge citata, la responsabilità dell'istruttoria viene assunta dal presidente o dal magistrato da lui delegato; e ciò in luogo della tradizionale e prevalente competenza istruttoria del collegio che, pur non venendo meno, assumeva carattere concorrente (se non anche straordinario) rispetto a quella monocratica. In sintesi, sono stati introdotti nuovi poteri istruttori e più incisivi mezzi di accesso al fatto del g.a.

II. Venuta meno dunque una delle tradizionali giustificazioni all' 'autolimitazione' del sindacato giurisdizionale, fondata per l'appunto sull'assenza di mezzi di prova adeguati nella giurisdizione amministrativa, al giudice erano stati attribuiti maggiori strumenti per accedere direttamente al fatto controverso, nel pieno rispetto del principio di effettività della tutela giurisdizionale, che lo porta a divenire giudice della controversia, oltre che arbitro della legittimità del provvedimento⁶⁵.

In realtà, l'impatto delle innovazioni contenute nella legge n. 205 è stato meno rivoluzionario del previsto, giacché la giurisprudenza non ha modificato la

⁶⁴ V. G. LO PRESTI, *L'istruttoria*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2008, 714 ss. Si consideri ancora che la legge n. 205 ha previsto che tra i presupposti per definire in sede cautelare da parte del giudice la causa nel merito vi fosse la "completezza dell'istruttoria".

⁶⁵ V. ampiamente sulla consulenza tecnica *infra*, capitolo II, § 2.

prassi consolidata in materia di istruttoria e ha mantenuto una posizione complessivamente conservatrice, anche con riguardo alla consulenza tecnica di ufficio che è stata usata con parsimonia.

Su tale contesto normativo è intervenuto il Codice del processo amministrativo (d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104). In particolare, l'art. 44 della legge n. 69 del 2009 ha delegato il Governo per il "riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali ed al Consiglio di Stato", prevedendo la possibilità di attribuire l'elaborazione del decreto al Consiglio di Stato, con il supporto di magistrati amministrativi, esperti esterni e rappresentanti del libero foro e dell'avvocatura generale dello Stato (c. 4). In attuazione del citato articolo, la commissione incaricata ha redatto la bozza di Codice⁶⁶, poi trasmesso alle Camere amministrative e all'Associazione dei professori di diritto amministrativo. Come è noto, la prima stesura del testo è stata opera della commissione, la quale conteneva importanti aperture verso un processo idoneo a raggiungere un buon livello di tutela nei confronti dell'amministrazione; su di essa ha poi lavorato il Governo, apportando notevoli modifiche, motivate da un generico richiamo ad esigenze di contenimento dei costi⁶⁷.

1.8. Il Codice del processo amministrativo: spunti e rinvio

I. Il Codice, pur rispondendo ad indefettibili esigenze di unificazione e coordinamento della disciplina⁶⁸, non ha particolarmente innovato il sistema probatorio. Restano infatti fermi i principi e le assunzioni elaborati dalla giurisprudenza e dalla dottrina.

⁶⁶ Ci si riferisce alla Commissione nominata dal Presidente del Consiglio di Stato con proprio decreto del 23 luglio 2009, composta da professori ordinari, magistrati amministrativi e avvocati dello Stato.

⁶⁷ Ma anche per conservare il modello tradizionale di processo (F. G. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, § 1).

⁶⁸ Secondo M. A. SANDULLI, *Anche il processo amministrativo ha finalmente un Codice*, in *Foro amm.-Tar*, 2010, 65, il Codice offre "finalmente anche agli operatori e agli utenti della giustizia amministrativa un quadro normativo omogeneo e, per quanto possibile, chiaro e definito in un'ottica di maggiore garanzia di effettività della tutela delle posizioni soggettive sottoposte alla giurisdizione amministrativa".

Del resto, in generale, il testo in discorso è un codice tipico dei nostri tempi, nei quali la codificazione è divenuta principalmente una tecnica di manutenzione di un tessuto normativo sempre in movimento: non si tratta di un punto di arrivo e di definitiva sistemazione, quanto uno strumento aperto a futuri e successivi sviluppi, rimessi soprattutto all'opera della giurisprudenza e degli interpreti⁶⁹. In sostanza, la concreta operatività del processo amministrativo resta affidata alla fantasia degli interpreti, piuttosto che al senso proprio delle parole contenute nelle singole disposizioni⁷⁰. E l'opera del giudice nella formazione del diritto processuale amministrativo è stata più incisiva rispetto ad altri settori dell'ordinamento che pure conoscono un particolare 'interventismo' da parte della giurisprudenza: "un ruolo così importante che, a ben ragione, a proposito di tale giurisprudenza si è parlato di giurisprudenza pretoria, di giurisprudenza creativa, di formazione giudiziale della legge"⁷¹.

II. Il Codice si colloca infatti in una posizione intermedia tra i testi unici (di natura compilativa) e il codice di stampo napoleonico (regolamentazione della materia raccolta in un testo, durevole nel tempo), ossia come un codice di nuova generazione (come, ad es., il codice dei beni culturali e del paesaggio) che riordina la disciplina del processo amministrativo, senza presentare i caratteri della stabilità e durata nel tempo, essendo previsti successivi decreti correttivi e integrativi⁷².

⁶⁹ V. L. TORCHIA, *Il nuovo codice del processo amministrativo*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, 1118. In origine il termine *codex* indicava un insieme di fogli pergamenei o papiracei legati insieme e si distingueva dal *liber* o *volumen*, costituito da un solo foglio di papiro arrotolato su stesso (v. M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Bari, 1987, 369 ss.: il codice è, prima che un testo giuridico, una forma libraria).

⁷⁰ G. COSTANTINO, *Note a prima lettura sul codice del processo amministrativo. Appio Claudio e l'apprendista stregone*, in *Foro it.*, V, 2010, 239, il quale ritiene che è comunque la giurisprudenza ad avere "l'ultima parola sull'effettivo funzionamento della giustizia amministrativa".

⁷¹ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, 336 ss., il quale rileva come la giurisprudenza amministrativa non solo ha integrato o meglio configurato istituti già posti dalle norme, ma ha creato istituti nuovi. "La costruzione imposta dalla giurisprudenza è ormai una costruzione normativa ... dobbiamo quindi accettare come diritto positivo vigente quello posto dalla giurisprudenza ... quando si parla di funzione pretoria della giurisprudenza nella materia del diritto amministrativo non si usa una figura retorica, non si vuol dire solo che è essa ad elaborare quei costrutti che rendono possibile l'applicazione degli istituti. Si vuole dire invece qualche cosa di più e di significato specifico: che è essa a creare il corpo delle norme sostanziali generali del diritto amministrativo, cioè degli atti e dei procedimenti amministrativi, poiché il legislatore non si è mai occupato di fissarle", così M. S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, I, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 535-536.

⁷² Cfr. E. FOLLIERI, *La natura giuridica dell'articolato provvisorio denominato codice del processo amministrativo*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2010, 2, 367 ss., il quale dopo aver rilevato che, in teoria, la bozza di

Tuttavia, si vedrà che dietro l'apparente conferma di assunti da tempo pacifici in dottrina e giurisprudenza è possibile cogliere spunti evolutivi di rilievo, benché esso rappresenti un elaborato ancora in fase di perfezionamento.

In estrema sintesi e rinviando a quanto si dirà appresso, si può subito evidenziare a livello di novità: i) l'eliminazione, con riferimento alla disciplina dei mezzi di prova, del sistema differenziato in precedenza vigente che conduceva a una netta limitazione dello strumentario probatorio ammesso nel giudizio di legittimità⁷³; e ii) l'ampliamento dei mezzi di prova che coincidono in massima parte con quelli previsti dal codice di procedura civile, pur affiancandosi agli strumenti tradizionali di cui si è detto (richiesta di documenti, verificazioni e schiarimenti).

Occorrerà peraltro verificare se a questa 'spinta' del legislatore nella direzione di un accertamento pieno e diretto del fatto (tramite un ulteriore allargamento dei mezzi di prova) corrisponderà nella prassi una medesima disinibizione da parte del giudice, dal momento che, come illustrato, le autolimitazioni del giudice amministrativo nella cognizione del fatto non sono dipese unicamente dai limitati mezzi istruttori a sua disposizione, visto che ciò è avvenuto anche nella giurisdizione di merito⁷⁴ e nella giurisdizione esclusiva, nelle quali persino l'istituto della verifica è rimasto inutilizzato⁷⁵. In altri termini, anche dove non esistono preclusioni normative, che con il Codice si sono

Codice, sulla quale è poi intervenuta l'approvazione con modifiche da parte del Consiglio dei Ministri, non potesse ascriversi a nessuno dei modelli di produzione normativa conosciuti afferma che l'articolato, "come accade quando si vanno a calare nel concreto le idee, presenta aspetti e caratteri suoi propri (richiamo della legge delega all'art. 20, comma 3, l. 15.3.1997 n. 59) e tendenzialmente (per le sue innovazioni, di cui alcune assai significative) fanno propendere per qualificarlo come un codice di nuova generazione o di settore".

⁷³ In termini, P. CHIRULLI, *L'istruttoria*, in R. CARANTA (commentario sistematico diretto da), *Il nuovo processo amministrativo*, Bologna, 2011, 538. In generale, il Codice offre "un quadro amministrativo omogeneo nell'ambito della giustizia amministrativa [...] la codificazione è lo strumento utile per unificare, chiarire e coordinare" il nuovo processo amministrativo (C. DI MARZIO, *Il nuovo codice del processo amministrativo: alcune novità*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 2010, 483).

⁷⁴ Cfr. G. CORAGGIO, voce *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 144, il quale osserva che "per la struttura dell'organo giudicante, la sua organizzazione, la sua formazione culturale-psicologica, di solito non si è fatto ricorso ad atti di acquisizione di prove diversi da quelli previsti dall'art. 26 Reg. Proc.", vale a dire documenti, schiarimenti e verificazioni.

⁷⁵ Come evidenziato da P. SALVATORE, *Il sistema probatorio del processo amministrativo e le direttrici di riforma*, in *Scritti per Mario Nigro*, III, *Giustizia amministrativa e giustizia civile*, Milano, 1991, 534.

ulteriormente ridotte, persiste una certa riluttanza ad avvicinarsi al fatto, all'effettiva valutazione del fatto, al di là di quanto affermato negli atti e nei provvedimenti⁷⁶. Il giudice amministrativo ha sempre sentito infatti in modo eccessivo le restrizioni delle sue possibilità istruttorie chiudendosi, più che il tipo di processo richiedesse, nel controllo della realtà di fatto attraverso i soli documenti e quindi vietandosi quasi totalmente l'accesso alla genuinità e completezza della situazione di fatto⁷⁷.

In definitiva, accanto al dato normativo, occorrerà accertare se anche nei confronti del Codice si assisterà all'ulteriore conferma dell'atteggiamento culturale proprio del giudice amministrativo che, come visto, lo ha portato a diffidare di riforme potenzialmente tendenti a consentire un accesso al fatto pieno e indiscriminato, a causa dell'ingiustificato timore che un'apertura al giudizio sul fatto possa risolversi in forme di inammissibile valutazione del merito amministrativo⁷⁸.

⁷⁶ Cfr., nel vigore del regime previgente, L. ACQUARONE, *Riflessioni e proposte in tema di riforma del sistema probatorio*, cit., 176.

⁷⁷ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 303.

⁷⁸ Come osserva D. VAIANO, *Sindacato di legittimità e «sostituzione» della pubblica amministrazione*, in *www.giustamm.it*, § 8, “nonostante il tempo passato, nonostante gli sviluppi avutisi sul piano del potenziamento dei poteri decisorii riconosciuti al giudice di legittimità, pare invero essere ancora questo l'atteggiamento prevalente nei giudici amministrativi, caratterizzato da una ancora assai diffusa riluttanza, per esempio, al sindacato della discrezionalità tecnica, alla disposizione di verificazioni e/o consulenze tecniche d'ufficio, espressione di una ritrosia all'accertamento completo ed effettivo dei fatti che risulta ancora oggi troppo legato ad un controllo esterno sulla logicità o meno, e non intrinseco sull'esattezza, dell'accertamento del fatto compiuto dall'amministrazione ... Un atteggiamento che conduce spesso, forse inconsapevolmente, i giudici a privilegiare tendenzialmente la ricostruzione dei fatti operata dall'amministrazione, almeno qualora non palesemente illogica, sol perché proveniente dall'amministrazione, quasi che questa, e per questa sola ragione, potesse ritenersi avere, sul piano processuale, una maggiore credibilità rispetto a quella, diversa, affermata in giudizio dalla controparte privata”.

CAPITOLO SECONDO

La codificazione dell'attività istruttoria: riflessi sull'accesso al fatto da parte del giudice

2.1. Premessa

In questo secondo capitolo si affronterà la problematica dell'accesso al fatto da parte del giudice, inteso come ricostruzione del fatto storico - materiale e apprezzamento tecnico del fatto.

Come già rilevato, il regime processuale previgente rifletteva la realtà originaria di un processo la cui istruzione verteva prettamente su prove precostituite, ovvero su prove che non si formavano innanzi al giudice nel processo in contraddittorio tra le parti, ma prima del processo nel momento stesso in cui il potere veniva tradotto in atto.

Dopo gli approdi raggiunti dalla giurisprudenza e dalla dottrina, l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo segna un'ulteriore tappa nel superamento dell'anacronistica idea di una cognizione ristretta ai soli elementi di fatto che risultino esclusi o sussistenti in base alle risultanze procedurali.

Come illustrato nel precedente capitolo, la connotazione fortemente cartolare e documentale del giudizio e la centralità del provvedimento amministrativo, connessa sia alla tradizionale struttura impugnatoria del processo sia alla sua stessa genesi come "prolungamento" dell'attività di amministrazione (sia pure in sede contenziosa), faceva sì che l'atto costituisse uno "schermo" tale da frapporsi tra il giudice e la vicenda su cui l'atto medesimo incideva, precludendo o rendendo ardua ogni indagine su di essa⁷⁹.

Anche con il Codice si va verso il superamento di tale condizione con l'abbandono del classico modello impugnatorio del giudizio e con maggiore

⁷⁹ G. ABBAMONTE, *L'ingresso del fatto nel processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, § 1.

attenzione alle esigenze di tutela piena ed effettiva dei cittadini, innanzitutto al fine di assicurare l'accesso al fatto in modo pieno.

Il Codice ha ridotto infatti i limiti alla cognizione del fatto da parte del giudice amministrativo di legittimità – intesa come ricostruzione della realtà storica del fatto materiale – imposti dalla precedente legislazione, a causa della limitatezza dei mezzi istruttori previsti per la ricostruzione del fatto materiale⁸⁰.

Tuttavia, accanto al formale ampliamento dei mezzi di prova a disposizione del giudice amministrativo, anche la disciplina codicistica – come meglio si dirà – rappresenta una sorta di “lavoro in corso”, affidando all'interprete e alla giurisprudenza il compito di fissare i confini dell'istruzione probatoria, a volte anche forzando il dato normativo al fine di delineare un sistema idoneo ad assicurare la tutela giurisdizionale piena ed effettiva.

Ed infatti, non possono che dirsi tradite le aspettative relative al definitivo superamento - con l'ultima riforma in discorso - delle limitazioni normative all'accesso al fatto da parte del giudice e al riconoscimento in capo al giudice stesso di poteri e strumenti istruttori idonei a conoscere in modo pieno e immediato il “fatto” sotteso al giudizio.

2.2. I poteri istruttori e la mancanza della figura del giudice istruttore

I. Preliminarmente alla individuazione dei poteri e dei mezzi a disposizione del giudice per accedere al fatto controverso, merita accennarsi alla distribuzione delle competenze tra il collegio e giudice singolo nell'acquisizione del materiale probatorio necessario per il giudizio.

E' opinione condivisa da parte della dottrina che la mancanza della figura del giudice istruttore (e più in generale di un'autonoma fase di istruzione della causa) nel processo amministrativo abbia rappresentato e costituisca ancora oggi un ostacolo al pieno accertamento del fatto da parte dell'organo giudicante⁸¹.

⁸⁰ G. D'ANGELO, *Osservazioni sulle disposizioni in tema di istruttoria*, in *Foro it.*, 2010, V, 215.

⁸¹ V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, cit., secondo cui la carenza di saldatura tra il materiale processuale, il giudice e gli stessi difensori (che tutto sommato, dovrebbero essere dei collaboratori di giustizia), che nel processo civile è superata con la figura

Anche nel Codice manca la previsione di un giudice che sia incaricato di istruire la causa prima dell'udienza⁸². Numerosi sono infatti i riferimenti al “giudice delegato”, il quale però non rappresenta il giudice istruttore, posto che quest'ultimo è organo necessario e ha la responsabilità dell'intera istruttoria, mentre nelle fattispecie delineate dal Codice sembra trattarsi di un magistrato delegato per singoli adempimenti⁸³ e inoltre la delega è soltanto eventuale.

II. Ed infatti, sia la disciplina previgente sia la normativa codicistica hanno concentrato le iniziative istruttorie al giudice collegiale, mentre sono limitate le competenze istruttorie monocratiche.

In particolare, in origine era stata prevista la possibilità di accertamenti istruttori, affidati al presidente, soltanto nei giudizi elettorali e, negli altri casi, nell'ipotesi in cui vi fosse l'adesione di tutte le parti⁸⁴ (art. 28 del r. d. 17 agosto 1907, n. 642).

Con la legge Tar, per accelerare lo svolgimento del giudizio⁸⁵, sono stati assegnati poteri istruttori al presidente sia nella fase immediatamente successiva alla costituzione del rapporto processuale sia nella fase antecedente l'udienza⁸⁶, pur senza istituire la figura del giudice istruttore.

istituzionale del giudice istruttore, nel processo amministrativo si avverte proprio per l'assenza di tale ruolo.

⁸² V. A. TRAVI, *Osservazioni generali sullo schema di decreto legislativo con un 'codice' del processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, § 3, secondo cui tale non è il giudice relatore (anche se il nuovo Codice prevede che venga designato almeno 30 giorni prima dell'udienza): “rimane di conseguenza elevato il rischio che l'udienza di discussione, magari fissata con fatica, non porti assolutamente alla decisione del ricorso”.

⁸³ Analogamente a quanto previsto dall'art. 30 del r. d. n. 642 del 1907 per l'istruzione nella giurisdizione di merito (cfr. G. D'ANGELO, *Disposizioni in materia di giustizia amministrativa (l. 21 luglio 2000, n. 205). Art. 1 - Disposizione sul processo amministrativo. L'acquisizione di documenti*, in *Nuove leggi civ.*, 2001, 566, il quale ritiene che se venisse operata una sorta di delega generale e preventiva per tutti gli adempimenti istruttori inerenti ad un determinato giudizio “si attenuerebbe, sul piano pratico, la distanza rispetto alla figura del giudice istruttore”).

⁸⁴ L. MIGLIORINI, voce *Istruzione del processo amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XVIII, 1990, 1.

⁸⁵ Come è stato osservato, il legislatore del 1971 si era preoccupato di dettare “norme intese ad assicurare che ogni ricorso fosse, sin dal momento della proposizione, adeguatamente istruito, ossia corredato almeno dalla documentazione indispensabile ai fini di una pronuncia di merito [...]” (N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 2009, 212).

⁸⁶ Peraltro, anche l'originario art. 44 del T. u. Cons. Stato prevedeva la possibilità per il presidente di disporre provvedimenti istruttori preliminari alla discussione del ricorso. La norma, che rinviava al regolamento di procedura previsto dal t.u. del 1924 mai adottato, è stata ritenuta inoperante a causa del dettato dell'art. 28 del regolamento di procedura che, come illustrato nel testo, limitava tale

E così, quanto ai primi, si trattava di attività istruttoria preliminare limitata all'acquisizione documentale, posto che il presidente (o un magistrato delegato) ordinava all'amministrazione il deposito in giudizio del provvedimento impugnato e degli altri atti del procedimento (art. 21, c. 6)⁸⁷.

Quanto ai secondi, l'art. 23, c. 5, della legge Tar assegnava al giudice singolo un articolato potere istruttorio potendo disporre tutti gli incumbenti istruttori che ritenesse opportuni in vista del più compiuto esame della controversia.

La legge Tar ha dunque tentato di valorizzare i poteri istruttori monocratici. Sennonché la prassi ha mostrato la difficoltà di procedere all'istruttoria se non in sede di udienza collegiale, la quale, lungi dal definire il giudizio nei casi in cui necessitava un approfondimento probatorio, si concludeva con una decisione interlocutoria finalizzata all'istruttoria⁸⁸.

In parte ha cercato di porvi rimedio l'art. 44, c. 3, del T. u. Cons. Stato, modificato dalla legge n. 205 del 2000, prevedendo che il presidente (o un magistrato delegato) decidesse sui mezzi istruttori, compresa la consulenza tecnica, anche prima che fosse stata fissata l'udienza di trattazione del ricorso.

La norma tuttavia non aveva ancora introdotto una figura di vero e proprio giudice istruttore, ben potendo i provvedimenti istruttori essere assunti dal collegio in sede di udienza di discussione (v. art. 44, c. 3, del T. u. Cons. Stato).

III. L'art. 44, c. 2, lett. a), della legge delega per la redazione del codice amministrativo, nell'ottica di assicurare la snellezza, concentrazione ed effettività della tutela, aveva previsto l'estensione delle funzioni istruttorie esercitate in forma monocratica. Da più parti inoltre era stata sottolineata la necessità di

possibilità alla sussistenza dell'accordo tra le parti (per le differenti posizioni dottrinali v. A. M. SANDULLI, *Il giudizio davanti il Consiglio di Stato e i giudici sottordinati*, Napoli, 1963, 379 - 381).

⁸⁷ Cfr. C. E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo - Diritto amministrativo speciale*, cit., 3350, secondo cui i poteri istruttori del presidente sono in realtà più ampi del semplice riscontro dell'ottemperanza delle parti ai doveri imposti dall'ordinamento ben potendo il giudice rivolgere la propria ordinanza di acquisizione "anche nei confronti di soggetti diversi dalle parti in causa qualora risulti che essi siano detentori di atti connessi o propri del procedimento conclusosi con il provvedimento impugnato" (v. anche art. 21, c. 7, della legge Tar).

⁸⁸ G. PESCE, *Poteri istruttori e mezzi di prova nel processo amministrativo*, cit., 130.

affidare ad un giudice monocratico – con funzioni di giudice istruttore – la conduzione dell'istruttoria⁸⁹.

Con l'istituzione del giudice istruttore, infatti, vi sarebbe un incremento del numero delle cause che pervenirebbero all'udienza di discussione sufficientemente istruite e vi sarebbe anche un potenziamento del tasso di effettività del diritto di azione del ricorrente, il quale potrebbe proporre eventuali motivi aggiunti in *limine litis* sul materiale probatorio depositato dall'amministrazione, anziché quando sia trascorso un notevole lasso di tempo dalla notifica e dal deposito del ricorso introduttivo. Un giudice cioè che “prenda in mano il fascicolo, veda di cosa ci sia bisogno”, rilevi la mancanza di documentazione o la necessità di atti istruttori, in modo da arrivare all'udienza senza che manchi nulla per la decisione⁹⁰.

A ciò si aggiunga che lo svolgimento di un'istruttoria completa nel corso del processo consente al giudice amministrativo di effettuare una valutazione sugli elementi di fatto svincolata da quanto emerso a livello procedimentale, in attuazione dei principi costituzionali del contraddittorio nella formazione della prova e della parità delle parti. Normalmente, invece, a seguito del deposito in segreteria, il ricorso, se non è accompagnato da una domanda cautelare, viene collocato direttamente in archivio, da dove è ripescato soltanto quando matura il tempo per la fissazione dell'udienza di merito⁹¹.

Il Codice, tuttavia, non solo non ha introdotto la figura del giudice istruttore ma non ha neanche esteso le funzioni istruttorie esercitate in forma

⁸⁹ L. BERTONAZZI, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano, 2005, 10 ss., secondo cui la valorizzazione del magistrato istruttore costituisce una “occasione da non perdere”, a cui affidare “un raggio d'azione corrispondente a quello dei poteri istruttori di competenza presidenziale nell'intero arco processuale antecedente l'udienza di discussione del ricorso”.

⁹⁰ R. CHIEPPA, *Un primo bilancio sul nuovo processo amministrativo: il contributo della giurisprudenza e della dottrina prevale sulle aspettative (deluse) di un efficace intervento correttivo del legislatore*, in www.giustizia-amministrativa.it, § 7, il quale osserva tuttavia che “è vero che l'analisi sistematica dei ricorsi da parte di un giudice istruttore potrebbe comportare un onere ingiustificato, dal momento che molti ricorsi sembrano destinati a non essere decisi e l'osservazione è corretta, in quanto l'istituzionalizzazione di una sorta di udienza istruttoria finirebbe per allungare in modo notevole i tempi del processo”. In realtà, lo stesso giudice istruttore potrebbe valutare la completezza o meno del materiale probatorio e solo se del caso fissare un'udienza istruttoria.

⁹¹ F. G. COCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, cit., § 6.

monocratica⁹², posto che l'ammissione di alcuni mezzi di prova (consulenza tecnica e verifica) è riservata al collegio.

E ciò, probabilmente, in ragione dei problemi – in termini di durata del processo – che tale figura ha creato nel processo civile e dell'ampia discrezionalità oggi riconosciuta al giudice sia in fase di ammissione sia in quella di concreta assunzione dei mezzi di prova⁹³, che è apparso più opportuno rimettere al collegio, l'unico organo competente a decidere la controversia⁹⁴. E forse anche per ragioni meramente pratiche quali le difficoltà organizzative e logistiche (nonché finanziarie) connesse al reperimento di spazi e personale che molto spesso sono insufficienti anche per l'ordinario funzionamento degli uffici⁹⁵.

La prevalenza delle esigenze di speditezza accordata dal Codice è stata evidenziata anche dalle prime pronunce giurisprudenziali secondo le quali il nuovo testo normativo, al fine di valorizzare 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, non ha introdotto un'autonoma fase di istruzione della causa, mantenendo fermo il principio di concentrazione dei poteri istruttori e decisorii⁹⁶.

IV. Per il vero, la valorizzazione nella prassi delle funzioni istruttorie monocratiche negli spazi (in verità un po' angusti⁹⁷) lasciati dal Codice potrebbe

⁹² Venendo così meno “ad uno dei principi contenuti nella legge delega che, esplicitamente, all'art. 44, c. 2, lett. a) prevedeva «l'estensione delle funzioni istruttorie esercitate in forma monocratica»” (C. E. GALLO, *Il Codice del processo amministrativo: una prima lettura*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 1022).

⁹³ P. CHIRULLI, *L'istruttoria*, in R. CARANTA (commentario sistematico diretto da), *Il nuovo processo amministrativo*, cit., 556.

⁹⁴ Nondimeno, il giudice istruttore “potrebbe essere sicuramente utile per configurare un meccanismo che dia continuità allo svolgimento del giudizio, svolgimento del giudizio sul quale il Codice non si è impegnato non avendo, in primo grado, collegato alla tardività della costituzione in giudizio delle parti resistenti una qualche conseguenza” (in termini, C. E. GALLO, *Il Codice del processo amministrativo: una prima lettura*, in *Urbanistica e appalti*, cit., 1022).

⁹⁵ M. L. MADDALENA, *Artt. 63-69*, in G. LEONE - L. MARUOTTI - C. SALTELLI (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Padova, 2010, 418-419, i quali evidenziano come la figura del giudice istruttore è del tutto diversa da quella del magistrato relatore.

⁹⁶ Pur con l'importante innovazione – di cui si dirà – rappresentata dall'unificazione delle regole istruttorie per la giurisdizione di legittimità, esclusiva e di merito (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, ord. 6 aprile 2011, n. 904, in www.giustizia-amministrativa.it).

⁹⁷ Si consideri che, ad esempio, le consulenze tecniche e le verificazioni possono essere disposte solo dal collegio, addirittura riducendo la competenza del presidente il quale in precedenza poteva disporre l'ammissione anche della consulenza tecnica. L'unica attività istruttoria espressamente prevista dal

coniugare le esigenze di snellezza del processo e quelle di un completo accesso al fatto, dal momento che lo svolgimento di udienze collegiali potrebbe essere molto dispendioso se dedicato a ricostruire profili di fatto⁹⁸. In altri termini, l'attribuzione ad un singolo magistrato di poteri istruttori lungo tutto lo svolgimento del giudizio potrebbe consentire di istruire adeguatamente il ricorso prima della trattazione in udienza, in modo non dissimile dal giudice istruttore nel giudizio civile, né il principio di collegialità nella decisione della causa osta all'attribuzione a un singolo soggetto di poteri istruttori⁹⁹.

Rimane pur sempre l'assenza nel processo amministrativo di una precisa fase istruttoria, una fase cioè entro la quale l'istruttoria abbia inizio e fine, con il risultato che l'attività istruttoria occupa (nel senso che può svolgersi durante) l'intero processo, dalla sua costituzione sino all'udienza di trattazione, né sono stabiliti modalità e tempi rigorosi per le domande e i provvedimenti istruttori¹⁰⁰. È possibile pertanto che – anche con il Codice del processo – l'istruttoria sia svolta in modo incompleto e parziale al termine della costituzione delle parti e nelle more della fissazione dell'udienza di discussione e si concentri invece soltanto nella fase finale del giudizio: il rischio è di arrivare all'udienza di trattazione e alla decisione della causa sulla scorta di un'istruttoria incompleta e basata sulle sole risultanze procedurali – quantomeno nei casi in cui non vi sia un incidente cautelare – con evidenti ripercussioni in termini di efficienza del sistema e di effettività e pienezza della tutela. Per ovviare a tale inadeguatezza, nella prassi delle aule giudiziarie si è assistito sovente alla fissazione da parte del giudice amministrativo di apposite udienze istruttorie prima dell'udienza di trattazione¹⁰¹,

Codice che il giudice monocratico può ancora esercitare anche d'ufficio pare essere l'ordine all'amministrazione di esibire atti e documenti in base ai quali è stato adottato il provvedimento impugnato (come osservato da A. BRUNI, *Artt. 63-69*, in M. SANINO (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Torino, 2011, 290). Sul punto si tornerà in seguito.

⁹⁸ C. E. GALLO, *Presidente e Collegio nella tutela cautelare: novità e prospettive nella disciplina della legge n. 205 del 2000*, in www.giustizia-amministrativa.it, § 4.

⁹⁹ Cfr. C. E. GALLO, *Lo svolgimento del giudizio nel processo amministrativo*, cit., 542.

¹⁰⁰ Così F. G. SCOCA, *Artt. 63 - 69*, in A. QUARANTA - V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, 553.

¹⁰¹ V. F. PATRONI GRIFFI, *La sentenza amministrativa*, in www.giustizia-amministrativa.it.

e anche le indicazioni provenienti dai tribunali dopo l'entrata in vigore del Codice confermano tale prassi, ancorché *praeter legem*.

2.3. Il principale strumento di accesso al fatto: la consulenza tecnica

I. La previsione, da parte del Codice, della consulenza tecnica non rappresenta una novità nel processo amministrativo, essendo stata introdotta, per la giurisdizione di legittimità, dall'art. 16 legge n. 205 del 2000.

Costituisce il mezzo istruttorio più rilevante per l'accesso al fatto da parte del giudice, grimaldello ineludibile nella verifica del corretto esercizio di attività caratterizzate da un significativo tasso di tecnicismo¹⁰²: si consente al giudice amministrativo di accertare tutti i presupposti di fatto del rapporto controverso anche quando la decisione dell'amministrazione si fonda su apprezzamenti di natura tecnica¹⁰³.

L'istituto in questione intercetta aspetti di estremo interesse per il presente lavoro, relativi ai poteri di indagine sul fatto controverso da parte del giudice amministrativo e alla tutela del diritto di azione delle parti.

II. Preliminarmente, va osservato che gli studiosi del diritto processuale civile ritengono che la consulenza tecnica non sia propriamente un mezzo di prova: non dovrebbe servire a dimostrare la verità di un fatto storico, ma dovrebbe consentire di acquisire gli elementi tecnici necessari per comprendere il significato e il valore di quel fatto¹⁰⁴.

¹⁰² F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo - Profili sostanziali e processuali*, II, Milano, 2008, 1338.

¹⁰³ Con la consulenza tecnica il giudice amministrativo dispone di uno strumento "più sofisticato rispetto a quello tradizionale delle verificazioni per accertare il modo di essere di fatti complessi al di là della rappresentazione che di essi viene fatta nel provvedimento impugnato" (M. CLARICH, *La giustizia amministrativa nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, cit., 400, il quale osserva come in questo modo "si rompe dunque lo schermo frapposto tra il giudice e la realtà di fatto costituito dal provvedimento amministrativo").

¹⁰⁴ V., per tutti, l'insegnamento di C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale*, II, Torino, 2010, 130, secondo cui la consulenza tecnica non è un mezzo di prova "poiché la sua funzione non consiste, almeno direttamente, nel determinare il convincimento del giudice circa la verità o la non verità di determinati fatti, ma nell'offrire all'attività del giudice, in tutti i suoi aspetti [...] l'ausilio di cognizioni tecniche che il giudice di solito non possiede". In giurisprudenza, v., da ultimo, Cassazione civile, Sez. VI, 8 febbraio 2011, n. 3130, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 2, 205, secondo cui la consulenza tecnica d'ufficio non è mezzo istruttorio in senso proprio, avendo la finalità di coadiuvare il giudice nella valutazione di elementi acquisiti o nella soluzione di questioni che necessitano di specifiche

Anche la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che la consulenza tecnica costituisce un mezzo istruttorio utilizzato dal giudice (ordinario) per integrare le proprie conoscenze in ambiti in cui non ritenga di avere sufficiente preparazione: l'ausilio di cognizione tecniche non possedute¹⁰⁵.

Sicché appare discutibile la collocazione – nel Codice – della consulenza tecnica tra i mezzi di prova.

L'inesatta collocazione non può comunque modificare gli assunti consolidati in tema di oneri probatori delle parti. Costituisce, infatti, affermazione consolidata quella secondo cui la c.t.u. non può assolvere l'onere delle parti di allegare e introdurre processualmente i fatti colmando la mancanza di elementi di prova¹⁰⁶. In altri termini, se è vero che la nomina di un consulente consente un'indagine più approfondita sulla vicenda da cui è scaturita la controversia, è altrettanto vero che l'utilizzo di tale strumento non può supplire al mancato assolvimento degli oneri probatori che sono tipici di ogni processo di parti, quale è (anche) quello amministrativo. Del resto, l'utilizzo della consulenza tecnica presuppone l'acquisizione dei fatti nel processo ed è funzionalizzato all'analisi tecnica degli stessi.

conoscenze. Ne consegue che il suddetto mezzo di indagine non può essere utilizzato al fine di esonerare la parte dal fornire la prova di quanto assume, ed è quindi legittimamente negata qualora la parte tenda con essa a supplire alla deficienza delle proprie allegazioni o offerte di prova, ovvero di compiere una indagine esplorativa alla ricerca di elementi, fatti o circostanze non provati.

¹⁰⁵ T.A.R. Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 19 febbraio 2008, n. 102, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Si tratta comunque di una regola che ammette eccezioni, posto che la giurisprudenza ammette la consulenza “in funzione di percezione” (l'accertamento dei fatti) quando le situazioni dedotte in giudizio possano essere accertate soltanto attraverso specifiche cognizioni tecniche: in questi casi l'attività del consulente non è solo di deduzione ma consente anche l'acquisizione dei fatti posti a fondamento della domanda, fermo restando l'onere di allegazione (cfr. G. D'ANGELO, *La consulenza tecnica nel processo amministrativo fra prassi consolidate e spunti innovativi*, in *Foro amm.-TAR*, 2005, 579, ss. In giurisprudenza Cassazione civile, Sez. III, 19 aprile 2011, n. 8989, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 4, 632; T.A.R. Valle d'Aosta, Sez. I, 27 luglio 2011, n. 52, in *Foro amm.-TAR*, 2011, 7-8, 2208, secondo cui la consulenza tecnica d'ufficio ha di norma la funzione di fornire al giudice la valutazione dei fatti già probatoriamente acquisiti e può costituire fonte oggettiva di prova soltanto quando si risolve anche in uno strumento di accertamento di situazioni rilevabili soltanto con ricorso a determinate cognizioni tecniche).

¹⁰⁶ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 6 aprile 2006, n. 1802, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2006, 1227; id., sez. IV, 22 settembre 2005, n. 4958, in *www.giustizia-amministrativa.it*; id., sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5287, in *Foro Amm.*, 2001, 2705.

III. Si è detto che sin dalla legge n. 205 del 2000 l'istruzione probatoria, nella giurisdizione di legittimità, si attua, oltre che attraverso la richiesta di chiarimenti, la richiesta di documenti, l'ordine di compiere nuove verificazioni, anche attraverso la consulenza tecnica.

Non vi sono più dunque limitazioni legislative in ordine ai mezzi istruttori disponibili per il giudice per l'apprezzamento tecnico del fatto. La giurisprudenza tuttavia si è mostrata eccessivamente 'parca' sia nell'utilizzo del nuovo strumento istruttorio sia all'estensione dell'esperibilità dello stesso¹⁰⁷.

Se il primo limite indicato appare davvero poco giustificabile¹⁰⁸, la seconda limitazione discende da considerazioni non soltanto di carattere processuale, ma anche di diritto sostanziale: l'insindacabilità delle valutazioni tecniche dell'amministrazione.

Il problema fondamentale attorno al quale ruota l'attuale dibattito dottrinario e giurisprudenziale sul punto attiene infatti ai limiti di ammissibilità della consulenza tecnica nel processo amministrativo in relazione ad atti che abbiano visto la spendita di discrezionalità tecnica da parte dell'amministrazione.

In altri termini, la complicazione che è sorta è, una volta riconosciuta come non più necessaria l'intermediazione dell'amministrazione nella ricostruzione del fatto e quindi consentito l'accesso diretto del giudice amministrativo alla sua piena conoscenza¹⁰⁹, quella della precisa definizione di esso. Le difficoltà nascono cioè quando non si è soltanto di fronte alla necessità di ricostruire il fatto in sé ma anche gli apprezzamenti tecnici di cui esso si compone ovvero che ad esso siano associati o lo integrino¹¹⁰.

¹⁰⁷ Quasi un atteggiamento "refrattario" del giudice amministrativo nell'utilizzo di tale istituto (così G. D'ANGELO, *La consulenza tecnica nel processo amministrativo fra prassi consolidate e spunti innovativi*, cit., 595).

¹⁰⁸ In realtà, l'art. 63, c. 4, del Codice nel prevedere che la consulenza tecnica possa essere disposta solo "se indispensabile", sembra assecondare la ritrosia dei giudici amministrativi a disporla. Sul punto si tornerà a breve.

¹⁰⁹ Sull'evoluzione del modello di giustizia amministrativa v. *supra* capitolo I.

¹¹⁰ Cfr. G. C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 175.

In tal senso è rinvenibile una sorta di parallelismo tra il percorso seguito in tema di sindacato della discrezionalità tecnica e quello inerente all'utilizzo da parte del giudice amministrativo dello strumento della consulenza tecnica d'ufficio¹¹¹.

Il concetto di discrezionalità tecnica ha dato luogo ad un vastissimo dibattito tra gli studiosi del diritto amministrativo, i quali hanno individuato il terminale delle loro riflessioni, per l'appunto, nel controllo spettante al giudice amministrativo. La questione della discrezionalità tecnica si intreccia così, sin dalle origini del concetto nelle elaborazioni della dottrina, con i profili di carattere giurisdizionale e con il tema del controllo da parte del giudice dell'attività amministrativa¹¹².

IV. Come è noto, si ha discrezionalità tecnica allorquando l'esame di fatti o situazioni rilevanti per l'azione amministrativa necessita del ricorso a cognizioni tecniche e scientifiche di carattere specialistico (discipline mediche, ingegneristiche, biologiche, ecc.). Si tratta di valutazioni amministrative, diverse sia dalla discrezionalità amministrativa sia dall'attività vincolata, le quali si basano su concetti indeterminati di carattere tecnico ed opinabile¹¹³.

Pur separando sul piano sostanziale la discrezionalità tecnica da quella c.d. pura, i primi autorevoli studiosi del tema in discorso tendevano ad accomunare i due fenomeni sotto il profilo del sindacato giurisdizionale, ridendoli entrambi sottratti al controllo da parte del giudice, salvo il limitato ambito di verifica della logicità e ragionevolezza delle decisioni amministrative¹¹⁴. Al riguardo, si è

¹¹¹ Cfr. M. ASPRONE – M. MARASCA – A. RUSCITO, *La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 2009, 75.

¹¹² D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995.

¹¹³ La letteratura è ovviamente vastissima: si v. per tutti D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit., e F. CINTIOLI, voce *Discrezionalità tecnica (dir. amm.)*, in Enc. Dir., *Annali*, II, tomo II, 2008, 471 ss., ed ivi le citazioni bibliografiche.

¹¹⁴ Cfr. la ricostruzione di M. E. SCHINAIA, voce *Consulente tecnico (diritto processuale amministrativo)*, in Enciclopedia giuridica Treccani, Roma, 2002, 1 ss., e in particolare i contributi di F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914 e E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. It.*, 1910, 10 ss. In particolare, secondo Presutti, «salve le ulteriori indagini, qui mi basta dire che la discrezionalità tecnica si concreta nella insindacabilità da parte degli organi esercitanti il sindacato di mera legittimità. Un atto amministrativo, cioè, in tanto è discrezionale in quanto il diritto obiettivo non consenta che un organo giurisdizionale, esercitante sindacato di legittimità, si espliciti su di esso», *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, cit., 19. Sul contributo iniziale della dottrina sulla ricostruzione della discrezionalità tecnica v. ancora A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in*

evidenziato che la giustificazione di tale impostazione è da ricercarsi nella concezione di una maggiore competenza (se non superiorità) della pubblica amministrazione in un contesto storico caratterizzato da un forte intervento dello Stato¹¹⁵.

La successiva specificazione del concetto di discrezionalità amministrativa portò la dottrina a scinderla definitivamente da quella tecnica, ma pur sempre assimilandole sul piano processuale¹¹⁶.

Tale concezione ha notevolmente influenzato la giurisprudenza amministrativa delineandone un orientamento che ancora oggi, nonostante l'emersione di nuovi indirizzi di cui si dirà, fatica ad essere accantonato.

In particolare, ritenendo che in entrambi i casi si trattasse di potere riservato all'amministrazione, l'orientamento giurisprudenziale era nel senso che sia il sindacato sulle valutazioni espressione di discrezionalità amministrativa, sia quello sulle valutazioni tecniche, avesse carattere soltanto estrinseco ossia il giudice dovesse limitarsi a verificare dall'esterno l'*iter* logico seguito per l'adozione del provvedimento¹¹⁷.

Italia (1800-1945), Milano, 2009.

¹¹⁵ Cfr. C. VIDETTA, *L'amministrazione della tecnica – la tecnica tra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2008, 39, secondo cui «il fatto che, nelle ipotesi di discrezionalità tecnica, sia l'amministrazione a dover stabilire quando la caratteristica prevista dalla norma abbia un grado tale da far sorgere l'effetto giuridico preveduto dalla norma stessa e che tale giudizio sia insindacabile da parte del giudice della legittimità, trova la sua spiegazione nella posizione di superiorità della pubblica amministrazione di fronte ai singoli da cui appunto tale insindacabilità deriva».

¹¹⁶ A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1989, 581 ss., secondo cui tanto la discrezionalità amministrativa, quanto la discrezionalità tecnica rimangono “sul piano del merito, e non attengono al profilo della legittimità dell'azione amministrativa. Resta infatti al di fuori di quest'ultimo, secondo la giurisprudenza, per rientrare nel primo, ogni aspetto dell'attività amministrativa nel quale sia lasciata all'autorità una possibile valutazione non alla stregua di norme giuridiche (non importa se governata o non da altre norme prefissate). Vi rientra dunque ... la valutazione della preparazione dei candidati” (593-594). V. anche V. CAIANIELLO, *Relazione di sintesi*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 253 e 255, che afferma il principio della “infungibilità” delle scelte operate dall'amministrazione, siano di discrezionalità amministrativa siano esse di discrezionalità tecnica. Al riguardo, si richiama il pensiero di Ranalletti ad avviso del quale la discrezionalità tecnica o il potere di valutazione tecnica non erano sindacabili dal giudice perché essi erano di fatto riconducibili alla discrezionalità tout court (sul pensiero del citato Autore v. ancora A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, cit., 97-112 e 293-5).

¹¹⁷ Circoscrivendo il proprio controllo alla palese contraddittorietà delle affermazioni, alla loro irragionevolezza ed erroneità (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, 2 settembre 1998, n. 1191, in *Cons. Stato*, 1998, 1314, che ribadisce l'insindacabilità dei giudizi tecnici relativi al riconoscimento della

In altri termini, si affermava che la discrezionalità cosiddetta “tecnica” si differenzia da quella cosiddetta “amministrativa” (in senso stretto) solo con riferimento al suo oggetto, in quanto la prima attiene ad una potestà esercitata in conformità ad una scelta tecnica (ritenendo per tale, secondo l’uso corrente, qualsiasi giudizio espresso sulla base di una scienza specialistica, ad eccezione delle scienze giuridiche e dell’amministrazione), mentre la seconda attiene ad una potestà esercitata in conformità ad una scelta di pura opportunità (e cioè formulata esclusivamente in base ai canoni della scienza dell’amministrazione): nessuna differenza tra i due tipi di discrezionalità sussiste invece quanto ai poteri del giudice amministrativo, sicché questi non può sindacare né il merito della scelta tecnica né il merito della scelta di pura opportunità¹¹⁸.

Sicché era tradizionalmente escluso un controllo giurisdizionale diretto sulle valutazioni tecniche dell’amministrazione.

Peraltro, le limitazioni al sindacato del giudice amministrativo discendevano anche da considerazioni di carattere processuale dal momento che, come illustrato, il Testo unico Cons. Stato non attribuiva il potere di disporre la consulenza tecnica o la perizia al fine di conoscere situazioni di fatto caratterizzate da profili tecnici di particolare complessità, ma unicamente lo strumento della verifica alla quale, come si dirà, erano riconosciuti contenuti e limiti di indagine diversi dalla consulenza tecnica.

V. Come illustrato, l’art. 16 della legge n. 205 del 2000 ha introdotto anche nella giurisdizione di legittimità la consulenza tecnica aprendo la strada alla sindacabilità delle valutazioni tecniche.

Percorso che, in realtà, era già stato avviato dalla dottrina e dalla storica sentenza del Consiglio di Stato n. 601 del 1999.

In particolare, si era rilevato come la definizione di discrezionalità tecnica, così come accolta e tralaticciamente ritenuta in giurisprudenza, costituiva ormai il principale ostacolo di ordine positivo all’accesso diretto del giudice

dipendenza di un’infermità da causa di servizio).

¹¹⁸ Cons. Giust. Amm. Sic., 25 giugno 1990, n. 186, in *Foro Amm.*, 1990, 1514.

amministrativo alla conoscenza dei fatti di causa: dei fatti il cui previo accertamento da parte dell'amministrazione nel caso concreto è condizione per l'esercizio del potere, o dei fatti comunque coinvolti nell'esercizio stesso, la cui conoscenza è necessaria al fine di stabilire la legittimità ovvero la correttezza del provvedimento impugnato¹¹⁹.

Con la nota sentenza n. 601 del 1999, poi, la giurisprudenza amministrativa ha definitivamente espunto le valutazioni tecniche dall'ambito riservato all'amministrazione, interrompendo il percorso di contaminazione tra la sfera della valutazione tecnica e la sfera dell'opportunità amministrativa.

Segnatamente, con la pronuncia citata, il Consiglio di Stato ha reciso definitivamente il legame tra merito e discrezionalità tecnica chiarendo che ciò che è precluso al giudice amministrativo in sede di giudizio di legittimità è la diretta valutazione dell'interesse pubblico concreto relativo all'atto impugnato e dunque al merito amministrativo. La discrezionalità tecnica, precisa il Consiglio di Stato, è altra cosa dal merito amministrativo e attiene all'applicazione di regole tecniche opinabili ma pur sempre relative alla valutazione dei presupposti di fatto del provvedimento: la questione di fatto, relativa ad un presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo, non si trasforma insomma, soltanto perché opinabile, in una questione di opportunità.

In questo modo, si è aperta la strada alla sindacabilità della discrezionalità tecnica non solo attraverso il controllo formale ed estrinseco dell'*iter* logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì invece con la verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo.

¹¹⁹ Così V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 485. In senso favorevole anche G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il cinquantenario del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, 1591, il quale, sulla base del principio di completezza ed effettività della tutela giurisdizionale, sostiene la sindacabilità della discrezionalità tecnica, considerando poco garantista l'orientamento giurisprudenziale di segno contrario. Di recente, L. R. PERFETTI, *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 1997, 1727 ss. e in particolare 1741.

La pronuncia in discorso rappresenta dunque un tappa fondamentale nel percorso del completo accesso al fatto da parte del giudice¹²⁰ segnando la fine, congiuntamente all'ingresso della consulenza tecnica nel processo, del controllo soltanto estrinseco sulla discrezionalità tecnica e i relativi risvolti negativi sul piano della tutela giurisdizionale.

Tuttavia, anche dopo la sentenza n. 601 del 1999, non si è assistito al riconoscimento di un sindacato pieno sulle valutazioni tecniche operate dall'amministrazione. E ciò anche in ragione delle preoccupazioni sollevate nelle conclusioni del ragionamento del Consiglio di Stato e, in particolare, nella parte in cui si afferma che “non è l'opinabilità degli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione che ne determina la sostituzione con quelli del giudice, ma la loro inattendibilità per l'insufficienza del criterio o per il vizio del procedimento applicativo”¹²¹.

VI. Successivamente alla pronuncia in discorso si sono formati i due noti differenti orientamenti sull'intensità del sindacato intrinseco che il giudice può esercitare: il controllo intrinseco c.d. 'forte' e il controllo intrinseco c.d. 'debole'¹²².

Con il primo si indica generalmente il potere del giudice amministrativo di sostituzione della valutazione opinabile della p.a. con il proprio giudizio tecnico, anche attraverso la consulenza.

Il secondo permette di censurare soltanto le valutazioni tecniche che appaiano inattendibili, mentre non sono sindacabili le valutazioni tecnicamente corrette, ma opinabili.

¹²⁰ Decisione che non è azzardato definire storica secondo F. CARINGELLA, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2003, 580.

¹²¹ Cfr. il commento di D. DE PRETIS alla sentenza in discorso, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Gior. dir. amm.*, 1999, 1179, secondo cui “distinguendo fra opinabilità degli accertamenti tecnici dell'amministrazione, la quale, di per sé, non sarebbe sufficiente a legittimare un controllo sostitutivo del giudice, e la loro inattendibilità che (sola) invece lo legittimerebbe, il Consiglio di Stato mostra una certa (ragionevole) preoccupazione di salvaguardare un minimo di spazio riservato all'amministrazione allorché le sue valutazioni appaiano appunto opinabili ma non inattendibili” (1182).

¹²² Sulla distinzione tra controllo forte e controllo debole v. F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d'ufficio e discrezionalità tecnica: l'intensità del sindacato giurisdizionale al vaglio della giurisprudenza*, in F. CARINGELLA - M. PROTTO, *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, Milano, 2002, 707 ss. e in particolare 724-725. Di recente, v. R. CHIEPPA - R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*,

Dall'esame del panorama giurisprudenziale si evince la tendenza del giudice amministrativo ad ammettere il sindacato intrinseco delle valutazioni tecniche dell'amministrazione, ma di tipo debole, ossia negando la possibilità del giudice di sovrapporre la propria valutazione a quella della p.a.

In particolare, tramontata l'equazione discrezionalità tecnica – merito insindacabile, l'orientamento giurisprudenziale prevalente è nel senso che il sindacato sugli apprezzamenti tecnici della p.a. può svolgersi in base (non al mero controllo formale ed estrinseco dell'*iter* logico seguito dall'autorità amministrativa bensì) alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sia sotto il profilo della loro correttezza sia con riguardo al criterio tecnico ed al relativo procedimento applicativo, dovendosi intendere per merito solo i profili di opportunità e convenienza del provvedimento amministrativo, ma escludendosi il controllo di tipo c.d. sostitutivo ¹²³.

L'approdo al quale è giunto la giurisprudenza rappresenta certamente una conquista sul piano dell'effettività della tutela giurisdizionale e, in particolare, sulla piena cognizione dei fatti sottesi al giudizio. Tuttavia, le perplessità sull'efficacia della tutela permangono, soprattutto con riferimento ad ipotesi frequenti di applicazione di discrezionalità tecnica, quali, ad esempio, i provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e ai relativi effetti sui diritti e le libertà economiche che meriterebbero una tutela giurisdizionale senz'altro più adeguata. In un processo amministrativo paritario, infatti, nel quale l'amministrazione non goda di un'attendibilità privilegiata ma per il giudice sia semplicemente parte, è evidente come, rispetto a questo obiettivo, il giudizio

Milano, 2011, 353 ss.

¹²³ Di recente, Cons. Stato, Sez. VI, 14 luglio 2011, n. 4283, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui “il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica si svolge non soltanto riguardo ai vizi dell'eccesso di potere (logicità e ragionevolezza delle decisioni amministrative), ma anche con la verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche compiute dalla P.A. quanto a correttezza dei criteri utilizzati e applicati; resta comunque fermo il limite della relatività delle valutazioni scientifiche, potendo quindi il giudice amministrativo censurare la sola valutazione che si pone al di fuori dell'ambito di opinabilità, cosicché il suo sindacato non resti estrinseco ma non divenga sostitutivo con l'introduzione di una valutazione parimenti opinabile”; Cons. Stato, Sez. IV, 5 marzo 2010, n. 1274, in www.giustizia-amministrativa.it.

ancorato sul sindacato c.d. debole sia, come rilevato in dottrina, un “simulacro di giudizio”¹²⁴.

Anche la disciplina introdotta dal Codice, come si dirà fra un attimo, non sfugge a tali appunti critici.

VII. In realtà, l’approccio timoroso del giudice amministrativo sembra condizionato anche dall’accezione nominalistica: definire le valutazioni tecniche con il termine discrezionalità richiama il concetto di riserva di amministrazione e dunque la cura in via esclusiva dell’interesse pubblico da parte della p.a.¹²⁵. Ma è evidente che tale riserva non può riguardare l’attività che non implica l’apprezzamento del pubblico interesse, ma unicamente l’analisi di fatti, sia pure complessi. In sostanza, è ragionevole l’esistenza di una “riserva di amministrazione” in ordine al merito amministrativo, elemento specializzante della funzione amministrativa; non anche in ordine all’apprezzamento dei presupposti di fatto del provvedimento amministrativo, elemento attinente ai requisiti di legittimità e di cui è ragionevole, invece, la sindacabilità giurisdizionale.

Per dirla con le parole dell’illustre studioso, si può osservare che “tale discrezionalità tecnica non ha proprio nulla di discrezionale e che chiamandosi così per un errore storico della dottrina, l’errore potrebbe anche esser corretto [...]. Malgrado il carattere fortemente valutativo che possiedono siffatti giudizi, essi rimangono nell’ambito dell’apprezzamento tecnico, e non debordano nella potestà discrezionale: abbiamo sempre giudizi tecnici, giuridicamente distinti dai giudizi di opportunità e dal momento decisionale”¹²⁶. L’esercizio di discrezionalità

¹²⁴ A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 460, nota 49, v. anche 456-457 ove si afferma che “alla stregua di una giurisprudenza complessivamente prevalente, il sapere tecnico-scientifico rilevante è quello dell’amministrazione ... E’ un sapere ‘amministrativo’, ossia filtrato attraverso la ‘civilizzazione’ dell’amministrazione, e perciò viene valutato e giudicato alla stregua di qualsiasi prodotto (giuridico) dell’attività amministrativa ... Oggi però non esiste alcuna giustificazione per questa limitazione del sindacato del giudice amministrativo di fronte ad una controversia tecnico-scientifica”.

¹²⁵ L’accostamento dell’aggettivo tecnico al fenomeno della discrezionalità “ha generato numerosi equivoci, favorendo l’atteggiamento giurisprudenziale più volte criticato per l’eccessiva timidezza nell’approccio alle questioni tecniche” (F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 985).

¹²⁶ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1988, 54 ss. Sulle considerazioni ivi enunciate v. F. G. COCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000,

tecnica, dunque, lungi dall'aver ad oggetto una qualunque valutazione, una decisione o una scelta, si risolve in un'operazione "di individuazione della materialità di un fatto, che ancora deve essere qualificato dal punto di vista della norma (di legge), prima di essere valutato sotto il profilo delle esigenze della funzione"¹²⁷.

Attraverso la discrezionalità tecnica, in altri termini, non si tende ad operare una comparazione tra interesse pubblico primario e interessi secondari, bensì a compiere una valutazione di fatti: non si tratta del potere di scegliere quale sia la soluzione più opportuna per l'interesse da perseguire, all'esito della ponderazione degli interessi primari e secondari. Solo rispetto al giudizio di opportunità ha ragione d'essere la sfera riservata insindacabile, laddove, al contrario, l'apprezzamento tecnico deve essere pienamente controllabile in sede giurisdizionale¹²⁸. Ne consegue che il giudice amministrativo non è per questo tenuto a limitare il proprio apprezzamento ad un esame estrinseco della valutazione discrezionale, dovendo invece l'oggetto del giudizio estendersi all'esatta valutazione del fatto; sicché se è vero che il giudice non può sostituire il proprio apprezzamento alle valutazioni di opportunità, è anche vero che il medesimo giudice non può esimersi dal valutare l'eventuale erroneità dell'apprezzamento compiuto dall'amministrazione nell'esercizio della discrezionalità tecnica, in relazione alla quale l'esercizio del potere richiede non una scelta di opportunità, ma l'esatta valutazione di un fatto secondo i criteri di una determinata scienza o tecnica¹²⁹. L'apprezzamento degli elementi di fatto del provvedimento, siano essi semplici o tecnicamente complessi, attiene sempre alla

1050-1051.

¹²⁷ A. PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, Milano, 88. Si v. anche V. OTTAVIANO (*Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione*, in *ID.*, *Scritti giuridici*, I, Milano, 1992, 215-216) il quale, nell'indagare i poteri del giudice ordinario sugli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione, chiariva come questi ultimi "non danno luogo in se stessi ad attività discrezionale, non importando valutazioni dell'interesse pubblico".

¹²⁸ V., con riferimento all'esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'Autorità antitrust e il relativo sindacato giurisdizionale, F. CINTIOLI, *Concorrenza – istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010, 123 ss.

¹²⁹ Così, condivisibilmente, S. CACACE, *La ricorrenza "guicciardiana" ed il processo amministrativo tra "vetera et nova"*. *L'istruttoria*, in www.giustizia-amministrativa.it, § 4.

legittimità del provvedimento e, pertanto, non può essere sottratto al giudice, pena la violazione dei principi costituzionali del giusto processo.

Sicché è condivisibile l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il potere di controllo del giudice amministrativo sul giudizio tecnico dell'organo amministrativo deve consentire di accertare direttamente i fatti e di controllare la ragionevolezza delle relative analisi, posto che la discrezionalità tecnica risulta priva del momento della scelta, dato che si risolve in un'attività di giudizio, condotta attraverso la sola acquisizione e valutazione di dati della realtà (si tratterebbe, in altri termini, di una mera attività di acquisizione di scienza o di manifestazione di giudizio, da contrapporsi alla manifestazione di volontà che, invece, contraddistingue la discrezionalità amministrativa)¹³⁰. Del resto, sarebbe

¹³⁰ Ad esempio, in un recente giudizio avente ad oggetto la censura, da parte del ricorrente, del diniego del riconoscimento della dipendenza di una infermità da causa di servizio, è stata disposta una consulenza tecnica proprio al fine di accertare, anche mediante l'esame diretto del paziente, se il rapporto causa/effetto vi fosse: accertamento che ha avuto esito positivo, con conseguente annullamento degli atti impugnati (Cons. Stato, Sez. VI, 18 dicembre 2009, in *Publica* 2010). Si può citare ancora la sentenza n. 334 del 2004 con la quale il Consiglio di Stato, sulla scorta della relazione della consulenza tecnica, ha ritenuto che l'infermità lamentata da un dipendente del Ministero dell'Istruzione era "ascrivibile" ad una categoria differente da quella indicata dall'amministrazione (Cons. Stato, Sez. VI, 3 febbraio 2004, n. 337, in *www.giustizia-amministrativa.it*). Cfr. anche Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, in *Foro it.*, 2004, III, 6, secondo cui "il sindacato del giudice amministrativo non è un mero sindacato di tipo estrinseco, come sostenuto in giudizio, ma è un sindacato intrinseco, che non incontra alcun limite con riguardo all'accertamento dei fatti oggetto di indagine [...]. Al giudice amministrativo spetta quindi di verificare, *ex post*, l'operato dell'Autorità e in tale controllo il giudice non incontra alcun limite, tenuto conto che anche nel modello impugnatorio il sindacato giurisdizionale è oggi particolarmente penetrante e, nelle controversie quale quelle in esame, si estende sino al controllo dell'analisi economica compiuta dall'Autorità (potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame). Tale impostazione esclude ogni vulnus alla tutela giurisdizionale e le stesse censure proposte dalle imprese sembrano incentrarsi maggiormente sulla (criticata) limitazione del controllo giurisdizionale ad un sindacato "di tipo debole", emergente dai principi in precedenza affermati dalla Sezione, senza la verifica in concreto del controllo svolto dal giudice amministrativo. In realtà, con l'espressione sindacato "di tipo debole" la Sezione non ha inteso limitare il proprio potere di piena cognizione sui fatti oggetto di indagine e sul processo valutativo, mediante il quale l'Autorità applica alla fattispecie concreta la regola individuata. Con tale espressione si è inteso porre solo un limite finale alla statuizione del giudice, il quale, dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo valutativo svolto dall'Autorità in base a regole tecniche, anch'esse sindacate, se ritiene le valutazioni dell'Autorità corrette, ragionevoli, proporzionate ed attendibili, non deve spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché altrimenti assumerebbe egli la titolarità del potere". Tra le pronunce di primo grado, T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 19 aprile 2006, n. 465, in *Corriere merito*, 2006, 1341; nel caso di specie il Tar ha annullato il provvedimento nella parte in cui prevedeva una capienza del locale non superiore a 200 persone anziché 400, così come accertato dal consulente tecnico. Anche T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 11 dicembre 2000, n. 7702, in *Urbanistica e appalti*, 2001, 555 secondo cui "avuto riguardo a tale peculiare quadro di apprezzamento il Collegio ritiene che esso sia pienamente riscontrabile in sede

altrimenti del tutto superflua una norma che consente al giudice di avvalersi dell'ausilio di un terzo imparziale per la conoscenza di aspetti specialistici, patrimonio esclusivo di professionisti del settore¹³¹.

Tuttavia, l'orientamento citato è minoritario nel panorama giurisprudenziale che invece vede prevalente l'esclusione del sindacato c.d. forte.

Su un medesimo piano di 'timidezza' si colloca la disciplina codicistica che, come si dirà, sembra limitare il ricorso alla consulenza tecnica: l'art. 63, c. 4, prevede infatti che la consulenza tecnica possa essere disposta solo "se indispensabile".

VIII. In realtà, sia gli assunti giurisprudenziali sia le novità normative andrebbero riletti da un differente punto di vista: la questione pare più di natura terminologica che di carattere sostanziale. I limiti ai poteri di indagine del giudice non dovrebbero derivare dall'esercizio di discrezionalità tecnica da parte dell'amministrazione che, come detto, non può rappresentare un ostacolo alla sindacabilità, ma dall'essere la discrezionalità tecnica 'intrecciata' con quella pura. Soltanto nei casi in cui sia impossibile scindere il momento della valutazione tecnica da quello della ponderazione dell'interesse pubblico, in quanto le due determinazioni si sovrappongono e sono quasi contestuali, sarà allora precluso al giudice un sindacato di tipo forte. Viceversa, laddove i due momenti – quello tecnico e quello propriamente amministrativo – siano distinti nessuna limitazione sussiste nell'esercizio dei poteri di indagine e di sindacato pieno da parte del giudice¹³². Va però precisato che non sempre è rintracciabile una sicura distinzione

di verifica istruttoria, non investendo in alcun modo aspetti di stretta discrezionalità riservata all'Amministrazione, ma solo profili o di attività vincolata a priori ovvero eminentemente tecnici, rispetto ai quali non può essere interdetto nei giudizi di legittimità un controllo ben più penetrante di quello meramente estrinseco e formale possibile in base ai soli strumenti dell'eccesso di potere".

¹³¹ Cfr. F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d'ufficio e discrezionalità tecnica: l'intensità del sindacato giurisdizionale al vaglio della giurisprudenza*, in F. CARINGELLA - M. PROTTO, *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, cit., il quale tuttavia precisa che la novità normativa, pur consentendo il superamento del limite processuale frapposto all'accertamento giudiziale delle valutazioni tecniche, non consente espressamente al giudice di sostituire in ogni caso le risposte del consulente alle decisioni amministrative.

¹³² Cfr. F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d'ufficio e discrezionalità tecnica: l'intensità del sindacato giurisdizionale al vaglio della giurisprudenza*, in F. CARINGELLA - M. PROTTO, *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, cit., 726-727, secondo cui qualora sia possibile tenere separate, sul piano logico, il

tra il momento di valutazione tecnica e quello inerente al perseguimento dell'interesse pubblico (che consentirebbe l'esercizio di un sindacato sostitutivo), posto che tale linea di demarcazione è in realtà spesso sfuggente.

La conclusione cui ora si è giunti trova conferma anche nella giurisprudenza la quale ha rilevato come nelle valutazioni tecniche complesse è dato registrare sovente una contestualità cronologica ed una parziale sovrapposizione logica fra il momento della valutazione tecnica e la ponderazione dell'interesse pubblico e più in generale la fusione dei due momenti in un procedimento logico unitario: per tali valutazioni complesse, è proprio la stretta comunicazione fra apprezzamento tecnico opinabile e scelta di merito, intesa come apprezzamento dell'interesse pubblico concreto, ad essere stata ritenuta indice dell'esistenza di un potere di valutazione tendenzialmente riservato all'amministrazione¹³³.

Anche nell'indirizzo giurisprudenziale sviluppatosi a seguito della sentenza n. 601 del 1999 (che, comunemente, è considerata l'arresto con il quale è stata sancita la sindacabilità della discrezionalità tecnica, ma di carattere debole, pur non

momento della valutazione tecnica opinabile e quello della determinazione amministrativa (si pensi al caso dell'accertamento medico-specialistico volto ad accertare il nesso di causalità tra prestazioni lavorative e malattie del dipendente, per il riconoscimento dell'indennità per causa di servizio), è ipotizzabile un controllo giudiziale di tipo forte. Viceversa, nelle ipotesi in cui il provvedimento risponde allo schema in cui la valutazione tecnica si fonde con la determinazione finale, cioè con la ponderazione dell'interesse pubblico (si pensi alla perimetrazione di una determinata zona in sede di redazione di un piano regolatore generale), il sindacato giurisdizionale può assumere soltanto i connotati del controllo di tipo debole. In giurisprudenza, v. Cons. Stato, Sez. VI, 4 settembre 2007, n. 4635, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui “le valutazioni della commissione nell'ambito di una procedura concorsuale per posti di professore universitario costituiscono espressione dell'esercizio della c.d. discrezionalità tecnica, o meglio costituiscono volendo utilizzare altra terminologia valutazioni tecniche. A prescindere dalla terminologia prescelta, è oggi pacifico che si tratta di valutazioni pienamente sindacabili dal giudice amministrativo, sia sotto il profilo della ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità che sotto l'aspetto più strettamente tecnico. [...]. Le valutazioni della commissione di un concorso universitario siano sindacabili dal giudice amministrativo; ciò premesso, appare evidente che se il sindacato si limita a prendere atto delle formali valutazioni della commissione (attività modesta, buona, ottima) non viene garantita una tutela giurisdizionale effettiva. Tuttavia, è anche chiara la difficoltà da parte del giudice nell'esercitare un sindacato intrinseco in presenza di procedure concorsuali, in cui, al di là delle previsioni del bando, sono forti la caratterizzazione da parte dei componenti della commissione e le valutazioni, anche soggettive, espresse dai componenti di questa. Tale difficoltà non deve condurre ad una rinuncia all'esercizio di un sindacato, che tenda ad una tutela giurisdizionale sempre più effettiva, anche se deve nel contempo essere evitato il rischio di sconfinamenti da parte del giudice nell'attività amministrativa di diretta valutazione, propria solo dell'amministrazione e delle commissioni giudicatrici?”.

¹³³ V. Cons. Stato, Sez. VI, 1° ottobre 2002, n. 5156, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

avendo quest'ultima introdotto i concetti di sindacato forte o debole) è possibile scorgere tale valutazione.

Ed infatti, nelle pronunce in discorso, il sindacato forte del giudice non è escluso dalla presenza di valutazioni tecniche da parte dell'amministrazione, ma dall'essere queste intrecciate con considerazioni di opportunità, insomma: vi è un po' di discrezionalità amministrativa e un po' di tecnica, intesa come applicazione di regole non comprovabili. I giudizi tecnici opinabili – è confermato anche in tali decisioni – sono interamente attratti, senza limiti preconcepi, nella cognizione del giudice, che potrebbe pertanto sostituire il proprio giudizio opinabile al giudizio opinabile dell'amministrazione; l'opportunità amministrativa, invece, poiché inerisce (solo essa) al merito dell'azione amministrativa è estranea ai poteri d'indagine del giudice. In una battuta: la valutazione tecnica ha una propria valenza oggettiva che la rende neutrale rispetto al merito amministrativo.

Tuttavia, come detto¹³⁴, è frequente riscontrare una linea di demarcazione molto sfuggente tra il momento della valutazione tecnica opinabile e quello della ponderazione dell'interesse pubblico, insieme con l'interesse del ricorrente e degli altri interessi in gioco. Accade, insomma, che la valutazione tecnica e la ponderazione degli interessi talora appaiono fuse in un procedimento logico unitario.

E' dunque la stretta connessione tra apprezzamento tecnico opinabile e scelta di merito a provare l'esistenza di un potere di valutazione tendenzialmente riservata all'amministrazione, non già nel senso della preclusione del controllo giurisdizionale, ma nel senso che non è concesso un sindacato con poteri sostitutivi¹³⁵.

¹³⁴ E rilevato anche in giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5287, in *Foro it.* 2002, III, 414 (la sovrapposizione di giudizi tecnici con valutazioni di opportunità ha precluso al giudice, nel caso di specie, l'esercizio di un sindacato di tipo forte). Più di recente, Cons. Stato, Sez. VI, 7 novembre 2005, n. 6152, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2005, 3360.

¹³⁵ V. Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2001, n. 1247, in *Urbanistica e appalti* 2001, 866, il quale chiarisce che ciò che è insindacabile è la successiva valutazione di interesse pubblico compiuta dalla p.a. sulla scorta degli apprezzamenti tecnici effettuati. In particolare, nella citata pronuncia si legge che "il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche della p.a. non si limita al controllo formale ed estrinseco dell'iter" logico seguito dall'attività amministrativa, ma, ove ciò sia necessario per valutare

E che l'esercizio della (sola) discrezionalità tecnica non comporti la spendita di poteri propriamente discrezionali ma si concreti nell'esame di un fatto (pur se tecnicamente complesso) è dimostrato anche dal rapporto fra giudice civile e valutazioni tecniche della p.a., nel quale il primo non ha alcun particolare atteggiamento di "deferenza" nei confronti delle decisioni tecniche della seconda¹³⁶.

In materia di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale della p.a., infatti, la presenza di discrezionalità tecnica non impedisce al giudice di esercitare i propri poteri di indagine, e ciò in ottemperanza agli articoli 24 e 113 della Costituzione¹³⁷. In sostanza, in tali ipotesi, l'amministrazione deve sottostare al sindacato pieno del giudice civile il quale può disporre gli accertamenti necessari, per quanto complessi possano essere¹³⁸. Il giudice ordinario quindi non è limitato nei suoi poteri cognitori dalla presenza di valutazioni tecniche della pubblica amministrazione potendo e può conoscere invece con la pienezza dei suoi strumenti istruttori dell'attività compiuta e ciò proprio in ragione della tecnicità immanente alla discrezionalità tecnica¹³⁹. D'altronde, trattandosi di accertare la sussistenza di presupposti di fatto dell'agire amministrativo, nessun possibile problema di interferenza con l'esercizio di funzioni amministrative si pone.

l'illegittimità del provvedimento impugnato, può anche consistere nella verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza, quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo. Resta, in ogni caso, fermo il principio secondo cui non spetta al giudice amministrativo riesaminare le autonome valutazioni dell'interesse pubblico compiute dall'amministrazione, sulla base delle cognizioni tecniche acquisite; la frequente contestualità, se non commistione, fra i due profili lascia, infatti, intatta la necessità di distinguere accuratamente i due aspetti, che riflettono il confine tra legittimità e merito del provvedimento".

¹³⁶ Cfr., F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti "regolatrici"*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2000, 469, il quale nel descrivere le modalità e i limiti del controllo del giudice sulle autorità indipendenti esamina l'atteggiamento di "deferenza" dei primi sulle seconde (471, con richiami all'esperienza comparata).

¹³⁷ Attraverso la nomina del consulente tecnico, infatti, l'autorità giudiziaria ordinaria "riesce sempre a penetrare la pretesa valenza tecnica della decisione medesima, da chiunque assunta" (G. C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, cit., 140). V. anche M. V. LUMETTI, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Padova, 2012, 338.

¹³⁸ Cfr. V. OTTAVIANO (*Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione*, in ID., *Scritti giuridici*, cit., 215 ss. ad esempio "per stabilire se l'amministrazione, nello svolgere la sua attività, per imperizia o negligenza abbia violato il principio *neminem laedere*").

¹³⁹ V. M. DEL SIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. Amm.*, 2000, 185 ss. e in particolare 189-190 con richiami di

IX. Sicché, riprendendo il discorso sui limiti interni di giurisdizione, pare indubitabile che consentire un sindacato pieno sulla discrezionalità tecnica rappresenti una garanzia per le parti del processo, sincronizzando il giudizio amministrativo con le coordinate costituzionali e comunitarie in punto di effettività della tutela giurisdizionale. Al superamento dell'area di insindacabilità delle valutazioni tecniche corrisponde infatti un recupero di paritarietà nella posizione del privato nei confronti dell'amministrazione.

A meno che, beninteso, le preoccupazioni della dottrina e della giurisprudenza attengano invece al rischio di sostituire le valutazioni di opportunità della p.a. con le statuizioni del giudice e che con limite del controllo forte si intenda appunto il merito amministrativo. In tal caso non vi sarebbe nulla da obiettare, posto che nessuna lesione di tutela può configurarsi, ma ancora una volta basta intendersi con le parole. Ciò che rileva, in sostanza, non è la qualificazione del controllo come 'forte' o 'debole' ma l'esercizio di un sindacato cui è attribuito il compito di verificare - senza alcuna limitazione - se il potere sia stato correttamente esercitato.

Ed infatti, anche la recente giurisprudenza è orientata nel senso di abbandonare la terminologia "sindacato forte o debole", per porre invece l'attenzione unicamente sulla ricerca di un sindacato (comunque non debole, se si vuole continuare ad usare le definizioni ricorrenti) tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito di accertare se il potere attribuito alla p.a. sia stato correttamente esercitato, salvo ovviamente il sindacato sul merito della scelta amministrativa. Tale ultimo orientamento 'rifiuta' cioè limiti alla tutela giurisdizionale dei soggetti coinvolti dall'attività amministrativa, escludendosi che la difesa in giudizio delle imprese possa essere limitata dal tipo di sindacato esercitato dal giudice amministrativo, trattandosi di un sindacato che può dunque

giurisprudenza civile.

essere definito “forte, pieno ed effettivo”¹⁴⁰. In questo modo, si evita che il divieto del giudice di sostituirsi all’attività amministrativa sia trasferito dall’ambito del potere decisorio a quello del potere di cognizione: conoscere direttamente un fatto non significa sostituirsi all’amministrazione nell’adozione del provvedimento; significa invece valutare se la rappresentazione dei fatti posta a base del provvedimento sia aderente alla realtà.

In sostanza, si va formando un argomentato e condivisibile orientamento che, superando la terminologia comune che continua a creare frizioni tra la dottrina e la giurisprudenza, sposta l’attenzione sull’obiettivo finale ossia sulla necessità che al giudice amministrativo non sia precluso l’accertamento pieno del fatto. Ma nonostante questo ulteriore indirizzo è chiaro che in materia il quadro dell’analisi giurisprudenziale e della discussione teorica appare lontano da una conseguita e auspicabile stabilità.

X. Segnati i confini (a dire il vero ancora incerti), occorre ora stabilire in che modo la disciplina codicistica possa modificare i termini del dibattito di cui si è detto, posto che, assunta la sindacabilità della discrezionalità tecnica – in disparte le considerazioni sull’intensità del sindacato –, risulta particolarmente preziosa se non indispensabile la collaborazione del c.t.u.

Il Codice si occupa della consulenza tecnica d’ufficio sia in apertura del Titolo III del Libro Secondo dedicato ai mezzi di prova e attività istruttoria sia nell’articolo 67 ad essa dedicato, introducendo una disciplina che – salvo quanto subito si dirà – si pone in linea con la normativa pregressa.

In particolare, l’art. 63, c. 4, prevede che “qualora reputi necessario l’accertamento di fatti o l’acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche, il giudice può ordinare l’esecuzione di una verifica ovvero, se indispensabile, può disporre una consulenza tecnica”¹⁴¹.

¹⁴⁰ Cfr., da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI, 29 settembre 2009, n. 5864, in www.giustizia-amministrativa.it. In dottrina, R. CHIEPPA – V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 224.

¹⁴¹ Cfr. anche l’art. 19, c. 1, del Codice ai sensi del quale “il giudice può farsi assistere, per il compimento di singoli atti o per tutto il processo, da uno o più verificatori, ovvero, se indispensabile, da uno o più consulenti”.

Sicché, si coglie subito la singolarità del disposto normativo, dal momento che la consulenza tecnica è posta in un rapporto di “subordinazione” rispetto alla verifica ed è condizionata ad un giudizio di indispensabilità, giungendo così a declassare di fatto l'utilizzo della c.t.u. a mezzo istruttorio secondario rispetto agli altri.

Alla luce del percorso evolutivo che si è tracciato sino a qui, appare invero discutibile la formulazione della disciplina codicistica. Escludendo che il legislatore abbia inteso mettere in discussione con un tratto di penna le conquiste in tema di effettività di tutela e fermo restando che quindi che al giudice è ormai consentito un pieno accesso al fatto e l'esame di qualunque tipo di valutazione tecnica compiuta dall'amministrazione, è possibile individuare la *ratio* dell'art. 63 leggendolo in combinato con le ulteriori disposizioni in tema di istruzione probatoria.

In altri termini, per il giudice amministrativo l'unico limite dovrebbe essere costituito dalla coerenza dell'impiego della consulenza tecnica con i principi dell'istruttoria, ed in particolare rispetto al principio di prova e all'onere dell'allegazione dei fatti principali e secondari nel processo: la consulenza tecnica non può supplire l'onere delle parti di allegare i fatti e introdurli nel processo. E in questa ottica che necessariamente deve essere letto il disposto di cui all'art. 63 del Codice nella parte in cui ritiene ammissibile la consulenza tecnica “se indispensabile”¹⁴², e non certo nel senso letterale della disposizione.

Al riguardo, si è pure sostenuto che il legislatore abbia inteso limitare l'utilizzo della consulenza in situazioni nelle quali la delicatezza e la complessità delle valutazioni tecniche non si prestano a essere utilmente ripercorse da un consulente esterno pur qualificato stante l'opinabilità delle soluzioni¹⁴³. Sulla scia,

¹⁴² Cfr. A. BRUNI, *Artt. 63 - 69*, in M. SANINO (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, cit., 291.

¹⁴³ In termini, C. E. GALLO, *Il Codice del processo amministrativo: una prima lettura*, in *Urbanistica e appalti*, cit., 1021, il quale aggiunge che è “certamente prudente evitare di contrapporre a valutazioni tecniche di apparati amministrativi complessi giudizi di singoli consulenti che non è detto posseggano nello specifico la medesima preparazione”. Tesi riproposta dall'Autore in *Poteri istruttori del giudice amministrativo*, in *www.ius-publicum.com*, § 5, in cui si afferma che il Codice avrebbe voluto evitare “che valutazioni tecniche di un'amministrazione particolarmente qualificata” possano essere contraddette in

si direbbe, dei principi elaborati dalla Corte Suprema Federale degli Stati Uniti nel noto caso *Chevron*¹⁴⁴, nel quale, a fronte di determinazioni delle *independent regulatory agencies* (autorità separate dal complesso dell'organizzazione e incaricate di svolgere le funzioni in un singolo settore), la Corte Suprema ha affermato che i giudici possono disattendere l'interpretazione che un'agenzia abbia dato ad una legge, soltanto quando tale interpretazione sia contraria alla volontà chiara ed espressa del legislatore; e ciò, sulla scorta di una delegazione implicita da parte del Congresso alle autorità indipendenti delle decisioni dei casi in cui il legislatore non si sia espressamente pronunciato indicando una precisa soluzione¹⁴⁵.

O ancora, si è ritenuto che l'obiettivo prefissato dal Codice in realtà consiste in ragioni di economia processuale¹⁴⁶, che tuttavia, quantomeno con riferimento alla verifica, non paiono sussistere posto che, come si dirà, anche le verificazioni oggi hanno possono avere "costi" analoghi a quelli della consulenza tecnica¹⁴⁷.

La perplessità della tecnica legislativa pur sempre rimane: il rischio è infatti di assecondare la ritrosia manifestata in questi anni da parte della giurisprudenza verso l'utilizzo delle consulenze¹⁴⁸. Si pensi, ad esempio, che in passato si è ritenuto che la consulenza tecnica non potesse essere disposta se *prima facie* l'atto

giudizio sulla scorta di una "qualsivoglia" consulenza tecnica.

¹⁴⁴ *Chevron Usa Inc. v. Natural resources defense council*, 104, S. Ct., 1984, 2778.

¹⁴⁵ In realtà, come rilevato in dottrina, la tesi della delegazione implicita non appare convincente, dal momento che i criteri indicati dalla Corte Suprema (chiarezza della norma/non irragionevolezza dell'interpretazione) sono suscettibili di ampia manipolazione e sono di portata incerta (cfr. F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti "regolatrici"*, in *Mercato, concorrenza, regole*, cit., 469 ss.). Inoltre, si tratta di principi affermati in un ordinamento, quello americano, nel quale alcune funzioni, affidate in Italia alle autorità, sono invece svolte direttamente dal giudice, come avviene per le decisioni in materia antitrust (cfr. R. CHIEPPA – V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, cit., 216).

¹⁴⁶ L. MASI, *Discrezionalità tecnica - accertamenti tecnici e sindacato del giudice amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 1353.

¹⁴⁷ Rileva infatti R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, § 3, come "il *favor* manifestato in favore della verifica, rispetto alla CtU, disposta 'se indispensabile' appare poco comprensibile. L'inciso 'solo se indispensabile', se diretto a conseguire risparmi di spesa è inidoneo a raggiungere lo scopo, in quanto anche le verificazioni hanno oggi costi corrispondenti a quelli delle CtU, come appena stabilito anche dal Codice. L'inciso non è, comunque, corretto perché sembra far intendere che gli altri mezzi il giudice li dispone anche se non indispensabili; sarebbe anzi contraddittorio con le dichiarate finalità di risparmi ritenere che la verifica possa essere disposta anche se non indispensabile".

impugnato non appariva illegittimo perché affetto da vizi logici o di travisamento dei fatti¹⁴⁹: si tratta di argomentazioni chiaramente non persuasive che, tuttavia, potrebbero trovare una sponda nell'attuale formulazione del Codice.

Condizionare infatti l'ammissione della consulenza ad un giudizio di indispensabilità o di stretta necessità rappresenta certamente un ulteriore ostacolo al pieno accesso al fatto da parte del giudice.

Se si vuole scongiurare il rischio di sovrapporre la valutazione del consulente di cui si dubita del grado di preparazione la soluzione non deve essere ricercata nel limitare a livello normativo l'ammissione del mezzo istruttorio (peraltro, come detto, per prassi già fortemente sottoutilizzato), ma nell'accortezza nella scelta del consulente (anche, se del caso, con l'istituzione di uno specifico albo di consulenti tecnici qualificati, appartenenti a centri di ricerca o laboratori universitari) e, soprattutto, nel potere che il giudice amministrativo ha (come quello ordinario) di discostarsi dalle risultanze della consulenza qualora questa si appalesi carente, insufficiente o illogica¹⁵⁰.

Quanto alle ragioni di economia processuale, la precisazione rimane poco comprensibile, posto che il principio di economia processuale già impone al giudice amministrativo (come del resto ad ogni organo giudicante) di ricorrere alla consulenza soltanto ove gli strumenti cognitivi dell'organo giudicante non siano sufficienti e necessitino del supporto di un professionista terzo.

Probabilmente sarà purtroppo necessaria un'interpretazione giurisprudenziale c.d. ortopedica anche per scongiurare eventuali questioni di legittimità costituzionale: il giudice amministrativo potrebbe determinarsi a

¹⁴⁸ Così G. D'ANGELO, *Osservazioni sulle disposizioni in tema di istruttoria*, in *Foro it.*, cit., 221.

¹⁴⁹ A. MEZZOTERO - P. MAZZA, *Art. 63 - Mezzi di prova*, in R. GAROFOLI - G. FERRARI (a cura di), *Commento al codice del processo amministrativo*, Roma, 2011, 1009,

¹⁵⁰ Anche nel processo amministrativo vale il principio *judex peritus peritorum*, sicché il giudice può disattendere le valutazioni tecniche del consulente, purché dia un'adeguata motivazione (v., di recente, T.R.G.A., Trento, Sez. I, 28 ottobre 2010, n. 207, in *Foro amm.-TAR*, 2010, 10, 3131 secondo cui "la consulenza tecnica è un mezzo istruttorio sottratto alla disponibilità delle parti e affidato al prudente apprezzamento del giudice di merito, il quale, tuttavia, nel valutarne l'esito deve ostendere in ogni caso le ragioni del proprio convincimento. Le risultanze del consulente tecnico nominato dal giudice non precludono a quest'ultimo di effettuare un'autonoma valutazione e qualificazione dei fatti accertati, pur tenendo conto dei dati oggettivi emersi dalla disposta consulenza tecnica").

disporre di norma la consulenza tecnica, ritenendo che nel concetto di “indispensabilità” vada ricompresa, ad esempio, l’esigenza di garantire la terzietà dell’ausiliario¹⁵¹.

Nonostante gli ostacoli frapposti dal Codice, l’auspicio è comunque che l’ambito di utilizzazione della consulenza tecnica possa progressivamente ampliarsi rappresentando uno strumento prezioso a disposizione del giudice amministrativo, la cui più ampia utilizzazione potrà condurre a ulteriori sviluppi nel sindacato sulla discrezionalità e sulle valutazioni tecniche complesse e contribuire al progresso del giudizio amministrativo verso una tutela piena ed effettiva, visto sotto l’angolo visuale dell’accesso al fatto da parte del giudice.

2.4. Gli attuali (necessari?) spazi per la verifica nel processo amministrativo

I. Come illustrato nel precedente capitolo, un profilo particolarmente critico dell’istruzione probatoria sul piano della tutela apprestata era costituito, nel quadro normativo pregresso, dalla soluzione normativa offerta per i casi in cui si ritenesse necessario l’acclaramento di fatti particolarmente complessi per il quale poteva farsi esclusivamente riferimento alla verifica (art. 44 r. d. n. 1054 del 1924; art. 26 r. d. n. 642 del 1907). Con l’approvazione del Codice del processo amministrativo occorre chiedersi, subentrata ormai definitivamente nel sistema la consulenza tecnica d’ufficio, quali siano gli spazi riservati alla verifica e se essa rappresenti ancora oggi un utile strumento di indagine sul fatto per il giudice amministrativo.

I limiti più evidenti della verifica consistevano nel fatto che il giudice chiedeva alla stessa amministrazione parte in causa di effettuare - appunto - una verifica su determinati profili della fattispecie dedotta in giudizio, difetto appena temperato dall’obbligo di avvertire le parti per consentire loro, eventualmente

¹⁵¹ Come suggerito da E. DE FRANCISCO, *Il nuovo Codice del processo amministrativo: il giudizio di primo grado*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, § 3, il quale ritiene che il Codice abbia imposto “una gerarchia, obiettivamente sbagliata”.

attraverso la presenza di tecnici, di assistervi¹⁵². Una sorta di delega del giudice all'amministrazione per l'espletamento di accertamenti o di verifiche.

Era dunque la stessa parte che operava quale collaboratore del giudice nella fase istruttoria, il che poneva fortemente in dubbio l'imparzialità nell'assunzione delle prove che è elemento imprescindibile in ogni ordinamento processuale¹⁵³. L'assenza di imparzialità¹⁵⁴ era il più possibile attenuata dal giudice amministrativo il quale, quantomeno di recente¹⁵⁵, si era orientato nel senso di affidare l'effettuazione della verifica ad organi tecnici di amministrazioni diverse da quelle in causa che, in ragione della distanza dalla vicenda processuale, garantivano una maggiore terzietà (se non proprio neutralità)¹⁵⁶. Anche in dottrina si era ritenuto che la lettera della legge consentisse di affidare l'esecuzione di tale mezzo

¹⁵² Come detto, infatti, al contrario dell'art. 37 della r. d. n. 6166 del 1889, il quale prevedeva che le singole verificazioni dovevano essere eseguite in contraddittorio tra le parti, se autorizzate dalla sezione ad assistervi "quando sia il caso", l'art. 26 del r. d. n. 1054 del 1924, prevedeva la facoltà per il giudice di "ordinare all'amministrazione medesima di fare nuove verificazioni, autorizzando le parti ad assistervi ed anche a produrre determinati documenti". Come rilevato, la partecipazione delle altre parti alla verifica deve essere intesa non come "mera assistenza", ma assegnando e riconoscendo "al ricorrente, fermi i poteri di direzione dell'amministrazione in assenza del giudice, la possibilità di interloquire, produrre documenti o formulare richieste in ordine alle quali, se non accolte, spetterà al giudice pronunciarsi in seguito" (M. SICA, *Verificazioni e contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 228).

¹⁵³ G. MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2001, 13, il quale, in un'ottica comunitaria, evidenzia il problema della compatibilità dell'art. 44 con le tradizioni costituzionali comuni e in genere con i principi di tutela giurisdizionale.

¹⁵⁴ V. E. CARACIOLO LA GROTTIERA, *Osservazioni sull'applicazione della consulenza tecnica nel processo amministrativo*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2004, 147 ss., secondo cui "i problemi legati all'uso della verifica riguardano principalmente la mancanza di imparzialità, in quanto l'incombente in questione viene svolto dall'amministrazione resistente o da un organo della stessa e non da un soggetto *super partes* che agisca in qualità di ausiliario del giudice, come accade con la consulenza tecnica di ufficio" (152).

¹⁵⁵ In dottrina si era suggerito - al fine di assicurare la regolarità del giudizio - che il giudice impartisse "dettagliate disposizioni in ordine allo svolgimento della verifica" e che alle parti fosse sempre garantito il diritto di assistere all'esercizio di tale mezzo istruttorio "sì da assicurare l'effettiva osservanza del principio del contraddittorio" (P. DE LISE, *La prova nella procedura delle giurisdizioni amministrative*, cit., 967).

¹⁵⁶ V. Cons. Stato, Sez. VI, 24 luglio 2006, n. 4610, in www.giustizia-amministrativa.it; id., Sez. IV, 29 ottobre 2002, n. 5944, *ivi*; Cons. Giust. Amm. Sic, 18 marzo 1998, n. 174, in *Cons. Stato*, 1998, I, 493; in particolare, Cons. Stato, Sez. IV, ord. 17 aprile 2000, n. 2292, in *Cons. Stato*, 2000, cit., ha rilevato come "la giurisprudenza del tutto prevalente non considera più necessario che la verifica venga svolta dalla stessa Amministrazione che adottò il provvedimento impugnato, come era invece nella logica e nell'intenzione storica del legislatore, sia di quello del 1907, sia di quello del 1924. In casi sempre più frequenti, ormai, l'incarico viene affidato ad un'Amministrazione terza". Peraltro, per il fatto che le prove non sono assunte direttamente dal giudice, la giurisprudenza, talora, ha negato valore probatorio agli atti notori o alle prove testimoniali assunti in sede di verifica.

istruttorio ad amministrazioni diverse da quella parte in causa, posto che l'art. 44 del T. u. Cons. Stato si limitava a prevedere genericamente che la richiesta fosse indirizzata "all'amministrazione interessata"¹⁵⁷. Inoltre, al fine di attuare le garanzie del contraddittorio, nella prassi le ordinanze che disponevano la verifica contemplavano la possibilità per le parti di farsi assistere da tecnici da loro incaricati, garantendo così anche una maggiore valenza probatoria della stessa verifica i cui esiti, ove assunta nel contraddittorio delle parti, difficilmente - sotto questo profilo - si sarebbero potuti porre validamente in discussione *ex post*¹⁵⁸.

II. Su tali aspetti è intervenuto il legislatore codicistico il quale ha dedicato gli articoli 19 e 66 all'istituto in questione.

In particolare, si è previsto che il verificatore sia un organismo pubblico, estraneo alle parti in giudizio, munito di specifiche competenze tecniche (art. 19): non può dunque trattarsi della stessa pubblica amministrazione resistente in giudizio, ma un soggetto terzo equiparabile al consulente. Sicché, oggi, un deciso passo in avanti in punto di garanzie processuali è stato compiuto con il Codice¹⁵⁹. Tuttavia, sotto altri aspetti, la disciplina non appare in linea con i principi costituzionali del giusto processo.

In primo luogo, al contrario della normativa previgente secondo cui le parti dovevano essere avvisate almeno 5 giorni prima del giorno e del luogo in cui si sarebbe effettuata la verifica, l'art. 66 nulla dice in merito alla possibilità per le parti di conoscere i termini e le modalità di svolgimento della stessa. In secondo luogo, non è neppure prevista nel nuovo testo legislativo la possibilità per le parti

¹⁵⁷ Secondo L. MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, cit., 138-139, la formula "amministrazione interessata" consente di ricomprendervi sia l'amministrazione parte in causa sia altra purché, in certo qual modo, interessata al problema della legittimità dell'atto impugnato, quali le "amministrazioni alle quali spetta un certo controllo sull'attività dell'autorità amministrativa che è parte in causa", come ad esempio la Regione quando parte è il Comune, le Province e gli enti ospedalieri, ovvero gli uffici dell'amministrazione statale quando la controversia riguarda la Regione, e così discorrendo.

¹⁵⁸ Così Cons. Giust. Amm. Sic., 11 marzo 2005, n. 146, in *Foro it.*, 2005, III, 700; Cons. Stato, Sez. VI, 18 gennaio 2010, n. 138, in *Red. amm. Cons. Stato*, 2010, 1.

¹⁵⁹ Al fine di assicurare l'imparzialità del giudizio il soggetto chiamato a svolgere le operazioni di verifica deve essere diverso da quello parte del giudizio (cfr. D. PONTE, *Maggiore spazio al*

private di farsi assistere da tecnici di fiducia. In sostanza, un articolato normativo che non assicura pienamente il rispetto del principio del contraddittorio e sembra collocarsi nel risalente periodo storico dell'istruzione "riservata"¹⁶⁰.

III. Ciò chiarito in punto di novità, ci si potrebbe in verità interrogare sulla necessità che la verifica trovi ancora spazio nel processo amministrativo anche alla luce delle predette lacune della disciplina del Codice e alla possibile sovrapposizione con la consulenza tecnica. Il discrimine fra gli istituti, poco chiaro già nel regime dell'art. 44, c. 1, T. u. Cons. Stato dopo l'aggiunta della consulenza tecnica con l'art. 16, legge n. 205 del 2000, lo è diventato ancora meno con l'art. 63, c. 4, del Codice.

Al riguardo, si consideri che in passato la giurisprudenza amministrativa ha spesso rilevato, per lo svolgimento di determinate attività istruttorie, la fungibilità dei due strumenti in ordine al contenuto e alla loro funzione¹⁶¹, potendo il giudice disporre indifferentemente l'uno o l'altro a seconda delle esigenze processuali¹⁶². Soprattutto in materia di appalti si è ritenuto equivalente lo svolgimento della verifica e della consulenza, dal momento che attraverso entrambi gli strumenti è possibile la verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della correttezza quanto a criterio tecnico e a procedimento applicativo¹⁶³.

In generale, da tempo in dottrina era stato evidenziato il contenuto indeterminato di tale istituto potendo rientrarvi una pluralità di mezzi istruttori, compresi gli accertamenti tecnici, indagini, l'assunzione (ancorché in assenza del

verificatore imparziale, in *Guida al diritto*, 2010, 32, 37).

¹⁶⁰ Cfr. P. CHIRULLI, *L'istruttoria*, in R. CARANTA (commentario sistematico diretto da), *Il nuovo processo amministrativo*, cit., 543.

¹⁶¹ Cfr. Cons. Giust. Amm. Sic., 11 marzo 2005, n. 146, cit., ove, con riferimento alla necessità di accertare il requisito della statura necessario per la permanenza in servizio di un dipendente dell'Arma dei carabinieri, è stata affermata la piena fungibilità della consulenza tecnica e della verifica e la piena discrezionalità del giudice nello scegliere il mezzo istruttorio ritenuto più confacente.

¹⁶² Cfr. Cons. Giust. Amm. Sic., 25 gennaio 2011, n. 89, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui "la scelta giudiziaria di ordinare una C.T.U. oppure una verifica non possa essere vincolata dalla domanda delle parti, ben potendo il giudice amministrativo optare autonomamente [...] per l'effettuazione, in relazione ai fatti allegati dai litiganti, una verifica in luogo di una C.T.U. eventualmente richiesta dalle parti (e viceversa)".

¹⁶³ Cons. Stato, Sez. VI, 20 aprile 2009, n. 2384, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 774; Id., Sez. VI, 9

giudice) di testimoni, la ricerca e l'acquisizione di documenti (i quali, al contrario dell'ordine di esibizione, possono anche non essere individuati in maniera specifica dal giudice, potendo essere indicato come oggetto di indagine anche solo un fascicolo o un'intera pratica)¹⁶⁴. Una sorta di delega al giudice ad utilizzare gli istituti probatori del processo civile¹⁶⁵.

Del resto, proprio la verifica ha consentito di ovviare per lungo tempo alla mancanza nel processo amministrativo della consulenza tecnica¹⁶⁶.

Il Codice si limita a riproporre l'istituto in questione ma non ha cura di precisare quale siano le differenze con la consulenza tecnica. Dall'esame delle disposizioni si desume che la differenza principale consiste nel ruolo del soggetto incaricato, dal momento che la verifica è affidata a soggetti pubblici mentre la consulenza tecnica può essere affidata tanto a dipendenti pubblici quanto a professionisti iscritti negli albi di cui all'art. 13 delle disposizioni di attuazione al c.p.c. o anche ad altri soggetti aventi particolare competenza.

Il tenore letterale dell'art. 63 pare invece annullare quella che la giurisprudenza aveva individuato essere la differenza più rilevante tra i due istituti ossia che la verifica ha ad oggetto l'accertamento di fatti non desumibili dalle

novembre 2006, n. 6608, in *Guida al diritto*, 2006, 47, 95.

¹⁶⁴ Tanto è che si è rilevato sin da subito che con la verifica è stato possibile "far rientrare dalla finestra ciò che è stato espulso dalla porta" (O. TENTOLINI, *La prova amministrativa*, Milano, 1950, 134 ss.). Cfr. L. MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, cit., 139, secondo cui con la verifica "si provvede alla ricerca di documenti in archivi, alla traduzione di atti in lingua italiana, all'ispezione di luoghi e di cose (art. 258 c.p.c.), alla riproduzione anche fotografica ... nonché agli esperimenti" e non era da escludere che fosse autorizzata anche "l'assunzione di testimonianze". Sulle medesime posizioni anche A. MASSONE, *Istruttoria nella fase cautelare del processo amministrativo*, in *Foro amm.-Tar*, 2008, 372. Di recente v. L. R. PERFETTI, voce *Prova (dir. proc. amm.)*, in *Enc. dir., Annali*, cit., 939, secondo cui le verificazioni si concretizzano "in operazioni diverse, dalle ispezioni agli esami tecnici, dall'assunzione di notizie o testimonianze agli esperimenti, sulla base dell'indicazione del giudice o della valutazione dell'amministrazione".

¹⁶⁵ P. SALVATORE, *L'individuazione dei fatti e l'assunzione delle prove nel processo amministrativo*, in *Tribunali amministrativi regionali*, 2001, 84, il quale tuttavia si poneva l'interrogativo sull'ambito di estensione della verifica: "ricomprende cioè tutti gli istituti probatori del processo civile ovvero solo quelli che non intaccano il principio del libero convincimento del giudice, che è cardine del processo amministrativo?".

¹⁶⁶ V. N. DI MODUGNO, *La nuova giurisdizione esclusiva e la prova nel processo amministrativo: prime riflessioni sulla recente riforma*, cit., 32-33, il quale osserva come la verifica "è andata progressivamente perdendo il suo tradizionale carattere ... per assumere sempre più, seppure in forma ancora attenuata, i connotati tipici della perizia d'ufficio, finora consentita (art. 44, 2° comma, T.U. cit.) solo, come si sa, nel piccolo ambito della giurisdizione di merito".

risultanze documentali mentre la consulenza tecnica consiste in una valutazione tecnica di determinate situazioni da utilizzare ai fini della decisione¹⁶⁷. Il citato articolo prevede infatti che per *l'accertamento di fatti* o per *l'acquisizione di valutazioni* il giudice possa disporre sia la consulenza sia la verificaione: entrambe dunque possono avere una funzione di accertamento e di valutazione¹⁶⁸. Identiche sono anche le disposizioni procedurali ossia gli obblighi a cui sono sottoposti i soggetti incaricati e la possibilità della loro ricsuzione (cfr. art. 19 e art. 20 del Codice).

Al riguardo, autorevole dottrina ha evidenziato come, anche alla luce della nuova normativa, non sono più ravvisabili “differenze oggettive” tra i due istituti istruttori e sono attenuate anche le “differenze soggettive”: il Codice consente, infatti, di affidare l'incarico di consulenza a dipendenti pubblici (art. 19, c. 2) e,

¹⁶⁷ “Le verificazioni consistono in meri accertamenti disposti al fine di meglio completare la conoscenza dei fatti; mentre la consulenza tecnica, più che a un accertamento, mira a una valutazione tecnica delle situazioni sottoposte a giudizio, e si traduce, in genere, nella formazione di una perizia da parte dell'esperto incaricato, che fornisce al giudice una propria valutazione dei fatti rilevanti nel giudizio” (Cons. Stato, Sez. IV, 24 febbraio 2004, n. 719, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2004, 399).

¹⁶⁸ Cfr. C. LAMBERTI, *Primi orientamenti sulla prova nel nuovo processo amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, § 2, il quale dopo aver affermato che “l'estraneità delle parti alla verificaione è coerente con la finalità dell'istituto di acquisire al processo nuovi elementi della situazione che non comportino valutazioni o giudizi, come avviene nella consulenza tecnica”, esaminando la disciplina del Codice conclude che “nel processo amministrativo la verificaione assume portata di mezzo istruttorio generale di cui il giudice si avvale tutte le volte in cui i fatti siano incerti e sia necessaria un'attività di carattere ricognitivo o valutativo che sia”. In questo senso anche G. D'ANGELO, *Osservazioni sulle disposizioni in tema di istruttoria*, in *Foro it.*, cit., 221, secondo cui il Codice ha superato “l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale la verificaione poteva riguardare solo l'accertamento dei fatti e non la loro valutazione”. Orientamento giurisprudenziale che peraltro era stato criticato in dottrina, evidenziandosi come consulenza e verificaione avessero in realtà la stessa ampiezza di contenuti (cfr. A. TRAVI, *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 1997, 1263 ss. e in particolare 1266). Nella giurisprudenza successiva al Codice v. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 10 maggio 2012, n. 1314, in *Foro amm.-TAR*, 2012, 5, 1478, il quale ha disposto una verificaione sull'affidabilità dell'offerta proposta da un concorrente “onde accertare se la formale discordanza, in essa, tra dichiarazione del periodo di manutenzione contenuto nell'offerta tecnica e costo dello stesso espresso nell'offerta economica” avesse potuto “risolversi nella sostanza in termini di congruità del costo evidenziato da quest'ultima”. In precedenza, v. Cons. Giust. Amm. Sic., 25 gennaio 2011, n. 89, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui, pur connotandosi la verificaione “prioritariamente per l'effettuazione di un accertamento tecnico, di natura non valutativa, piuttosto che nella formulazione di un giudizio tecnico”, nel caso in cui nella verificaione siano contenuti “elementi di giudizio” non ne comporterebbero l'inutilizzabilità “giacché sia l'esito della C.T.U. sia quello della verificaione sono comunque autonomamente apprezzati dal giudice il quale, nell'esercizio dei suoi poteri cognitori e decisorii, può aderire alle conclusioni dell'ausiliario oppure discostarsene in tutto o in parte”.

inoltre, estende al verificatore buona parte della disciplina propria del consulente tecnico¹⁶⁹.

Sicché, uniformati anche i presupposti per l'esperibilità dei due strumenti, la verifica è ormai equiparabile alla consulenza tecnica, costituendone dunque una duplicazione priva di ragioni giustificative. Né con riferimento all'accesso al fatto da parte del giudice sussistono differenze di rilievo con la consulenza tecnica. Anzi, a fronte degli illustrati limiti della verifica e della mancata attuazione delle garanzie del contraddittorio – lacune che persistono anche con il Codice del processo amministrativo –, l'utilizzo della verifica dovrebbe ridursi a favore invece di una sempre maggiore ammissibilità della consulenza tecnica.

Del resto, si consideri che in seno alla Commissione per la predisposizione della bozza del codice era stata proposta l'eliminazione della verifica, considerata logicamente un residuo della superata concezione del processo amministrativo e resa inutile dalla possibilità di ricorrere alla consulenza tecnica di ufficio¹⁷⁰.

La verifica è stata viceversa mantenuta tra i mezzi di prova, probabilmente per il suo basso costo e la (auspicata) minore necessità di tempo per la sua esecuzione. Non solo, ma a differenza del sistema previgente, nel quale la consulenza tecnica e la verifica erano posti su un piano paritario quanto all'ammissibilità, nel Codice, di fatto, viene stabilita una graduazione tra di essi. Mentre la verifica può infatti essere disposta nella generalità dei casi, il giudice può fare ricorso alla consulenza tecnica soltanto qualora lo ritenga indispensabile (art. 63, c. 4): la scelta di campo a favore della verifica è evidente. Si è tentato dunque di garantire un ampio spazio alla verifica subordinando la consulenza tecnica ad un giudizio di indispensabilità. Tuttavia, la soluzione – oltre che in contrasto con le regole proprie di ogni sistema

¹⁶⁹ In termini, F. G. SCOCA, *Artt. 63 - 69*, in A. QUARANTA - V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, cit., 561.

¹⁷⁰ Il contenuto della proposta della Commissione è riportato da F. G. SCOCA, *Artt. 63 - 69*, in A. QUARANTA - V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, cit., 558.

processuale in cui non esiste una gerarchia in ordine all'ammissibilità delle prove che invece è rimessa al prudente apprezzamento del giudice – rischia di ulteriormente limitare il ricorso alla consulenza tecnica che, per le ragioni di cui si è detto, rappresenta invero lo strumento più adeguato per l'accesso al fatto da parte del giudice, la cui disciplina appare inoltre più rispettosa delle garanzie processuali e del contraddittorio.

Nella prassi giudiziale i collegi giudicanti si avvalgono ancora della verifica, non solo per presunte ragioni di speditezza la cui effettiva sussistenza è resa ancor più difficile oggi da dimostrare alla luce di una disciplina sostanzialmente identica alla consulenza tecnica, ma anche per una pregiudizievole forma di inerzia¹⁷¹, che potrebbe essere assecondata dall'attuale formulazione del Codice.

Nel processo civile invece la verifica - oltre ad assolvere ad una funzione differente da quella illustrata - è un mezzo limitato ed eccezionale essendo espressamente prevista solo nel caso della parte che intende valersi della scrittura privata disconosciuta *ex art.* 216 c.p.c.

In definitiva, la verifica ha rappresentato certamente il mezzo di prova che più di tutti gli altri ha consentito al giudice amministrativo di avvicinarsi alla realtà di fatto¹⁷², al fine di completare la conoscenza degli elementi rilevanti per la decisione di una controversia, ma, alla luce delle ridotte differenze con la consulenza tecnica e di una disciplina che ancora oggi stenta ad assicurare il rispetto delle garanzie del contraddittorio, si potrebbe valutare un

¹⁷¹ Come rilevato da I. FRANCO, *La consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo*, in *www.pausania.it*, § 2.2, il quale, nell'analizzare la preferenza dei giudici amministrativi verso la verifica, aggiunge che una ragione potrebbe consistere nella maggiore considerazione che di solito si ha di certi organismi specializzati dello Stato - apparato "siccome depositari di conoscenze qualificate o specializzate su di un piano istituzionale, nonché allorquando si vuole che la p.a. parte in causa riconsideri o rivaluti le sue scelte che formano oggetto dell'impugnazione, alla luce di opinioni espresse da organi che fanno parte della p.a. in senso lato".

¹⁷² Secondo A. SANDULLI (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, in S. CASSESE, *Corso di diritto amministrativo* (diretto da), VII, Milano, 2007, 225, le verificazioni "rappresentano un mezzo istruttorio assai vario, dal momento che esse possono comportare attività differenti secondo i casi e l'oggetto (ad esempio, possono tradursi nell'accesso e nell'ispezione dei luoghi).

accantonamento della stessa a favore di un maggior utilizzo invece della consulenza tecnica.

2.5. I classici strumenti di indagine del giudice: le prove documentali

I. Nel processo amministrativo l'atto è da sempre considerato la "sua stella polare"¹⁷³. Il giudizio amministrativo si è infatti storicamente fondato su prove documentali essendo l'iter formativo del provvedimento formalizzato e documentato in ogni sua fase procedimentale¹⁷⁴.

Conseguentemente, la normativa previgente ha assegnato notevole rilievo agli atti e ai documenti sulla base dei quali i provvedimenti oggetto di impugnazione erano emanati. Prova documentale che peraltro non presenta caratteri differenti rispetto a quella prevista nel processo civile, se non quello del valore che l'atto dell'ente pubblico talora riveste¹⁷⁵. Sotto questo profilo, sebbene

¹⁷³ P. SALVATORE, *Il sistema probatorio del processo amministrativo: le direttrici di riforma*, in *Scritti per Mario Nigro*, III, *Giustizia amministrativa e giustizia civile*, cit., 531, secondo cui, pertanto, "alla prova documentale va ancora riservato nel processo amministrativo un ruolo notevole" (532), e ID., *L'individuazione dei fatti e l'assunzione delle prove nel processo amministrativo*, in *Tribunali amministrativi regionali*, cit., 83. La prova documentale è stata definita anche come la "prova principe" (S. CASSARINO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1990, 344). L'importanza della prova documentale era testimoniata anche dall'atteggiamento del giudice amministrativo in base al quale "quasi tutto ciò che non sia «documento» porti un accertamento sul merito dell'atto" (G. MARCHIANÒ, *L'ampliamento dei mezzi di prova nel giudizio amministrativo di legittimità ex art. 16 della legge n. 10 del 1977*, cit., 136, la quale comunque rileva l'importante funzione probatoria svolta dalla prova documentale).

¹⁷⁴ Cfr. F. CARINGELLA, *Il giudice amministrativo alla ricerca della verità*, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui "l'unico mezzo di prova reale nell'ambito del giudizio amministrativo storico, al di là di spazi piuttosto ristretti per altri mezzi di prova, è il mezzo probatorio del documento. Si ritiene che i fatti siano esattamente quelli risultati dai documenti a disposizione della pubblica amministrazione ... Si dice: la pubblica amministrazione parla, agisce in base ai documenti amministrativi, i fatti che non risultano consacrati in documenti sono fatti inesistenti".

¹⁷⁵ Per quanto riguarda l'efficacia probatoria, infatti, il documento pubblico è assistito dalla presunzione *iuris et de jure* solo qualora sia stato redatto con le richieste formalità da un pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove è formato (art. 2699 c.c.); al contrario, qualora la paternità dell'atto venga attribuita ad un pubblico ufficiale che non sia espressamente autorizzato ad attribuirgli "pubblica fede", tale atto – solo formalmente pubblico – non farà piena prova. Cfr. L. P. COMOGLIO, *Le prove*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XIX, Torino, 1997, 177 ss. e part. 324, ove si evidenzia la configurabilità di una differente, più attenuata categoria di atti provenienti dalla p.a., che non fanno fede fino a querela di falso e costituiscono, dunque, prove libere e non legali, non essendo espressione di un'attività pubblica specificatamente diretta alla documentazione. In giurisprudenza, v. Cass. civile, Sez. II, 4 dicembre 1999, n. 13569, in *Giust. civ.*, 1999, 2446, secondo cui "il potere certificativo, dal quale deriva la fede privilegiata dell'attestazione proveniente dal pubblico ufficiale, è espressione di una funzione pubblica e, come tale, può estrinsecarsi solo in ipotesi tassativamente previste; poiché nessuna disposizione di legge attribuisce al sindaco il potere di attestare, con valore d'atto pubblico, il regime giuridico d'un suolo a fini edilizi

sia assente un riferimento nel Codice, tra i documenti ammissibili nel processo amministrativo vi rientra evidentemente anche il documento informatico¹⁷⁶.

Si è detto che aver ‘consacrato’ con il Codice del processo, tra l’altro, la consulenza tecnica d’ufficio anche nelle ipotesi di giurisdizione generale di legittimità presuppone che il giudice amministrativo non debba limitare l’indagine alle risultanze dei documenti che potrebbero contenere una rappresentazione limitata della realtà: è sul fatto che il giudice deve appuntare la sua attenzione e, quando ciò non avvenga, si configura un’ipotesi di denegata giustizia, posto che a fronte di una limitazione alla libertà di accesso ai fatti, vi è il rischio di un sindacato giurisdizionale imperfetto e poco convincente, in patente contrasto con i principi costituzionali sul giusto processo¹⁷⁷.

Ciò non esclude tuttavia che anche nell’attuale configurazione dei poteri istruttori del giudice per la definizione della controversia non sia necessario indagare la realtà di fatto, in termini ulteriori rispetto a quanto già emerge dalla documentazione acquisita nel corso del giudizio.

Sicché non sorprende che il Codice, pur affiancando le prove documentali agli altri mezzi di prova, riservi uno specifico ruolo alle stesse in ragione delle peculiarità di svolgimento del procedimento, nel quale i singoli passaggi trovano sempre un’evidenza “cartacea”¹⁷⁸. Del resto, poiché l’attività amministrativa si esprime generalmente attraverso atti e provvedimenti, la prova documentale continua ad assumere una particolare rilevanza nel processo amministrativo.

quando il comune manchi degli strumenti di pianificazione urbanistica, l’attestazione del sindaco sulla edificabilità di un terreno si risolve nella manifestazione di una semplice opinione del pubblico ufficiale, liberamente valutabile da parte del giudice”. Sul punto si tornerà a breve.

¹⁷⁶ Cfr. G. D’ANGELO, *Osservazioni sulle disposizioni in tema di istruttoria*, in *Foro it.*, cit., 219, secondo cui gli argomenti a sostegno dell’inclusione del documento informatico nel novero di quelli ammissibili nel processo amministrativo sono, tra gli altri, il fatto che: “a) la disciplina sostanziale del d.leg. 82/05 si riferisce principalmente proprio ai rapporti con le pubbliche amministrazioni; b) deve accogliersi un’interpretazione adeguatrice della nozione di documento rispetto all’evoluzione tecnologica ...”. Inoltre, l’art. 18 d.p.r. 13 febbraio 2001, n. 123, ha previsto l’informatizzazione anche del processo amministrativo, sicché se il documento informatico costituisce uno strumento per gli atti processuali “non vi è ragione perché non sia ammissibile come prova nello stesso giudizio”.

¹⁷⁷ A. PALLOTTINO, *L’istruttoria nel processo davanti ai giudici amministrativi*, in *Foro it.*, 1980, V, 159, il quale evidenzia l’inadeguatezza delle sole prove documentali ai fini della decisione della causa.

¹⁷⁸ P. CHIRULLI, *L’istruttoria*, in R. CARANTA (commentario sistematico diretto da), *Il nuovo processo amministrativo*, cit., 539.

L'accesso al fatto in modo diretto ed immediato può così essere garantito anche dal solo esame del provvedimento impugnato e degli altri atti allegati dalle parti. La possibile presenza di un'istruttoria soltanto documentale deriva infatti dalla specialità delle controversie sottoposte all'esame del giudice che, il più delle volte e quantomeno nei casi di giurisdizione di legittimità, si appunta sulla illegittimità del provvedimento: si pensi al vizio di incompetenza per il cui esame può essere sufficiente l'analisi dell'atto impugnato per rilevare la fondatezza o l'infondatezza del motivo di ricorso, in relazione ai quali non vi è necessità di assumere ulteriori mezzi di prova¹⁷⁹.

Può darsi anche l'ipotesi che l'accertamento del fatto non sia indispensabile perché esso non è rilevante ai fini della decisione, oppure perché il fatto non è controverso, cioè incerto, potendo le parti convenire sulle rispettive rappresentazioni di fatto e quindi demandare al giudice solo la soluzione della questione giuridica, sicché non vi è un fatto da provare (si pensi, ancora, alla ipotesi in cui il ricorrente impugni una clausola lesiva del bando di gara per l'aggiudicazione di una gara di appalto, deducendone il contrasto con una norma giuridica o un precetto di buona amministrazione): il giudice potrà decidere senz'altro la questione a seguito di un'attività istruttoria condotta sulla base degli atti¹⁸⁰.

In tali casi, la lettura del provvedimento e degli atti ad essi collegati può consentire al giudice di conoscere gli elementi di fatto e soffermarsi soltanto sulle questioni di diritto.

Fermo restando, beninteso, che anche il solo esame dell'atto impugnato costituisce, di per sé, 'momento' istruttorio che il giudice conduce ai fini della decisione: un'attività istruttoria (almeno) documentale è comunque sempre indispensabile¹⁸¹.

¹⁷⁹ G. PESCE, *Poteri istruttori e mezzi di prova nel processo amministrativo*, cit., 145.

¹⁸⁰ V. R. GIOVAGNOLI - L. IEVA - G. PESCE, *Il processo amministrativo di primo grado*, in F. CARINGELLA - R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato di giustizia amministrativa*, cit., 802.

¹⁸¹ In senso critico verso l'orientamento per il quale nel processo amministrativo l'istruttoria sarebbe soltanto "eventuale", v. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2012, 256, secondo cui è

II. Anche il Codice prevede pertanto l'onere per il ricorrente e l'obbligo per l'amministrazione di depositare in giudizio l'atto impugnato e i documenti in base ai quali l'atto è stato emanato: obbligo il cui mancato adempimento provoca il potere - dovere del giudice di ordinarne l'esibizione (v. artt. 45 e 46 del Codice).

Per il vero, nel Codice sono previsti specifici poteri nei confronti dell'amministrazione nella veste di autorità che ha emanato il provvedimento impugnato, di cui è possibile cogliere i diversi caratteri.

In particolare, in base all'art. 64, c. 3, il giudice amministrativo può disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione (di informazioni e di) documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione: il potere di integrazione del materiale probatorio corrisponde al dovere di correttezza imposto all'amministrazione ai sensi all'art. 97 cost. e dall'art. 1, legge n. 241 del 1990. Nella veste di autorità, l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza: come tale è tenuta a fornire al giudice (le informazioni e) i documenti utili ai fini del decidere e se non lo fa il giudice può acquisirli "anche d'ufficio"¹⁸².

Ai sensi dell'art. 65, c. 3, poi, nel caso in cui l'amministrazione non provveda al deposito del provvedimento impugnato e degli altri atti ai sensi dell'articolo 46, il giudice ne ordina, anche su istanza di parte, l'esibizione: il giudice supplisce all'inadempimento dell'obbligo di ostensione documentale che incombe all'amministrazione come autorità da cui proviene il provvedimento che ha dato origine al giudizio. Il potere che il giudice esercita ha perciò carattere sostitutorio-sanzionatorio di obblighi imposti dalla legge e rimasti inadempiti¹⁸³.

"erronea l'opinione secondo la quale il processo amministrativo sarebbe un processo 'ad istruttoria solo eventuale' ... Anche l'acquisizione del provvedimento impugnato e la cognizione di esso sono profili inerenti all'istruzione".

¹⁸² Così C. LAMBERTI, *Disponibilità della prova e poteri del giudice amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, § 3, il quale aggiunge che "non è senza rilievo che la stessa norma specifichi che siffatto potere è proprio del «giudice amministrativo» con l'evidente intento di differenziarlo dei poteri che il giudice esercita in qualsiasi altro processo".

¹⁸³ C. LAMBERTI, *Disponibilità della prova e poteri del giudice amministrativo*, cit., § 3.

In realtà, un ulteriore tratto distintivo dovrebbe essere rappresentato dal fatto che la previsione dei poteri di cui all'art. 64, c. 3, sembra finalizzata ad acquisire documenti che siano nella disponibilità di un'amministrazione diversa da quella che ha emanato il provvedimento impugnato, posto che, in caso contrario, non si coglierebbe la diversità con l'art. 63, il quale, al comma 1, prevede un analogo potere di richiesta in capo al giudice¹⁸⁴.

Inoltre, il giudice ha il potere di ordinare anche a terzi (pure privati) rispetto alla controversia di esibire in giudizio i documenti o quanto altro ritenga necessario: si tratta di atti e documenti non esistenti all'interno del procedimento amministrativo (art. 63, c. 2)¹⁸⁵.

In ogni caso, le prove documentali conservano un ruolo centrale nel processo amministrativo che costituisce in realtà un riflesso processuale del modo di operare dell'amministrazione e in particolare del procedimento di formazione dell'atto impugnato, più che un limite dell'istruttoria amministrativa¹⁸⁶. Limite che invece sussiste allorché, nonostante per la ricostruzione degli elementi di fatto nel giudizio sia necessario utilizzare gli altri mezzi di prova previsti dal Codice, il giudice si limiti a recepire la ricostruzione del fatto come riportata nel provvedimento impugnato.

III. Ciò chiarito, ci si potrebbe interrogare sulla permanenza di preclusioni all'esame da parte del giudice amministrativo di una particolare categoria di documenti costituita dagli atti pubblici e dalle scritture private riconosciute o autenticate. In conformità alla disciplina previgente, infatti, il Codice riserva al giudice ordinario la competenza a decidere della falsità dei documenti, anche quando la questione riguarda una controversia giurisdizionale amministrativa. In particolare, ai sensi dell'art. 77 “chi deduce la falsità di un documento deve

¹⁸⁴ L'art. 63, c. 1, dispone infatti che, fermo restando l'onere della prova a loro carico, il giudice può chiedere alle parti anche d'ufficio chiarimenti o documenti.

¹⁸⁵ Condivisibilmente C. E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, cit., 143, ritiene che l'acquisizione istruttoria nei confronti di soggetti diversi dall'amministrazione intimata già di per sé “amplia l'accesso al fatto da parte del giudice amministrativo in quanto tali atti e documenti, in possesso di soggetti diversi, sono atti e documenti non esistenti nel procedimento amministrativo”.

¹⁸⁶ V. G. CORSO, voce *Istruttoria nel processo amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XVIII, Roma,

provare che sia stata già proposta la querela di falso o domandare la fissazione di un termine entro cui possa proporla innanzi al tribunale ordinario competente”. Sicché, se si rende necessario proporre querela di falso, mentre è in corso un processo dinanzi al giudice amministrativo, non è possibile proporla e farla decidere da questo giudice: è gioco forza rivolgersi al giudice ordinario, previa sospensione del processo amministrativo. La proposizione della querela di falso rappresenta, infatti, una delle classiche cause di sospensione del processo amministrativo, in ordine alle quali il Codice rinuncia ad una disciplina autonoma, rinviando alle ipotesi e, implicitamente, al procedimento previsti dal processo civile, “dalle altre leggi” e dall’ordinamento comunitario¹⁸⁷.

Recentemente, il Consiglio di Stato ha sollevato questione di legittimità costituzionale, tra gli altri, del predetto articolo 77 per assertedo contrasto con numerose disposizioni della Costituzione, nella parte in cui le norme sospettate di incostituzionalità precludono al giudice amministrativo di accertare anche solo incidentalmente la falsità degli atti pubblici nel giudizio amministrativo e, nel caso di specie, in materia elettorale¹⁸⁸.

La questione sollevata dal Consiglio di Stato, sebbene involga il tema dei limiti della giurisdizione, presenta indirettamente profili aderenti al tema di indagine e, in particolare, con riferimento alle attuali limitazioni nell’accertamento dei presupposti di fatto, derivanti anche dalle premesse culturali del nostro sistema: all’ampliamento dei poteri istruttori del giudice spesso non si accompagna un analogo sviluppo in punto di tutela assicurata dal giudizio amministrativo.

Ed infatti, la giustificazione della riserva al giudice ordinario dei giudizi di accertamento della falsità di atti pubblici attraverso la speciale procedura della querela di falso e la preclusione per il giudice amministrativo di tale accertamento,

2003, 7.

¹⁸⁷ Cfr. E. A. APICELLA, *L'incidente di falso nel procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 776 ss., il quale ritiene che in questo modo trovi conferma “la posizione della giurisprudenza che estende al processo amministrativo la previsione dell’art. 295 c.p.c., il quale, nel disporre la sospensione c.d. necessaria del processo quando dalla definizione di un’altra controversia dipenda la decisione della causa, enuncia un principio generale applicabile ad ogni tipo di giudizio”.

¹⁸⁸ Cons. Stato, Sez. V, 16 febbraio 2011, ordinanza collegiale n. 1000, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2011,

anche solo incidentalmente, sembra un retaggio risalente al periodo storico in cui il giudice amministrativo non aveva strumenti probatori idonei per svolgere verifiche del genere. Risale cioè alla legge del 1889, istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato, la quale però non era, secondo la legge e l'opinione tradizionale, un organo avente natura giurisdizionale: allora si poteva comprendere (anzi, era indispensabile) che, di fronte a una querela di falso, ci si dovesse rivolgere ad un giudice, all'unico giudice allora esistente, il giudice ordinario¹⁸⁹.

Come ampiamente illustrato, tale limitazione si è progressivamente attenuata e l'evoluzione del processo amministrativo ha condotto al riconoscimento di sempre maggiori poteri istruttori al giudice e, da ultimo, con il Codice, il quale ammette tutti i mezzi di prova del codice di procedura civile, ad eccezione dell'interrogatorio formale e del giuramento.

La pienezza dei poteri istruttori non sembra pertanto giustificare la permanenza di preclusioni all'accertamento dei presupposti di fatto, soprattutto con riferimento a quei giudizi (come il contenzioso elettorale nel caso oggetto dell'ordinanza di rimessione, ma il discorso potrebbe essere esteso ad esempio anche alla materia degli appalti) caratterizzati da una particolare esigenza di garantire il principio della ragionevole durata del processo ed anche di concentrazione della tutela. Come è stato osservato, non si ravvisano ragioni che impediscano al giudice amministrativo di decidere le questioni (di capacità) e di falso: "averle lasciate alla giurisdizione ordinaria è un patetico omaggio alla tradizione e, insieme, una consistente violazione del principio della concentrazione della tutela giurisdizionale"¹⁹⁰.

E proprio la necessità che il processo amministrativo si conformi alle regole di tutela costituzionale ha spinto il Consiglio di Stato a sollevare questione di legittimità costituzionale della disciplina codicistica in ragione del contrasto con i principi costituzionali e, per quello che qui rileva, con gli articoli 24 e 113 della

455.

¹⁸⁹ F. G. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, cit., § 9.

¹⁹⁰ F. G. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, cit., § 9.

Costituzione, dal momento che la necessaria devoluzione al giudice ordinario dell'accertamento della falsità degli atti pubblici (nel giudizio elettorale) comprime fortemente l'effettività della tutela giurisdizionale. In altri termini, la preclusione per il giudice amministrativo di accertare incidentalmente la falsità degli atti pubblici impedisce al giudice stesso di garantire una tutela piena ed effettiva: parte della realtà di fatto sottesa al giudizio non può essere conosciuta dal giudice che decide della controversia.

La Corte costituzionale ha ritenuto la questione sollevata dal Consiglio di Stato non fondata sul rilievo che l'accertamento incidentale della falsità di un documento rischierebbe di compromettere la certezza del traffico giuridico¹⁹¹. Sicché, nel giudizio di bilanciamento tra le diverse esigenze di “primario rilievo” prese in considerazione, la Corte ha ritenuto prevalente l'esigenza di certezza sulla concentrazione e speditezza del giudizio, senza che ciò comporti un *vulnus* al principio di effettività della tutela giurisdizionale. In sostanza, di fronte al ruolo e al valore probatorio dell'atto pubblico e alla concentrazione del giudizio (che in realtà si traduce anche nell'effettività della tutela), la Corte ha accordato prevalenza ai primi, come si desume ove essa afferma che “il valore dell'effettività della tutela nell'ambito del contenzioso amministrativo in materia elettorale va dunque preservato ... nel più ampio contesto delle esigenze di certezza che la soluzione di quell'incidente ragionevolmente postula”.

IV. In disparte ogni considerazione sulle motivazioni della Corte, i dubbi di legittimità costituzionale del giudice amministrativo sulla disciplina in tema di falsità degli atti pubblici rappresentano un'ulteriore conferma che il sistema dei poteri di indagine del giudice amministrativo non ha ancora raggiunto un assetto idoneo ad assicurare una tutela completa. Se, infatti, ad un ampliamento dei poteri istruttori non si accompagna un superamento delle limitazioni all'accesso al fatto che ancora oggi persistono nell'ordinamento ad esserne pregiudicata è la tutela nei confronti della p.a¹⁹².

¹⁹¹ Corte Cost., 11 novembre 2011, n. 304, in *Foro it.*, 2012, I, 23.

¹⁹² Secondo la dottrina, infatti, le esigenze dalle quali prende le mosse l'ordinanza di rimessione del

Per quanto riguarda la riserva al giudice ordinario sulla querela di falso, recependo l'insegnamento della Corte costituzionale, essa potrebbe trovare giustificazione nell'essere posta a presidio di analoghi 'valori primari' quali la certezza e l'efficacia degli atti muniti di pubblica fede. Proprio per l'importante funzione svolta da tali atti, la Corte ha ritenuto che essi (*rectius*: i valori alla cui affermazione e tutela essi sono funzionali) non possono essere oggetto di un giudizio di falsità in via incidentale, che inevitabilmente ne affievolirebbe "l'efficacia e le qualità", frustando "il valore probatorio dell'atto pubblico, proprio perché non più fidefaciente fino a querela di falso".

In altre ipotesi, le limitazioni all'utilizzo dei poteri istruttori non sembrano riferirsi né alla tutela di beni costituzionali né derivare dalla specificità del processo amministrativo. Si pensi, ad esempio e come detto, alla subordinazione della consulenza tecnica a un giudizio di stretta necessità ai sensi dell'art. 63 del Codice o allo scarso utilizzo della stessa da parte del giudice amministrativo. E' evidente che la persistenza di tali limitazioni comporta un affievolimento della tutela degli interessi legittimi, costituzionalmente non compatibile.

2.6. L'ingresso della prova testimoniale nel processo amministrativo

I. L'art. 63, c. 3, del Codice prevede che, su istanza di parte, il giudice possa ammettere la prova testimoniale, che è sempre assunta in forma scritta ai sensi del codice di procedura civile. Il d. lgs. n. 104 del 2010 ha dunque espressamente previsto la possibilità di esperire all'interno del processo amministrativo la prova testimoniale, dopo essere stata introdotta nella giurisdizione esclusiva (art. 35, c. 3, del d. lgs. n. 80 del 1998 e art. 7 della l. n. 205 del 2000).

Si coglie però subito la cautela che caratterizza la scelta del legislatore (e che sembra il precipitato storico della diffidenza nutrita dal giudice amministrativo

Consiglio di Stato non sono affatto marginali. Esse "rappresentano, ancora una volta, un generale problema dell'effettività della tutela giurisdizionale amministrativa a fronte di atti con efficacia temporale definita ovvero di situazioni e rapporti giuridici temporalmente delimitati, sorti sulla base di atti oggetto di impugnazione innanzi al giudice amministrativo" (O. FORLENZA, *La tutela della fede pubblica prescinde dalla sede in cui è stata sollevata la questione di autenticità*, in *Guida al diritto*, 2011, XVIII, 47,

verso questo mezzo di prova) il quale, limitando l'esperibilità della testimonianza alla sola forma scritta, 'snatura' il carattere principale di tale mezzo di prova ossia l'oralità.

Come è noto, la testimonianza è la rappresentazione, resa oralmente da un soggetto terzo rispetto alle parti processuali, in ordine ad una controversia, di un fatto dal medesimo conosciuto, attraverso le dichiarazioni o le narrazioni rese al giudice, al fine di provare la verità di un avvenimento o dello stato dei fatti di cui è a conoscenza¹⁹³.

Al fine di cogliere gli spunti innovativi della disciplina codicistica e inquadrare il ruolo della testimonianza nella ricostruzione del fatto da parte del giudice amministrativo, merita accennarsi al dibattito sviluppatosi sull'ammissibilità di siffatto mezzo istruttorio nel giudizio amministrativo.

II. Nel processo amministrativo, infatti, l'affermazione della prova testimoniale ha avuto un *iter* molto travagliato. Non essendo prevista nel catalogo delle prove ammesse nel giudizio di legittimità, la giurisprudenza prevalente riteneva inammissibile la prova testimoniale in tale tipologia di giudizio, mentre era pacificamente ammessa nella giurisdizione di merito¹⁹⁴. Anche in dottrina si evidenziava che gli ostacoli all'ammissibilità della testimonianza erano rappresentati innanzitutto dal tenore letterale della legge di procedura¹⁹⁵ e poi dal carattere formale dell'attività amministrativa nel procedimento e nel

114).

¹⁹³ La dottrina civilistica sul punto è sterminata. Per tutti si veda V. ANDRIOLI, voce *Prova testimoniale (diritto processuale civile)*, in *Novissimo digesto italiano*, XIV, Torino, 1967, 329 ss., e A. DONDI, voce *Prova testimoniale nel processo civile*, in *Digesto discipline privatistiche - Sezione civile*, XVI, Torino, 1997, 40 ss.

¹⁹⁴ *Ex pluribus*, Cons. Stato, Sez. V, 24 marzo 2006, n. 1534, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2006, 886, secondo cui "la prova per testimoni è inapplicabile al giudizio amministrativo anche per iscritto"; conforme Cons. Stato, Sez. IV, 10 giugno 2004, n. 3772, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2004, 1669, ad avviso del quale "nel giudizio amministrativo di legittimità non è ammessa la prova testimoniale (esperibile solo in sede di giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 35 d.lg. 31 marzo 1998 n. 80, come modificato dall'art. 7 l. n. 205 del 2000), ed a maggior ragione è inammissibile la testimonianza scritta, formata senza le garanzie del contraddittorio imposte dal codice di procedura civile".

¹⁹⁵ Cfr. L. MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, cit., 144 che considera "insuperabile in via interpretativa" il contenuto "limitativo in ordine ai mezzi istruttori ammissibili nel processo di legittimità" previsto dall'art. 44 del T. u. Cons. St.

provvedimento¹⁹⁶ ovvero dalla natura documentale del processo amministrativo¹⁹⁷, o ancora dallo scopo tradizionale del giudizio amministrativo¹⁹⁸.

Più recentemente, altra parte della dottrina e la giurisprudenza si sono mostrate favorevoli all'assunzione della prova testimoniale (quantomeno nelle ipotesi nelle quali la prova non poteva essere fornita diversamente), sul presupposto che tale esclusione avrebbe soltanto una ragione storica oggi superata dal fatto che il giudizio amministrativo costituisce un indubbio strumento di tutela giurisdizionale nei rapporti tra cittadini e amministrazione¹⁹⁹, evidenziandosi anche la "debolezza" dell'argomento letterale²⁰⁰. In alcuni casi, la prova testimoniale ha trovato ingresso nel giudizio amministrativo attraverso l'utilizzo 'improprio' di altri strumenti probatori (quali, ad esempio, la verifica²⁰¹), dando luogo alla formazione di figure ibride, le quali sembrano aver condizionato la prova testimoniale disciplinata dal Codice.

In particolare, nella prassi si tentava di ovviare alla predetta esclusione attraverso il ricorso alla dichiarazione sostitutiva di atto notorio, mezzo con il quale si favoriva l'introduzione processuale di fatti non altrimenti acquisibili²⁰².

¹⁹⁶ P. SALVATORE, *Il sistema probatorio del processo amministrativo: le direttrici di riforma*, in *Scritti per Mario Nigro*, III, *Giustizia amministrativa e giustizia civile*, cit., 539, il quale ritiene il processo amministrativo "caratterizzato da prove documentali e (... dal) carattere formale degli atti autoritativi e dei relativi procedimenti ai quali l'anzidetto processo si riferisce". Secondo G. ROEHRSEN, *Relazione di sintesi*, in *Atti del XXXI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 19-21 settembre 1985*, Milano, 1988, 242 ss., la testimonianza potrebbe scontrarsi con l'atto amministrativo formale, tanto che dalla prova testimoniale potrebbe discendere una realtà del tutto contraria a quella riscontrata nel procedimento con la conseguente affermazione di un falso nel provvedimento amministrativo (256).

¹⁹⁷ G. FAGIOLARI, *L'atto amministrativo nella giustizia amministrativa*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, II, 297.

¹⁹⁸ Come rilevato da F. CARINGELLA, *Il giudice amministrativo alla ricerca della verità*, cit., tradizionalmente si riteneva che "il giudice deve valutare la legittimità del provvedimento; il provvedimento è la risultante del procedimento; ciò che è accaduto nel procedimento risulta dai documenti amministrativi; inde la testimonianza è completamente eccentrica rispetto allo scopo del giudizio amministrativo".

¹⁹⁹ F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997, 398-399, il quale ritiene che l'esclusione di origine storica della prova testimoniale è da ritenersi superata una volta raggiunta la convinzione che il giudice amministrativo esercita "una giurisdizione a tutti gli effetti".

²⁰⁰ Cfr. G. VACIRCA, *Prime riflessioni sul nuovo regime delle prove e delle controversie in materia di pubblico impiego*, cit., 1345.

²⁰¹ Cfr. C. E. GALLO, *Art. 44*, in A. ROMANO, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit., 526, secondo cui la verifica costituisce un mezzo di prova dal contenuto indeterminato, nel quale vi può rientrare anche l'assunzione di testimoni.

²⁰² V., in argomento, E. GIARDINO, *La prova testimoniale nel processo amministrativo: presupposti e limiti*, in

Oppure attraverso la raccolta e verbalizzazione delle dichiarazioni rilasciate da persone alla p.a. nel corso della verifica²⁰³. Questo orientamento ha avuto il merito di tentare di ridurre le conseguenze negative derivanti dalla limitazione dei mezzi di prova nel processo amministrativo, anche se le dichiarazioni raccolte durante le verificazioni non sembrano assimilabili a quelle rese nella testimonianza ‘ordinaria’ ossia, sotto giuramento, dal teste davanti al giudice e con riferimento a specifici capitoli precedentemente ammessi in base a precise regole formali²⁰⁴

Era infatti opinione condivisa che ai fini della ricostruzione della realtà materiale, in alcune controversie, l'utilizzo della prova testimoniale avrebbe potuto essere decisivo, come nelle ipotesi in cui non fosse stato possibile provare altrimenti una determinata circostanza o i fatti non potessero essere accertati in altro modo²⁰⁵. E in questi casi si trattava anche di una scelta obbligata alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, secondo cui là dove la prova non è

Giornale dir. amm., 2011, 1321, il quale rileva come, in realtà, trattandosi di un mezzo volto ad immettere, surrettiziamente, nel processo la prova testimoniale, la giurisprudenza non tardò ad esprimere contrarietà, ritenendo che nel giudizio di legittimità, nel quale non è ammissibile la prova testimoniale, a maggior ragione non è ammissibile la prova con atto di notorietà, che si riduce ad una testimonianza priva delle garanzie del contraddittorio (cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 31 gennaio 2007, n. 258, in www.giustizia-amministrativa.it; conforme Cons. Stato, Sez. IV, 24 febbraio 2000, n. 1010, in *Foro Amm.*, 2000, 413).

²⁰³ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, cit., 527-528, per il quale “la limitazione, tuttavia consistente, prodotta dalla mancata previsione delle prove testimoniali, viene ad essere notevolmente attenuata dal fatto, considerato pacifico, che in sede di verificazioni si possano raccogliere dichiarazioni di persone (che vengono verbalizzate) relative all’oggetto della verifica stessa”.

²⁰⁴ V. M. SICA, *Prova testimoniale e processo amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2001, 903, nota 1, ed ivi ulteriori riferimenti in dottrina.

²⁰⁵ V. L. ACQUARONE, *Il sistema probatorio*, in *Processo amministrativo: quadro problematico e linee di evoluzione*, (Atti del XXXI Convegno di studi di scienza dell’amministrazione, Varenna 19-21 settembre 1985, Milano, 1988), 147 ss., il quale fa riferimento all’esempio dei “termini d’inizio o di ultimazione lavori in controversie aventi ad oggetto provvedimenti di decadenza di concessione od autorizzazione edilizia” (174-175). V. anche A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2008, 272, il quale dubitava della legittimità della limitazione dei mezzi istruttori esperibili nel giudizio amministrativo di legittimità “che appare particolarmente gravosa in alcune ipotesi: per esempio, quando la prova di un accadimento possa essere data, in concreto, solo con l’esame dei testimoni”. Per R. ZAZA (*Considerazioni sulla istruzione probatoria nel processo amministrativo*, in *Cons. Stato*, 2003, 896-897) si potrebbe pensare all’ipotesi in cui, in materia di appalti, una ditta partecipante ad una gara non abbia ricevuto tutte le schede da compilare per la presentazione dell’offerta e trasmetta alla stazione appaltante le sole schede ricevute: “in tal caso, la ditta ricorrente potrebbe avvalersi della testimonianza dei propri addetti al fine di dimostrare la circostanza del mancato ricevimento di una delle schede ed altresì richiedere che i funzionari dell’Amministrazione siano chiamati a testimoniare sulla medesima circostanza”.

possibile altrimenti non si può dichiarare inammissibile l'unica prova idonea a dimostrare l'assunto di una delle parti²⁰⁶, e poi del nuovo 111 Cost.

III. Su queste premesse si inserisce l'art. 63 del Codice, il quale ha esteso la prova testimoniale a tutto il processo amministrativo, indipendentemente dalla natura del giudizio (legittimità, merito o giurisdizione esclusiva). Tale innovazione se, per un verso, contribuirà ad una migliore ricostruzione dei presupposti di fatto da parte del giudice amministrativo, per altro verso, non sembra del tutto rispettosa delle garanzie costituzionali del giusto processo.

Ed infatti, la testimonianza non viene resa davanti al giudice né in contraddittorio tra le parti. Inoltre, la scelta legislativa è nel senso di assumere tale prova solo in forma scritta, per una automatica prevalenza delle ragioni di snellezza dell'attività istruttoria²⁰⁷ o forse a causa della (vetusta) concezione documentale del processo amministrativo, per il quale non si è inteso recepire il principio dell'oralità che caratterizza invece l'assunzione (*rectius* la formazione) della prova davanti al giudice civile. Insomma, la scelta legislativa, limitando l'esperibilità della testimonianza alla sola forma scritta, sembra riflettere “un'operazione fatta più per obbedire alla necessità dei tempi che una spontanea manifestazione di volontà del legislatore”²⁰⁸.

In verità, anche il processo civile conosce la testimonianza scritta ma in quella sede la forma scritta, di per sé già fortemente criticata²⁰⁹, costituisce oltretutto l'eccezione alla regola potendo solo sostituire quella in forma orale²¹⁰.

²⁰⁶ “Persino se può condurre all'inosservanza della normativa interna sulle prove” (G. TARZIA, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 10-11).

²⁰⁷ C. E. GALLO, *I poteri istruttori del giudice amministrativo*, cit., § 3.

²⁰⁸ C. LAMBERTI, *Art. 63*, in F. CARINGELLA - M. PROTTO (a cura di), *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, 2010, 625. Per A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2012, 265, si tratta di un “estremo tributo a un'istruttoria documentale” che peraltro potrebbe “comportare inconvenienti gravi, sia per ragioni pratiche che in linea di principio”.

²⁰⁹ L'introduzione della testimonianza scritta nel processo civile è stata definita da autorevole dottrina come “una delle novità più controverse della riforma” del processo civile (C. CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corriere giur.*, 2009, 877). Si v. anche L. TOSI, “*Testimonianza orale*” e “*testimonianza scritta*” nel processo tributario, in *Riv. dir. trib.*, 2010, 761 ss., il quale, richiama le posizioni critiche della dottrina in relazione all'introduzione della testimonianza scritta essendo fortemente esposta al pericolo di abusi ed alterazioni nella spontaneità e genuinità della deposizione.

²¹⁰ Inoltre, come evidenziato dalla dottrina civilistica, la testimonianza scritta “dovrebbe trovare

Nel processo amministrativo l'assunzione scritta è invece l'unica regola. Inoltre, nel processo civile tale tipologia di testimonianza ha una puntuale regolamentazione essendone previsti i presupposti e le condizioni di ammissibilità.

In particolare, ai sensi degli articoli 257-*bis* c.p.c. e 103 delle disposizioni di attuazione (introdotti dagli articoli 46 e 52 della legge n. 69 del 2009), la testimonianza è i) subordinata all'accordo delle parti e ii) previa comunque valutazione del giudice, il quale "tenuto conto della natura della causa e di ogni altra circostanza", può disporre di assumere la deposizione chiedendo al testimone di fornire, per iscritto e nel termine fissato, le risposte ai quesiti sui quali deve essere interrogato. Il giudice pertanto potrebbe ritenere necessario un esame diretto del teste per timore di una mancanza di genuinità nel rilascio della dichiarazione e, quindi, disporre la forma orale. Nel processo civile insomma, da un lato, vige l'alternativa tra la testimonianza scritta e quella orale, dall'altro, l'assunzione orale ha una tendenziale prevalenza, come si verifica, per esempio, allorché si avverta l'esigenza di ascoltare il testimone in udienza.

Il Codice nulla prevede al riguardo e se è pur vero che l'art. 63, c. 3, rinvia al codice di procedura civile quanto alla disciplina di dettaglio, tale richiamo non può evidentemente snaturare il modello prefigurato dal legislatore.

Sicché, in primo luogo, l'assunzione della testimonianza non è subordinata al raggiungimento dell'accordo tra ricorrente e amministrazione resistente, essendo sufficiente l'istanza di parte²¹¹. E ciò perché nel processo civile in mancanza di accordo²¹² può aprirsi la strada all'assunzione della prova nella forma

limitatissima applicazione, posto che la sua operatività è subordinata alla sussistenza di un preventivo accordo delle parti in tal senso, e non è certo consueto che una parte si fidi ciecamente, ed a priori, dei testi indicati dall'avversario, si da rinunciare preventivamente al loro interrogatorio in udienza" (E. FABIANI, *Note sulla nuova figura di testimonianza (c.d. scritta) introdotta dalla legge n. 69 del 2009*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, 823; v. anche G. BALENA-R. CAPONI-A. CHIZZINI-S. MENCHINI, *La riforma della giustizia civile*, Torino, 2009, p. 78).

²¹¹ L'art. 257-*bis* del c.p.c. subordina infatti la testimonianza scritta all'"accordo delle parti", mentre l'art. 63 citato all'"istanza della parte". V. però T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, ord. 5 maggio 2011, n. 2541, in *www.giustizia-amministrativa.it*, il quale dopo aver proposto un'interpretazione estensiva secondo cui l'accordo sarebbe necessario anche nel giudizio amministrativo ritiene che esso possa "risultare anche implicitamente, vale a dire per *facta concludentia*".

²¹² Ancorché non precluda del tutto l'assunzione della prova, la previsione dell'accordo nel processo civile è comunque criticabile, essendo improbabile che le parti accettino di ammettere una prova

orale, mentre nel processo amministrativo l'ipotesi (verosimilmente frequente) del disaccordo sull'acquisizione in forma scritta precluderebbe del tutto l'esperimento della prova, rendendo sostanzialmente non operativo l'art. 63, c. 3, in esame²¹³.

In secondo luogo, ove il giudice amministrativo ritenga non ammissibile la testimonianza scritta, non potrà farsi luogo a quella orale. Il Codice, infatti, come già evidenziato, non prevede alternative alla prova fornita per iscritto che, se ammessa del giudice, diventa l'unica forma consentita.

Del pari, non dovrebbe essere applicabile il c. 8 dell'art. 257-*bis* del c.p.c., ai sensi del quale, e sempre in un'ottica di verifica della genuinità delle risposte, il giudice civile, esaminate le risposte o le dichiarazioni, può sempre disporre che il testimone sia chiamato a deporre davanti a lui o davanti al giudice delegato (257-*bis*, c. 8)²¹⁴. Condivisibili motivazioni consiglierebbero un'interpretazione estensiva²¹⁵, ma si tratta, ancora una volta, di forzare il dato legislativo per piegarlo ad obiettive garanzie di giustizia che non sembrano del tutto rispettate.

E' dubbio poi, e nulla dispone il Codice al riguardo, quale sia l'ultimo momento utile per la produzione dell'istanza di testimonianza. Al riguardo, sembra potersi escludere l'ammissibilità di istanze presentate in sede di udienza di discussione, posto che già prima di tale udienza le parti devono aver esercitato le prerogative di allegazione e prova dei fatti e la capitolazione in udienza comporterebbe anche la necessità di rinviare la trattazione del ricorso tutte le volte

testimoniale resa per iscritto ed al di fuori quindi dal contraddittorio orale, salvo i casi in cui i fatti oggetto di prova risultino pacifici per le stesse parti (ma anche in tale ultima ipotesi la prova testimoniale paleserebbe la sua sostanziale inutilità, cfr. anche C. ASPRELLA, *La testimonianza scritta e il tramonto dell'oralità*, in G. BALENA - A. CHIZZINI - F. CIPRIANI - S. MENCHINI - G. MONTELEONE (a cura di), *Il giusto processo civile*, Bari, 2009, 849 ss.).

²¹³ Inoltre, opinando diversamente, la prova testimoniale verrebbe rimessa al consenso della controparte "e ciò comporterebbe una violazione patente dell'art. 111 Cost." (G. D'ANGELO, *Osservazioni sulle disposizioni in tema di istruttoria*, in *Foro it.*, cit., 220).

²¹⁴ Cfr. P. CHIRULLI, *L'istruttoria*, in R. CARANTA (commentario sistematico diretto da), *Il nuovo processo amministrativo*, cit., 547, secondo cui "il richiamo all'analitica disciplina contenuta nell'art. 257 bis c.p.c. è dunque solo parziale (e tra l'altro generico: "ai sensi del codice di procedura civile"), e non consente di mutuarne interamente le previsioni". Così anche A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2012, 265. *Contra* sembra A. BRUNI, *Artt. 63 - 69*, in M. SANINO (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, cit., 282, la quale tuttavia fa riferimento non al rinvio disposto dall'art. 63, c. 3, ma a quello ancora più generico dell'art. 39.

²¹⁵ V. F. G. SCOCA, *Artt. 63 - 69*, in A. QUARANTA - V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, cit., 545, secondo cui in questo modo si darebbe alla prova testimoniale "il rilievo che merita".

che controparte chieda di poter controdedurre (essendo a tal fine necessario esaminare le circostanze dedotte anche per il reperimento dei testi da citare a controprova), con conseguente allungamento dei termini processuali che, invece, la disciplina “del nuovo codice ha voluto mantenere contratti prevedendo che l’udienza di discussione debba essere preceduta da una trattazione scritta”²¹⁶. Sicché, l’istanza di prova testimoniale con i relativi capitoli e testi dovrebbe essere presentata già con il ricorso introduttivo (dovendo esso contenere l’indicazione dei mezzi di prova ai sensi dell’art. 40, c. 1, lett. e) del Codice, garantendo alle altre parti l’esercizio del diritto alla prova contraria con la costituzione in giudizio) o, tuttalpiù, nella prima memoria *ex art.* 73, c. 1, lasciando la memoria di replica per l’indicazione dei testi da citare a controprova, in analogia a quanto previsto dall’art. 183, c. 6, nn. 2 e 3 del c.p.c.²¹⁷.

In mancanza di indicazioni contrarie ad opera del Codice, devono ritenersi applicabili invece le previsioni dell’art. 103 disp. att. c.p.c., le quali disciplinano le modalità concrete di esperimento della prova²¹⁸, ossia la redazione del modello di testimonianza da parte del difensore, nel quale verranno inserite le generalità del

²¹⁶ T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 30 maggio 2011, n. 1374, in *www.giustizia-amministrativa.it*, il quale ha respinto la richiesta di prova testimoniale essendo stata capitolata la prova e indicati i testi solo in sede di udienza di discussione del ricorso. Peraltro, come rilevato dallo stesso T.A.R. citato, il fatto che il Codice non preveda alcuna distinzione fra la fase istruttoria e quella decisoria, essendo entrambe concentrate nell’udienza di discussione del ricorso, potrebbe far propendere per l’ammissibilità di istanze di prova per testi presentate anche in sede di udienza di discussione, sebbene tale soluzione non sembra condivisibile per le ragioni di cui si è detto.

²¹⁷ In questi termini pare T.A.R. Piemonte, Sez. I, 4 maggio 2011, n. 452, in *Foro amm.-TAR*, 2011, 1473: l’indicazione dei testimoni deve rispettare “le preclusioni *ex art.* 73 c.p.a.”.

²¹⁸ Si v. anche il Decreto del Ministero della Giustizia 17 febbraio 2010, n. 44061, recante “Approvazione del modello di testimonianza scritta e delle relative istruzioni per la sua compilazione”. Sulle previsioni del citato decreto v. G. FINOCCHIARO, in *Guida al diritto*, 2010, 72 ss., secondo il quale «il mancato coordinamento delle nuove norme in tema di testimonianza scritta con il testo unico in materia di spese di giustizia» costituisce «al momento il più grave e urgente difetto della nuova disciplina». Infatti, «nulla è stabilito circa le spese necessarie al testimone per la spedizione postale o per recarsi personalmente presso l’ufficio giudiziario» e «sembra... che possano in modo non pienamente ragionevole né condivisibile trovare applicazione gli articoli da 45 a 48 del d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115, che prevedono non soltanto delle indennità per i testimoni, ma anche il rimborso delle spese di viaggio», mentre invece, *de iure condendo* sarebbe auspicabile «un sollecito intervento normativo che chiarisca che il testimone chiamato a deporre per iscritto, da un lato, ha diritto soltanto all’indennità spettante al testimone residente (potendo sempre recarsi nel proprio comune di residenza per far autenticare le proprie sottoscrizioni) e, dall’altro lato, ha diritto, alternativamente, al rimborso delle spese sostenute per l’invio del modulo ovvero dell’indennità spettante al testimone residente ove preferisca provvedere a consegnare personalmente il modello debitamente compilato».

teste, la formula del giuramento, la facoltà di astensione, l'ammonimento ai sensi dell'articolo 251 del c.p.c., con l'avvertenza che il testimone deve rendere risposte specifiche e pertinenti a ciascuna domanda e deve altresì precisare se ha avuto conoscenza dei fatti oggetto della testimonianza in modo diretto o indiretto, e la sua compilazione e sottoscrizione da parte del teste²¹⁹.

In ogni caso, la scelta di compromesso del legislatore (la prova testimoniale nel processo amministrativo non è resa in contraddittorio tra le parti; non è resa davanti al giudice e non è previsto il giuramento del teste in udienza) potrebbe aprire la strada anche a vagli di costituzionalità in relazione alla compatibilità con i principi della legge delega e del Codice²²⁰ nonché con gli articoli 24, 111 e 113 della Costituzione²²¹, oltre a costituire un passo indietro rispetto alle acquisizioni precedenti.

Ed infatti, il Consiglio superiore della magistratura si è già espresso in tal senso affermando che è di “dubbia compatibilità” con i principi del nostro ordinamento l'introduzione della testimonianza scritta nel processo civile, nel quale peraltro rappresenta soltanto un'eccezione rispetto all'assunzione in forma orale²²².

²¹⁹ Ai sensi del c. 3, dell'art. 103 delle disp. att. c.p.c., le sottoscrizioni “devono essere autenticate da un segretario comunale o dal cancelliere di un ufficio giudiziario”, pur essendo “gratuita nonché esente dall'imposta di bollo e da ogni diritto”. Al riguardo, in dottrina si è osservato che la necessità dell'autenticazione induce a “ritenere che tale istituto non avrà un notevole sviluppo applicativo (...). Ci si può domandare se il testimone possa recarsi presso la cancelleria del tribunale competente ed ivi procedere all'autenticazione della sottoscrizione, successivamente consegnando al cancelliere la busta chiusa. Tale modalità è astrattamente possibile, posto che il cancelliere ha funzioni certificate, né vi sono motivi per non consentire lo svolgimento di tale passaggio procedurale uno actu” (P. DELLA VEDOVA, *Art. 257-bis*, in L. P. COMOGLIO - R. VACCARELLA (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, Torino, 2010, 1114).

²²⁰ Si ricordi che, ai sensi dell'art. 2, c. 2, tra i principi che il processo amministrativo deve ‘attuare’ vi è anche il rispetto del “contraddittorio”.

²²¹ Come rilevato da A. BRUNI, *Artt. 63 - 69*, in M. SANINO (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, cit., 283.

²²² Parere del Consiglio superiore della magistratura (seduta straordinaria del 30 settembre 2008) nel quale si legge che “suscita gravi perplessità (tanto più in mancanza di un'organica revisione del diritto delle prove) l'introduzione di «testimonianze scritte», secondo l'indicazione già contenute nel disegno di legge delega per la riforma del codice di procedura civile approvato dal Consiglio dei ministri nella seduta del 23 ottobre 2003. Tale introduzione appare di dubbia compatibilità con il principio secondo cui prova testimoniale, per il nostro ordinamento, è solo quella che si forma nel processo avanti al giudice, dato che l'art. 111 della Costituzione presuppone lo svolgimento innanzi al giudice terzo ed imparziale dell'intero procedimento, e non di singole fasi o segmenti di esso. Si aggiunga che anche il

Il modello di testimonianza delineato dal Codice pare riconducibile a quelle figure atipiche (*rectius*: la produzione in giudizio di atti di notorietà) con le quali in precedenza si avviava alla inammissibilità della prova testimoniale e di cui la giurisprudenza aveva già sottolineato i possibili contrasti con le regole del contraddittorio processuale²²³. E se in passato si dubitava dell'ammissibilità in generale della testimonianza nel processo amministrativo, la possibilità di introdurla proprio nella forma scritta era stata tradizionalmente esclusa, tra l'altro, perché resa senza le garanzie del contraddittorio²²⁴.

Al riguardo, è emblematico che, in una recente pronuncia, il T.A.R. Puglia, Bari, nonostante, come visto, il dato normativo di senso contrario, abbia disposto comunque l'assunzione della prova testimoniale in forma orale, e per poter operare in tal senso ha ritenuto implicitamente 'non applicabile' l'art. 63, c. 3, alle controversie devolute "alla giurisdizione esclusiva del G.A in materia di pubblico impiego, dovendo la tutela dei diritti soggettivi innanzi al G.A avvenire con le stesse garanzie di quelle innanzi al G.O"²²⁵.

IV. In realtà, ferma restando l'esigenza di adeguare l'istruzione probatoria ai nuovi bisogni di tutela e ai principi dell'effettività e del giusto processo²²⁶, non

suo effetto di semplificazione è assai discutibile, essendo agevolmente prevedibile l'emergere di contestazioni circa la corrispondenza delle dichiarazioni testimoniali ai quesiti proposti, o circa la necessità di sentire direttamente i testimoni per chiarimenti o specificazioni o per risolvere contrasti, con conseguenti effetti negativi sulla durata del processo [...] L'introduzione della testimonianza scritta contrasta infine con i principi del sistema processuale italiano in base ai quali sia l'atto notorio che la dichiarazione sostitutiva del medesimo non costituiscono fonti legali di prova, ma devono essere considerati, alla stregua dei documenti, il cui contenuto può essere liberamente valutato dal giudice".

²²³ Cfr., ad esempio, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 7 dicembre 1995, n. 484, in *Trib. amm. reg.*, 1996, 615, secondo cui nel giudizio di legittimità, nel quale non è ammissibile la prova testimoniale, a maggior ragione non è ammissibile la prova con atto di notorietà, che si riduce ad una testimonianza "priva delle garanzie del contraddittorio".

²²⁴ V. Cons. Stato, Sez. IV, 10 giugno 2004, n. 3772, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2004, 1669, secondo cui "nel giudizio amministrativo di legittimità non è ammessa la prova testimoniale ed a maggior ragione è inammissibile la testimonianza scritta, formata senza le garanzie del contraddittorio imposte dal codice di procedura civile"; Cons. Stato, Sez. V, 24 marzo 2006, n. 1534, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2006, 886.

²²⁵ T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 14 gennaio 2011, n. 95, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²²⁶ Cfr. E. GIARDINO, *La prova testimoniale nel processo amministrativo: presupposti e limiti*, in *Giornale dir. amm.*, cit., 1326, secondo cui la scelta legislativa di limitare la prova testimoniale alla sola assunzione scritta "se non rivisitata e contestualizzata nel quadro dei nuovi bisogni di tutela, rischia di rivelarsi contraria al codificato vincolo dell'effettività, alla cui stregua la giurisdizione amministrativa deve assicurare «una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo»". L'ulteriore criticità segnalata dall'Autore (necessità dell'accordo tra le parti) sembra invece superabile

sembra che la prova testimoniale, soprattutto nella forma delineata dal Codice del processo amministrativo, possa contribuire in modo rilevante alla completezza dell'istruzione della causa²²⁷. Anche nel processo civile (per non dire della giurisdizione amministrativa esclusiva) l'utilizzazione e soprattutto l'attendibilità di tale prova sono obiettivamente limitate, né essa riveste un'importanza decisiva. Inoltre, nel processo amministrativo, il suo impiego potrebbe essere ulteriormente ridotto posto che, per un verso, è dubbio che i funzionari dell'amministrazione e in particolare il responsabile del procedimento possano essere considerati soggetti estranei alla controversia²²⁸ (e quindi 'capaci' a testimoniare arg. *ex art.* 246 c.p.c.); e, per altro verso, nei casi in cui i documenti provenienti dall'amministrazione costituiscano atti pubblici facente fede fino a querela di falso, la testimonianza, oltre a non essere strumento probatorio idoneo, finisce per essere inammissibile²²⁹.

Sicché, nel processo amministrativo, la testimonianza potrebbe essere circoscritta alle ipotesi (rare) in cui essa sia (esperibile e sia) indispensabile ai fini della ricostruzione dei presupposti di fatto²³⁰, anche per evitare le lungaggini

dalla lettura del dato normativo che, come detto, richiede la semplice istanza di parte.

²²⁷ Anche negli altri ordinamenti, pur con le specificità proprie, l'introduzione di testimonianze scritte è stata oggetto di critiche (v. per tutti sul punto L. P. COMOGLIO - P. DELLA VEDOVA - A. LOMBARDI - F. MOSCATELLI, *La nuova prova testimoniale: testimonianza scritta, decadenza dalla prova testimoniale, accompagnamento coattivo del teste*, Roma, 2009, p. 24, ove è posto in rilievo come, «se è certamente innegabile una tendenza espansiva verso l'uso di tale forma di testimonianza, sono altrettanto innegabili le perplessità che, comunque, la circondano. In effetti l'introduzione della testimonianza scritta, soprattutto negli ordinamenti di civil law, meno in quelli di common law [...] appare frutto non tanto di una scelta convinta circa la bontà di una simile soluzione (nell'ottica dell'efficienza della fase istruttoria del processo), quanto, piuttosto, di un compromesso, percepito come inevitabile (soprattutto nelle controversie civili), ma sbilanciato nel favorire (o, meglio, nel cercare di favorire) una maggiore celerità del processo, anche a scapito di una minore efficienza del sistema probatorio»).

²²⁸ Cfr. P. SALVATORE, *L'individuazione dei fatti e l'assunzione delle prove nel processo amministrativo*, cit., 86, secondo cui «generalmente si esclude la possibilità di assumere la veste di testimone per il responsabile del procedimento, figura dotata di poteri e investita di responsabilità tali che non consentono di qualificarla come soggetto estraneo alla controversia, né totalmente né parzialmente».

²²⁹ G. PALLIGIANO - U. ZINGALES, *Il codice del nuovo processo amministrativo*, Milano, 2010, 125.

²³⁰ In tal senso sembra muoversi anche la recente giurisprudenza, v. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, ord. 5 maggio 2011, n. 2541, in www.giustizia-amministrativa.it, che ha ammesso la prova testimoniale richiesta in quanto «involgente circostanza decisiva al fine del decidere», atteso che «essa verte sull'effettiva inesigibilità della condotta di omessa denuncia posta a fondamento dell'impugnato provvedimento di revoca della licenza di porto d'armi». Forse in un eccesso di zelo, il T.A.R. aggiunge anche che per poter essere ammessa la testimonianza deve essere anche «strettamente indispensabile», richiamando il presupposto previsto invece per la consulenza tecnica (art. 63, c. 4), in realtà già di per

proprie del processo civile²³¹. E' evidente che tale opzione presuppone una rivisitazione dell'attuale disciplina legislativa la quale, allo stato e per le ragioni di cui si è detto, non può che essere oggetto dei necessari correttivi.

2.7. L'utilizzo degli "schiarimenti" nel nuovo processo amministrativo

I. Il *tria* dei mezzi di prova del processo amministrativo era tradizionalmente completato dai cosiddetti "schiarimenti".

Segnatamente, ai sensi dell'art. 44 del r. d. n. 1024 del 1924, il giudice poteva richiedere "all'amministrazione interessata nuovi schiarimenti", ove l'istruttoria fosse ritenuta "incompleta" ovvero se i fatti affermati nell'atto o nel provvedimento impugnato fossero "in contraddizione coi documenti". In sostanza, il giudice 'invitava' la p.a. a fornire elementi che aiutassero a comprendere o ad interpretare le allegazioni e le prove prodotte²³², o qualora risultasse poco chiaro il collegamento logico-funzionale tra il provvedimento finale e la restante documentazione relativa a quel particolare procedimento.

La previsione della richiesta rivolta unicamente all'amministrazione aveva fatto dubitare della legittimità costituzionale della disciplina di tale mezzo istruttorio e, in particolare, del mancato rispetto dei principi del contraddittorio e del diritto alla prova²³³. Sicché, al fine di fornire una ricostruzione degli schiarimenti conforme al nuovo quadro costituzionale, l'interpretazione

sé alquanto discutibile, come si è detto.

²³¹ Già a suo tempo F. MERUSI aveva richiamato l'attenzione sulla necessità di precisare "i limiti dell'utilizzazione della prova testimoniale perché (...) non farebbe che allungare i tempi del processo senza produrre sostanzialmente effetti positivi" (audizione svolta presso la Commissione affari costituzionali della Camera nella seduta del 24 ottobre 1984 e raccolta nel volume *La riforma del processo amministrativo*, Roma, 1987, 211).

²³² Per A. M. SANDULLI, *Il giudizio davanti il Consiglio di Stato e i giudici sottordinati*, cit., 384, i chiarimenti consistono nelle delucidazioni che l'amministrazione rende, ad esempio, in merito alle circostanze di fatto in base alle quali il provvedimento impugnato venne emanato oppure per chiarire il senso in cui vanno intesi i riferimenti poco chiari contenuti nel provvedimento stesso o in altri documenti prodotti in giudizio.

²³³ V., tra gli altri, N. SAIITA, *Sistema di giustizia amministrativa*, cit., 216-217, secondo cui la richiesta di chiarimenti "pone delicati problemi di imparzialità e correttezza all'amministrazione interpellata ove questi si identifichi con l'amministrazione interessata. [...]. Caratteristico è poi il fatto che la richiesta di chiarimenti possa essere rivolta solamente all'amministrazione, ancorché resistente. Con ogni evidenza, sperequativamente, alla parte privata non si presta alcuna fiducia di obbiettività".

prevalente era nel senso di ritenere che l'amministrazione fosse tenuta ad adempiere a tale richiesta in quanto tale e cioè in quanto soggetto pubblico e non come parte del giudizio²³⁴, posto che al ricorrente non era concessa un'analogha facoltà²³⁵. Di conseguenza, alla p.a. non era consentito integrare, in sede di chiarimenti, la rappresentazione in fatto contenuta nel provvedimento impugnato o meglio esplicitare le ragioni di diritto che avevano condotto all'adozione dell'atto²³⁶: l'amministrazione non avrebbe più potuto puntellare l'atto impugnato, integrandone il contenuto con approfondimenti istruttori a fini difensivi²³⁷. Né gli schiarimenti potevano essere contenuti in un atto del difensore dovendo provenire direttamente dal soggetto pubblico, cioè in un elaborato in cui l'amministrazione si assumesse direttamente ogni responsabilità in ordine ai dati e alle valutazioni fornite.

E' evidente come, in esito all'attività creatrice della dottrina e della giurisprudenza, i contorni di tale mezzo istruttorio apparivano di difficile individuazione. In particolare, non è obiettivamente agevole identificare il *discrimen* tra il ruolo svolto dall'amministrazione come parte da quello come autorità, soprattutto nello svolgimento di un'attività che è esclusivamente processuale e che è finalizzata, in realtà, a chiarire il gioco delle parti in ordine al provvedimento impugnato. A ciò si aggiunga che nella prassi gli schiarimenti vengono spesso utilizzati in combinazione con la "richiesta di documenti"²³⁸, da cui scaturisce un

²³⁴ Cfr., con argomentazioni in verità poco condivisibili, T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 14 luglio 2010, n. 3033, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui "la pubblica amministrazione ha un preciso obbligo giuridico di adempiere agli incombeni disposti dal giudice amministrativo, in quanto l'onere istruttorio viene diretto all'amministrazione non solo, e non tanto, perché parte processuale, ma soprattutto in quanto autorità pubblica che, in tale specifica qualità, deve collaborare con il giudice al fine di accertare la verità dei fatti".

²³⁵ Tesi criticata già da F. BENVENUTI, *L'istruttoria nel processo amministrativo*, cit., 295, nota 193.

²³⁶ Secondo V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, cit., 12, i chiarimenti consistono in una "sorta di interpretazione, poiché non potrebbe trattarsi di una motivazione *ex post* che sarebbe inammissibile, e comunque non avrebbe alcuna rilevanza".

²³⁷ C. E. GALLO, voce *Istruttoria processuale (dir. amm.)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, 3303. In virtù di tale interpretazione, la norma, si è ritenuto, avrebbe potuto superare le censure di incostituzionalità alla luce del disposto del nuovo art. 111 della Costituzione in tema di giusto processo (v. A. LIBERATI, *Il nuovo diritto processuale amministrativo - Commento sistematico al Codice di procedura amministrativa, d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104*, Padova, 2010, 524).

²³⁸ V. A. MASSONE, *Istruttoria nella fase cautelare del processo amministrativo*, cit., 371, il quale rileva come la richiesta di chiarimenti consiste in una "relazione per iscritto relativa ai punti indicati dal Collegio

mezzo atipico ossia la “richiesta di documentati chiarimenti” in ordine ai fatti di causa²³⁹: la funzione della prova consisteva nel creare nel giudice un convincimento sui documenti acquisiti, nell’ipotesi in cui risultassero contraddittori o quantomeno non idonei a creare un effettivo convincimento nell’organo giudiziario. Sicché, gli schiarimenti finivano per avere scarsa utilità, in quanto l’amministrazione – provvedendo in modo formale – non poteva che riprendere quanto già affermato nel provvedimento impugnato e nei documenti prodotti²⁴⁰, importando semplicemente quindi uno scambio di scritti difensivi tra le parti, risultando così di ben poco conforto probatorio per il giudice amministrativo.

II. L’art. 63, c. 1, del Codice prevede che, fermo restando l’onere della prova a loro carico, il giudice possa “chiedere alle parti anche d’ufficio chiarimenti o documenti”. Il d. lgs. n. 104 del 2010 conserva dunque tale istituto tra i tradizionali mezzi probatori acquisibili d’ufficio dal giudice e dispone saggiamente che i chiarimenti possono essere richiesti sia alla p.a. sia al ricorrente, correggendo così l’illustrata disparità con la parte privata²⁴¹.

Tuttavia, accanto alla ineludibile estensione della richiesta di chiarimenti ad entrambi le parti processuali, sembra che il Codice si sia limitato a riprodurre il mezzo istruttorio in discorso per ‘consuetudine’, senza tener conto del mutato assetto processuale né delle indicazioni provenienti dalla prassi²⁴². Ad esempio,

nell’ordinanza che richiede i chiarimenti, comprensiva di eventuali ulteriori elementi fattuali che possano contribuire a specificare meglio i contorni della vicenda, accompagnata, eventualmente, da documenti, senza che venga svolta ulteriore attività istruttoria”.

²³⁹ Un’articolata distinzione fra i vari tipi di chiarimenti è riportata da A. ANDREANI, *L’istruzione nel processo davanti ai tribunali amministrativi regionali: esperienze e prospettive*, cit., 488, che ne individua tre specie: i chiarimenti semplici (che consistono in una semplice relazione dell’amministrazione al giudice); i chiarimenti documentati (i quali prevedono in aggiunta la produzione di documenti); i chiarimenti complessi (che comprendono anche l’illustrazione di elementi tecnici).

²⁴⁰ Come rilevato da C. E. GALLO, *Art. 44*, in A. ROMANO, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit., 526.

²⁴¹ Si v. nella recente giurisprudenza T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, ord. 27 luglio 2012, n. 2742, in www.giustizia.amministrativa.it, che ha richiesto la presenza in udienza dei dirigenti del Ministero dell’Istruzione e dell’Università di Messina “in contraddittorio con i legali di tutte le parti costituite, eventualmente assistiti da propri tecnici di fiducia, sui chiarimenti che il Collegio intende chiedere in merito”.

²⁴² In ogni caso, anche in base alla disciplina del Codice, è stato ribadito che con la presentazione dei chiarimenti non è “consentito all’amministrazione ... di dare ingresso nel processo a nuovi fatti,

non sono stati chiariti quale sia l'oggetto dei chiarimenti che le parti devono fornire (ad esempio se sia consentito allegare nuovi documenti) né la forma (orale o scritta) in cui essi devono essere resi.

In realtà, i chiarimenti continuano ad avere una natura ibrida dal momento che la loro concreta esecuzione potrebbe sovrapporsi agli ulteriori mezzi di prova previsti dal Codice.

Ed infatti, nel caso in cui fossero assunti in forma orale, i chiarimenti potrebbero assimilarsi alle dichiarazioni rese in sede di interrogatorio libero delle parti *ex art.* 117 c.p.c.²⁴³, nel senso che essi sono equivalenti alla deposizione della parte interrogata informalmente. Del resto, la formulazione dell'art. 63 del Codice consente tale interpretazione, posto che la richiesta di chiarimenti ivi prevista non è più ancorata all'incompletezza dell'affare o al contrasto con i documenti (cfr. art. 44 del T. u. Cons. Stato), ma è rimessa alla discrezionalità del giudice²⁴⁴.

Al riguardo, va osservato che, come meglio si dirà, l'esperimento dell'interrogatorio libero è oggi senz'altro consentito dal richiamo contenuto nel comma 5 dell'art. 63 al potere del giudice di disporre l'assunzione degli altri mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, ad esclusione (della modalità formale) dell'interrogatorio e del giuramento²⁴⁵. Proprio in virtù del citato comma

ovvero a nuove qualificazioni giuridiche dei fatti già acquisiti al processo" (Cons. Stato, Sez. VI, 2 febbraio 2012 n. 586, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2012, 392).

²⁴³ V., in commento al T. u. Cons. Stato, A. M. SANDULLI, *Il giudizio davanti il Consiglio di Stato e i giudici sottordinati*, cit., 384. Più di recente, C. E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo - Diritto amministrativo speciale*, cit., 3358. V. anche L. R. PERFETTI, voce *Prova (dir. proc. amm.)*, in *Enc. dir., Annali*, cit., 939, il quale critica il differente orientamento secondo cui gli schiarimenti possono essere assimilati alla richiesta di informazioni alla p.a. di cui all'art. 213 c.p.c., posto che "la richiesta del giudice *ex art.* 213 c.p.c. è riferita ad atti e documenti dell'amministrazione stessa ... e non già ai chiarimenti che la parte può fornire (com'è proprio delle dichiarazioni *ex art.* 117 c.p.c.), sia perché nulla nell'art. 213 c.p.c. autorizza ad escludere che il giudice ordinario nel processo di cognizione possa rivolgere richieste in forza di quella norma anche all'amministrazione che sia parte del processo civile".

²⁴⁴ L'art. 63, c. 1, del Codice prevede infatti che, fermo restando l'onere della prova, il giudice può chiedere alle parti chiarimenti, senza vincolarne la richiesta a specifici presupposti. In precedenza, proprio in ragione dei limiti connessi alla richiesta di chiarimenti stabiliti dalla disciplina previgente, si era sostenuta l'incompatibilità tra il mezzo di prova di cui nel testo e l'interrogatorio libero *ex art.* 117 c.p.c. (v. G. CORSO, voce *Istruttoria nel processo amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, cit., 8).

²⁴⁵ Né pare di ostacolo la circostanza secondo cui l'interrogatorio libero non sarebbe un mezzo di prova vero e proprio (cosicché non sarebbe ricompreso nel predetto rinvio al codice di procedura civile), dal momento che l'espressione stessa utilizzata dal codice del processo amministrativo è

5, di recente, il T.A.R. Milano ha disposto l'ammissione dell'interrogatorio libero delle parti nel corso del giudizio, sul rilievo che tale mezzo istruttorio costituisca, per l'appunto, un importante ausilio alla "chiarificazione e precisazione" delle allegazioni di fatto contenute negli scritti difensivi²⁴⁶. Tuttavia, rispetto all'interrogatorio informale, gli schiarimenti potrebbero avere una latitudine probatoria più ampia, posto che non escluso che con essi si forniscano sia nuovi elementi di fatto sia la prova di quelli già introdotti.

Ove invece la richiesta di chiarimenti sia seguita dalla produzione di ulteriore documentazione dalle parti si potrebbe sovrapporre con l'ulteriore mezzo istruttorio pure disponibile d'ufficio ai sensi dell'art. 63, c. 1: la "richiesta di documenti" alle parti; e forse anche con quello previsto dall'art. 213 c.p.c. in virtù del quale il giudice può chiedere alla p.a. informazioni scritte relative (però soltanto) ad atti e documenti formati e detenuti dall'amministrazione stessa, e che è necessario acquisire al processo.

Sicché, la portata dei chiarimenti sembra circoscritta alla presentazione di una relazione scritta ad opera della parte, accompagnata eventualmente da un'allegazione documentale, corrispondente quindi al 'modello' generalmente utilizzato nella prassi giudiziale e denominato, come detto, "richiesta di documentati chiarimenti"²⁴⁷. In tal caso, nel rispetto del principio del contraddittorio processuale e del diritto di difesa, dovrà necessariamente essere consentita anche all'altra parte la produzione di un analogo atto difensivo. Sicché, i chiarimenti consistono in definitiva in un ulteriore 'giro' di memorie di parte, in maniera analoga alle memorie di cui all'art. 183, c. 6, c.p.c., su un determinato aspetto della controversia risultato poco chiaro al giudice.

imprecisa, sol che si osservi che i mezzi di prova sono definiti (ad eccezione dell'ispezione) dal codice civile, limitandosi il codice di rito alla disciplina dei procedimenti di produzione ed assunzione delle prove nel processo (v. T.A.R. citato nella nota successiva).

²⁴⁶ T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, ord. 6 aprile 2011, n. 904, cit., il quale ha ritenuto che nel caso di specie apparisse utile esperire l'interrogatorio libero delle parti "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".

²⁴⁷ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 7 gennaio 2003, n. 28, in *Foro amm.-TAR*, 2003, 162.

Se è così, però, non può non rilevarsi come in realtà la disciplina codicistica non preveda espressamente che i chiarimenti siano presentati per iscritto con allegata documentazione a sostegno di quanto ulteriormente dedotto. Peraltro, l'assunzione in forma orale sarebbe maggiormente rispettosa del principio della ragionevole durata del processo, fornendo altresì al giudice, attraverso il 'contatto' diretto con le parti, elementi 'sensitivi' di convincimento ai fini del riscontro e della valutazione delle prove già acquisite²⁴⁸.

Quanto all'efficacia delle affermazioni contenute nei chiarimenti, in passato si era rilevato come esse costituissero argomento di prova (ai sensi dell'art. 116 c.p.c.) più che una prova in senso stretto, posto che provengono da una parte in causa che può (e di solito tende a) formularle in modo a sé vantaggioso²⁴⁹.

I chiarimenti rimangono in sostanza uno strumento dal contenuto indeterminato i cui confini non sono stati segnati neanche dal Codice, con buona pace della certezza del diritto. Del resto, l'istituto in discorso è stato concepito in un contesto nel quale era (solo) l'amministrazione a svolgere l'istruttoria anche processuale degli atti e dei documenti e, pertanto, ove il risultato di tale attività di indagine fosse risultato poco chiaro, occorreva rivolgersi sempre ad essa per ottenere le relative delucidazioni: il Codice si è limitato a riproporlo, con i minimi aggiustamenti dovuti alle mutate garanzie processuali. Per il vero, sarebbe stato opportuno svolgere un'adeguata riflessione sulle ragioni a sostegno del mantenimento dei chiarimenti nel giudizio amministrativo, che rappresentano un *unicum* nel panorama processuale, anche alla luce dell'ampliamento dei mezzi di

²⁴⁸ Come rilevato da M. SICA, *Verificazioni e contraddittorio nel processo amministrativo*, cit., 223, il quale proponeva a tal fine che i chiarimenti fossero assunti in forma orale, posto che "verrebbe non solo soddisfatto il principio del contraddittorio consentendo alla parte ricorrente, con immediatezza e senza pregiudizio per i tempi di decisione, di chiedere spiegazioni ed approfondimenti, ma anche il principio di oralità del processo che consentirebbe al giudice di formare il proprio libero convincimento in modo più articolato e preciso di quanto non consenta la lettura di asfittiche comunicazioni e relazioni scritte". L'Autore ritiene peraltro che anche a fronte della presentazione di chiarimenti in forma scritta si dovrebbe comunque ammettere il diritto delle parti di chiedere "la convocazione in udienza dell'amministrazione che li ha forniti per ulteriori chiarimenti e delucidazioni".

²⁴⁹ V. G. CORSO, voce *Istruttoria nel processo amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, cit., 9.

prova a disposizione del giudice amministrativo i quali, come detto, possono assolvere senz'altro alle funzioni proprie di tale strumento istruttorio.

2.8. L'adozione dei provvedimenti istruttori

I. Come anticipato, anche con il Codice non è stata strutturata un'autonoma fase di istruzione della causa, potendo i provvedimenti istruttori essere adottati dal collegio o dal presidente (o da un magistrato delegato), in qualsiasi momento del processo fino all'udienza di discussione.

In particolare, l'art. 65 prevede che il presidente della sezione o un magistrato da lui delegato adotti, su istanza motivata di parte, i provvedimenti necessari per assicurare la completezza dell'istruttoria e nel caso in cui l'istruttoria sia disposta dal collegio si provvede con ordinanza (cc. 1 e 2).

Al riguardo, non è chiaro innanzitutto il riferimento all'istanza di parte ai fini dell'adozione dei provvedimenti istruttori. Le interpretazioni possibili sono due: o il Codice intende chiarire che sulle istanze istruttorie delle parti si pronuncia (solo) il presidente o il giudice delegato, ad eccezione della consulenza tecnica e della verifica, fermo restando i poteri d'ufficio del giudice; oppure il Codice ha inteso riservare solo al collegio l'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio, ed esso è sottratto al presidente o al suo delegato. Tale ultima soluzione ha lo svantaggio che l'udienza collegiale di trattazione è fissata dopo lo svolgimento di attività processuale rilevante, che potrebbe risultare inutile se l'istruttoria non è completa, salvo l'ipotesi non prevista dal Codice che il collegio si riunisca tempestivamente per verificare le esigenze probatorie che implicano l'emanazione di ordinanze collegiali, senza che sia necessario attendere la tradizionale udienza di trattazione, collocata al termine del processo e finalizzata alla decisione finale²⁵⁰.

Sicché, anche per ragioni di economia processuale, l'art. 65 potrebbe essere interpretato nel senso che, ferma restando la competenza sulle istanze istruttorie delle parti del presidente o del delegato, questi ultimi conservino il potere di

²⁵⁰ Così F. G. SCOCA, *Artt. 63 - 69*, in A. QUARANTA - V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, cit., 555.

disporre d'ufficio, oltre l'esibizione dei documenti (cfr. art. 65, c. 3), anche ad es. la richiesta di informazioni o l'assunzione degli altri mezzi di prova previsti dal c.p.c. e, dunque, l'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio. E tale soluzione è coerente anche con l'art. 65, c. 3, secondo il quale, ove l'amministrazione non provveda al deposito del provvedimento impugnato e degli altri atti ai sensi dell'articolo 46, il presidente o un magistrato da lui delegato ovvero il collegio ordina, *anche* su istanza di parte, l'esibizione degli atti e dei documenti nel termine e nei modi opportuni.

II. Un ulteriore profilo critico connesso al concreto esercizio dell'attività istruttoria attiene alla forma dei provvedimenti istruttori che, anche in passato, ha rappresentato un problema sollevato in letteratura, in ragione dell'assenza, nella disciplina processuale previgente, di una enumerazione di detti provvedimenti e di una loro astratta individuazione²⁵¹: la normativa non si occupava di individuare la forma dei provvedimenti, facendo di regola riferimento al loro contenuto.

Ai sensi dell'art. 65, c. 2, del Codice, l'ordinanza è la forma dei provvedimenti istruttori adottati dal collegio, ma nulla è previsto in merito ai provvedimenti adottati dal presidente o dal delegato di cui pure parla. E' da escludersi che il provvedimento dell'organo monocratico possa essere una sentenza, in quanto quel provvedimento non ha alcun carattere di immodificabilità, essendo soltanto strumentale allo svolgimento del giudizio ed essendo rimuovibile da parte del collegio²⁵².

Richiamando l'art. 33 del Codice, secondo cui il giudice pronuncia un'ordinanza quando assume misure cautelari o interlocutorie, ovvero decide sulla competenza, pare che la forma dell'ordinanza possa essere rivestita anche dal provvedimento del singolo giudice. Perplessità potrebbero sorgere dal fatto che l'ordinanza è tipicamente collegiale mentre i provvedimenti monocratici

²⁵¹ V. A. ANDREANI, *Riflessioni sulla forma ed impugnabilità degli atti collegiali dei tribunali amministrativi regionali*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 435 ss., secondo cui tutte le decisioni istruttorie e le altre insuscettibili di passare in cosa giudicata dovrebbero assumere la veste di ordinanza (439-445).

²⁵² C. E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, cit., 127, il quale conclude per la forma dell'ordinanza dei provvedimenti istruttori monocratici.

assumono la forma del decreto, ma, in base alle regole processuali civili, il decreto può essere adottato solo nei casi stabiliti dalla legge. Ad ulteriore sostegno dell'esclusione dell'utilizzo della forma del decreto per tali provvedimenti si osserva che, non essendo necessaria la motivazione in base al c.p.c., nelle decisioni del giudice sulle istanze istruttorie delle parti non sarebbe esternato l'*iter* logico-argomentativo delle scelte effettuate²⁵³. Forma di decreto che invece potrebbe assumere la nomina del giudice delegato da parte del presidente della sezione di cui si è detto²⁵⁴.

Ciò chiarito, sempre il richiamo al combinato disposto degli artt. 33 e 65 del Codice dovrebbe porre fine alla prassi - ispirata ad una regola contenuta nel codice di procedura civile del 1865 - in voga presso i tribunali amministrativi per la quale il collegio, quando provvedeva per l'istruttoria dopo l'udienza di discussione, adottava una 'sentenza interlocutoria', priva però di qualsiasi contenuto decisorio, anche implicito, non comportando alcuna pronuncia sulle questioni pregiudiziali o di merito sollevate nel giudizio e contenenti invece incumbenti istruttori²⁵⁵. In realtà, al fine di dissipare i dubbi che l'utilizzo di una simile formula poteva ingenerare, la giurisprudenza aveva precisato che occorreva distinguere fra la decisione interlocutoria contenente la decisione di un punto della controversia e interlocutoria avente ad oggetto invece un semplice ordine istruttorio. Nel primo caso, la decisione è appellabile ed è suscettibile di divenire cosa giudicata, nel secondo la sentenza interlocutoria non può comunque

²⁵³ Cfr. A. BRUNI, *Artt. 63 - 69*, in M. SANINO (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, cit., 290, la quale ritiene che siano applicabili anche al processo amministrativo le regole sulla forma e il contenuto del decreto stabilite del c.p.c. in virtù del rinvio operato dall'art. 39 del Codice al c.p.c.

²⁵⁴ C. LAMBERTI, *Art. 68*, in F. CARINGELLA - M. PROTTO, *Commento al codice del processo amministrativo articolo per articolo*, 2010, Roma, 619.

²⁵⁵ V. F. PATRONI GRIFFI, *La sentenza amministrativa*, cit., § 9, il quale afferma che le sentenze (non definitive) interlocutorie "che dispongono sull'andamento del processo (a fini istruttori o ordinando l'integrazione del contraddittorio)" e che quindi "si limitano a regolare l'andamento del processo [...] sono insuscettibili di passare in cosa giudicata". Cfr. anche A. ANDREANI, *Riflessioni sulla forma ed impugnabilità degli atti collegiali dei Tribunali amministrativi regionali*, in *Il Processo amministrativo. Scritti in onore di Giovanni Miele*, Milano, 1979, 11 ss., il quale critica il perdurante uso nella pratica dei TAR della sentenza interlocutoria per ordinare gli incumbenti istruttori ritenendo possibile e doveroso l'uso, anche nel processo amministrativo, dell'ordinanza collegiale anche nel momento istruttorio (18-19).

pregiudicare la decisione della causa²⁵⁶. In altri termini, la sentenza istruttoria, essendo priva del contenuto decisorio, non è in grado di costituire un vincolo sulla decisione finale, né di passare in giudicato: limitandosi a disporre mezzi istruttori o comunque attività di ordine processuale, ha carattere ordinatorio e comporta adempimenti che corrispondono a quelli derivanti dalle ordinanze istruttorie del giudizio civile²⁵⁷.

Tuttavia, già in passato era stato messo il luce come, anziché perdersi in tali complesse differenziazioni prive di valide ragioni giustificatrici, sarebbe stato più opportuno che tutti i provvedimenti istruttori assumessero la forma dell'ordinanza²⁵⁸.

Come detto, a tale prassi dovrebbe aver posto rimedio il Codice, anche alla luce del secondo comma dell'art. 36 del Codice, secondo cui, proprio superando l'orientamento giurisprudenziale che consentiva l'utilizzo di sentenze interlocutorie anche solo istruttorie²⁵⁹, il giudice emana una sentenza non definitiva quando decide su alcune delle questioni sottoposte "anche se adotta provvedimenti istruttori per l'ulteriore trattazione della causa".

III. Sulle concrete modalità di assunzione delle prove il Codice rinvia alle previsioni del codice di procedura civile, ossia agli articoli 202 ss. In particolare, ai sensi dell'art. 68, c. 2, per l'assunzione fuori udienza dei mezzi di prova è delegato uno dei componenti del collegio, il quale procede con l'assistenza del segretario

²⁵⁶ Cons. Stato, Sez. IV, 16 ottobre 1998, n. 1306, in *Cons. Stato*, 1998, 1520.

²⁵⁷ Cfr. E. CARACCILO LA GROTTIERA, *Osservazioni sull'applicazione della consulenza tecnica nel processo amministrativo*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, cit., 148.

²⁵⁸ V. L. MIGLIORINI, voce *Istruzione del processo amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, cit., 4-5, il quale rilevava come la prassi del giudice amministrativo illustrata contrastava con la regola per cui nel nostro processo le lacune possono essere colmate in via residuale mediante rinvio al codice di rito e con gli artt. 177 e 279 c.p.c. i quali prevedono, appunto, che i provvedimenti istruttori assunti dal giudice istruttore e dal collegio assumono la forma dell'ordinanza, come tale modificabile e revocabile e non suscettibile di impugnazione se non congiuntamente all'impugnazione di merito.

²⁵⁹ Si v., ad esempio, T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 3 luglio 2001, n. 1313, in *Foro amm.*, 2001, che, con sentenza interlocutoria acquisiva dal Comune resistente e dalla società ricorrente documentati chiarimenti in ordine alla vicenda dalla quale è scaturita la controversia. Per un commento alla citata pronuncia v. G. BARONE, *Note in tema di sentenze istruttorie e di inammissibilità dei ricorsi*, in *www.giustamm.it*, e in particolare § 3, secondo cui le sentenze interlocutorie, talvolta, hanno "l'unico effetto di differire il momento della decisione o suppliscono all'inerzia colpevole di una delle parti del processo ... debbono essere utilizzate solo quando il processo non può definirsi senza il loro impiego, purché i dati da acquisire sfuggano alla disponibilità delle parti".

che redige i relativi verbali e comunica alle parti almeno cinque giorni prima il giorno, l'ora e il luogo delle operazioni.

Fermo restando che l'assunzione dei mezzi di prova avviene di regola fuori udienza, non è chiaro il riferimento alla delega ad uno dei componenti del collegio, posto che ai sensi dell'articolo 65, come visto, il delegato ad adottare i provvedimenti istruttori è nominato dal presidente. Ed il collegio in tale fase non dovrebbe ancora essere stato nominato essendo la sua composizione fissata con l'udienza di trattazione, ossia allorquando l'assunzione delle prove dovrebbe essere già effettuata. Si può forse immaginare il caso in cui contestualmente al ricorso sia stata presentata anche la domanda cautelare: in questa ipotesi vi è la nomina del collegio e nel corso della trattazione dell'istanza cautelare può essere delegato uno dei componenti ad assumere le prove, se necessarie (cfr. art. 55, c. 12, il quale prevede che in sede di esame della domanda cautelare il collegio adotta, su istanza di parte, i provvedimenti necessari per assicurare la completezza dell'istruttoria)²⁶⁰. Tuttavia, al di fuori di tale ipotesi, la norma rimane di difficile lettura. In ogni caso, allorché il collegio, anziché definire il giudizio, provveda sull'attività istruttoria potrebbe aversi un allungamento dei tempi del processo: il Codice dispone pertanto che quando a provvedere è il collegio questi debba fissare contestualmente la data della successiva udienza di trattazione del ricorso (art. 65, c. 2).

²⁶⁰ Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, ord. 6 aprile 2011, n. 904, cit., il quale in sede di esame della domanda cautelare ha disposto l'interrogatorio libero delle parti, delegando contestualmente un membro del collegio.

CAPITOLO TERZO

Oneri probatori ed effettività della tutela

3.1. Premessa

In questo capitolo si affronterà il tema della disponibilità, onere e valutazione della prova e, in particolare, gli oneri probatori che il ricorrente è tenuto ad assolvere per il soddisfacimento della propria pretesa giudiziale e i conseguenti poteri officiosi del giudice. Si focalizzerà l'indagine sulle regole (per il vero piuttosto ambigue) enunciate dal Codice sul punto e, conseguentemente, sull'attuale vigenza dei principi generali elaborati dall'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale in *subiecta materia*, i quali per lungo tempo hanno costituito la base per l'applicazione della scarna disciplina processuale specifica.

Particolare attenzione sarà dedicata anche alla disciplina del principio di non contestazione, il quale, introdotto nel processo civile, è stato codificato anche nel giudizio amministrativo ed il cui adattamento presenta alcune criticità.

Spazio sarà dedicato poi al tema delle atipicità delle prove nel giudizio amministrativo, che con il Codice necessita una riflessione ulteriore, e al ruolo e alla rilevanza che gli ulteriori mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile possono assumere nel giudizio amministrativo.

Infine, si esamineranno i caratteri dell'attività istruttoria nel giudizio di appello ed i suoi rapporti con il processo di primo grado.

In questo modo sarà possibile delineare le regole dell'istruttoria del giudizio amministrativo e, nell'ambito di queste, individuare l'estensione dei poteri dispositivi delle parti e del giudice, al fine di completare l'esame della disciplina dell'istruzione probatoria e la sua conformità con i parametri costituzionali del giusto processo.

3.2. *Il ruolo della parti nella formazione della prova alla luce del Codice del processo amministrativo*

I. Per la prima volta nella ultracentenaria legislazione sul processo amministrativo è affrontato espressamente il tema dell'onere della prova. Come illustrato, infatti, la normativa previgente si occupava dei mezzi di prova, ma non disciplinava la regola dell'onere probatorio, la sua declinazione nel processo amministrativo, nonché la ripartizione dell'onere tra le parti, e tra le parti e il giudice.

Il Codice, all'art. 63, c. 1, prevede che “fermo restando l'onere della prova a loro carico, il giudice può chiedere alle parti anche d'ufficio chiarimenti o documenti”, e all'art. 64, c. 1, dispone che “spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni”. Le norme (al pari di molte altre di cui si è detto) non brillano per chiarezza, posto che non è agevole individuare la scelta del legislatore ossia se si sia inteso confermare la tradizionale regola del c.d. onere del principio di prova o se, invece, sia stato codificato nel processo amministrativo il precetto dell'onere pieno di prova, *ex art. 2697 c.c.* La distinzione non è di poco conto perché incide sull'ampiezza degli oneri probatori che le parti sono tenuti ad assolvere e sui conseguenti poteri officiosi del giudice.

Il processo civile è regolato per questa parte, dagli “aforismi di antica sapienza” costituiti da *ne procedat iudex ex officio, ne eat iudex ultra petita partium* e da *iudex secundum alligata et probata partium decidere debet*, che attengono all'esercizio dell'azione, alla determinazione del tema del dibattito e all'acquisizione al processo dei fatti e delle prove su cui deve essere fondata la decisione del giudice²⁶¹.

²⁶¹ Come definiti dalla Relazione di accompagnamento al Codice di procedura civile, nella quale si distingue tra la fase di direzione e disciplina del processo in cui sono assegnati al giudice tutti i poteri ordinatori e disciplinari affinché il processo possa giungere “presto e bene” alla decisione, e la fase relativa all'esercizio dell'azione e al tema del dibattito, regolata dai principi di cui nel testo (cfr. F. CIPRIANI, *Prefazione al Codice di procedura civile con la relazione al Re*, Bari, 1997).

Acclarato che anche nel processo amministrativo operi la regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (art. 112 c.p.c.)²⁶², occorre soffermarsi sulla vigenza della regola dell'onere della prova e del rapporto con il principio della domanda, alla luce del Codice del processo.

II. Come è noto, le posizioni della dottrina e della giurisprudenza si sono consolidate nel ritenere che l'onere istruttorio del ricorrente sia limitato all'introduzione di un 'principio di prova' sebbene non vi sia unanimità di vedute in relazione alla portata concreta di tale regola sia con riferimento all'allegazione dei fatti sia in relazione alla prova dei fatti stessi²⁶³.

In particolare, spesso si ricorre alla distinzione tra fatti principali (o primari) e fatti secondari: i fatti principali vengono individuati nei fatti materiali che identificano la pretesa fatta valere concretamente in giudizio e, quindi, la domanda, ossia quelli costitutivi della fattispecie legale da cui deriva il diritto azionato; i fatti secondari, invece, sono costituiti dai fatti materiali la cui dimostrazione consente di verificare la sussistenza o meno dei fatti principali o la loro rilevanza²⁶⁴. Ad esempio, sono stati identificati quali fatti secondari le

²⁶² Da ultimo, Cons. Stato, Sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 475, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2012, 101, secondo cui costituisce *jus receptus* il principio per cui anche il giudice amministrativo deve concretamente esercitare il potere giurisdizionale nell'ambito dell'esatta corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, a mente dell'art. 112 c.p.c. applicabile al processo amministrativo. "Tale regola rappresenta con riferimento all'esercizio della potestas judicandi l'espressione più appropriata del c.d. potere dispositivo delle parti che anima anche il processo amministrativo, di guisa che il giudice non può pronunciare oltre i limiti della concreta ed effettiva questione che le parti hanno sottoposto al suo esame e dunque al di fuori e oltre i limiti della causa petendi e del petitum, specificati dai motivi del ricorso".

²⁶³ L'identificazione di tale regola è fatta risalire a F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 439 ss., ma ancor prima in ID., *L'onere del principio di prova nel processo amministrativo*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1952, 776 ss. e ripresa anche in ID., voce *Istruzione del processo amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 204 ss. in cui si afferma che "è ammissibile nel processo amministrativo una regola di giudizio sul fatto incerto fondata sul principio dell'onere della prova, anzi, come si dice, sull'onere del principio di prova: e ciò perché, mentre resta riservata la facoltà del giudice di inserirsi nell'apparato probatorio nel metodo acquisitivo di cui tra poco si dirà, rimane che tale facoltà del giudice non può comunque esplicarsi se non sulla base di quei fatti che, nell'esplicazione della loro autonomia, le parti abbiano già introdotto nel processo dalla realtà extraprocessuale: nel che consiste, appunto, il sistema dispositivo". In precedenza, il concetto era stato già espresso da F. CAMMEO, *Sulle prove nel procedimento dinanzi alle giurisdizioni di giustizia amministrativa*, in *Giust. it.*, 1916, co. 110, secondo cui l'onere "non concerne tanto la prova completa ... quanto la prova preliminare degli indizi (principio di prova), che valgono ad indurre il giudice a ordinare la prova completa".

²⁶⁴ In termini, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2012, 257; R. VILLATA, *Riflessioni introduttive allo studio del principio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*,

circostanze del sinistro e il referto medico rispetto al fatto principale costituito dalla lesione fisica che dà titolo al risarcimento; oppure quando la colpa del conducente (fatto principale) viene provata attraverso la dimostrazione dello stato di ebbrezza, la lunghezza della frenata, il transito ad elevata velocità in un punto antecedente allo scontro²⁶⁵; o, ancora, è un fatto primario l'avvenuta stipulazione del contratto di acquisto di un bene, mentre costituisce un fatto secondario l'avvenuta consegna del bene²⁶⁶.

Nel giudizio di impugnazione di un provvedimento di annullamento d'ufficio, ad esempio, i fatti principali sono l'illegittimità del provvedimento di annullamento e la sussistenza del provvedimento annullato; i fatti secondari attengono alle circostanze e ai presupposti sulla base dei quali è stato adottato il provvedimento di primo grado, dai quali si potrà verificare l'irragionevolezza dell'annullamento²⁶⁷. Oppure, nel caso in cui si impugni un provvedimento discrezionale per il vizio di contraddittorietà rispetto ad altro provvedimento, assume a fatto principale anche l'atto preso a confronto²⁶⁸.

Tuttavia, non è agevole individuare il criterio distintivo tra i fatti principali e quelli secondari²⁶⁹ e tale complicazione si sconta anche nel giudizio amministrativo.

1990, 205 e nota 17.

²⁶⁵ V. A. PROTO PISANI, *Appunti sulle prove civili*, in *Foro it.*, 1994, IV, 52, il quale formula ulteriori esempi chiarificatori: "è possibile che in un giudizio di rivendica si debba provare il fatto principale mala fede del convenuto, e si chieda di provare tale stato soggettivo attraverso la prova del fatto secondario acquisto del bene (ad es. bene artistico) da parte di un soggetto che non era commerciante abituale di tali beni, sproporzione fra il prezzo pagato e il valore del bene, notorietà tramite la cronaca locale che il bene acquistato era stato rubato, ecc. Altro esempio: è possibile che in un giudizio previdenziale occorra accertare se l'attore abbia o no una determinata malattia e quale ne sia l'entità; e, nell'impossibilità di offrire una prova diretta della malattia, si chieda di provare il fatto secondario o i fatti secondari consistenti nel complesso di sintomi da cui è possibile desumere il fatto ignoto esistenza ed entità della malattia".

²⁶⁶ Presso lo studio professionale o il rilascio di una fattura in cui è indicata la partita Iva dell'acquirente per stabilire se si applica la disciplina sulla tutela del consumatore (cfr. F. P. LUISO, *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*, in www.judicium.it, § 2).

²⁶⁷ A. SANDULLI (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, in S. CASSESE, *Corso di diritto amministrativo* (diretto da), cit., 210.

²⁶⁸ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2012, 257.

²⁶⁹ Per la distinzione tra fatti primari e fatti secondari si v. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992, 97 ss., ove si evidenzia come tale distinzione rappresenta un problema assai complesso giacché, tra l'altro, occorre distinguere tra fatto principale inteso come ipotesi da verificare

E' pacifico che i fatti principali, in quanto fatti costitutivi della pretesa processuale, possano essere introdotti e allegati nel giudizio esclusivamente ad opera delle parti, in omaggio al principio della domanda, che comporta la determinazione e la delimitazione dell'oggetto del giudizio²⁷⁰. In sostanza, il giudice non può provvedere senza l'iniziativa della parte che ha la titolarità della situazione giuridica azionata e questo significa che il procedimento per realizzare l'interesse della parte non viene instaurato su impulso officioso del giudice, ma richiede come condizione imprescindibile l'iniziativa del ricorrente²⁷¹.

E' controverso invece se i fatti secondari possano essere introdotti anche dal giudice²⁷².

Secondo una tesi ormai minoritaria, nel processo amministrativo sarebbe consentito al giudice di introdurre i fatti secondari, integrando dunque l'attività di allegazione delle parti. In particolare, il giudice, ai fini della decisione, potrebbe tener conto d'ufficio di quei fatti secondari che gli "servono per cercare la verità dei fatti principali allegati dalle parti". E, sempre secondo tale tesi, non sarebbe violato il principio della domanda perché l'iniziativa del giudice "non lede in alcun modo il potere monopolistico delle parti di fissare l'oggetto del giudizio", ma riguarda esclusivamente la c.d. tecnica del processo e le modalità del suo

per mezzo delle prove ed inteso come ipotesi verificata. V. anche G. F. RICCI, *L'allegazione dei fatti nel nuovo processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, 867.

²⁷⁰ Come è noto, anche il processo amministrativo è informato al principio della domanda (cfr. M. NIGRO, voce *Domanda (principio della): II* *Diritto processuale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XII, Roma, 1989, 1, secondo cui è fuor di dubbio che il principio della domanda viga anche nel giudizio amministrativo "anche se è controverso donde tale vigenza risulti, posto che nella legge processuale amministrativa, invecchiata e lacunosa anche per questa parte, se c'è un precetto assimilabile all'art. 99 c.p.c., ne manca uno così chiaro ed esplicito come quelli contenuti negli artt. 101 e 112 dello stesso codice"). Di recente, G. LEONE, *Elementi di diritto processuale amministrativo*, Padova, 2008, 35-36. In giurisprudenza, Cons. Stato, Sez. IV, 19 maggio 2008, n. 2292, Foro amm-Cons. Stato 2008, 5, 1418, in tema di specificazione dei motivi di appello.

²⁷¹ V., nella dottrina civilistica, S. MAZZARESE, *Art. 2697*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Codice civile - annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2010, 168 ss. G. VERDE, voce *Domanda (principio della), I* *Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XII, Roma, 1989, 1 ss.

²⁷² Anche nella dottrina civilistica si registra una contrapposizione tra coloro che negano all'organo giudiziario il potere di servirsi di fatti secondari che non siano affermati da una delle parti o, al contrario, che il detto potere gli venga riconosciuto. Invero già G. CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni. Sulla regola "ne eat iudex ultra petita partium"*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, I, 157 ss., esortava i giudici a non fondare le loro decisioni su quei fatti che, per quanto emergenti dagli atti, non fossero stati allegati dalle parti, e "ciò dicasi tanto dei fatti costitutivi, quanto dei fatti giuridici

svolgimento: la forma in cui è esercitata la funzione giurisdizionale sulla *res in iudicium deducta*²⁷³. In sostanza, una volta adempiuto l'onere di allegazione, l'introduzione nel processo di altri fatti (secondari) rientra nei poteri d'ufficio del giudice, anche se nei limiti dell'*episodio di vita* dedotto in giudizio a fondamento della situazione giuridica fatta valere.

L'orientamento prevalente nella giurisprudenza e nella dottrina è invece nel senso che il giudice amministrativo non possa introdurre i fatti (secondari) nel processo. In particolare, secondo l'opinione dottrinale più autorevole risalente a Benvenuti, in un giudizio di parti la necessaria uguaglianza giuridica di queste è garantita soltanto se al giudice risulti vietato di intervenire sui fatti che appartengono alla realtà materiale ma restano extraprocessuali: la disposizione dei fatti secondari fuori del processo e l'indicazione e l'introduzione dei fatti nel processo spettano solo alle parti. Ed infatti, se al giudice fosse consentito scendere nella realtà materiale e mutare la posizione delle parti, ne verrebbe travolta la loro uguaglianza nei confronti del giudice stesso²⁷⁴.

in genere, quanto ancora dei semplici motivi”.

²⁷³ Cioè il modo in cui è esercitata la funzione giurisdizionale sulla *res in iudicium deducta*. Cfr. L. MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, cit., 88 e Id., voce *Istruzione del processo amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, cit., 2, secondo cui “il potere monopolistico delle parti nell'individuazione dell'oggetto del giudizio [... si risolve] esclusivamente nell'indicazione dei fatti (giuridici o principali) necessari a fondare la pretesa con conseguente vincolo del giudice. Diversamente i fatti secondari possono essere conosciuti d'ufficio dal giudice senza che venga meno tale potere, in quanto essi attengono alla tecnica del processo ed alle modalità del suo svolgimento”. Tesi che trovava addentellati negli studi risalenti del processo amministrativo (cfr. F. D'ALESSIO, *Le parti nel processo amministrativo*, Milano, 1915, 212 ss., che aveva sostenuto la capacità del giudice di introdurre autonomamente i fatti rilevanti e di ricercarne la prova, coerentemente con la concezione tradizionale del processo amministrativo come rimedio di diritto obiettivo).

²⁷⁴ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 140 ss., in particolare p. 143, ove si aggiunge che se il giudice, in un processo di parti, non ha alcun altro interesse al di fuori del soddisfacimento della propria funzione, deve riconoscersi che non gli spetta alcun potere di intervenire sull'oggetto del giudizio se non agendo sul piano del processo, mentre gli è precluso un potere di intervento nella realtà materiale. Si v. anche p. 183-184 in cui si afferma che “in un processo inquisitorio la sottrazione di alcuni poteri in ordine ai fatti secondari che, logicamente, si possono pensare attribuiti al giudice, data la sua posizione in quel processo, non costituisce una deviazione dalla natura giuridica di quel processo [...] Mentre invece nel processo di parti ogni sottrazione di poteri che, in ordine a quei fatti, venisse operata a danno delle parti, costituirebbe sempre una violazione della loro posizione di autonomi soggetti, almeno per quel tanto per cui essi, come tali, si presentano e agiscono nel processo, e pertanto opererebbe un mutamento fondamentale nei rapporti dei soggetti tra loro, e in definitiva, della stessa natura del processo”. Conforme anche A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2012, 258, e G. CORSO, voce *Prova (Diritto amministrativo)*, *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXV, 1999, 11, secondo cui i poteri officiosi del giudice possono essere esercitati sulla base di

Tale conclusione è rafforzata, per un verso, dal divieto per il giudice di utilizzazione della ‘scienza privata’, ossia la conoscenza che egli potrebbe eventualmente avere dei fatti di causa, derivante da fonti di informazione personali e private²⁷⁵; e, per altro verso, dalla costituzionalizzazione dei principi di parità delle parti e imparzialità del giudice, i quali vietano all’organo giudicante di porsi ‘a fianco’ di una delle parti in causa, favorendola, minando quindi l’uguaglianza tra le parti²⁷⁶. Il principio di uguaglianza delle parti davanti al giudice esige che questi non possa modificare la posizione delle parti all’interno del processo mediante un intervento sulla loro posizione esterna perché nel processo trova posto solo la realtà richiamata dalla parte che identifica la parte stessa²⁷⁷: l’onere di allegazione dei fatti non è dissociabile da quello della domanda²⁷⁸.

Con il Codice sembra definitivamente chiarito innanzitutto che l’onere di allegazione dei fatti sia primari sia secondari deve essere assolto interamente dalle parti: il d. lgs. n. 104 del 2010 (ma un’analoga conclusione, in verità, poteva trarsi

fatti affermati dalle parti, fermo in ogni caso “il divieto al giudice di promuovere indagini e di acquisire fatti estranei alla dialettica difensiva delle parti”. In precedenza, P. DE LISE, *La prova nella procedura delle giurisdizioni amministrative*, cit., 963, che esclude che il giudice “possa disporre l’ammissione di mezzi probatori relativamente a fatti che le parti non abbiano introdotto nel processo”.

²⁷⁵ Osserva G. VERDE, voce *Prova (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 618, che il divieto di scienza privata del giudice non tollera eccezioni e non è superabile provocando sui dati noti al giudice il dibattito fra le parti, collegandosi alle stesse esigenze che vietano di cumulare in una sola persona la posizione di giudice e di parte.

²⁷⁶ Cfr. anche R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, cit., 215, il quale ritiene inammissibile che il giudice vada alla ricerca di fatti secondari e li introduca nel processo, e, criticando l’orientamento opposto secondo cui sarebbe opportuno ricercare la verità con ogni mezzo, osserva che “la verità raggiungibile mediante l’impiego di poteri inquisitori del giudice non è necessariamente più obiettiva di quella cui mette capo un opposto metodo istruttorio”. Di recente L. BERTONAZZI, *L’istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, cit., 417-418, ad avviso del quale il giudice è privo del potere di ricercare i fatti secondari da introdurre nel processo, come si desume, tra l’altro, dai principi costituzionali dell’eguaglianza delle parti davanti al giudice e dell’imparzialità del giudice di fronte alle parti, nonché dal divieto per il giudice di utilizzare la sua scienza privata ex art. 115 c.p.c. Tra gli studiosi del processo civile v. B. CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, 116 ss., secondo cui, anche quando al giudice siano legislativamente riconosciuti poteri di iniziativa istruttoria, egli non se ne può avvalere in relazione a fatti secondari non introdotti nel processo dalle parti né emergenti dagli atti di causa.

²⁷⁷ R. VILLATA, *Riflessioni introduttive allo studio del principio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, cit., 207.

²⁷⁸ A. LUGO, *Il potere dispositivo e l’onere della parte nel processo amministrativo*, in *Rin. trim. dir. e proc. civ.*, 1983, 1072, ove si aggiunge che la provvista del materiale probatorio non rientra invece nel potere esclusivo della parte.

anche dal T. u. Cons. Stato²⁷⁹) ammette poteri d'ufficio quanto alla prova, ma non quanto all'introduzione di fatti (secondari) nel processo²⁸⁰. Sicché si può ancora richiamare l'insegnamento di Benvenuti secondo cui, come detto, sono le parti e non il giudice che possono compiere l'introduzione nel processo dei fatti della realtà esterna "occorrenti per mettere il giudice in grado di verificare la esattezza delle loro affermazioni, siano essi i fatti (principali) che formano oggetto della prova che si vuol dare, siano essi quegli altri fatti (secondari) destinati a fornire, per via di indizio, la prova dei fatti principali"²⁸¹.

E del resto, il necessario potere di soccorso del giudice che, come si dirà, è previsto pure dal Codice non sembra possa spingersi finanche all'introduzione dei fatti ad opera del giudice stesso²⁸². In altri termini, l'istruttoria ufficiosa subentra quando il giudicante ritenga di dover attivare i suoi poteri d'ufficio, solo dopo però che le parti abbiano delineato il tema del contendere²⁸³. La mancanza cioè di un'effettiva uguaglianza tra le parti private e pubbliche, se giustifica (anzi rende

²⁷⁹ Così R. VILLATA, *Riflessioni introduttive allo studio del principio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, cit., 208, secondo cui la prima ipotesi che consente l'iniziativa istruttoria del giudice (la contraddizione rilevata negli atti acquisiti al processo) "riguarda certamente un fatto che emerge dagli atti stessi"; anche la seconda ipotesi (l'incompletezza dell'istruttoria) "non può che significare per un verso incertezza degli elementi introdotti dalle parti ma non ancora acquisiti al processo, per l'altro verso insufficienza degli elementi già acquisiti a fondare una decisione; ma per entrambi gli aspetti si resta evidentemente nell'ambito dei fatti introdotti dalle parti".

²⁸⁰ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2012, 258. Prima dell'approvazione del Codice l'Autore citato aveva osservato come anche chi ammette che "il giudice civile possa, almeno in taluni casi, prescindere dall'allegazione dei fatti secondari ad opera delle parti è costretto a precisare subito che si deve comunque trattare di fatti ricavabili dagli atti processuali" (A. TRAVI, *Feliciano Benvenuti e la giustizia amministrativa*, in *Jus*, 2008, 413). Secondo C. LAMBERTI, *Disponibilità della prova e poteri del giudice amministrativo*, cit., § 6, "se per quanto concerne l'acquisizione dei documenti in disponibilità alla p.a. e dei chiarimenti utili ai fini del decidere, il giudice fruisce di una considerevole libertà, così non è per l'acquisizione dei fatti, la cui introduzione spetta in ogni caso alle parti del processo solo a fronte della quale opera il potere acquisitivo del giudice".

²⁸¹ Resta pertanto escluso che l'introduzione dei fatti nel processo possa avvenire ad opera del giudice, come avviene nel sistema inquisitorio (F. BENVENUTI, voce *Istruzione nel processo amministrativo*, in *Enc. dir.*, cit., 205).

²⁸² Si aggiunga anche una considerazione di carattere pratico ovvero che "che le parti sono i migliori giudici della propria difesa e che nessuno può conoscere meglio di loro quali fatti allegare e quali no" (G. CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni. Sulla regola "ne eat iudex ultra petitum partium"*, in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, cit., 174-175).

²⁸³ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 12 maggio 2009, n. 2902, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2009, 1249, secondo cui "anche nel processo amministrativo sussiste l'onere per la parte di enunciare i fatti che sono a fondamento della pretesa avanzata, poiché il potere di acquisizione riconosciuto al giudice di tale processo è un "metodo" ed in quanto tale s'innesta nel principio dispositivo che governa l'introduzione della prova a carico della parte, ma non lo può travalicare, sicché giammai egli può

doveroso) lo specifico metodo istruttorio del processo amministrativo, non è idonea ad incidere sul limite dell'allegazione, che è inerente invece ad ogni processo di parti: monopolio delle parti sui fatti ma iniziativa officiosa nel disporre i mezzi di prova sono i confini entro i quali il giudice amministrativo deve esercitare la sua libertà di provvedere agli elementi di convincimento²⁸⁴.

III. Ciò chiarito, e riprendendo il discorso sulla fase propriamente istruttoria, è più sfumato e incerto l'ambito del completamento della prova dei fatti. Una cosa è infatti 'allegare' un fatto e cioè introdurlo nel processo, altra cosa è dimostrare la sussistenza di quel fatto.

Come detto, l'art. 63, c. 1, prevede che fermo restando l'onere della prova a loro carico, il giudice possa chiedere alle parti anche d'ufficio chiarimenti o documenti. Inoltre, ai sensi dell'art. 64, c. 1, spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni.

È evidente la discrasia fra il primo comma dell'art. 63 e il primo comma dell'art. 64: nell'uno "resta fermo l'onere della prova a carico delle parti", nell'altro "spetta alle parti di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti a fondamento della domanda e delle eccezioni". All'"onere della prova" dell'art. 63, si sostituisce immediatamente circonlocuzione dell'art. 64, dove alle parti "spetta" di fornire al giudice gli "elementi di prova nella loro disponibilità"²⁸⁵.

Dall'esame complessivo delle disposizioni sembra desumersi però che il legislatore abbia voluto confermare la situazione esistente: le parti sono onerate della prova dei fatti, allorché questa sia nella loro disponibilità (ossia la regola dell'onere del principio di prova dei fatti allegati). In altri termini, diversamente dal processo civile, in questa sede si è precisato che le parti sono onerate dalla prova,

sostituire la parte nell'adempimento di detto onere".

²⁸⁴ R. VILLATA, *Riflessioni introduttive allo studio del principio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, cit., 208, nota 29 ove si critica la posizione di L. Migliorini sul punto, e 212.

²⁸⁵ C. LAMBERTI, *Disponibilità della prova e poteri del giudice amministrativo*, cit., § 2.

quando questa sia nella loro disponibilità confermando implicitamente che ciò a volte non accade. Formulazione diversa da quella, scarna ma esplicita, dell'art. 2697 c.c.: “chi fa valere un diritto o chi ne eccepisce l'inesistenza deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento”. Il confronto delle disposizioni distingue il processo amministrativo da quello civile e ne individua la differenza: nel processo amministrativo la prova deve essere “meno piena” perché limitata agli “elementi disponibili” alla parte²⁸⁶.

La confermata vigenza del principio in questione si desume anche dall'esame della bozza originaria del Codice proposta dalla Commissione incaricata nella quale era contenuto, nel Libro I, un articolo che, anche per la sua collocazione a livello di principi generali, sembrava invece essere formulato nei termini di attribuzione al ricorrente dell'onere pieno della prova. In particolare, il primo comma dell'art. 7 della bozza rubricato “Disponibilità, onere e valutazione della prova” affermava – con una formulazione in linea con il precetto di cui all'art. 2967 c.c. – che “spetta alle parti l'onere di provare i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni”. Il Codice, nel testo definitivo, non stabilisce alcuna previsione di principio in merito, nel Libro I relativo alle ‘Disposizioni generali’, e regola invece gli oneri delle parti unitamente alla disciplina dell'istruzione probatoria all'interno del Titolo terzo del Libro II, in cui, come detto, si stabilisce che spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova “che siano nella loro disponibilità”²⁸⁷.

²⁸⁶ C. LAMBERTI, *Disponibilità della prova e poteri del giudice amministrativo*, cit., § 2, il quale precisa che “quelli che spetta al ricorrente offrire al giudice nella veste di legittimato ad agire sono gli elementi di prova del fatto costitutivo dell'interesse o del diritto che si pretende lesa. Quelli che spetta al resistente fornire al giudice (amministrazione o controinteressato) nella veste di legittimato a contraddire sono gli elementi di prova contraria ai fatti dedotti dal ricorrente. In entrambi i casi l'onere della prova diretta o contraria è limitato ai fatti «disponibili» alle parti (ricorrente, amministrazione, controinteressato)”.

²⁸⁷ Cfr. R. GRECO, *I poteri istruttori e di accertamento del giudice amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, in cui, nel § 4, si osserva che la bozza del Codice “quale si presenta all'esito del primo esame da parte del Consiglio dei Ministri ha perso molta della propria iniziale carica innovativa ed “eversiva”: ne sono state espunte, come detto, le previsioni che incidevano sulla struttura stessa del giudizio amministrativo, mercé l'introduzione esplicita delle azioni di accertamento e di adempimento, ma anche buona parte delle disposizioni di principio collocate nella parte iniziale del testo (ivi compresa quella che richiamava espressamente il principio dispositivo in materia di prova)”.

Sicché, anche alla luce di tali considerazioni e in linea con la consolidata tradizione, sembra che pure il Codice abbia voluto escludere l'applicazione generale dell'art. 2697 c.c. nel processo amministrativo: anche oggi sarebbe iniquo addossare al cittadino l'onere di piena prova dal momento che colei che agisce sul piano sostanziale è l'amministrazione e colei che detiene i documenti è sempre l'amministrazione. Pertanto, è 'sufficiente' un principio di prova sulla base del quale il giudice, usando i suoi poteri istruttori (del cui esercizio viene ad essere essenzialmente gravata la pubblica amministrazione resistente), potrà raggiungere la prova piena²⁸⁸. Va da sé, che in assenza dell'assolvimento anche di tale ridotto onere, il giudice non possa disporre l'acquisizione di elementi utili per la decisione²⁸⁹: del potere officioso del giudice si giovano le sole parti che abbiano soddisfatto all'onere del principio di prova.

Non è chiaro tuttavia quale sia la reale portata di tale onere e cioè come possa ritenersi assolto tale ridotto carico probatorio.

Alcuni autorevoli studiosi hanno sostenuto che il contributo della parte possa anche limitarsi alla prospettazione, in base ai fatti allegati, di un'attendibile ricostruzione storica e valutazione giuridica degli avvenimenti²⁹⁰, in modo da consentire al giudice di "attribuire serietà all'impugnazione"²⁹¹. L'onere del principio di prova si identificherebbe insomma con una rappresentazione "in qualche modo apparentemente sostenibile della realtà"²⁹². Tale ricostruzione è

²⁸⁸ Così G. CORSO, voce *Istruttoria nel processo amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, cit., 15.

²⁸⁹ Il processo amministrativo è infatti pur sempre un processo su istanza di parte, con la conseguenza che "l'istante ha comunque l'onere di indicare dettagliatamente e con precisi ed oggettivi riferimenti almeno un indizio di prova che consenta al giudice di valutare la positività della domanda, eventualmente procedendo con apposita autonoma istruttoria" (Cons. Stato, Sez. V, 26 maggio 2003, n. 2843, in *Ragiusan*, 2004, 237-8, 379); cfr. anche Cons. Stato, Sez. VI, 17 settembre 2001, n. 4862, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui "sebbene il processo amministrativo, in tema di prova, non sia retto dal principio dispositivo pieno, tuttavia l'attività istruttoria di ufficio del giudice presuppone quanto meno l'allegazione dei fatti da provare ad opera delle parti, in maniera sufficientemente circostanziata e precisa".

²⁹⁰ Di "schema attendibile di ricostruzione dei fatti principali su cui si fonda la pretesa dedotta in giudizio" parla P. SALVATORE, *L'individuazione dei fatti e l'assunzione delle prove nel processo amministrativo*, i *Tribunali amministrativi regionali*, cit., 82.

²⁹¹ Sembra quindi esonerando la parte dal fornire al giudice quantomeno qualche elemento di prova. Così E. CANNADA BARTOLI, voce *Processo amministrativo (considerazioni introduttive)*, in *Novissimo digesto italiano*, cit., 1085.

²⁹² C. E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, cit., 49-50, e la ragione sarebbe da ricercare nel fatto

avversata dalla recente giurisprudenza in cui si esclude che il ricorrente possa limitarsi ad esporre mere asserzioni, che affidino interamente all'attività istruttoria giudiziale l'accertamento della loro eventuale fondatezza²⁹³.

Altri hanno ritenuto che sia sufficiente, ai fini dell'esercizio dei poteri istruttori del giudice, la sola allegazione di fatti ad opera delle parti²⁹⁴. Così argomentando però si finisce per sovrapporre l'onere di prova con l'onere di allegazione dei fatti: i fatti allegati devono infatti essere provati, salvo che per la loro qualità (fatti notori) non vi sia necessità di farlo; o la prova sia resa superflua dal comportamento della controparte (confessione, ammissione); o i fatti stessi siano provati in altro modo²⁹⁵. Questa conclusione appare rafforzata dal Codice, che identifica a carico delle parti un onere di produzione degli "elementi di prova" relativi ai fatti allegati (*rectius*: posti a fondamento delle domande e delle eccezioni, art. 64, c. 1). Sicché, pare possa trovare conferma l'orientamento giurisprudenziale secondo cui spetta al ricorrente presentare "almeno un indizio di prova" perché il giudice possa esercitare i propri poteri istruttori²⁹⁶, sempre che, beninteso, si tratti

che in un procedimento formalizzato, qual è il procedimento amministrativo, è "l'amministrazione che deve aver già comprovato, per iscritto, la fondatezza delle proprie tesi". Il ricorrente può quindi limitarsi a ricostruire "a suo modo" la realtà e l'assetto giuridico dei rapporti e sta al giudice valutare "se, rispetto a queste critiche, l'amministrazione abbia o meno correttamente operato, operato già in passato, e cioè nel procedimento". L'Autore dà atto comunque dell'esistenza di un orientamento giurisprudenziale che conferisce all'onere di prova "maggior consistenza".

²⁹³ Cons. Stato, Sez. IV, 25 maggio 2011, n. 3135, in *www.giustizia-amministrativa.it*. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 3 giugno 2011, n. 5010, in *Foro amm.-TAR*, 2011, 1957, secondo cui "è palese, infatti, che una siffatta opzione si tradurrebbe nell'inversione del principio dell'onere della prova come regolato dagli artt. 2697 c.c. e 115 c.p.c., dove, invece, il principio con metodo acquisitivo non può mai tradursi in una assoluta e generale inversione di tale onere".

²⁹⁴ Cfr. L. MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, cit., 103-104. Da ultimo la tesi esposta è condivisa da A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2012, 260.

²⁹⁵ Così G. CORSO, voce *Istruttoria nel processo amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, cit., 15, il quale condivisibilmente afferma che se l'allegazione si concreta nell'affermazione (o nella negazione) dell'esistenza di determinati fatti, esposti a fondamento di una domanda, essa delimita "l'oggetto della prova, ma costituisce un prius rispetto a quest'ultima". In sostanza, l'allegazione vincola il giudice nel senso che egli non può disporre l'assunzione della prova su fatti diversi da quelli allegati, ma "costituisce, nello stesso tempo, la base per l'esercizio dei poteri istruttori".

²⁹⁶ In questo senso si è espressa anche la giurisprudenza successiva al Codice: T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 14 giugno 2012, n. 2830, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. IV, 16 maggio 2011, n. 2955, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2011, 1518; id., 11 febbraio 2011, n. 924, in *Guida al diritto*, 2011, 9, 85. In precedenza, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 9 settembre 2010, n. 32207, in *Foro amm.-TAR*, 2010, 2864; Cons. Stato, Sez. IV, 25 luglio 2001, n. 4074, in *Foro Amm.*, 2001, 7-8, secondo cui i poteri istruttori del giudice amministrativo possono essere esercitati, anche su sollecitazione delle parti, solo in ragione della incompletezza della istruttoria predisposta dalle parti. Essi non possono

di un onere che possa essere assolto dalla parte sulla base degli elementi a sua disposizione.

IV. Parallelamente, dovrebbe trovare conferma anche il costante insegnamento giurisprudenziale secondo il quale laddove il ricorrente abbia la disponibilità del mezzo probatorio ad esso dovrà addossarsi l'onere probatorio pieno, senza richiedere alla p.a. di dimostrare circostanze allegare dalla parte privata. In particolare, si è chiarito che, in alcune ipotesi, l'art. 2697 c.c. è applicabile *tout court* al processo amministrativo e, quindi, il metodo acquisitivo 'cede il passo' al principio dispositivo puro: è (*rectius*: potrebbe essere²⁹⁷) questo soprattutto il caso delle controversie risarcitorie in relazione alla prova dei danni subiti²⁹⁸, ma è ipotizzabile anche nel giudizio di legittimità²⁹⁹. Ed infatti, la diversa

sopperire alla totale mancanza di istruttoria, salvo che questa non sia esclusivamente addebitabile all'amministrazione resistente, ed in ogni caso sempre che la parte privata abbia fornito almeno un indizio a sostegno della verosimile fondatezza delle proprie tesi difensive.

²⁹⁷ Anche nelle controversie di cui nel testo, caratterizzate da una sostanziale pariteticità dei contendenti, la parte istante infatti potrebbe non essere in possesso dei dati fattuali rilevanti per la soluzione della controversia (v. F. SAITTA, *La prova del danno e l'incerta «civiltà» del processo amministrativo*, in *Giur. it.*, 2005, 1564-1565).

²⁹⁸ Giurisprudenza costante, v. di recente Cons. Stato, Sez. V, 21 settembre 2011, n. 5317, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2011, 2882, secondo cui "l'applicazione nel processo amministrativo dell'attenuazione del principio dispositivo con il metodo acquisitivo si giustifica solo in ragione della disponibilità degli elementi probatori in capo alla Pubblica amministrazione, con la conseguenza che laddove tali elementi rientrino nella disponibilità del ricorrente, come accade nel giudizio risarcitorio, ove soprattutto, se non esclusivamente, l'istante è a conoscenza di quali danni ha subito ed è in possesso degli elementi idonei a provarli, il giudizio non può che essere governato dal principio dell'onere della prova e occorre che il ricorrente supporti la propria domanda dimostrando la sussistenza del danno medesimo"; id., 8 giugno 2011, n. 3452, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2011, 6, 1974; Id., Sez. IV, 21 aprile 2009, n. 2435, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 960; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 9 giugno 2008, n. 5656, in *Foro amm.-TAR*, 2008, 1699.

²⁹⁹ Sarà ad esempio onere del ricorrente dimostrare con una documentazione fotografica che l'edificio di sua proprietà, gravato da un ordine di demolizione di parte della copertura, non supera, a differenza di quanto sostenuto dall'amministrazione, l'altezza prevista dal permesso di costruire (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 5 settembre 2012, n. 2238, in www.giustizia-amministrativa.it, in cui in tema di rigetto di domande di sanatoria di opere edilizie si è affermato - con ampi richiami di precedenti conformi - che, mentre l'amministrazione comunale non è normalmente in grado di accertare la situazione edilizia di tutto il proprio territorio alla data indicata dalla normativa sul condono, colui che richiede la sanatoria "può fornire qualche documentazione da cui si desuma che l'abuso sia stato effettivamente realizzato entro la data predetta come ad es. fatture, ricevute, bolle di consegna, relative all'esecuzione dei lavori e/o all'acquisto dei materiali"); spetterà al concessionario di demanio marittimo, a cui sia stato richiesto di aprire varchi per l'accesso libero dei bagnanti, dimostrare che l'adiacente spiaggia libera è idonea ad assolvere a tale scopo (cfr. Cons. Giust. Amm. Sic., 29 giugno 1989, n. 239, in *Cons. Stato*, 1989, 855). Molto efficace il seguente passaggio del Consiglio di Stato in cui si afferma che il metodo acquisitivo "non consente al Giudice amministrativo di sostituirsi alla parte onerata disponendo d'ufficio quelle acquisizioni istruttorie, a cui era tenuta quest'ultima, quando, come appunto accade nel caso di specie, il ricorrente non si trova affatto nell'impossibilità di provare il

modalità con cui opera l'attenuazione del principio dispositivo dipende non tanto dal 'tipo' di azione promossa, ma dal contesto probatorio in cui opera la parte. Sicché, corrisponde ad una "mezza verità"³⁰⁰ il ricorrente assunto giurisprudenziale secondo cui il potere officioso del giudice non è ammesso nell'azione di condanna e risarcitoria perché il ricorrente sarebbe soggetto all'onere della prova tramite l'allegazione degli atti in giudizio, come lo è anche la limitazione di tali poteri alla sola azione di annullamento.

In maniera non molto dissimile dal processo civile, anche nel giudizio amministrativo pare dunque applicarsi il criterio della c.d. "vicinanza alla prova", principio elaborato dalla giurisprudenza in relazione alla distribuzione dell'onere della prova tra le parti nel processo dinnanzi al giudice ordinario, in virtù del quale l'onere probatorio viene posto a carico della parte che si trova più vicina alla fonte di prova, così da evitare l'iniquità che conseguirebbe al mancato assolvimento dell'adempimento probatorio da parte del soggetto onerato nei casi in cui la fonte di prova non sia nella disponibilità di quest'ultimo, bensì della controparte che ha interesse a paralizzarne la pretesa³⁰¹. Ed in questo senso potrebbe interpretarsi l'art. 64 del Codice nella parte in cui fa riferimento agli elementi di prova nella "disponibilità" delle parti che nella giurisprudenza della Cassazione è spesso utilizzato indifferentemente con il termine "riferibilità" o vicinanza alla prova³⁰².

fatto posto a base della sua azione, essendo gli atti e documenti idonei a supportare le sue allegazioni nella sua esclusiva disponibilità, sì che rientra nella sua autonoma valutazione la scelta di farli o meno acquisire agli atti del giudizio" (Cons. Stato, Sez. IV, 27 luglio 2010, n. 4915, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2010, 1439).

³⁰⁰ Cfr. C. LAMBERTI, *Primi orientamenti sulla prova nel nuovo processo amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, cit., § 3, secondo cui è vero però che nel caso di azione di annullamento "è più ampio il margine di tutela del ricorrente (e del poter officioso del giudice) perché si estende all'intero procedimento ivi compresi i provvedimenti che siano nella disponibilità della p.a.; nell'atto negoziale o nel provvedimento antiggiuridico dell'amministrazione il margine di tutela è più ristretto ...".

³⁰¹ V. F. SAITTA, *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, in *www.giustamm.it*, § 4, il quale ritiene pertanto che in tal caso la specialità del processo amministrativo tende a ridursi, posto che "una siffatta operazione di riequilibrio dell'asimmetria tra le parti in ordine alla disponibilità del materiale probatorio è tutt'altro che ignota nel nostro ordinamento, essendo stati introdotti analoghi meccanismi anche nel processo civile". V. anche D. ZONNO, *I poteri del giudice amministrativo in tema di prove: intervento del giudice nella formazione della prova*, in *Giur. merito*, 2009, suppl. 12, 184 ss., con richiami alla giurisprudenza della Cassazione. In ogni caso, a prescindere dalla riduzione o meno della distanza con il processo civile, la formulazione dell'art. 64 consente di non far gravare un onere probatorio (in alcuni casi) insostenibile sul ricorrente.

³⁰² V. Cass. civile, Sez. Lav., 25 luglio 2008, n. 20484, in *Giust. civ.*, 2008, 1210, in cui si afferma che, nel

In sostanza, in materia di onere della prova nel processo amministrativo, vigono contemporaneamente due principi diversi applicabili ai fatti da provare: per i fatti che sono nella disponibilità del ricorrente grava su quest'ultimo l'onere della prova piena e concludente; negli altri casi vige la regola del principio di prova, suscettibile di dar impulso ai poteri istruttori del giudice³⁰³.

L'individuazione insomma del punto di equilibrio tra i poteri officiosi del giudice e l'onere della prova non è stato definitivamente codificato e la formulazione della norma è volutamente elastica affidando al giudice il compito di modulare la regola al caso concreto (forse in ragione della varietà e eterogeneità delle situazioni che oggi formano oggetto del giudizio amministrativo), ferma

caso in cui il lavoratore agisca in giudizio per rivendicare il diritto al premio di produttività aziendale, l'onere della prova "deve essere ripartito, oltre che secondo la descrizione legislativa della fattispecie sostanziale controversa, con l'indicazione dei fatti costitutivi e di quelli estintivi o impeditivi del diritto, anche secondo il principio della riferibilità o vicinanza o disponibilità del mezzo" di prova. Per un richiamo espresso al principio della vicinanza di prova nella giurisprudenza amministrativa v. Cons. Stato, Sez. VI, 18 marzo 2011, n. 1672, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2011, 969.

³⁰³ Cfr. T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 7 dicembre 2011, n. 1022, in *Foro amm.-TAR*, 2011, 12, 3986; *id.*, Roma, Sez. III, 4 giugno 2008, n. 5475, in *Foro amm.-TAR*, 2008, 1755. Critico verso questa distinzione operata dalla giurisprudenza, pur riconoscendo la sua vigenza anche nel Codice, C. LAMBERTI, *Disponibilità della prova e poteri del giudice amministrativo*, cit., § 7, secondo cui il nuovo articolato normativo "più che riunire sotto un unico comune denominatore" le citate differenze nella distribuzione dell'onere probatorio tra una controversia risarcitoria e una di annullamento "le avrebbe accentuate: quando si verte esclusivamente sulla spettanza, o meno, di un risarcimento del danno, trova piena applicazione la regola contenuta nell'art. 2697 c.c. (corrispondente, ora, all'art. 64, comma 1, d.lg. n. 104/2010) secondo la quale spetta a chi agisce in giudizio indicare e provare i fatti, senza che possa concepirsi la sostituzione «officiosa» del giudice amministrativo alla parte onerata che si trovi nell'impossibilità di provare il fatto posto a base della sua azione. Allorché la domanda si incentri sull'annullamento di un provvedimento opera il «principio dispositivo con metodo acquisitivo», sopravvissuto nel Codice del processo ma considerato al rango di «opzione residuale» da applicare quando ricorra un'effettiva disuguaglianza di posizioni tra amministrazione e privato". A giudizio dell'Autore quindi "concepire un 'doppio regime dell'istruttoria' a seconda del tipo di azione implica presupporre un analogo 'dualismo' nella tutela oggetto di domanda a seconda del suo carattere annullatorio o risarcitorio, in aperto contrasto con l'unificazione dell'interesse e del diritto in una situazione giuridica soggettiva relazionata a un potere: anche di fronte alla pretesa risarcitoria generata dal provvedimento amministrativo, i diritti coinvolti non hanno natura esclusivamente patrimoniale ma attingono al più complesso rapporto che si instaura fra l'interesse pubblico e gli interessi dei privati". Insomma, in un processo ispirato al principio della parità delle armi, affermare che "nelle sole azioni risarcitorie spetta a chi adisce il giudice l'indicazione specifica dei mezzi di prova dei quali intende valersi e in particolare dei documenti che offre in comunicazione" (art. 163 n. 3, c.p.c.) significa snaturare le altre azioni proponibili e 'armare' il giudice del potere di ricercare autonomamente la prova come accadeva nel processo amministrativo d'impugnazione ancor prima dell'emendamento apportato dalla legge n. 205/2000 all'art. 21 della legge n. 1034/1971, quando l'onere di allegazione delle parti si esauriva nel deposito dell'atto e dei documenti 'sui quali il ricorso si fonda' (art. 36, co. 4, 37, co. 1, R.D. n. 1054/1924, art. 18, R.D. n. 642/1907) in presenza del potere delle Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato di "richiedere all'amministrazione interessata nuovi schiarimenti o

restando una sostanziale e obiettiva disparità tra le parti circa la disponibilità del materiale probatorio. Anche alla luce della pluralità di azioni previste dal Codice, si assiste quindi ad una differenziazione dei regimi probatori, senza che sia prevista, con riferimento al dosaggio degli oneri probatori, una regola unitaria applicabile a tutti i tipi di controversie³⁰⁴.

In sintesi, il dittico *iuxta alligata et probata* si scinde nel senso che il ricorrente deve necessariamente introdurre in giudizio i fatti a fondamento della sua pretesa e l'intervento del giudice può espandersi laddove siano stati allegati tali fatti, ma il privato, per la sua posizione di disparità sostanziale con l'amministrazione, non sia in grado di provarli. In definitiva, il sistema tradizionale non sembra essere stato disatteso dal Codice, che lo riconduce, piuttosto, nei termini della sua tradizione, non cioè come mero onere di allegazione, ma tuttavia nemmeno nel senso dell'asettica applicazione del principio dell'onere della prova³⁰⁵.

Ancora oggi, d'altronde, data la sostanziale sperequazione che si riscontra nella disponibilità dei fatti acquisiti mediante il procedimento tra la parte pubblica e le altre parti che pure ad esso hanno partecipato, se l'onere della prova fosse posto sempre e comunque a totale carico del ricorrente in molti casi si verserebbe nell'impossibilità di tutelare le situazioni giuridiche soggettive, sia di diritto soggettivo sia di interesse legittimo, quand'anche pienamente fondate³⁰⁶. E tale

documenti" (art. 44, R.D. n. 1054/1924)".

³⁰⁴ Come rilevato da F. SAITTA, *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, cit., § 4, il quale pertanto osserva che "la disciplina delle prove non potrà, forse, restare rigidamente ancorata al tradizionale modello dell'azione di annullamento, ma nemmeno ignorarlo del tutto, non foss'altro che per la sua persistente centralità (anche in termini prettamente quantitativi)".

³⁰⁵ In termini, A. CARBONE, *Azione di adempimento, disponibilità della situazione giuridica e onere della prova*, in *Foro amm.-TAR*, 2011, 2966, il quale accanto alle due declinazioni dell'onere della prova individuati nel testo (giudizio risarcitorio ove il principio dell'onere della prova è applicato rigorosamente e un giudizio di annullamento in cui il metodo acquisitivo non dovrebbe essere abusato, ma rapportarsi all'effettiva disponibilità delle prove da parte del ricorrente), ne propone una terza ossia il giudizio di condanna dell'amministrazione ad un *facere* (nei limiti in cui sia ammissibile) che può essere approntato ad un onere di allegazione "cioè al mero rispetto del principio della domanda, unico confine invalicabile perché il processo di parti non si trasformi in un processo inquisitorio".

³⁰⁶ Così E. DE FRANCISCO, *Il nuovo Codice del processo amministrativo: il giudizio di primo grado*, cit., § 3, il quale ricorda come anche nel processo civile è riconosciuto al giudice il potere di acquisire prove d'ufficio "appunto in quei casi in cui la parte su cui grava il relativo onere potrebbe non avere alcuna disponibilità della fonte di prova: si considerino, ad esempio, le ipotesi di cui agli artt. 421 c.p.c. (in materia di lavoro) e 548 c.p.c. (sull'accertamento dell'obbligo del terzo)".

conclusione appare coerente con il principio costituzionale di tutela giurisdizionale dei diritti ed interessi legittimi (art. 24 Cost., che connette al diritto di azione in giudizio il divieto di interpretare la legge rendendone impossibile o troppo difficile l'esercizio) e con quello del giusto processo (art. 111), rappresentandone l'attuazione effettiva³⁰⁷.

3.3. Il ruolo del giudice nella formazione della prova

I. Come è noto, l'ordinamento può attribuire il potere di introdurre la prova nel processo e quindi di accertare i fatti controversi rispettivamente alle parti o al giudice, ovvero ad entrambi. Nel primo caso si è soliti affermare che il processo è dominato dal principio dispositivo, perché incombono in via esclusiva sulle parti gli oneri di allegare e provare i fatti a supporto delle rispettive pretese, con esclusione di ogni intervento del giudice negli elementi introdotti. Nel secondo caso il processo sarebbe di tipo inquisitorio perché detti poteri sono attribuiti in via principale al giudice, il quale può disporre l'acquisizione di qualsiasi mezzo di prova, a prescindere dalla previa deduzione della parte. In sostanza, a seconda che l'equilibrio dei rapporti tra iniziativa ed attività delle parti e poteri del giudice venga determinato privilegiando o esaltando i poteri officiosi del giudice ovvero quelle delle parti, si oscilla tra un processo di natura essenzialmente inquisitoria e un processo di natura dispositiva³⁰⁸.

Al principio dispositivo è informato il processo civile (art. 115 c.p.c.: il giudice “deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero”), il quale ammette però che possano porsi a fondamento della decisione mezzi di prova disposti *ex officio*, lasciando così subito intendere

³⁰⁷ Oltre che con le regole generali del processo civile quali il dovere di lealtà e probità di cui all'art. 88 c.p.c. (ma applicabile anche al giudizio amministrativo, cfr. T.A.R. Abruzzo, Pescara, 22 aprile 1996, n. 305, in *Giur. merito*, 1997, 149), inteso come onere di collaborazione delle parti, vicine alle fonti di prova, ad allegare tempestivamente e nel rispetto delle citate regole di correttezza i mezzi istruttori, in un'ottica di economia processuale e di ragionevole durata del giudizio (cfr. M. DRAGONE, *Le S.U., la "vicinanza alla prova" e il riparto dell'onere probatorio*, in *Resp. civ.*, 2008, 687 ss.).

³⁰⁸ P. SALVATORE, *L'individuazione dei fatti e l'assunzione delle prove nel processo amministrativo*, i *Tribunali amministrativi regionali*, cit., 81, il quale aggiunge che “quando il giudice ha il potere di integrare d'ufficio i fatti introdotti nel processo dalle parti, ed, altresì, il potere di disporre, il sistema si caratterizza come

che l'attribuzione al giudice di poteri istruttori non costituisca affatto un'anomalia nell'ordinamento né un'infrazione al principio della domanda³⁰⁹.

Anche nel processo civile, infatti, l'iniziativa istruttoria non è mai riservata in modo assoluto alle parti e in alcuni riti - e soprattutto in quello del lavoro - le analogie con il processo amministrativo sono sostanziali: ai sensi dell'art. 421, c. 2, del c.p.c., in tema di controversie in materia di lavoro, il giudice può "disporre d'ufficio in qualsiasi momento l'ammissione di ogni mezzo di prova, anche fuori dei limiti stabiliti dal codice civile". Come nel processo amministrativo, il giudice del lavoro possiede dunque rilevanti poteri istruttori d'ufficio che trovano (anch'essi, come si dirà) la loro giustificazione nella circostanza che una delle parti, e in particolare il lavoratore, generalmente non sia in possesso della prova dei fatti affermati che sono invece nella disponibilità invece del datore di lavoro³¹⁰. E a garanzia della parte 'debole', l'orientamento recente della Cassazione, tenendo conto delle obiettive difficoltà probatorie, è nel senso che l'uso dei poteri istruttori non ha carattere discrezionale, ma costituisca un potere-dovere del cui esercizio o mancato esercizio il giudice è tenuto a darne conto con una adeguata motivazione³¹¹.

acquisitivo-dispositivo".

³⁰⁹ V. C. PUNZI, *Il processo civile - sistema e problematiche*, I, *I soggetti e gli atti*, Torino, 2008, 389. Secondo S. RICCARDI, *Art. 116*, agg. A. PANZAROLA, in N. PICARDI (a cura di), *Codice di procedura civile*, I, Milano, 2008, 811, il modello probatorio adottato dal processo civile sarebbe di "tipo misto", in cui gli elementi dispositivi e gli elementi inquisitori sono combinati fra di loro. A giudizio invece di L.P. COMOGLIO, voce *Istruzione e trattazione nel processo civile*, in *Digesto discipline privatistiche - Sezione civile*, X, Torino, 1993, 225, rimangono di "portata eccezionale" i "poteri di iniziativa di ufficio, che trovano il loro massimo sviluppo nell'ispezione dei luoghi o di persone, nell'esibizione delle prove ordinata alle parti o a un terzo, nella richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione, nella facoltà di disporre rilevazioni, riproduzioni, od esperimenti, nel deferimento del giuramento suppletorio". Nella dottrina civilistica il tema è in realtà molto dibattuto, cfr. anche L. P. COMOGLIO - C. FERRI - M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, I, Bologna, 2006, 424 ss. Sul punto si tornerà comunque in seguito.

³¹⁰ Per D. DALFINO, *Il rito speciale del lavoro come modello processuale*, in ID. (a cura di), *La nuova giustizia del lavoro*, Bari, 2011, 6-7, la materia del lavoro è caratterizzata dalla "disuguaglianza economica delle parti e, ancor di più, [dal]la presenza di situazioni sostanziali spesso a contenuto e funzione non patrimoniale di rango costituzionale". Secondo A. CARIOLA, *Il giudice amministrativo e la prova: una provocazione a tesi su processo e politica*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 27, la giustificazione dei poteri istruttori del giudice del lavoro sarebbe da ricercarsi anche nel "favor laboris" insito nel nostro ordinamento.

³¹¹ Cass. civile, Sez. Lav., 26 giugno 2006, n. 14731, in *Giust. civ.*, 2006, 6; anche, id., Sez. Un., 17 giugno 2004, n. 11353, ivi, 2004, 6. In senso contrario v. però Cass. civile, Sez. Lav., 27 agosto 2004, n. 17076, in *Giust. civ.*, 2004, 9; ibid., 27 settembre 1999, n. 10658, ivi, 1999, 2015. Per un'analisi dei differenti orientamenti giurisprudenziali sul punto v. C. CANÉ - L. MICCICHÉ - R. MUCCI, *Il processo del lavoro -*

Le regole elaborate dalla dottrina e la giurisprudenza che si sono occupate dell'estensione dei poteri istruttori conferiti dall'art. 421 c.p.c. offrono uno spunto per l'analisi delle nuove previsioni codicistiche in tema di onere della prova, dato che anche la disciplina processual-lavorista ha lasciato all'interprete il gravoso compito di stabilire quali siano sostanza e limiti di tali poteri³¹².

In particolare, in quella sede è stato chiarito che il giudice del lavoro non potrà decidere la controversia altro che sui fatti introdotti nel giudizio, ovvero che il giudice può “conoscere fatti affermati dalle parti attraverso fonti di prova alle quali esse si sono riferite, pur in assenza di specifica e formale istanza di parte in tal senso”³¹³.

In sostanza, le prove d'ufficio possono riguardare soltanto i fatti introdotti dalle parti: l'onere di allegazione è espressione del monopolio delle parti private per la delimitazione dell'ambito di fatto della lite, quale proiezione dei fondamentali principi della domanda (art. 99 c.p.c.) e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato (art. 112)³¹⁴.

La disciplina processuale del lavoro, pur prevedendo rilevanti poteri d'ufficio, è stata ritenuta pertanto coerente con le regole fondamentali del processo civile, basato sul principio della domanda e sull'onere di allegazione, che ne costituisce la principale espressione³¹⁵. Vale a dire che il potere probatorio del giudice deve essere esercitato in osservanza del principio dispositivo e quindi nei

Aggiornato alla l. 18 giugno 2009, n. 69, Milano, 2009, 450 ss.

³¹² Di “norma-slogan” e di una “velleitaria enunciazione di principio” parla B. CAVALLONE, *Crisi delle “Maximen” e disciplina dell'istruzione probatoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 678 ss. e in particolare 694.

³¹³ L. MONTESANO - G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, II, t. 1, Padova, 2002, 218 ss.

³¹⁴ A. VALLEBONA, *Allegazioni e prove nel processo del lavoro*, Padova, 2006, 13, il quale aggiunge che anche “per il giudice del lavoro è vietato istruire e utilizzare per la decisione fatti diversi o ulteriori rispetto a quelli affermati dalle parti” (14).

³¹⁵ Cfr. G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 2008, 166, secondo cui “il processo del lavoro non diverge dal processo civile ordinario per quanto attiene al rispetto integrale del principio della domanda. Elemento di questo principio (artt. 99 e 112 c.p.c.) è il c.d. «onere dell'allegazione»: l'onere cioè dell'attore di dedurre i fatti costitutivi e, rispettivamente, del convenuto di dedurre i fatti impeditivi ed estintivi della situazione sostanziale, oggetto del giudizio, e il correlativo vincolo del giudice a pronunciare soltanto sulla base di essi”. In tale contesto, i poteri officiosi del giudice consentono a quest'ultimo “di disporre, anche senza iniziativa di parte, l'ammissione delle prove sui fatti, già acquisiti alla causa come temi di prova” (170).

limiti dei fatti costitutivi delle pretese o delle eccezioni dedotte o sollevate dalle parti³¹⁶ e non può sopperire alle carenze probatorie imputabili alle parti stesse³¹⁷.

Nel modello di processo del lavoro descritto, dunque, i profili *latu sensu* inquisitori convivono con il principio dispositivo, che non viene soppiantato *in toto*, ma soltanto attenuato: insomma una situazione - non dissimile da quella del processo amministrativo - in cui l'imparzialità del giudice non risulta in alcun modo compromessa.

II. Secondo l'opinione largamente prevalente, il processo amministrativo (sorto come processo di tipo inquisitorio³¹⁸ e poi progressivamente ricostruito come processo di parti) è retto dal principio dispositivo 'attenuato' dal metodo acquisitivo in base al quale il giudice non è vincolato alle richieste istruttorie dei soggetti processuali o alle prove da essi fornite, ma gode di ampi poteri di istruzione, pur se nell'ambito delle allegazioni delle parti come si è detto, in armonia con la natura di processo di parti propria del giudizio amministrativo³¹⁹.

³¹⁶ Cass. civile, Sez. Lav., 3 giugno 1997, n. 4935, in *Giust. cin.*, 1997, 905.

³¹⁷ Cass. civile, Sez. Lav., 22 luglio 2009, n. 17102, in *Giust. cin.*, 2009, 1126, secondo cui i poteri istruttori officiosi, di cui all'art. 421 c.p.c., non "possano sopperire alle carenze probatorie delle parti, ponendosi in tal modo il giudicante in funzione sostitutiva degli oneri delle parti medesime e traducendosi siffatti poteri officiosi in un potere di indagine e di acquisizione del tipo di quelli propri del procedimento penale". In dottrina, v. C. ARRIGONI, *Poteri istruttori "ex officio" del giudice del lavoro*, in *Riv. trim. dir. e proc. cin.*, 2006, 349, secondo cui l'esercizio dei poteri officiosi presuppone fatti "non pienamente provati, ma neppure completamente sforniti di prova (sempre che, ovviamente, la controparte non abbia dato piena prova dei fatti a sé favorevoli)" (nota 71).

³¹⁸ La dottrina degli inizi del '900 allineava infatti il processo amministrativo a quello penale, tipicamente inquisitorio, dal momento che tali procedure "concernono un rapporto sostanziale di diritto pubblico, in entrambe, l'interesse pubblico esige la conoscenza della verità reale e non di una verità puramente legale e in entrambe le parti non hanno normalmente la disponibilità del rapporto sostanziale controverso ..." (cfr. F. CAMMEO, *Sulle prove nel procedimento dinanzi alle giurisdizioni di giustizia amministrativa*, in *Foro it.*, cit., 102 ss.).

³¹⁹ Come è noto, si deve al contributo di Feliciano Benvenuti la più diffusa e completa teorizzazione del "principio dispositivo con metodo acquisitivo", v. *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 187 ss. e per la sua applicazione nel processo amministrativo 282 ss. Successivamente, V. A. M. SANDULLI, *Il giudizio davanti il Consiglio di Stato e i giudici subordinati*, cit., 376; E. PICOZZA, voce *Processo amministrativo (normativa)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, 1987, 492 ss.; V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, 750 ss. Invero si sono registrate anche voci critiche: cfr. M. NIGRO, *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, in *Foro it.*, 1967, V, 14, il quale si chiede se il giudice amministrativo italiano non adotti nella pratica "una miscela tanto povera di elemento dispositivo ... da collocare il nostro processo quasi al limite stesso di esistenza di una 'combinazione' e da rivalutare le ragioni di conservazione di un tipo 'puro' di processo inquisitorio". Il principio comunque era comunemente affermato anche nella giurisprudenza precedente al Codice, v., ad es., Cons. Stato, Sez. IV, 26 ottobre 1976, n. 96, in *Cons. Stato*, 1976, 2022; id., Sez. V, 22 novembre 1991, n. 1323, in *Giur. it.*, 1992, 1, 921; ibid., 15 giugno 2000, n. 3317, in *Foro Amm.*, 2000, 2161. Più di recente, Cons. Stato, Sez. V, 7 ottobre

In altri termini, poiché come anticipato il ricorrente potrebbe non avere l'effettiva disponibilità del fatto, il principio dispositivo deve essere in questi casi mitigato dal metodo acquisitivo, per cui mentre se nel processo di parti con metodo dispositivo l'introduzione "è mezzo per la disposizione del fatto ad opera della parte, e perciò all'onere dell'introduzione si sovrappone, assorbendolo, l'onere della disposizione; nel metodo acquisitivo, invece, l'introduzione del fatto è mezzo per la disposizione che ne opererà il giudice e perciò all'onere dell'introduzione consegue il dovere del giudice"³²⁰.

Tradotto in termini più espliciti esso sta a significare che, benché il processo amministrativo sia pur sempre un processo nella disponibilità della parte – che può scegliere se iniziare l'azione o proseguirla e deve, per ciò, farsi carico di dimostrare le sue pretese – l'onere probatorio per il ricorrente non si traduce nella prova 'piena' dei fatti posti a fondamento della sua domanda, rientrando nella potestà del giudice di disporre gli opportuni mezzi probatori, necessari per accertare quanto allegato dalla parte³²¹.

In fondo, al giudice amministrativo si chiede soltanto di fare quello che - come illustrato - fa il giudice del lavoro il quale, allorché le risultanze di causa offrano significativi dati e spunti di prova, non può limitarsi a fare meccanica applicazione della regola dell'onere della prova, ma, ove ritenga insufficienti le precisazioni e le prove già acquisite, ha il potere-dovere di provvedere d'ufficio agli atti istruttori, emergenti dal materiale di causa³²².

Occorre ora interrogarsi se tale ricostruzione del sistema probatorio possa dirsi ancora attuale dopo l'entrata in vigore del Codice, anche alla luce delle diverse posizioni espresse, posto che, sebbene sia pacifica l'operatività del metodo acquisitivo, diverse sono le tesi a sostegno di tale ricostruzione e discusse sono le concrete modalità applicative.

2009, n. 6118, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2009, 10, 2323.

³²⁰ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 295.

³²¹ V. D. ZONNO, *I poteri del giudice amministrativo in tema di prove: intervento del giudice nella formazione della prova*, in *Giur. merito*, cit., 185, la quale sembra ritenere sufficiente la mera allegazione dei fatti per l'esercizio dei poteri officiosi del giudice.

III. La giustificazione originaria e tuttora dominante di tale metodo fa leva, infatti, sulla necessità di riequilibrare nel processo la posizione di disuguaglianza tra le parti: “sul terreno materiale le parti si trovano in una posizione di non equivalenza tale che all’una di esse, e precisamente al privato, è sommamente difficile, per non dire che in talune ipotesi è perfino impossibile, procurarsi la disponibilità del materiale di fatto necessario al processo”³²³. In sostanza, la disuguaglianza esistente sul piano sostanziale fra privati e pubblica amministrazione impedisce sovente ai primi di procurarsi la disponibilità del materiale di fatto necessario al processo; da qui il riconoscimento al giudice di poteri d’ufficio³²⁴. Si opera infatti in un contesto nel quale di regola vi è, da un lato, l’amministrazione, dotata di poteri autoritativi – e per ciò in posizione di maggiore forza –, dall’altro il ricorrente, in situazione di soggezione – e per ciò parte ‘debole’ del rapporto – che si traduce di regola nella impossibilità di avere a disposizione tutto il materiale probatorio necessario per la definizione della lite: l’illegittimità dell’atto può emergere dall’esame degli accertamenti istruttori espletati dalla p.a. nella fase procedimentale, le cui risultanze restano nella sua disponibilità, con la conseguenza che elementi probatori, anche essenziali, potrebbero non essere facilmente reperibili dal ricorrente³²⁵.

³²² In questi termini, F. SAITTA, *I nova nell’appello amministrativo*, Milano, 2010, 298.

³²³ F. BENVENUTI, *L’istruzione nel processo amministrativo*, cit., 283. L’attribuzione al giudice del potere acquisitivo realizza “l’elemento giuridico del sistema acquisitivo ed è data allo scopo di acuire nel processo quella situazione di diversità delle parti che è stimolo a colmare le eventuali disuguaglianze in cui esse si trovino nei confronti dei fatti sul terreno materiale; e che è insieme massima garanzia della massima acquisizione dei fatti al processo” (269). V. anche P. DE LISE, *La prova nella procedura delle giurisdizioni amministrative*, cit., 962, secondo cui “lo stato di disuguaglianza delle parti costituisce, pertanto, la ragione dell’adozione del metodo acquisitivo nel processo amministrativo, in virtù del quale il giudice ha il potere di intervenire o modificare l’onere della prova ai fini di renderne di uguale facilità ad entrambe le parti l’adempimento”.

³²⁴ R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, cit., 197, il quale osserva che in realtà “l’utilizzo attuale della formula benvenutiana si distacca in alcuni passaggi logici fondamentali dal pensiero dell’autore che per primo la elaborò e propose” (200). Al riguardo, v. anche A. DEGLI ESPOSTI, *Appunti sull’istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 277, secondo cui la “formula” di Benvenuti, che “nelle intenzioni di colui che l’ha coniata doveva corrispondere ad una specifica e ben definita configurazione scientifica e pratica dell’istruttoria, viene oggi meccanicamente fatta propria anche da chi tende a ricostruire l’istruttoria stessa su fondamenti ed attorno a principi del tutto dissimili e spesso discordanti”.

³²⁵ Così D. ZONNO, *I poteri del giudice amministrativo in tema di prove: intervento del giudice nella formazione della prova*, cit., 185.

La disciplina dell'attività istruttoria non può cioè essere astratta dalle difficoltà di ordine extraprocessuale che rendono più problematica per il ricorrente la prova di un fatto³²⁶.

Recentemente, anche in ragione delle modifiche sostanziali e processuali del diritto amministrativo, accanto alla citata tesi si sono sviluppate ulteriori riflessioni che, pur muovendo generalmente dalla confermata vigenza del metodo acquisitivo, hanno elaborato differenti motivazioni a base di tale metodo istruttorio³²⁷.

E così si è affermato che la *ratio* del metodo acquisitivo sia da rintracciarsi nell'indisponibilità dell'oggetto del giudizio amministrativo di legittimità (la questione di legittimità, sia pure nei limiti segnati dalle censure articolate dal ricorrente, di un provvedimento adottato dall'amministrazione nel perseguimento di un interesse pubblico)³²⁸. Oppure che il metodo acquisitivo si giustificerebbe a causa di una possibile frequente assenza di un effettivo contraddittorio; o, ancora, in ragione della necessità di massima ricerca della verità connessa allo scopo pubblicistico "assegnato al procedimento giurisdizionale"³²⁹.

³²⁶ A. TRAVI, *Feliciano Benvenuti e la giustizia amministrativa*, cit., 414-415, il quale, nel richiamare la tesi di Benvenuti, osserva come la "parità delle parti, per non essere solo virtuale, doveva essere assicurata sul piano dell'iniziativa istruttoria".

³²⁷ Ripensamento avviato sin da M. NIGRO, *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, in *Foro it.*, cit., 9 ss. e in particolare 16-17, il quale dopo aver premesso che l'intento del giudice amministrativo di ristabilire a favore del ricorrente quell'equilibrio fra le parti che non esiste sul terreno sostanziale "resta sempre un intento meritorio", si chiede se ciò "possa essere perseguito con lo stesso radicalismo che in passato, oggi che i rapporti sostanziali fra amministrazione e cittadino sono in corso di accelerato mutamento vuoi per la più rigorosa definizione della posizione nei confronti del cittadino, vuoi per lo svolgersi dell'azione amministrativa in forme più varie, più articolate (procedimento), e più aperte (collaborazione, generale o specifica, del cittadino; pubblicità di atti, ecc.)". Sulla base di tali premesse l'Autore riteneva pertanto che la "funzione ortopedica del processo diventa meno necessaria, quando già sul terreno sostanziale si eliminano o contengono le maggiori storture ...".

³²⁸ L. BERTONAZZI, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, cit., 581, il quale ritiene quindi che la ragione giustificatrice sottesa all'adozione, nel processo amministrativo, di un metodo istruttorio acquisitivo "non è mai stata (o quanto meno, non può più essere a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 21, commi 4 e 6, cit.) la disuguaglianza esistente tra le parti sul terreno della realtà materiale in ordine alla pratica disponibilità dei fatti secondari" (corsivo nel testo).

³²⁹ L. MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, cit., 87. Le riflessioni dell'Autore hanno ad oggetto, in realtà, qualsiasi procedimento giurisdizionale, ma "a maggior ragione si giustificano con riguardo al processo amministrativo che da sempre è stato dominato, e non solo nel suo svolgimento, da considerazioni di carattere pubblicistico" (92-93).

IV. Tutte le richiamate teorie si sono sviluppate in assenza di specifiche regole sul rapporto tra i poteri del giudice e gli oneri probatori delle parti e, soprattutto, tendenzialmente prima delle modifiche intervenute nell'art. 111 Cost. che, come è noto, ha codificato le regole del giusto processo che deve garantire la parità dei soggetti processuali.

Oggi, il Codice prevede all'art. 64, c. 2, che il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti "salvi i casi previsti dalla legge" che, in realtà, non sono ipotesi limitate potendo il giudice disporre l'assunzione di prove precostituite (esibizione di documenti) e costituende (con l'eccezione della testimonianza) nonché, in generale, gli ulteriori mezzi di prova previsti per il processo civile (art. 63, c. 5).

Come rilevato anche dalla recente giurisprudenza, dall'analisi delle citate disposizioni sembra confermato il carattere dispositivo del processo amministrativo con metodo acquisitivo³³⁰. In realtà, la formula utilizzata dal legislatore è volutamente elastica perché, come si è detto, ai sensi dell'art. 64, c. 2, spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni: l'intervento officioso del giudice non sarebbe giustificabile nei casi in cui la prova dei fatti sia nella disponibilità del ricorrente. In sostanza, la disciplina codicistica (anche se non pare comportare una rimeditazione della formula benvenutiana³³¹) sembra potersi interpretare nel senso che l'attenuazione del

³³⁰ Da ultimo, Cons. Stato, Sez. III, 14 giugno 2012, n. 3528, in *www.giustizia-amministrativa.it*, il quale - in applicazione del metodo acquisitivo - ha disposto l'acquisizione di alcuni atti ritenuti necessari per la decisione. Id., Sez. VI, 2 febbraio 2012, n. 586, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2012, 392, in cui si afferma che "anche all'indomani dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, è rimasto sostanzialmente invariato nelle sue linee di fondo un sistema (tradizionalmente ricondotto alla formula del principio dispositivo temperato attraverso il ricorso al metodo acquisitivo) che consente al giudice amministrativo, all'esito della verifica in sede giudiziale, di assumere come punto di riferimento della propria decisione il fatto come realmente verificatosi nella sua consistenza oggettiva nel corso del procedimento"; id., Sez. IV, 24 ottobre 2011, n. 5696, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2011, 3121. Posizione condivisa anche dalla maggioranza della dottrina, tra gli altri: N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 2011, 239-240; R. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo*, Milano, 2010, 370-372; M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, § 4.

³³¹ Avanzata da parte della dottrina, si v. in particolare lo studio di G. VIRGA, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, Milano, 1991, passim.

principio dispositivo con il metodo acquisitivo si giustifica solo nel caso in cui ricorra quella disuguaglianza di posizione, quanto alla disponibilità delle prove, tra la parte pubblica e la parte privata; viceversa può trovare applicazione il principio dispositivo puro.

Ed infatti, le garanzie previste dall'attuale legislazione in tema di partecipazione al procedimento amministrativo e alla sua istruttoria, oltre che il diritto di accesso agli atti amministrativo, rendono a volte recessiva l'esigenza di riequilibrare la disparità tra il privato e l'amministrazione³³². La consacrazione di alcuni principi come soprattutto quello della trasparenza, determinando l'inversione della regola della segretezza in favore della pubblicità degli atti della pubblica amministrazione, hanno contribuito cioè all'opera di bilanciamento della condizione dei privati nei confronti dei soggetti pubblici³³³.

E' evidente che in questi casi la mancanza di prova idonea o sufficiente implica il rigetto della domanda o dell'eccezione, non potendo il giudice sopperire alle carenze probatorie delle parti.

Ciò nondimeno, e pur escludendosi un'applicazione meccanica del metodo acquisitivo, non può che essere ancora attuale l'esigenza di riequilibrare la posizione delle parti a favore del ricorrente, posto che di norma l'amministrazione resistente è già in possesso delle prove dei fatti rilevanti acquisite nella fase procedimentale che ha portato all'emanazione del provvedimento impugnato, e a

³³² Cfr. S. VENEZIANO, *I nuovi mezzi probatori nella giurisdizione di legittimità e nella giurisdizione esclusiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 180 ss., secondo cui successivamente alla legge n. 241 del 1990 non vi sarebbe "più quell'esigenza di riequilibrare in sede processuale alcuna situazione di disuguaglianza procedimentale e/o di difficoltà di accesso agli atti dell'amministrazione, che in passato giustificava l'esercizio di detto potere acquisitivo; ed invero le facoltà di partecipazione al procedimento amministrativo ed alla sua istruttoria, oltre che il diritto di accesso agli atti amministrativi, consentono al privato di acquisire adeguata conoscenza degli atti dell'intero procedimento e dei fatti eventualmente dall'amministrazione posti a base delle proprie determinazioni" (191).

³³³ P. DE LISE, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 423-424, il quale evidenzia come tali riforme si riverberano anche all'interno del processo amministrativo sotto il profilo probatorio. In particolare, secondo l'Autore "il progressivo abbandono del modello di diritto amministrativo autoritario e la tendenza verso un modello paritario ... comportando l'attenuazione (o addirittura il venir meno) della situazione di disuguaglianza delle parti sul piano sostanziale, influiscono sul processo e conducono, per quanto concerne l'istruzione, alla progressiva riespansione del principio dispositivo puro, con la conseguente incidenza sull'area di operatività del metodo acquisitivo, che vede ridotta la sua ragion d'essere in presenza di una posizione delle parti che si avvia a divenire paritaria".

prescindere dal tipo di giurisdizione che viene in rilievo³³⁴. Inoltre, l'accertamento del fatto che pone in essere un giudice ha una latitudine e una finalità diversa da quello che può aver compiuto l'amministrazione, né l'attività giurisdizionale può essere ridotta ad un prolungamento di quella amministrativa o con quest'ultima surrogabile³³⁵.

In sostanza, è evidente che le modifiche intervenute nella disciplina dell'attività amministrativa (con il superamento del principio di riservatezza e l'affermazione del principio di trasparenza la cui massima espressione è rappresentata dall'accesso procedimentale) contribuiscano a ridurre l'ambito di operatività del metodo acquisitivo³³⁶. Il ricorrente però continua a risentire della posizione di autorità della pubblica amministrazione né la possibilità di esercitare il diritto di accesso può costituire il pretesto per affermare la vigenza del principio dispositivo puro nel processo amministrativo, posto che la relativa istanza (sempre che sia accolta – e *in toto* – dall'amministrazione) potrebbe non essere evasa in tempo utile per fornire il materiale probatorio necessario per la notifica del ricorso il cui termine di presentazione, peraltro, non è neppure sospeso dalla presentazione della domanda di accesso³³⁷.

Il contesto di riferimento non è cioè particolarmente mutato neanche dopo che legge 7 agosto 1990, n. 241, ha riconosciuto al cittadino il diritto di accedere

³³⁴ Cfr. G. LEONE, *Il sistema delle impugnazioni amministrative*, Padova, 2006, 467, secondo cui anche nell'ambito della giurisdizione esclusiva la posizione processuale delle parti può apparire sperequata, potendo l'amministrazione detenere atti e documenti che non sempre sono nella disponibilità del privato.

³³⁵ Cfr. V. CAIANIELLO, *Rapporti tra procedimento amministrativo e processo*, cit., 260-261, secondo cui “il procedimento, quanto più partecipato possa essere, quanto più riesca a far compenetrare tutti gli interessi nella decisione finale, se tende a comporre il più possibile nella fase amministrativa il conflitto di interessi ed a prevenire perciò che esso sfoci nella giurisdizione, non potrà mai garantire, quando si conclude con un provvedimento, un risultato equivalente né a quello compositivo, proprio dell'attività negoziale dell'autonomia privata, né a quello risolutivo della lite, proprio del processo”.

³³⁶ Cfr. G. PESCE, *Poteri istruttori e mezzi di prova nel processo amministrativo*, cit., il quale dopo aver affermato che, a seguito delle modifiche intervenute con la l. n. 241 del 1990, il privato “è quasi sempre messo nelle condizioni di conoscere prima, o nel corso, del giudizio gli atti del procedimento ed i fatti che l'amministrazione pone a sostegno del procedimento” (47), ritiene che comunque andrebbe verificato in concreto se il metodo acquisitivo debba ridursi o meno (49).

³³⁷ Sicché, è ragionevole rilevare come “le norme in tema di accesso ai documenti hanno allievato l'asimmetria informativa tra cittadino e pubblica amministrazione, ma non l'hanno cancellata del tutto” (G. MANFREDI, *Il regime probatorio nel codice del processo amministrativo*, cit., 477).

agli atti amministrativi, il diritto, vale a dire, di ottenere dall'amministrazione tutti i documenti che gli sono utili per la sua tutela in giudizio: e ciò principalmente perché l'esercizio di quel diritto non incide sul termine per ricorrere, che, di conseguenza, può anche spirare nel momento in cui il ricorrente, senza sua colpa, non ha ancora ottenuto gli atti sulla base dei quali argomentare le proprie domande³³⁸. Insomma, l'eventuale domanda di accesso (*ante causam* o *in causa*) non può certo diventare un onere per l'interessato, rimanendo essa una mera facoltà ai fini dell'esercizio del suo diritto di difesa e restando affidata alle sole regole processuali l'individuazione dei limiti, in cui il giudice può integrare gli indizi di prova forniti dalla parte onerata con l'esercizio dei propri poteri istruttori³³⁹. Anzi, proprio la mancata previsione della sospensione dei termini per la presentazione del ricorso in caso di presentazione della domanda di accesso conferma che sul ricorrente non possa gravare un onere pieno di prova e, invece, che spetti al giudice il relativo completamento officioso attraverso l'acquisizione dei documenti, e cioè degli atti posti a base dell'attività dell'amministrazione.

La soluzione non è dunque la negazione del metodo acquisitivo, quanto, piuttosto, una sua diversa modulazione, giustificando l'attribuzione al giudice di poteri istruttori in qualità di garante della parità di condizioni delle parti in causa: strumento di perequazione delle diseguali posizioni delle parti in ordine alla possibilità di provare le proprie allegazioni in fatto³⁴⁰.

³³⁸ C. E. GALLO, *I poteri istruttori del giudice amministrativo*, cit., § 2. V. anche B. MAMELI, La domanda nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto al giudizio sul rapporto, in F. CARINGELLA - M. PROTTO, *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, cit., 5, secondo cui "il diritto di accesso, inteso come tutela dei principi di trasparenza e imparzialità dell'attività amministrativa ... non ha risolto i problemi legati alla c.d. istruzione primaria a carico del ricorrente, che da sempre vede quest'ultimo in una posizione svantaggiata rispetto all'amministrazione resistente".

³³⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 21 dicembre 2011, n. 6775, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁴⁰ G. MICARI, Mario Nigro, *il giudice amministrativo "signore della prova" e novellazione legislativa*, in *Giur. merito*, 2005, 2478. Secondo A. POLICE (*Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, *Contributo della teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, 93) il giudizio sulla "completezza dell'istruzione dell'affare" che abilitava i poteri officiosi del giudice "deve essere interpretato soltanto al fine di garantire l'equilibrio sostanziale delle parti in causa quanto alla loro concreta possibilità di provare i fatti allegati".

Si aggiunga pure che, come è stato efficacemente osservato, il potenziamento delle garanzie procedurali può nascondere in realtà proprio un'insoddisfazione nei confronti del sistema processuale³⁴¹.

L'attuale vigenza del metodo acquisitivo, e cioè la necessità che possa essere integrato in corso di causa il materiale probatorio, è dimostrata anche da un dato ulteriore: l'art. 43 del Codice prevede - al pari della disciplina previgente - la possibilità per le parti di introdurre domande nuove con la presentazione di motivi aggiunti, con i quali si consente quindi non solo un ampliamento del *thema probandum* ma addirittura del *thema decidendum*, allorché si venga a conoscenza di documentazione aggiuntiva 'custodita' inizialmente dall'amministrazione³⁴².

Sicché la disciplina del Codice non può essere interpretata se non come una conferma della regola del metodo acquisitivo ossia del potere del giudice di intervenire in attuazione di un principio di collaborazione contribuendo al mantenimento dell'uguaglianza delle parti, in assenza del quale si consoliderebbe sul piano processuale una posizione di indebito vantaggio per una di essa e, in particolare, dell'amministrazione, la quale sul piano sostanziale già gode di una posizione di netta supremazia nella produzione di prove, anche per effetto dello stabile assetto organizzativo di cui dispone³⁴³.

³⁴¹ Secondo M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione*, in *Scritti Giuridici*, III, Milano, 1996, 1429 ss., lo sviluppo degli istituti di partecipazione procedimentale, già negli anni '80 del secolo scorso, non doveva tradursi in un mancato adeguamento dei rimedi processuali ai bisogni dei cittadini.

³⁴² Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 6 marzo 2006, n. 1068, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2006, 842, secondo cui la proposizione di motivi aggiunti si configura "come temperamento di carattere eccezionale al principio della determinazione del *thema decidendum* sulla base dei motivi indicati nell'atto introduttivo del giudizio" allorché, ad esempio, la "condotta processuale della controparte avesse messo in luce, mediante l'esibizione di documenti o l'allegazione di elementi di fatto, nuovi vizi dell'atto impugnato".

³⁴³ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 25 maggio 2011, n. 3135, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in cui si aggiunge anche che la regola di indicare e provare specificamente i fatti posti a base delle pretese avanzate nel processo amministrativo "incontra particolari temperamenti, in virtù dell'assetto non paritetico dei rapporti fattuali e giuridici intercorrenti tra il privato e l'amministrazione, che vede sovente quest'ultima in posizione di decisa supremazia nella produzione delle allegazioni giudiziali". Né sembrano fondate le preoccupazioni sollevate da alcuni studiosi secondo i quali "il modello di un'istruttoria processuale che si svolge su iniziativa del giudice possa contrastare con i principi dello Stato liberale, il quale comporta che il giudice non si faccia parte" (A. CARIOLA, *Il giudice amministrativo e la prova: una provocazione a tesi su processo e politica*, in *Dir. proc. amm.*, cit., 23), posto che - come chiarito dall'illustre studioso - il metodo acquisitivo, differente da quello dispositivo, è "tuttavia compatibile con un processo di parti" (F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*,

E la persistente possibilità per il giudice di disporre di strumenti di acquisizione di mezzi di prova è coerente con la tutela costituzionale e in particolare con gli articoli 24 e 111 della Carta: dovendosi assicurare una protezione piena ed efficace delle posizioni soggettive sostanziali che si rappresentano nel giudizio lese, è necessario che la ‘parte debole’ sia particolarmente garantita nell’attività di dimostrazione delle proprie affermazioni³⁴⁴.

V. In ogni caso, anche alla luce delle precedenti considerazioni, si può convenire con l’argomentata tesi secondo cui, a ben vedere, non vi sono ragioni sostanziali per “opporre” un processo dispositivo (civile) ad uno acquisitivo (amministrativo). In particolare, in entrambi i processi, all’interno del perimetro delle allegazioni, le operazioni intese ad acquisire il singolo mezzo di prova potranno essere poste in essere solo dalla parte ovvero su sua espressa istanza, ed altre nelle quali il giudice - senza uscire dal perimetro tracciato dalla parte - dispone l’acquisizione dei mezzi di prova³⁴⁵.

Come illustrato, infatti, anche nel processo civile sono stati riconosciuti ampi poteri direttivi e istruttori in capo al giudice, ma tale opzione non è stata considerata come espressione di stampo ‘autoritario’, che ricorrerebbe allorché l’ampiezza dei poteri di iniziativa probatoria del giudice ne comportasse l’esercizio in spregio al principio che attribuisce alle parti il monopolio circa l’allegazione dei fatti ovvero consentisse al giudice di ampliare la sfera dei fatti stessi³⁴⁶. L’onere di allegazione, cioè, non è affatto incompatibile con l’attribuzione al giudice di poteri istruttori, poiché questa scelta non determina l’istituzione di un processo inquisitorio, investendo il problema delle modalità di accertamento dei fatti che è

cit., 265). Su tale profilo v. subito *infra*.

³⁴⁴ L. R. PERFETTI, voce *Prova (dir. proc. amm.)*, in *Enc. dir., Annali*, cit., 936, il quale mette in luce come tale esigenza sia comune in tutti quei giudizi nei quali “vi sia una parte debole (il lavoratore, il conduttore, il coniuge debole, il socio di minoranza, il cittadino) che agisce in giudizio diritti o interessi legittimi nei confronti di una controparte strutturalmente avvantaggiata nella lite o nella realtà extraprocessuale (il datore di lavoro, il coniuge forte, il socio di maggioranza, l’amministrazione pubblica)”.

³⁴⁵ In questi termini, L. R. PERFETTI, voce *Prova (dir. proc. amm.)*, in *Enc. dir., Annali*, cit., 935.

³⁴⁶ V. D. DALFINO, *Il rito speciale del lavoro come modello processuale*, in ID. (a cura di), *La nuova giustizia del*

logicamente successivo e distinto rispetto a quello dell'introduzione dei fatti stessi nel giudizio. Anche il giudice civile, pertanto, non è - nell'attuale sistema³⁴⁷ - un organo meramente passivo, ma ha il potere di guidare e gestire la causa, non solo segnando i tempi dello svolgimento del processo, ma facendo da "crivello"³⁴⁸ per tutte le attività delle parti, chiarendo i temi controversi, integrando le prove dedotte e concorrendo, quindi, alla formazione del materiale decisivo.

Al riguardo, si può richiamare la nota differenziazione tra la nozione di principio dispositivo in senso sostanziale (o proprio) e quella di principio dispositivo in senso processuale (o improprio), le quali a loro volta derivano dalla distinzione tra il *dispositionsprinzip* e la *verhandlungsmaxime* risalenti alla tradizione dottrinale germanica di fine ottocento³⁴⁹. Alla prima nozione fanno capo i poteri monopolistici delle parti in ordine al promovimento del giudizio e alla determinazione del suo oggetto (*nemo iudex sine actore* e *ne eat iudex ultra petita partium*) ed essa sola costituisce la necessaria proiezione processuale dei principi sostanziali attinenti alla "disponibilità" dei diritti tutelabili ed alla autonomia negoziale privata³⁵⁰. La seconda corrisponde alla regola secondo cui il giudice deve decidere secondo quanto allegato e provato.

Ebbene, quest'ultimo principio non è stato considerato come conseguenza obbligata della disponibilità privatistica o negoziale dei diritti e dei rapporti sostanziali controversi, ma deve essere ricondotto a scelte legislative di tecnica e opportunità processuale. Per dirla con le parole di un illustre studioso del

lavoro, cit., 25.

³⁴⁷ In passato, infatti, in tutti i paesi europei il processo civile era visto come "cosa delle parti": un processo in cui nessun potere, in linea di massima, spettava al giudice il quale rimaneva estraneo al processo e in cui anche le prove venivano assunte in assenza dell'organo giudicante. Il processo si svolgeva dunque tra le parti (vale a dire normalmente tra gli avvocati delle parti) senza la presenza del giudice il quale era soltanto chiamato a giudicare alla fine del processo: il giudice era non tanto al di sopra quanto al di fuori dell'arena. Per tale ricostruzione v. M. CAPPELLETTI, *Principi fondamentali e tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, in *Giur. it.*, 1968, 16 ss.

³⁴⁸ Efficace espressione utilizzata da E. FAZZALARI, *La funzione del giudice nella direzione del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 67.

³⁴⁹ V. i contributi fondamentali di T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, II, Milano, 1951, 695 ss., e di M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962.

³⁵⁰ Cfr., con ampie citazioni di dottrina, B. FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo e giudice civile: principi ed esperienze a confronto*, in *Studi in onore di R. Martini*, Milano, 2009, 1 ss. e, in particolare, 8-16.

processo civile, “nulla si oppone a che si coordini il rispetto più assoluto dell’iniziativa di parte nel ricorrere alla tutela giurisdizionale, con la possibilità per il giudice, una volta che la macchina sia stata messa in moto e che le parti non vi rinuncino, di non restare inerte, di non attendere immobile l’interessato contributo altrui, bensì di indagare, in misura maggiore o minore, al fine di ricostruire nel migliore dei modi il fatto di causa”³⁵¹. Il legislatore può cioè essere indotto a non discostarsi dalla regola che vincola il giudice rigidamente alle prove proposte dalle parti senza che gli sia concesso di acquisirne di ufficio, in base al rilievo che, una volta concesso alle parti il monopolio per quanto concerne l’utilizzazione dello strumento del processo, può sembrare opportuno assegnarli anche il monopolio nell’istruzione della causa; oppure attribuire anche al giudice poteri istruttori. Tuttavia, in entrambe le ipotesi, la natura del fenomeno non cambia perché “si tratta pur sempre di un’attività che viene svolta nell’ambito dello strumento al quale si è fatto ricorso e per soddisfare a delle esigenze tecniche del medesimo, mentre la differenza non incide sul regime della tutela degli interessi materiali in gioco, giacché ciò che muta in base a criteri di mera opportunità organizzativa non è il sistema della tutela, bensì soltanto lo sfruttamento dell’iniziativa del giudice ... od unicamente della parte in un determinato aspetto o momento del mezzo prescelto”³⁵².

In sostanza, dei due cardini su cui si regge il principio dispositivo, quello della domanda e dell’allegazione e quello dell’onere della prova, il secondo può essere intaccato dal legislatore, senza far perdere al processo il suo connotato di processo sostanzialmente dispositivo³⁵³. Il vincolo del giudice a decidere *juxta probata partium* è, dunque, derogabile per volontà della legge, perché, come detto, non è incompatibile con il principio dispositivo la contestuale presenza di poteri di iniziativa istruttoria, attribuiti in misura più o meno ampia al giudice; mentre non altrettanto può dirsi del vincolo a decidere *juxta allegata partium*, la cui

³⁵¹ T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, cit., 761-762.

³⁵² T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, cit., 760.

³⁵³ V., per il processo del lavoro, P. SANDULLI - A. M. SOCCI, *Il processo del lavoro*, Milano, 2000, 197.

eventuale deroga verrebbe ad incidere in modo determinante sul carattere “dispositivo” del processo, dando vita ad un modello processuale in cui realizza il principio inquisitorio in senso proprio³⁵⁴.

Tale ricostruzione consente di dimostrare la coerenza con il principio dispositivo di molte regole contenute nel codice di procedura civile (*in primis* quelle riguardanti il rito del lavoro, ma anche talune disposizioni del rito ordinario di cognizione) che attribuiscono poteri officiosi al giudice. In particolare, l’enunciazione del “principio dispositivo”, che pure è chiaramente espressa nell’art. 115, c. 1, del c.p.c., non è valsa e non vale ad impedire che il giudice civile goda di numerosi e ampi poteri di iniziativa probatoria³⁵⁵.

E la predetta conclusione spiega soprattutto che anche il processo amministrativo è retto in modo rigoroso dal principio dispositivo, essendo ininfluenza, in relazione alla libera disponibilità in capo alla parte della domanda, del suo oggetto e dell’introduzione del fatto nel giudizio, che la prova sia prodotta da questa o, al contrario, acquisita dal giudice³⁵⁶.

In definitiva, il metodo acquisitivo non sembra possa essere identificato come un *tertium genus* rispetto ai modelli dispositivo e inquisitorio, posto che anche nel processo civile (ossia nel giudizio che rappresenta lo standard del modello dispositivo) opera il metodo acquisitivo, il cui utilizzo è giustificato - come per il processo amministrativo - laddove il mezzo di prova sia detenuto dalla parte significativamente più forte (o avvantaggiata) del rapporto sostanziale.

3.4. Il principio di non contestazione nel processo amministrativo

I. Come illustrato, l’art. 64, c. 2, del Codice prescrive che il giudice ponga a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti. Nel medesimo articolo è contenuto i) l’*incipit* iniziale: “salvo i casi previsti dalla legge” che introduce i poteri

³⁵⁴ M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità*, cit., 353-355 e 357-358.

³⁵⁵ Cfr. B. CAVALLONE, *Crisi delle “Maximen” e disciplina dell’istruzione probatoria*, in *Riv. dir. proc.*, cit., il quale rileva l’inutilità dell’art. 115 c.p.c. come enunciazione del principio dispositivo in quanto nulla aggiunge e nulla toglie alla disciplina dell’istruzione probatoria che effettivamente vige nel processo ordinario di cognizione.

officiosi del giudice di cui si è detto nel precedente paragrafo; e ii) la previsione secondo cui a fini della decisione occorre prendere in considerazione anche i “fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite”.

Trova così consacrazione nel processo amministrativo il c.d. principio di non contestazione che, nell’impianto processuale civile, è sancito dall’art. 115 c.p.c. (rubricato disponibilità delle prove) a seguito della modifica introdotta dalla legge 19 giugno 2009, n. 69. Sicché pare opportuna un breve esame dei tratti evolutivi di tale regola al fine di coglierne gli elementi caratterizzanti e la loro trasposizione nel giudizio amministrativo.

II. La configurabilità del principio di non contestazione nel nostro ordinamento è stata oggetto di un lungo e articolato percorso evolutivo. Inizialmente si riteneva che quello della non contestazione non potesse essere considerato un istituto del codice di rito, difettando una espressa previsione a carico del convenuto verso un preciso onere di contestare i fatti *ex adverso*, al pari di quanto previsto in altri sistemi giudiziari europei³⁵⁷. Successivamente, il principio in discorso si è affermato nella giurisprudenza di legittimità, dapprima con riguardo al rito del lavoro e poi nelle cause ordinarie. In particolare, un significativo spartiacque è senza dubbio costituito dalla sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 761 del 2002³⁵⁸, in cui si è affermato che: i) il difetto di contestazione è sostanzialmente irrilevante circa l’interpretazione di discipline legali o contrattuali, poiché la cognizione di tali discipline appartiene al giudice e non alle parti; ii) diversamente la contestazione è rilevante se riguarda i fatti da accertare in giudizio: l’art. 167 c.p.c. sancisce l’onere per il convenuto di prendere

³⁵⁶ V. L. R. PERFETTI, voce *Prova (dir. proc. amm.)*, in *Enc. dir., Annali*, cit., 935.

³⁵⁷ Per riferimenti sul tema, cfr. G. VERDE, voce *Prova (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, cit., 613, il quale osservava che, nonostante l’inesistenza di una norma *ad hoc*, in giurisprudenza era diffusa l’opinione che dal sistema potesse trarsi questo principio, mentre una siffatta ricostruzione aveva trovato scarso entusiasmo in dottrina. V. in generale anche B. CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile*, II, Milano, 1993 e A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995.

³⁵⁸ Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2002, n. 761, in *Foro it.*, 2002, I, 2019, con nota di C. M. CEA, *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite*, e in *Foro it.*, 2003, I, 604, con nota di A. PROTO PISANI, *Allegazioni dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, nonché in *Giust. civ.*, 2002, 1245 e 1909 con nota di M. CATTANI, *Sull’onere della specifica contestazione da parte del datore di lavoro dei conteggi relativi*

posizione sui fatti dedotti dall'attore a fondamento della domanda; iii) la mancata contestazione dei fatti costitutivi della domanda (c.d. fatti principali) integra un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice, che dovrà astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato e dovrà ritenerlo sussistente, proprio per la ragione che l'atteggiamento difensivo delle parti espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti; iv) la non contestazione dei fatti secondari (ossia quelli dedotti allo scopo di dimostrare l'esistenza dei fatti principali) si colloca nella categoria dei comportamenti non vincolanti per il giudice, ma apprezzabili liberamente come semplici argomenti di prova³⁵⁹.

In realtà, la citata pronuncia delle Sezioni Unite non ha appianato definitivamente i contrasti giurisprudenziali, dal momento che nelle successive sentenze della Cassazione sono contenuti *dicta* in parte differenti dalle conclusioni della Corte, affermandosi, ad esempio, che per fatti pacifici debbono intendersi solo quelli ammessi esplicitamente dalla controparte, ovvero quelli la cui negazione è incompatibile con le difese rassegnate dalla parte contro cui sono stati allegati³⁶⁰ e che la contestazione generica non equivale a mancata contestazione, essendo priva del requisito dell'inequivocabilità³⁶¹.

Con la nuova formulazione dell'art. 115 c.p.c. (salvo i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, nonché i fatti non specificatamente contestati dalla

alle spettanze richieste dal lavoratore.

³⁵⁹ Sulla ricostruzione dell'*iter* argomentativo della sentenza citata v. G. DEL TORTO, *Il principio di non contestazione alla luce della l. 18 giugno 2009, n. 69: un punto di svolta?*, in *Giur. merito*, 2010, 985, il quale ritiene che, a giudizio della Corte, i comportamenti contestativi quali il silenzio e la contestazione generica, rappresentando violazione dei precetti di cui agli art. 167 e 416 (in tema di rito del lavoro) c.p.c., dovrebbero causare l'espulsione dal *thema probandum* dei relativi fatti e circostanze.

³⁶⁰ Cass. civile, Sez. III, 27 maggio 2009, n. 12274, in *Diritto & Giustizia*, 2009; id., 12 febbraio 2004, n. 2699, in *Giust. civ.*, 2004, 2, secondo cui in tema di prova civile, una circostanza dedotta da una parte può ritenersi pacifica - in difetto di una norma o di un principio che vincoli alla contestazione specifica - se essa sia esplicitamente ammessa dalla controparte o se questa, pur non contestandola in modo specifico, abbia improntato la difesa su circostanze o argomentazioni incompatibili col suo disconoscimento.

³⁶¹ Cass. civile, Sez. Lav., 3 maggio 2007, n. 10182, in *Giust. civ.*, 2007, 5.

parte costituita) il legislatore ha inteso dare formale consacrazione ad un principio che, come detto, era entrato ormai a pieno titolo nelle regole processuali esistenti³⁶². In realtà, nel codificare tale tecnica di semplificazione (di applicazione così non limitata alle singole ipotesi in precedenza contemplate dall'ordinamento: ad esempio negli artt. 186-*bis*, 648 e 663 c.p.c.³⁶³), la norma ha fornito alcune certezze ma non ha sopito tutti i dubbi legati all'applicazione della regola nel processo i quali, come subito si dirà, si 'trascinano' anche nel giudizio amministrativo, in cui ha trovato ingresso il principio di non contestazione *ex art.* 115, ancorché tale articolo non sia stato richiamato espressamente dal Codice³⁶⁴.

III. L'adattamento dell'istituto in discorso al processo amministrativo si rivela infatti non semplice. In particolare, un profilo particolarmente critico attiene all'applicazione del principio di non contestazione soltanto alle parti costituite. Già nella dottrina civilistica si sono registrate posizioni contrarie in relazione alla scelta del legislatore di escludere l'applicabilità della non contestazione al contumace³⁶⁵. E ciò perché è davvero incomprensibile che il convenuto – più diligente rispetto a chi trascuri di partecipare al giudizio – sia penalizzato, dovendo farsi carico di un impegno difensivo maggiore per non veder pregiudicata la sua posizione. In altri termini, sembra irragionevole che la posizione del convenuto costituito debba essere più onerosa di quella del convenuto che – consapevolmente – resta fuori del processo: il primo è onerato di una contestazione specifica, sotto pena di subire l'automatico accertamento dei fatti adottati dall'attore alla stregua di fatti provati, mentre il secondo “può starsene alla

³⁶² Di “diuturna applicazione nelle controversie civili” parla A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, 407.

³⁶³ Per un'ampia ricognizione delle quali v. in particolar modo A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit., 334 ss.

³⁶⁴ Peraltro, anche prima dell'approvazione del Codice, la giurisprudenza riteneva applicabile pure al processo amministrativo il principio generale di non contestazione di cui all'art. 115 c.p.c. (cfr. T.A.R. Piemonte, Sez. I, 29 gennaio 2010, n. 454, in *Pubblica*, 2010, per il quale tale principio risponde ad una logica di semplificazione, accelerazione del processo, nonché coerenza nella condotta processuale della parte che trova oggi copertura costituzionale nel principio del giusto processo di cui all'art. 111 della Costituzione. V. anche Cons. Stato, Sez. VI, 21 settembre 2010, n. 6990, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2010, 1924).

³⁶⁵ Si veda ad esempio G. VIDIRI, *La contumacia ed il principio di non contestazione nel processo del lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2005, 498.

finestra ad attendere la piega delle cose”³⁶⁶. Potrebbe persino porsi un dubbio di costituzionalità in ordine al nuovo art. 115 c.p.c. (e, di conseguenza, anche in relazione all’art. 64, c. 2, del Codice), atteso che o è irragionevole il trattamento più favorevole che viene riservato a colui che trascura del tutto di difendersi, oppure è irragionevole il trattamento più penalizzante per chi, comunque, costituendosi si mostra più diligente³⁶⁷.

L’applicabilità della non contestazione soltanto alle parti costituite rischia di vanificare inoltre gli effetti acceleratori sperati soprattutto nel processo amministrativo, dal momento che potrebbe determinare le amministrazioni – che già largamente fanno uso della facoltà di non costituirsi – a rimanere fuori dal giudizio, impoverendo così quel contraddittorio che già nel giudizio amministrativo non è nella maggior parte dei casi particolarmente vivace³⁶⁸.

Sicché, si potrebbe tentare di superare anche solo in via interpretativa la tradizionale concezione della mancata costituzione come semplice inattività delle parti da cui non sarebbe possibile dedurre alcuna conseguenza in ordine al convincimento giudiziale. In sostanza, una lettura costituzionalmente orientata della norma dovrebbe portare a ritenere come ‘non contestati’ i fatti allegati dal ricorrente anche in caso di assenza della parte resistente poiché la concezione

³⁶⁶ Così B. SASSANI, *L’onere della contestazione*, in *www.judicium.it*, il quale ritiene “indifendibile” (§ 13) la sentenza della Corte Cost. 12 ottobre 2007, n. 340, in *Foro it.*, 2008, I, 721, che, nel dichiarare l’incostituzionalità per eccesso di delega dell’art. 13, c. 2, d. lgs. n. 5 del 2003 sul rito societario (che consentiva l’applicazione del principio di non contestazione nel processo societario ove il convenuto avesse tardivamente notificato la comparsa di costituzione), ha affermato (seppur in un *obiter dictum*) che la norma dichiarata incostituzionale “detta una regola del processo contumaciale in contrasto con la tradizione del diritto processuale civile italiano, nel quale alla mancata tardiva costituzione non è stato attribuito il valore di confessione implicita”. In particolare, l’Autore afferma che “risulta veramente difficile vedere nella invocata «tradizione del diritto processuale italiano» un vero impedimento a riconsiderare il senso della contumacia volontaria del convenuto. La «risalente tradizione» è veramente solo l’incrostazione delle abitudini, nessuno essendo in grado di provare che il sistema del diritto processuale italiano imponeva di dare valore di ficta contestatio all’inerzia del convenuto. I tempi sembravano ormai maturi per quella semplificazione processuale, nota a molte legislazioni, che, favorendo una più veloce decisione nei confronti del convenuto che mostra di volersene disinteressare, impedisce che gravi sull’attore (e in definitiva sulla comunità) il costo di tale disinteresse, ma questo è oggi evidentemente impedito da un vittorioso spirito di conservazione” (§ 14).

³⁶⁷ Cfr. V. BATTAGLIA, *Sull’onere del convenuto di “prendere posizione” in ordine ai fatti posti a fondamento della domanda (riflessioni sull’onere della prova)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1521.

³⁶⁸ P. CHIRULLI, *L’istruttoria*, in R. CARANTA (commentario sistematico diretto da), *Il nuovo processo*

della mancata costituzione come *ficta litiscontestatio* pare incompatibile innanzitutto con il principio della ragionevole durata del processo, codificato dall'art. 111 Cost³⁶⁹.

Del resto, ci troviamo di fronte, da un lato, con una formula tralattizia (contumacia=comportamento neutro), di cui da più parti si dubita dell'attuale vigenza nel processo civile³⁷⁰ (e, a maggior ragione, nel processo amministrativo nel quale il principio di non contestazione è semplicemente richiamato), dall'altro lato, di una regola di ordine costituzionale (la ragionevole durata del processo) assai pregnante nell'attuale contingenza caratterizzata, come è noto, dalla lentezza dei processi³⁷¹.

Interpretazione questa che ha trovato positivo riscontro anche nella giurisprudenza amministrativa in cui, di recente, si è stabilito che la mancata costituzione e, quindi, “l'assenza di ogni difesa da parte dell'amministrazione comporta l'applicazione del principio di non contestazione *ex art. 64, comma 2,*” del Codice, dovendosi ricavare che, rispetto a quanto dedotto in ricorso, parte resistente “non avesse alcuna difesa utile da opporre”³⁷².

amministrativo, cit., 564.

³⁶⁹ V., per il processo civile, E. DEMONTIS, *Sull'applicabilità del principio di non contestazione al convenuto contumace*, in *Nuova giur. civ.*, 2001, 358.

³⁷⁰ Tra gli altri, C. M. CEA, *Art. 115*, in *Nuove leggi civ.*, 2010, 802, il quale ricorda, quale esempio della insussistente asserita tradizione del processo civile contumaciale, l'ipotesi della convalida di sfratto possibile anche in caso di contumacia del convenuto: “la verità è che non c'è alcun divieto d'ordine costituzionale che possa impedire l'estensione della tecnica della non contestazione anche alla parte rimasta contumace [...]. Si potrà discutere dell'opportunità di tale scelta, ma nulla più”. Al riguardo, si segnala che il progetto di riforma del c.p.c. pubblicato da A. Proto Pisani (in *Foro it.*, 2009, V, 1 ss., e richiamato da N. RASCIO, *La non contestazione come principio e la rimessione nel termine per impugnare: due innesti nel processo, benvenuti quanto scarni e perciò da rinfoltire*, in *Corriere giur.*, 2010, 1246) prevede che, in materia di diritti disponibili, ove “il convenuto non si sia tempestivamente costituito, il giudice deve ritenere esistenti i fatti posti dall'attore a fondamento della sua domanda e pronunciarsi sulla domanda stessa sulla base della sola valutazione di diritto”, art. 2.16 dell'articolato. Si v. anche R. GIORDANO - A. LOMBARDI, *Il nuovo processo civile*, Roma, 2009, 168.

³⁷¹ A meno che, come rilevato provocatoriamente da B. SASSANI, *L'onere della contestazione*, cit., § 14, della “durata ragionevole del processo, di cui ci si riempie la bocca a proposito e a sproposito, importi ben poco”, il quale afferma anche che la *ficta contestatio* dei fatti costitutivi del diritto è “incredibilmente contraria” alla ragionevole durata del processo.

³⁷² T.A.R. Piemonte, Sez. II, 25 febbraio 2011, n. 196, in *www.giustizia-amministrativa.it*, il quale ha ritenuto di poter desumere “argomenti di prova sfavorevoli” dalla mancata costituzione dell'amministrazione.

IV. La formulazione del citato art. 64, c. 2, del Codice, dovrebbe invece ridurre i dubbi circa il valore da attribuire al silenzio e alla contestazione generica, dal momento che la contestazione, affinché sia idonea ad evitare che il fatto diventi non bisognoso di prova, deve essere specifica e tali non sono il silenzio o quella generica³⁷³. Al riguardo, dovrebbe trovare applicazione al processo amministrativo il consolidato orientamento della Cassazione secondo cui il livello di contestazione deve essere necessariamente coordinato con il livello di allegazione, nel senso che di fronte ad un'allegazione generica la contestazione può non essere particolarmente specifica³⁷⁴. Ovviamente, poi, non è possibile richiedere ad una parte di contestare "specificatamente" quanto dedotto dal ricorrente laddove il fatto non rientri nella propria sfera di conoscenza: non è esigibile che questi fornisca una propria versione dei fatti a cui non ha assistito³⁷⁵. Ciò però comporta che vi sia innanzitutto chiarezza sulla concreta dimensione dell'onere della prova per il ricorrente (che come detto invece non è del tutto definita) posto che è su quest'ultimo che si misura e si modella il principio di non contestazione.

E' dubbio inoltre se il requisito della contestazione specifica possa dirsi soddisfatto in caso di incompatibilità logico-funzionale tra i fatti narrati dalle parti ossia allorché il resistente abbia allegato un fatto in contrasto con quanto affermato da controparte, pur in assenza di una contestazione specifica sul punto.

³⁷³ Cfr. G. D'ANGELO, *Osservazioni sulle disposizioni in tema di istruttoria*, in *Foro it.*, cit., 217, secondo cui comunque "la contestazione è specifica anche se limitata alla negazione di singoli fatti".

³⁷⁴ Sul rito del lavoro, Cass. civile, Sez. Un., 17 giugno 2004, n. 11353, in *Giust. civ.*, 2004, 6. In dottrina, G. BALENA, *La pseudo riforma della giustizia civile*, in *www.judicium.it*, secondo cui nell'apprezzare l'effettiva valenza processuale della contestazione omessa o generica "non è possibile prescindere, preliminarmente, dal contenuto dell'allegazione e dal suo grado di specificità; non foss'altro perché è lecito pretendere che la specificità della contestazione (da intendersi come necessità che quest'ultima non si risolva nella mera negazione formale dell'avversa allegazione, ma espliciti, ove sia materialmente esigibile, una diversa e contrapposta versione dei fatti) sia direttamente proporzionale, in un certo senso, alla specificità dell'allegazione che ne costituisce l'oggetto". Così anche S. DEL CORE, *Il principio di non contestazione è diventato legge: prime riflessioni su alcuni punti ancora controversi*, in *Giust. civ.*, 2009, 280.

³⁷⁵ Principio affermato anche dalla giurisprudenza amministrativa: T.A.R. Piemonte, Sez. II, 17 aprile 1996, n. 225, in *Foro Amm.*, 1996, 2975, in cui si legge che non può ritenersi implicitamente provata una circostanza di fatto dedotta dalla ricorrente e non contestata dalla controinteressata nel costituirsi in giudizio (nella specie, si trattava dell'appartenenza della cooperativa, aggiudicataria del contratto, ad un consorzio anch'esso partecipante alla gara) quando non risulti che la controinteressata potesse conoscere della circostanza stessa.

Dall'esame del citato articolo 64 sembra sufficiente anche una contestazione non espressa, posto che il legislatore richiede che la contestazione sia specifica ma non necessariamente espressa; in altri termini, non viene richiesto che i fatti siano "espressamente" contestati, ma che la contestazione sui fatti sia specifica, con la conseguenza che, a rigore, dovrebbero essere ammesse le contestazioni implicite (ossia la narrazione di un fatto incompatibile con le esplicitazioni avverse, se specificatamente riferibile a queste ultime, ancorché in modo implicito), purché specifiche³⁷⁶. E tale conclusione trova conferme anche nella giurisprudenza della Cassazione³⁷⁷ dal cui esame si ricava che la contestazione può essere effettuata anche implicitamente quando la difesa postuli il disconoscimento dei fatti allegati dall'altra parte, mediante allegazione di fatti specifici e concreti che, se accertati in positivo, determinano l'accertamento in negativo di quelli fatti valere dalla controparte. In altri termini, per contestare non dovrebbe essere necessario negare espressamente il fatto avverso essendo sufficiente anche allegare un fatto diverso ma logicamente incompatibile.

V. Problema ignorato dal legislatore codicistico concerne i limiti temporali della contestazione che nel processo amministrativo è reso ancora più difficile da risolvere, attesa la mancanza di rigide preclusioni al contrario del giudizio civile, nel quale la scansione degli scritti difensivi, peraltro più numerosi che in quello amministrativo, ha una struttura che si presta – almeno in astratto – a individuare limiti temporali ben precisi per la non contestazione. Nel silenzio della norma, e fermo restando che il potere di contestare i fatti allegati dalla controparte non può essere cronologicamente illimitato ma è necessario che esso operi all'interno di un processo che si ispiri al principio di preclusione, l'interpretazione prevalente è che il limite per la contestazione di un fatto dovrebbe collegarsi alla fissazione

³⁷⁶ In questo senso v. L. VIOLA, *Il nuovo principio di non contestazione alla luce della prima giurisprudenza*, in *www.altalex.com*, § 3.

³⁷⁷ Cass. civile, Sez. II, 29 marzo 2007, n. 7701; id., Sez. Lav., 26 febbraio 2007, n. 4395; id., Sez. Lav., 4 gennaio 1995, n. 74, tutte le sentenze citate sono riportate in *www.dejure.it*; nella giurisprudenza di merito, Tribunale di Monza, Sez. III, 29 settembre 2010, in *Giur. merito*, 2011, 3115.

definitiva del *thema probandum*, il che significa nel giudizio civile allo spirare del termine *ex art. 183, c. 6, n. 3, c.p.c.*³⁷⁸.

Trasponendo tale orientamento nel processo amministrativo, si dovrebbe far riferimento innanzitutto all'art. 46 del Codice, ai sensi del quale, nel termine di sessanta giorni dal perfezionamento nei propri confronti della notificazione del ricorso, le parti intimare possono costituirsi, presentare memorie, fare istanze, indicare i mezzi di prova di cui intendono valersi e produrre documenti. Tuttavia, da un lato, il citato art. 46 non prevede l'onere per le parti intimare di prendere posizione, a pena di decadenza, sui fatti indicati dal ricorrente; dall'altro, come è noto, il termine di sessanta giorni non è perentorio. Sicché, la concreta operatività del principio di non contestazione dovrebbe posticiparsi ai limiti indicati dall'art. 73 e, in particolare, ai due termini connessi (di regola) di quaranta e trenta giorni liberi prima dell'udienza di merito per il deposito dei documenti e delle memorie. Anche in tal caso si potrebbe obiettare però che, poiché è consentito alle parti convenute costituirsi fino all'udienza di discussione del ricorso coerentemente dovrebbe potersi ammettere fino a tale momento l'esercizio dell'onere di contestazione, ma con evidenti ripercussioni sull'efficacia del principio in questione, posto che il giudice dovrebbe dare ingresso ai relativi mezzi di prova, rendendo, in concreto, irrilevante la precedente mancata contestazione. Tale conclusione dovrebbe valere anche nel caso in cui unitamente al ricorso sia proposta anche una domanda incidentale di sospensione del provvedimento impugnato: anche in siffatta evenienza la definitiva determinazione del *thema probandum* (e quindi l'individuazione delle preclusioni che ne occupa) si realizza con la discussione di merito del ricorso.

VI. Questione dirimente connessa all'applicazione del principio in discorso attiene al valore dei fatti non contestati. Parte della giurisprudenza, sul solco delle

³⁷⁸ V. C. M. CEA, *Art. 115*, in *Nuove leggi civ.*, cit., 803, secondo cui il potere di contestazione di un fatto potrebbe esercitarsi anche con la formulazione di istanze probatorie, quale, ad esempio, l'istanza di una parte diretta a dimostrare un fatto che smentisca l'esistenza del fatto allegato dall'avversario. V. anche M. ACIERNO - C. GRAZIOSI, *La riforma del 2009 nel primo grado di cognizione: qualche ritocco o un piccolo scisma?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 169.

Sezioni Unite n. 761 del 2002 citate, ha escluso qualsivoglia controllo giudiziario sui fatti non contestati che dovrebbero perciò essere considerati vincolanti per la decisione della causa, nel senso che in presenza di tali fatti non sarebbe possibile prendere in considerazione altri elementi acquisiti nel processo³⁷⁹. Si tratterebbe in sostanza di una situazione processuale assimilabile ad una prova legale.

Tale ricostruzione del principio di non contestazione è stata fortemente criticata dalla dottrina prevalente, dal momento che: i) le prove legali sono unicamente quelle previste dalla legge con conseguente divieto di estensione analogica ad altri istituti; ii) la lettera della legge non consente tale interpretazione perché l'art. 115 c.p.c. (e l'art. 64, c. 2, del Codice) prevede che il giudice deve porre a fondamento “i fatti non contestati” e non “la mancata contestazione specifica della parte costituita”³⁸⁰. L'equiparazione dei fatti non contestati alle prove proposte dalle parti esclude quindi che la non contestazione possa essere assimilata ad una prova legale (*ficta confessio*): assimilando i fatti non contestati alle “prove proposte dalle parti” è indicato lo stesso regime per entrambi i termini di paragone. I fatti non contestati si distinguono dunque dalle prove introdotte dalle parti (o dal giudice nell'esercizio dei suoi poteri officiosi) non per la loro efficacia, ma perché nei primi manca l'esperimento del mezzo di prova richiesto per il loro accertamento³⁸¹.

Ne consegue che il giudice, preso atto della non contestazione, non potrà dire che quel fatto non è provato, ma dirà che quel fatto è vero, e quindi utilizzabile come base - con pari dignità rispetto ad ogni altra prova proposta dalle parti - per costruire la decisione, salvo che risultino elementi probatori che ne smentiscano la verità³⁸². Si tratta quindi di un meccanismo di riduzione dei fatti

³⁷⁹ Cass. civile, Sez. III, 5 marzo 2009, n. 5356, in *Giust. civ.*, 2009, 6, 1252; id., Sez. II, 20 novembre 2008, n. 27596, *ivi*, 2008, 1656.

³⁸⁰ Cfr. N. RASCIO, *La non contestazione come principio e la rimessione nel termine per impugnare: due innesti nel processo, benvenuti quanto scarni e perciò da rinfoltire*, in *Corriere giur.*, cit., 1248. V. anche F. DE VITA, voce *Non contestazione (principio di)*, in *Digesto discipline privatistiche - Sezione civile*, Aggiornamento V, Torino, 2010, 832 ss. e in particolare 865 ss.

³⁸¹ V. F. FOLLIERI, *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo: un “falso sintomo” del processo di parti, fra difficoltà applicative e tensioni concettuali*, in *Osservatorio Luiss sul Codice del processo amministrativo*, 8-9.

³⁸² Così C. M. CEA, *Art. 115*, in *Nuove leggi civ.*, cit., 804.

bisognosi di prova, di una tecnica di semplificazione processuale (finalizzata alla contrazione dei tempi processuali)³⁸³ che si risolve in una presunzione di verità che però non può prevalere sulla verità effettiva tutte le volte che le emergenze processuali consentano di accertarla³⁸⁴. In sostanza, affinché un fatto allegato da una parte possa considerarsi pacifico, sì da poter esser posto a base della decisione ancorché non provato, non è sufficiente la sua sola mancata contestazione, in presenza di ulteriori elementi di prova³⁸⁵.

E tale conclusione (*rectius*: la non equivalenza tra non contestazione e prova simil-legale) dovrebbe valere a maggior ragione nel processo amministrativo, caratterizzato, come detto, da un lato, dal metodo acquisitivo ossia da poteri istruttori del giudice molto ampi, e, dall'altro, dall'esclusione delle prove legali attesa la natura indisponibile delle situazioni coinvolte³⁸⁶. Sicché sta al giudice valutare la sussistenza di ulteriori elementi istruttori emersi nel corso del giudizio che si pongano in contrasto o meno con le affermazioni non contestate. In altri termini, l'effetto della norma non è quello di ricavare automaticamente dalla mancata contestazione l'esistenza del fatto, perché resta fermo il potere del

³⁸³ Secondo C. M. CEA, *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, in *Foro it.*, 2011, V, 101, la non contestazione rappresenta "una tecnica semplificatoria diretta a perseguire il fine dell'economia processuale e, come tale, sia anche dotata di copertura costituzionale ex art. 111 Cost., nella parte in cui si prevede, tra i valori del giusto processo, anche quello della ragionevole durata del processo".

³⁸⁴ V. G. IANNIRUBERTO, *Il principio di non contestazione dopo la riforma dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 2010, 316, secondo cui "non si è in presenza di una prova legale, contro la quale non vi sarebbe rimedio alcuno".

³⁸⁵ G. CORSINI - P. PALATUCCI (a cura di), *Libro I, Tomo III*, in G. S. RICHTER - P. S. RICHTER, *La giurisprudenza sul codice di procedura civile coordinata con la dottrina*, Milano, 2006, 2426, e ivi gli ulteriori richiami della giurisprudenza della Cassazione, secondo la quale inoltre i fatti allegati possono essere considerati "pacifici", esonerando la parte della necessità di fornire la prova, solamente quando l'altra parte abbia impostato la propria difesa su argomenti logicamente incompatibili con il disconoscimento dei fatti medesimi, ovvero quando si sia limitata a contestarne esplicitamente e specificatamente taluni soltanto, evidenziando in tal modo il proprio non interesse ad un accertamento degli altri.

³⁸⁶ "Dato che la disciplina delle prove legali si caratterizza per la sua eccezionalità rispetto alla sottoposizione al "prudente apprezzamento" del giudice, se il legislatore avesse inteso assimilare i fatti non contestati alle prove legali avrebbe posto tali fatti come eccezione alla regola di giudizio per la quale il giudice decide secondo il libero apprezzamento (art. 116, primo comma, c.p.c. ed art. 64, c.4, c.p.a.) e non sullo stesso piano delle prove, fornite dalle parti, prudentemente apprezzabili (art. 115, primo comma, c.p.c. ed art. 64, comma 2, c.p.a.)" (F. FOLLIERI, *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo: un "falso sintomo" del processo di parti, fra difficoltà applicative e tensioni concettuali*, cit., 5-6).

giudice di ricavare quest'ultima anche da altri elementi, ma solo quello di escludere i fatti non contestati dai temi di prova³⁸⁷.

Costituisce infatti principio consolidato in giurisprudenza quello secondo cui i fatti affermati dal ricorrente e non contestati dalla p.a. possono essere dati per provati, ove tale conclusione non si ponga in contrasto con altri fatti ricavabili dagli atti di causa³⁸⁸.

VII. Peraltro, il riferimento ai diritti indisponibili quale limite all'operatività del principio di non contestazione consente di svolgere una riflessione ulteriore che assume particolare rilievo nel processo amministrativo.

Pur nel silenzio del legislatore, infatti, la regola della non contestazione, secondo l'interpretazione prevalente, non può trovare compiuta applicazione nel caso di controversie aventi ad oggetto diritti sottratti alla disponibilità delle parti nel senso che, in tali ipotesi, il comportamento non contestativo può essere valutato – tutt'al più – come argomento di prova, ai sensi dell'art. 116, c. 2, c.p.c.³⁸⁹. Orbene, poiché nel processo amministrativo una posizione è sicuramente indisponibile, ed è il potere dell'amministrazione, la mancata contestazione proveniente dalla parte pubblica non produrrebbe – seguendo il succitato indirizzo – gli effetti probatori tipici di cui si è detto, ma dovrebbe 'degradare' in

³⁸⁷ In questo senso v. R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, cit., 218, con ampi riferimenti anche alla dottrina processualcivilistica.

³⁸⁸ Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 23 marzo 2010, n. 1578, in *Foro amm.-TAR*, 2010, 989. Secondo Cons. Stato, Sez. IV, 15 maggio 2008, n. 2247, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2008, 5, 1416, in presenza di un'istruttoria disposta e non adempiuta dalla pubblica amministrazione, il giudice amministrativo può dare per provati i fatti affermati dal ricorrente, ma solo se tale conclusione non si ponga in contrasto con altri fatti ricavabili dagli atti di causa. T.A.R. Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 15 maggio 2008, n. 248, in *Foro amm.-TAR*, 2008, 1290. Cons. Stato, Sez. V, 26 giugno 2007, n. 3656, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2007, 1861.

³⁸⁹ Tra gli altri, G. VERDE, *Diritto processuale civile*, II, Bologna, 2010, 66; G. BUFFONE, *L'onere di contestazione*, Relazione al Consiglio Superiore della Magistratura - Ufficio per gli incontri di studio, Roma, 2011, pubblicata su www.tribunale.varese.it, § 12; G. IANNIRUBERTO, *Il principio di non contestazione dopo la riforma dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giust. civ.*, cit., 314, il quale evidenzia come in tali casi, attraverso la non contestazione, potrebbero aggirarsi i divieti (di ordine sostanziale) che operano in materia di diritti indisponibili. In altri termini, si andrebbero a gestire situazioni giuridiche che, di regola, sono sottratte all'autonomia delle parti. In giurisprudenza, v. Cass. civile, Sez. I, 16 marzo 2007, n. 6302, in *Dir. famiglia*, 2008, 1097, secondo cui "poiché il giudizio di disconoscimento della paternità ha ad oggetto diritti indisponibili, al suo interno a nulla rileva l'eventuale non contestazione delle altre parti in merito alle circostanze allegate dall'attore". Per il Codice del processo amministrativo v. le perplessità manifestate da G. COSTANTINO, *Note a prima lettura sul codice del processo amministrativo. Appio Claudio e*

argomento di prova *ex art.* 116 citato, quantomeno per le controversie che toccano l'esercizio del potere o manifestazioni autoritative dell'amministrazione. Il principio di non contestazione dovrebbe invece riespandersi in relazione alle attività processuali poste in essere dalle parti private, posto che l'interesse di queste ultime sotteso al ricorso amministrativo si presenta disponibile.

A ben vedere però, poiché l'attuale formulazione normativa del principio di non contestazione non attribuisce – come illustrato – al fatto privo di contestazione efficacia vincolante ai fini della determinazione del convincimento del giudice, lasciando a quest'ultimo la facoltà di apprezzare prudentemente tale condotta inerte quale prova liberamente valutabile, la regola in esame dovrebbe applicarsi indiscriminatamente a tutte le controversie, sia che riguardino diritti disponibili che indisponibili³⁹⁰.

In ogni caso, il principio di non contestazione potrebbe costituire un valido strumento per la tutela del valore dell'economia processuale (al cui servizio la tecnica della non contestazione appare concepita) e per contribuire alla formazione di un vero processo paritario, ma risente ancora delle illustrate incertezze che caratterizzano il suo adattamento al processo amministrativo.

3.5. *La valutazione delle prove*

I. Terminata la fase di ammissione e acquisizione delle prove dei fatti, spetta al giudice valutarne l'esito (al pari dei fatti non contestati, come detto) secondo i criteri codificati oggi dal comma 4 dell'art. 64, ai sensi del quale “il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento e può desumere argomenti di prova dal comportamento tenuto dalle parti nel corso del processo”. La norma riproduce, con qualche necessario adattamento, il contenuto dell'art. 116 c.p.c.³⁹¹, norma che già si riteneva applicabile al giudizio amministrativo³⁹².

l'apprendista stregone, in *Foro it.*, cit., 242.

³⁹⁰ Così condivisibilmente F. SANTANGELI, *La non contestazione come prova liberamente valutabile*, in *www.iudicium.it*, § 6.

³⁹¹ Art. 116 c.p.c. (Valutazione delle prove) “il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti. Il giudice può desumere argomenti di prova

Rispetto al citato articolo del processo civile, infatti, l'art. 64, c. 4, si distingue per la mancata previsione dell'inciso "salvo che la legge disponga altrimenti", che nel c.p.c. apre la strada alle prove legali, a quelle prove cioè che vincolano il giudice ad un determinato risultato probatorio e che, come detto, sono escluse dal novero delle prove ammesse nel processo amministrativo.

Ciò premesso, nella prima parte della norma il Codice regola dunque il momento della valutazione delle prove, da svolgersi secondo il prudente apprezzamento del giudice, che costituisce l'atto finale dell'attività istruttoria, avviata con l'introduzione/allegazione dei fatti ad opera delle parti, sulla base dei quali – come visto – il giudice può esercitare i propri poteri istruttori³⁹³. La regola del libero convincimento del giudice si riferisce pertanto esclusivamente alla valutazione delle prove e non può estendersi – come sostenuto da un indirizzo minoritario³⁹⁴ – al tema dell'ammissibilità delle prove che opera invece su di un piano precedente e logicamente differente. Pare corretta quindi la critica ad ogni tentativo di dedurre dal principio in esame l'assoluta libertà del giudice in tutto il settore delle prove, ed in particolare nella fase di ammissione dei mezzi di convincimento.

dalle risposte che le parti gli danno a norma dell'articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo".

³⁹² V. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 12 marzo 2003, n. 2432, in *Foro amm.-TAR*, 2003, 1033, in cui si è affermato che "l'attore e l'eccepite devono provare fatti ed eccezioni secondo le previsioni degli artt. 163 e 167 c.p.c., poiché il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti (art. 115 c.p.c.) fatta salva la loro valutazione secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge non disponga altrimenti (art. 116 c.p.c.)". In dottrina, v. R. VILLATA, *Riflessioni introduttive allo studio del principio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, secondo cui "non ci sono dubbi che anche nel processo amministrativo si applichi l'art. 116 comma 1 cod. proc. civ. e pertanto vige il principio della libera valutazione delle prove da parte del giudice ..." (215).

³⁹³ Cfr. L. BERTONAZZI, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, cit., 444-446, in cui si precisa che il principio del libero convincimento del giudice concerne la "tecnica di valutazione delle prove" che prelude alla decisione ossia il giudizio di verità sui fatti principali che attiene al momento decisorio ed anzi identifica la stessa decisione. Peraltro, secondo l'Autore "l'attività di valutazione delle prove, lungi dall'essere tutta concentrata in un unico momento che chiude il momento istruttorio e prelude a quello decisorio, si articola invece in una serie di giudizi particolari sulla verità dei risultati delle prove già raccolte e sulla loro sufficienza ai fini della decisione della causa: giudizi che costellano il momento istruttorio".

³⁹⁴ E. PICOZZA, voce *Processo amministrativo (normativa)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, cit., 493-494, secondo cui il principio del libero convincimento del giudice dovrebbe rappresentare "la guida dell'incombente" istruttorio e la possibilità di introdurre mezzi istruttori diversi da quelli previsti dal T. u. Cons. Stato sarebbe un corollario del principio della libera valutazione delle prove.

In altri termini, in esito all'attività istruttoria, in cui le parti allegano i fatti e i mezzi di prova e il giudice verifica l'ammissibilità degli stessi esercitando anche i propri poteri istruttori, si colloca l'attività valutativa del materiale probatorio (libero o prudente convincimento non coincide pertanto con libera o prudente ammissione delle prove)³⁹⁵. La valutazione della prova include cioè la valutazione di tutte le prove utilizzabili e la formulazione delle conclusioni che ne derivano, e coincide quindi con la formulazione della decisione finale sui fatti di causa³⁹⁶. Anzi, proprio il libero convincimento richiede una puntuale disciplina delle modalità di raccolta e di assunzione del materiale su cui si eserciterà la valutazione del giudice³⁹⁷.

Tuttavia, non sembra inesatto scorgere un certo parallelismo tra il principio del libero convincimento del giudice amministrativo e la libertà del giudice stesso all'interno della fase istruttoria – beninteso, quest'ultima non fondata sull'art. 116

³⁹⁵ Per una riconduzione del principio del libero convincimento al momento della valutazione del materiale probatorio e non invece ai poteri istruttori del giudice e, in particolare, alla libera scelta dei mezzi di convincimento, si v., per la dottrina processualcivile, L. P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2004, 48; G. VERDE, voce *Prova (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, cit., 605; v. anche A. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 48, secondo cui “al fine di stabilire se le fonti del convincimento del giudice siano (debbono essere) solo quelle selezionate dal legislatore o se invece lo stesso giudice possa selezionarne di nuove o di diverse non mi pare si possa partire dalla regola fissata dall'art. 116 c.p.c. ... in quanto quest'ultimo fa riferimento espresso ai criteri che il giudice deve seguire nella valutazione dei risultati probatori e non anche nella individuazione delle fonti del suo convincimento”. Per il processo amministrativo si veda R. VILLATA, *Riflessioni introduttive allo studio del principio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, cit., 201 ss., il quale conferma che il principio del libero convincimento del giudice riguarda il solo momento della valutazione del materiale probatorio, in contrapposizione ad un sistema fondato su regole legali inerenti all'efficacia della prova. Negli stessi termini F. G. SCOCA, *Carattere generali del processo amministrativo*, in ID. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2003, 143, secondo cui il principio in questione “trova corretta collocazione (soltanto) a proposito della valutazione delle prove, e vale ad escludere ... le prove legali quali la confessione e il giuramento”.

³⁹⁶ V. M. TARUFFO, voce *Prova (in generale)*, in *Digesto discipline privatistiche - Sezione civile*, XVI, Torino, 1997, 32, il quale propone una definizione anche in “senso stretto” della valutazione della prova: la considerazione dell'esito cui la prova mette capo “ossia un enunciato relativo alla verità o falsità di un fatto (principale o secondario), effettuata allo scopo di stabilire se questo enunciato può ritenersi attendibile”.

³⁹⁷ Cfr. G. VERDE, voce *Prova (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, cit., 592, ove tra l'altro si osserva che l'esaltazione del principio del libero convincimento “che vorrebbe corrispondere a una quasi totale libertà del giudice di indagare sui fatti di causa finirebbe con l'innestarsi nella tendenza che sminuisce la stessa giuridicità del fenomeno processuale ... Una disciplina giuridica della prova è perciò inevitabile, così come è inevitabile una disciplina giuridica del processo”.

c.p.c. – ad esempio nello stabilire se è stato assolto un principio di prova o nel distribuire l'onere della prova³⁹⁸.

A ciò si aggiunga che, nel processo amministrativo, il principio del libero convincimento del giudice nel settore delle prove trova maggiore espansione, non essendo posto in antitesi al tema delle prove legali come nel processo civile, non avendo queste ultime cittadinanza in tale giudizio (ad eccezione dell'atto pubblico, nei limiti di cui si è detto).

II. In giurisprudenza comunemente si ritiene che corollari del principio del libero convincimento siano, in primo luogo, l'assenza di una gerarchia dei mezzi di prova, ossia la possibilità per il giudice di scegliere – salvo le limitazioni di legge – tra i molteplici elementi di prova sottoposti al suo esame, quelli che reputi più attendibili ed efficaci ai fini della formazione del proprio convincimento, escludendo quelli giudicati poco concludenti; in secondo luogo, l'assenza di un 'criterio di certezza' dato dalla presenza di un numero più o meno elevato di mezzi di prova per la dimostrazione dell'esistenza di un fatto allegato³⁹⁹. In sostanza, in base al principio del libero convincimento, il giudice ha il potere discrezionale, istituzionalmente demandatogli, di individuare le fonti di prova, di controllarne l'attendibilità, di scegliere tra gli elementi sottoposti al suo esame quelli ritenuti più idonei a dimostrare i fatti costitutivi della domanda o dell'eccezione, senza che possa predicarsi l'esistenza di una gerarchia delle fonti di prova per cui i risultati di talune di esse debbano necessariamente prevalere nei confronti di altri dati probatori⁴⁰⁰.

³⁹⁸ Cfr. le osservazioni di M. NIGRO, *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, in *Foro it.*, cit., 13, il quale ritiene che la "regola di giudizio del libero convincimento sia il fatale sbocco della logica globale del sistema istruttorio da esso elaborato ... l'irrigidimento dell'ultimo passaggio della catena introdurrebbe un elemento manifestamente incompatibile con i primi due: errore logico e contraddizione giuridica dai quali il nostro giudice desidera rifuggire".

³⁹⁹ Tuttavia, secondo S. RICCARDI, *Art. 116*, agg. A. PANZAROLA, in N. PICARDI (a cura di), *Codice di procedura civile*, cit. 827, l'unicità o la pluralità di mezzi di prova diretti alla dimostrazione del fatto avrà in ogni caso un diverso tipo di incidenza per quanto attiene alla definizione della controversia: nel caso in cui la dimostrazione dell'esistenza di un fatto sia legata ad un unico mezzo di prova, la valutazione del giudice sarà decisiva; nel caso in cui i mezzi di prova siano più di uno, il giudice dovrà fare una valutazione organica e complessiva e dalla concordanza o discordanza di questi stabilire il grado di probabilità che permetta di accertare il fatto corollario di queste affermazioni.

⁴⁰⁰ Principio consolidato in giurisprudenza: Cass. civile, Sez. III, 31 gennaio 2008, n. 2394, in *Giust. cin.*,

Libero convincimento che tuttavia non può trasformarsi in libero arbitrio: la giurisprudenza della Cassazione ha fissato taluni limiti che possono dirsi pacificamente applicabili anche al giudizio amministrativo⁴⁰¹. In particolare, l'essere le prove affidate al prudente apprezzamento del giudice non si risolve nell'emancipazione delle stesse dai principi e dalle regole che ne determinino o ne delimitino la capacità di avallare le preposizioni di fatto al cui riscontro in sede giudiziale esse sono preposte⁴⁰². La mancanza di siffatti vincoli, invero, si tradurrebbe nell'affermazione di una piena e indiscriminata libertà valutativa del giudice, come tale facilmente sfociante nell'arbitrio o nell'irrazionalità del giudizio⁴⁰³. In concreto, il riferimento alle regole e ai principi dovrebbe essere riferito alle massime di esperienza di cui all'art. 115, c. 2, c.p.c. (che, sebbene non richiamato dal Codice, dovrebbe applicarsi anche al giudizio amministrativo)⁴⁰⁴, e alle leggi e giudizi di ordine generale fondati sull'*id quod plerumque accidit*: in poche parole, la norma deve essere letta come un richiamo alla logica ed al buon senso del giudice tenuto ad una metodologia razionale di ricostruzione dei fatti⁴⁰⁵.

Inoltre, un ulteriore limite ('esterno') al libero apprezzamento del giudice è dato dal principio, comunemente enunciato anche per il giudice amministrativo, di

2010, 206; *ibid.*, 18 aprile 2007, n. 9245, *ivi*, 2007, 4; *ibid.*, 28 giugno 2006, n. 14972, *ivi*, 2006, 7-8; *id.*, Sez. I, 6 febbraio 2003, n. 1747, *ivi*, 2003, 271.

⁴⁰¹ Si richiama anche l'orientamento dottrinale secondo cui già dall'esame delle norme sulle prove si ricaverebbe che il giudice "deve valutare le prove uniformandosi alle norme di legge che di ciascuna prova sanciscono l'efficacia probatoria e che resta salva e confinata al rango di mera eccezione l'ipotesi in cui tale valutazione venga rimessa al suo «libero», o, come recita l'art. 116, comma 1°, c.p.c., «prudente apprezzamento»" (C. PUNZI, *Il processo civile - sistema e problematiche*, II, *La fase di cognizione nella tutela dei diritti*, Torino, 2008, 83-85).

⁴⁰² M. TARUFFO, voce *Libero convincimento del giudice (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XVIII, Roma, 1990, 2.

⁴⁰³ Così, M. MONTANARI, *Art. 116*, agg. M. ADAMI, in C. CONSOLO (edizione diretta da), *Codice di procedura civile commentato*, Milano, 2007, 1107, il quale richiama le posizioni dottrinali a sostegno della tesi illustrata nel testo.

⁴⁰⁴ V., in una controversia rientrante nella giurisdizione esclusiva, T.A.R. Marche, Sez. I, 20 dicembre 2010, n. 3450, in *Foro amm.-TAR*, 2010, 3829, in cui si è affermato che "in *subiecta materia*, infatti, soccorre l'art. 115 c.p.c. che dà facoltà al Giudice, senza bisogno di prova, di porre a base della propria decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza, tra le quali vanno comprese la svalutazione monetaria e la relativa entità, per cui il Giudice amministrativo può procedere automaticamente alla liquidazione del maggior danno dovuto a tale circostanza sulla scorta dell'indice Istat come previsto dal testo modificato dall'art. 150 disp. att. codice procedura civile". Per il processo civile, v. F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2000, 74.

⁴⁰⁵ Da ultimo, G. BALENA, *Elementi di diritto processuale civile*, II, Bari, 2006, 87.

indicare le ragioni del proprio convincimento, attraverso una congrua ed esaustiva motivazione. Ed infatti, la portata del disposto “prudente apprezzamento” si coglie appieno avendo riguardo all’obbligo di motivazione di cui all’art. 111 Cost. (e oggi anche art. 3 del Codice): il controllo esterno della decisione presuppone che il giudice abbia condotto ed esplicitato il proprio ragionamento secondo criteri logici e razionali, restando escluso che questa, o comunque la sua rappresentazione attraverso la motivazione, possa apparire il risultato di un ‘intimo’ convincimento. Al riguardo, a garanzia della libertà di scelta, l’orientamento della giurisprudenza è nel senso che il giudice non sia tenuto a discutere ogni elemento o a confutare tutte le deduzioni istruttorie di segno contrario alle tesi fattuali da esso accolte, essendo sufficiente che egli indichi gli elementi sui cui si fonda il suo convincimento, dovendosi ritenere per implicito disattesi tutti gli altri rilievi e circostanze, che sebbene non menzionati specificatamente, risultino incompatibili con la statuizione adottata⁴⁰⁶. Sicché è consentito al giudice procedere alla chiusura dell’istruttoria senza aver dato corso a tutte le prove ammesse allorché, sulla base degli elementi già acquisiti al processo, esso abbia potuto formarsi un adeguato convincimento intorno ai fatti di causa⁴⁰⁷, dandone un’adeguata motivazione. In ogni caso, è necessario che il giudice esamini le prove esperite, procedendo alla valutazione e motivazione analitica quantomeno dei mezzi effettivamente assunti a fondamento della decisione finale e senza limitarsi al generico richiamo alla globalità delle risultanze processuali, così da poter sottoporre tale valutazione ad uno scrutinio di

⁴⁰⁶ Di recente, Cass. civile, Sez. III, 27 settembre 2011, n. 19748, in *Guida al diritto*, 2011, 47, 80, in cui si è precisato che devono “ritenersi per implicito disattesi tutti gli argomenti, le tesi e i rilievi che, seppure non espressamente esaminati, siano incompatibili con la soluzione adottata e con il percorso argomentativo seguito”; id., Sez. I, 15 aprile 2011, n. 8767, in *Giust. civ.*, 2011, 620; id., Sez. III, 10 marzo 2009, n. 5762, in *Guida al diritto*, 2010, Dossier 2, 49. Nella giurisprudenza amministrativa v. da ultimo Cons. Stato, Sez. IV, 26 luglio 2012, n. 4258, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui “quando il giudice ritiene che la situazione di fatto appare sufficientemente acclarata in esito all’espletamento della CTU, non ha alcun obbligo di pronuncia esplicita su ulteriori richieste istruttorie della parte che non condivide l’esito della perizia d’ufficio”.

⁴⁰⁷ Cass. civile, Sez. III, 9 dicembre 2003, n. 18719, in *Giust. civ.*, 2003, 12; id., Sez. Lav., 19 agosto 2000, n. 11011, ivi, 2000, 1820; id., Sez. Un., 14 dicembre 1999, n. 898, ivi, 999, 2524.

congruità, a garanzie delle parti⁴⁰⁸. La motivazione ha invero un ruolo extra processuale, avendo il cittadino il diritto di conoscere le ragioni delle decisioni dei giudici, e soprattutto una finalità endo processuale, che si sostanzia nel consentire alle parti di individuare i vizi della sentenza in vista dell'eventuale formulazione dei motivi di impugnazione (difendersi nel processo con gli strumenti del processo)⁴⁰⁹, ben potendo far valere in appello la mancata osservanza dell'obbligo di motivazione⁴¹⁰.

III. Posizione estremamente particolare assumono, nel generale quadro della valutazione delle prove, le presunzioni (semplici) le quali costituiscono, come è noto, lo strumento concesso al giudice che permette di arrivare alla conoscenza di un fatto, per il quale non sia possibile dare una diretta dimostrazione, a mezzo della conoscenza di uno o più fatti diversi (e “noti”)⁴¹¹.

Limiti alla libertà valutativa del giudice sul punto sono posti dall'art. 2729 c.c., ai sensi del quale sono ammesse soltanto le presunzioni “gravi, precise e concordanti”⁴¹². Secondo l'orientamento prevalente della Cassazione, tuttavia, il giudice può radicare il proprio convincimento anche in base ad una sola

⁴⁰⁸ Cfr. R. VILLATA, *Riflessioni introduttive allo studio del principio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 217, il quale aggiunge che “non vale invocare in senso contrario il libero convincimento del giudice, perché tale principio implica libertà nella determinazione dell'efficacia delle prove, ma non possibilità di trascurare prove potenzialmente idonee all'accertamento dei fatti, e neppure identifica un potere non sottoponibile a verifiche logiche”.

⁴⁰⁹ Cfr. P. CIRILLO, *Dovere di motivazione e sinteticità degli atti*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, § 4, il quale osserva anche come la motivazione costituisca “l'esternazione delle ragioni della decisione, che non è però il resoconto del procedimento mentale seguito dal giudice, quanto piuttosto la giustificazione razionale della decisione già assunta, che finisce con l'essere l'inizio e non la fine della motivazione (l'autoapologia del giudice, di cui parlava il Calamandrei)”, e presenti i seguenti caratteri necessari: “l'esistenza, l'autosufficienza e la coerenza logica”.

⁴¹⁰ V., per il processo civile, Cass. civile, Sez. Lav., 8 febbraio 2012, n. 1847, in *www.legge-e-giustizia.it*, secondo cui “la svalutazione” di un mezzo istruttorio si traduce “in un vizio di motivazione della sentenza ... quando il vizio emerga dal ragionamento posto alla base della decisione (che risulti incompleto o illogico o contraddittorio) ed il ricorrente indichi specificamente le circostanze di fatto oggetto della prova ed il nesso di causalità tra la mancata ammissione e la decisione”.

⁴¹¹ La letteratura è molto ampia. Si v. in generale F. CORDOPATRI, voce *Presunzione (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 297.

⁴¹² Come precisato in giurisprudenza, il requisito della gravità si riferisce al grado di convincimento che le presunzioni sono idonee a produrre e a tal fine è sufficiente che l'esistenza del fatto ignoto sia desunta con ragionevole certezza, anche probabilistica; il requisito della precisione impone che i fatti noti, da cui muove il ragionamento probabilistico, ed il percorso che essi seguono non siano vaghi ma ben determinati nella loro realtà storica; infine, con il requisito della concordanza si prescrive che la prova sia fondata su una pluralità di fatti noti convergenti nella dimostrazione del fatto ignoto (v. Cass.

presunzione, qualora sia tale da condurlo ad un margine di incertezza minimo sul fatto controverso, sulla scorta di un ragionamento presuntivo sorretto da connotazioni anche semplicemente probabilistiche⁴¹³. In altri termini, per aversi presunzione giuridicamente valida non occorre che i fatti sui quali si fonda siano tali da far apparire l'esistenza del fatto ignoto come l'unica conseguenza possibile del fatto noto, essendo sufficiente che l'uno possa desumersi dall'altro come conseguenza ragionevolmente possibile e verosimile secondo un criterio di normalità⁴¹⁴.

Pur se non espressamente richiamate dal Codice, può dirsi ormai acquisita nel processo amministrativo l'ammissibilità delle presunzioni⁴¹⁵, essendo ammessa anche per il giudice amministrativo, per la formazione del suo convincimento, la possibilità di seguire un procedimento logico induttivo, partendo dai fatti noti, sicuri ed univoci, acquisiti alla causa, dai quali poter trarre quindi come conseguenza logica, in base alle regole della comune esperienza, la prova della sussistenza del fatto ignoto, che costituisce l'oggetto dell'indagine⁴¹⁶. Peraltro,

civile, Sez. Lav., 22 marzo 2001, n. 4168, in *Giust. civ.*, 2001, 562).

⁴¹³ Si registrano talvolta in dottrina posizioni di segno contrario (v. E. GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in E. ALLORIO (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, I, t. II, Torino, 1973, 1307; più di recente sembra anche L. MONTESANO - G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, t. II, Padova, 2001, 1363).

⁴¹⁴ Cass. civile, Sez. III, 13 maggio 2011, n. 10527, in *Giust. civ.*, 2011, 5, 741: costituendo un mezzo di prova di rango non inferiore agli altri, in quanto di grado non subordinato nella gerarchia dei mezzi di prova e dunque non "più debole" della prova diretta o rappresentativa, ben possono le presunzioni assurgere anche ad unica fonte di convincimento del giudice, costituendo una "prova completa", sulla quale può anche unicamente fondarsi il convincimento del giudice. Id., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 38. Id., Sez. I, 11 settembre 2007, n. 19088, in *Giust. civ.*, 2007, 9, secondo cui in tema di presunzioni semplici, gli elementi assunti a fonte di prova non debbono essere necessariamente più d'uno, potendo il convincimento del giudice fondarsi anche su di un solo elemento purché grave e preciso, dovendosi il requisito della "concordanza" ritenersi menzionato dalla legge solo in previsione di un eventuale ma non necessario concorso di più elementi presuntivi; Cass. civile, Sez. I, 26 marzo 2003, n. 4472, in *Giust. civ.*, 2003, 613. Sull'inferenza anche solo probabilistica tra il fatto noto e quello ignoto, v. Cass. civile, Sez. I, 1 agosto 2007, n. 16993, in *Giust. civ.*, 2007, 9, che ha ritenuto sufficiente che il fatto da provare sia desumibile dal fatto noto come conseguenza ragionevolmente possibile, secondo un criterio di normalità, cioè che il rapporto di dipendenza logica tra il fatto noto e quello ignoto sia accertato alla stregua di canoni di probabilità, con riferimento ad una connessione possibile e verosimile di accadimenti, la cui sequenza e ricorrenza possano verificarsi secondo regole di esperienza; Cass. civile, Sez. III, 29 maggio 2006, n. 12802, in *Giust. civ.*, 2006, 5.

⁴¹⁵ Del resto, come osservato da A. CHIZZINI, (*Il potere istruttorio del giudice amministrativo nel quadro delle recenti riforme delineate dal d. lgs. 80/1998 e dalla l. 205/2000*, cit., 896) "al giudice amministrativo non è mai stato impedito di ragionare".

⁴¹⁶ V. P. DE LISE, *La prova nella procedura delle giurisdizioni amministrative*, cit., 965, il quale ricorda come le

atteso l'alleggerimento del carico probatorio che le presunzioni possono realizzare, nel processo amministrativo potrebbero trovare maggiore operatività a causa dell'onere probatorio che a volte può risultare particolarmente gravoso per la parte privata assolvere.

Ed infatti la giurisprudenza ha mostrato di farne largo uso soprattutto nelle controversie risarcitorie per ritenere dimostrato l'elemento soggettivo della colpa. In particolare, ai fini del risarcimento dei danni provocati da illegittimo esercizio del potere amministrativo, si è affermato che è ammissibile il ricorso alle presunzioni semplici *ex art. 2729 c.c.* per fornire la prova dell'esistenza del danno e della sua entità⁴¹⁷. In questo senso, potrebbe trovare conferma anche l'orientamento di cui si è detto che considera sufficiente per l'utilizzo della presunzione anche un criterio semplicemente probabilistico relativo all'inferenza tra il fatto noto e quello ignoto⁴¹⁸, nei limiti in cui, beninteso, il ricorso alle presunzioni non vada a sofferire (non alla giustificata carenza di prova, bensì anche) al mancato esercizio dell'onere del principio di prova o persino dell'onere di allegazione, concernente sia l'oggetto della domanda sia le circostanze in fatto su cui la stessa si fonda⁴¹⁹.

IV. Come detto, l'art. 64, c. 4, del Codice prevede che il giudice possa desumere argomenti di prova dal comportamento tenuto dalle parti nel corso del processo, ricalcando - pur senza richiamarlo espressamente - l'art. 116, c. 2, del c.p.c. Il Codice non risolve però i dubbi connessi all'articolo citato e, in particolare, il valore probatorio e il ruolo che tali strumenti possono rivestire

presunzioni rientrano tra gli strumenti, i quali, anche "se sono tradizionalmente inclusi nella categoria dei mezzi di prova, rappresentano più propriamente un particolare procedimento di cui il giudice può avvalersi per la valutazione del materiale probatorio già acquisito al processo e per la formazione del suo convincimento al riguardo".

⁴¹⁷ Di recente, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 5 giugno 2009, n. 3925, in *Foro amm.-TAR*, 2009, 1692; Cons. Stato, Sez. V, 16 febbraio 2009, n. 842, in *Foro amm.-Cons. Stato* 2009, 452; *ibid.*, 13 giugno 2008, n. 2967, *ivi*, 2008, 1753.

⁴¹⁸ Sul punto la giurisprudenza amministrativa si è pronunciata in sporadiche occasioni (v., in senso contrario rispetto alla tesi esposta nel testo ma in relazione all'attività procedimentale dell'amministrazione, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 5 ottobre 2005, n. 7833, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui "una prova critica non può essere basata su elementi probabilistici").

⁴¹⁹ Cfr., nella giurisprudenza civile, Cass. civile, Sez. III, 13 maggio 2011, n. 10527, in *Giust. civ.*, 2011, 741.

nell'economia del processo, sui quali sia la giurisprudenza civile sia quella amministrativa non hanno raggiunto una posizione univoca.

Non è chiaro infatti quale sia l'efficacia degli argomenti di prova, attribuendosi, secondo un orientamento (prevalente in dottrina), il ruolo di strumenti di valutazione delle prove *strictu sensu* intese ossia di verifica della loro intrinseca attendibilità: elementi puramente sussidiari e integrativi del convincimento, insuscettibili d'impiego disgiunto dalle prove vere e proprie⁴²⁰; secondo altro orientamento (seguito in giurisprudenza, anche amministrativa come si dirà) il contegno processuale delle parti ben potrebbe costituire unica e sufficiente fonte di convincimento del giudice e non soltanto elemento aggiuntivo e integrativo rispetto alle risultanze dei veri e propri mezzi di prova⁴²¹.

La giurisprudenza amministrativa aveva già riconosciuto la potestà giudiziale di trarre argomenti di prova dal comportamento processuale delle parti e l'ipotesi su cui maggiormente si è concentrata l'attenzione dei giudici atteneva alle conseguenze all'ingiustificata ottemperanza, da parte della p.a. convenuta in giudizio, alla richiesta istruttoria volta all'acquisizione di atti e documenti, non disponibili dal ricorrente, necessari ai fini della decisione della controversia. Anche il dibattito sorto sui possibili effetti connessi all'inadempimento dell'amministrazione ha risentito però delle illustrate incertezze degli studiosi del processo civile e dall'assenza di indicazioni normative specifiche. In particolare, in merito al problema in esame, le teorie proposte identificavano l'inadempimento

⁴²⁰ Cfr. l'ampia analisi di G. F. RICCI, *Prove e argomenti di prova*, in *Riv. trim. dir. e proc. civile*, 1988, 1056; E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, a cura di V. COLESANTI - E. MERLIN - E.F. RICCI, Milano, 2002, 306; V. ANDRIOLI, voce *Prova (diritto processuale civile)*, in *Novissimo digesto italiano*, XIV, Torino, 1967, 289.

⁴²¹ Cass. civile, Sez. I, 26 maggio 2009, n. 12138, in *Giust. civ.*, 2009, 5, 825; id., Sez. III, 26 giugno 2007, n. 14748, ivi, 2007, 6; id., Sez. I, 8 febbraio 2006, n. 2815, ivi, 2006, 2; id., Sez. III, 4 maggio 2005, n. 9279, ivi, 2005, 5; ibid., 27 gennaio 2005, n. 1658, ivi, 2005, 1; ibid., 10 agosto 2002, n. 12145, ivi, 2002, 1529; id., Sez. Lav., 6 luglio 1998, n. 6568, ivi, 1998, 1472. Peraltro, anche in dottrina non mancano orientamenti volti a 'rivalutare' gli argomenti di prova (v. A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 432, secondo cui la differenza tra gli argomenti e le prove vere e proprie non consisterebbe nella minor efficacia dei primi rispetto alle seconde, bensì nell'idoneità degli argomenti a legittimare il giudizio di superfluità degli ulteriori mezzi di prova richiesti dalle parti e, quindi, il provvedimento di chiusura dell'assunzione di prove, ex art. 209 c.p.c.).

della p.a. i) come *ficta confessio*⁴²²; ii) come prova della verità del fatto introdotto dal ricorrente o quantomeno come presunzione di prova contro la p.a.; iii) produttivo della dichiarazione di soccombenza in caso di mancato inadempimento a detto onere; iv) come comportamento processuale da valutare *ex art. 116 c.p.c.*⁴²³.

La tesi che vede nel mancato adempimento dell'ordine istruttorio del giudice una sorta di prova legale non pare condivisibile per le ragioni esposte in relazione al tema del principio di non contestazione nel processo amministrativo (: indisponibilità della situazione dedotta in giudizio e principio del libero convincimento del giudice), e, più in generale, perché si individuerebbe una prova legale di creazione esclusivamente giurisprudenziale.

La soluzione che invece pare maggiormente coerente con la logica globale del sistema istruttorio amministrativo è assimilare la mancata ottemperanza ad un argomento di prova, fermo restando il margine di opinabilità sul valore probatorio da assegnarli ossia il valore di prova in senso proprio o di strumento per valutare le prove vere e proprie.

In realtà, la formulazione dell'art. 64 citato - ancorché assai generica - non esclude un'interpretazione estensiva ossia consente di valorizzare il comportamento processuale della p.a. sino a dedurre la prova autonoma e sufficiente dei fatti dedotti dal ricorrente, ai fini del cui accertamento quella documentazione era stata richiesta⁴²⁴.

Del resto, come è stato osservato da autorevole dottrina processual-civilistica, come può accadere che l'inferenza tratta dal giudice a titolo di

⁴²² *De jure condendo* non esclude a priori l'opportunità dell'introduzione di una vera e propria prova legale L. ACQUARONE, *Riflessioni e proposte in tema di riforma del sistema probatorio*, cit., 185-186.

⁴²³ Cfr. la ricognizione delle posizioni dottrinali effettuata da A. DEGLI ESPOSTI, *Mancata ottemperanza da parte della Pubblica Amministrazione dell'ordine di esibire documenti ed effetti in tema di istruzione probatoria*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 35. L'Autrice propende peraltro per l'ultima tesi esposta nel testo, purché si introduca un principio in base al quale il giudice "può", e non "deve", ritenere provate le asserzioni del ricorrente.

⁴²⁴ Nel vigore della disciplina previgente, in termini critici si era posto R. VILLATA, *Riflessioni introduttive allo studio del principio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 220-222, il quale in realtà rileva come in base alla tesi prospettata dall'Autore (mancata ottemperanza inidoneo a fondare da solo il convincimento del giudice) "resterebbe senza soluzione l'evenienza in cui il giudice non abbia potuto acquisire alcuna altra prova in senso proprio". Tale obiezione, secondo l'Autore, sarebbe però mal posta "perché in simile evenienza il problema concerne quale criterio di giudizio si

argomento di prova riguardi l'attendibilità di un'altra prova (se, ad es., serve a valutare la credibilità di una dichiarazione), l'argomento di prova potrebbe produrre anche conclusioni relative ad un fatto di causa invece che ad un'altra prova. Inoltre, se queste inferenze sono particolarmente chiare e convincenti, non vi sono particolari ragioni per escludere che il giudizio si fondi anche soltanto sull'argomento di prova⁴²⁵.

Alle medesime conclusioni pare giungere anche la giurisprudenza amministrativa prevalente, la quale ha affermato che l'inottemperanza dell'amministrazione ai doveri di collaborazione istruttoria viene a concretare una condotta che rende applicabile l'art. 64 citato, per cui il giudice può desumere argomenti di prova dal contegno delle parti stesse nel processo, fino al punto di valutare, secondo il suo prudente apprezzamento, tale comportamento come ammissione dei fatti e delle circostanze dedotte dal ricorrente a sostegno del proprio diritto; potendo costituire tale contegno omissivo unica e sufficiente fonte di prova e di convincimento del giudice, e non soltanto elemento di valutazione delle prove già acquisite al processo⁴²⁶.

D'altronde, è innegabile che consentire al giudice in simili ipotesi di ritenere provati i fatti potrebbe rivelarsi efficace rimedio avuto riguardo sia alle esigenze di ragionevole durata del processo, che sarebbero irrimediabilmente frustrate se si consentisse di rinviare la trattazione della causa con la reiterazione dell'invito alla

debba applicare ove l'istruttoria non abbia consentito di raggiungere la prova dei fatti di causa" (222).

⁴²⁵ Così M. TARUFFO, voce *Prova (in generale)*, in *Digesto discipline privatistiche - Sezione civile*, cit., 22, il quale propone l'esempio di una parte che, in sede di interrogatorio libero, rilascia una dichiarazione vertente su uno dei fatti principali della causa: non è possibile sostenere che questo argomento di prova è utile per valutare l'attendibilità di un'altra prova. Al contrario, esso consente al giudice di trarre inferenze che attengono direttamente alla veridicità di quel fatto.

⁴²⁶ Di recente, T.A.R. Veneto, Sez. II, 28 novembre 2011, n. 1776, in *Foro amm.-TAR*, 2011, 3442, che ha accolto il ricorso proposto anche in ragione della mancata ottemperanza della p.a. all'ordinanza istruttoria volta all'acquisizione di copia della documentazione in suo possesso, al fine di prendere visione delle esatte caratteristiche del vincolo imposto sull'area, e ad ottenere una relazione da parte della Soprintendenza per i Beni ambientali e architettonici in ordine allo stato attuale dell'area oggetto di causa e alla sua ubicazione. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 3 maggio 2011, n. 3832, in *Foro amm.-TAR*, 2011, 1620, in cui l'amministrazione si è resa inottemperante sia all'ordinanza istruttoria disposta in sede cautelare sia a quella adottata in fase di merito. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 23 aprile 2010, n. 2100, in *Red. amm. TAR*, 2010, 4. Cons. Stato, Sez. V, 13 giugno 2008, n. 2967, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 2147.

p.a. di ottemperare, sia al principio di parità delle parti, posto che un analogo trattamento di favore non viene di regola riconosciuto al ricorrente⁴²⁷. A ciò si aggiunga che la soluzione in rassegna sembra conforme anche allo spirito della riforma codicistica: il Codice ha già introdotto ulteriori tecniche di semplificazione processuale quale la regola di non contestazione che, come detto, costituisce anch'essa attuazione dell'art. 111 della Costituzione. Né sembrano ragionevoli i dubbi sollevati in merito ai rischi di decisioni fondate su un'istruttoria incompleta che la citata conclusione potrebbe favorire⁴²⁸: è evidente che il ricorrente potrebbe ottenere l'annullamento dell'atto impugnato sulla sola base dei motivi da lui dedotti se la documentazione di cui si è chiesta la produzione non sia indispensabile per la decisione del ricorso⁴²⁹ e sempre che non sussistano elementi di contrasto con altri atti processuali⁴³⁰. Su questa linea interpretativa si pone

⁴²⁷ V. T.A.R. Liguria, Sez. I, 27 aprile 2011, n. 672, in *Foro amm.-TAR*, 2011, 4, 1206, che ha dichiarato improcedibile il ricorso per sopravvenuta carenza di interesse desunta dal comportamento del ricorrente (*ex art.* 64, c. 4, del Codice) il quale, dopo aver impugnato diniego di condono, ha lasciato pendente il ricorso per anni e nelle more ha presentato un'altra domanda di sanatoria. Con riferimento ad un atto di rinuncia non notificato v. T.A.R. Piemonte, Sez. I, 16 giugno 2011, n. 640, in *Guida al diritto*, 2011, dossier 9, 71.

⁴²⁸ Le preoccupazioni illustrate sono state sollevate da G. PESCE, *Poteri istruttori e mezzi di prova nel processo amministrativo*, cit., 119, il quale ritiene difficile immaginare che il ricorrente possa ottenere in tali casi l'annullamento dell'atto "con la conseguenza che già solo per questa evenienza andrebbe corretta la diffusa opinione secondo cui l'inerzia dell'Amministrazione potrebbe far considerare "per acquisito" quanto affermato in punto di fatto nella domanda del ricorrente, giacché il giudice non sarà nelle condizioni di decidere senza l'esame di quei documenti, mentre la sola cosa che si potrà dare per certa è l'inadempimento della P.A. all'ordine istruttorio".

⁴²⁹ In questo caso, si potrebbe aprire la strada per la nomina di un commissario *ad acta* *ex art.* 21 del Codice (v., in questo senso, Cons. Giust. Amm. Sic., 2 maggio 2011, n. 337, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2011, 1702, in cui in ragione "dell'utilità, ai fini del decidere, della documentazione" richiesta dal giudice, il collegio ha disposto, per il caso di ulteriore inerzia del Comune di Catania, la nomina di un commissario *ad acta*, nella persona del Prefetto di Catania, o funzionario dallo stesso delegato, con l'incarico di provvedere al deposito della documentazione. Conforme, Cons. Stato, Sez. IV, 13 novembre 2000, n. 6085, in *Foro Amm.*, 2000, 11).

⁴³⁰ Non trattandosi del resto di prova legale (v. F. BENVENUTI, *Scritti giuridici*, I, Milano, 2006, 215, nota 86, in cui si chiarisce che "l'ammissione riguarda l'affermazione (dell'oggetto) di prova, mentre la confessione riguarda il risultato della prova: perciò l'una è ancora sul piano delle affermazioni e l'altra invece è già sul piano della prova. Non è pertanto esatto parlare di efficacia probatoria dell'ammissione se non in questo senso: che i fatti ammessi non hanno bisogno di essere provati, mentre l'efficacia probatoria della confessione si ha in ciò che i fatti confessati sono fatti provati. [...] il contenuto e la funzione dei due atti sono diversi. Infatti il contenuto dell'ammissione è la non contestazione della (verità) del fatto, il che implica per il meccanismo del metodo, la necessità di considerazione del fatto stesso, mentre contenuto della confessione è la dichiarazione (di verità) del fatto; e quanto alla loro funzione l'ammissione opera una *relevatio ab onere probandi*, mentre la confessione opera precisamente la prova del fatto avversariamente affermato"). V. anche Cass. civile, Sez. III, 14 febbraio 2007, n. 3258, in *Giust. civ.*, 2007, 2, la quale ha affermato che, con riferimento all'interrogatorio formale, la

anche la recente giurisprudenza secondo cui, in caso di inottemperanza da parte dell'amministrazione intimata agli incumbenti istruttori ad essa assegnati dal giudice, può ritenersi fondata la pretesa del ricorrente “in mancanza di elementi di segno obiettivamente contrari”⁴³¹.

3.6. *Atipicità e istruzione probatoria*

I. In generale, per prova atipica si intende la prova non prevista dalla legge. In questo senso il termine viene utilizzato dalla giurisprudenza e dalla dottrina civilistica⁴³² per indicare i mezzi istruttori non previsti dal codice di rito e, in maniera non dissimile, è adoperato anche dagli studiosi del processo amministrativo riferendosi alla legislazione di settore e, oggi, al Codice del processo.

Per il vero, la nozione di prova atipica è piuttosto complessa. La dottrina sul processo civile ha precisato che essa può essere riferita non soltanto ai mezzi istruttori non previsti dalla legge, ma anche all'impiego di veri e propri mezzi tipici, rispetto ai quali la diversità rispetto al modulo legale consiste nel fatto che vengono impiegati o in una sede diversa o per un uso diverso da quello previsto dalla legge⁴³³. In altri termini, per mezzo probatorio atipico si può intendere sia

disposizione dell'art. 232 c.p.c. non ricollega automaticamente alla mancata risposta all'interrogatorio, per quanto ingiustificata, l'effetto della confessione, ma dà solo la facoltà al giudice di ritenere come ammessi i fatti dedotti con tale mezzo istruttorio, imponendogli, però, nel contempo, di valutare ogni altro elemento di prova.

⁴³¹ Cfr. T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 7 dicembre 2011, n. 1861, in *Foro amm.-TAR*, 2011, 4071. Anche per T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 14 giugno 2007, n. 6158, *ivi*, 2007, 2152, in caso di mancato adempimento alle disposizioni istruttorie impartite dal giudice amministrativo, è da ritenere che dal comportamento omissivo dell'amministrazione si possano desumere, anche in base ai principi statuiti dall'art. 116 c.p.c., argomenti di prova a sostegno delle allegazioni fornite dal ricorrente e “che, per contro, non vi siano documenti utili a sostegno delle tesi prospettate, ma non provate, dall'amministrazione resistente”. V. pure T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 20 aprile 2009, n. 351, in *Foro amm.-TAR*, 2009, 1145, il quale peraltro aggiunge che la circostanza che l'amministrazione non appaia in grado di fornire una adeguata giustificazione del suo comportamento può essere anche apprezzato in via sintomatica come manifestazione di uno sviamento nell'esercizio dei propri poteri.

⁴³² Si v., ad esempio, L. P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 41 ss.; G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, Milano, 1999; S. PATTI, voce *Prova (Diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXV, Roma, 1991, 3-4; G. VERDE, voce *Prova (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, cit., 605 ss.

⁴³³ G. F. RICCI, *Prove atipiche, argomenti di prova e presunzioni*, Relazione tenuta nell'incontro di studio sul tema: “Le prove nel processo civile”, Frascati, 8-10 maggio 2000, 4, in *www.csm.it*, ID., *Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, 413. Nella prima categoria vi

l'impiego a fini probatori di strumenti non previsti dal codice oppure previsti dal codice ma destinati ad altro scopo o ancora previsti dalla legge a tale scopo, ma raccolti in una sede diversa da quella in cui sono valutati.

Nel processo amministrativo l'attenzione si è incentrata principalmente sul primo aspetto citato che coinvolge la limitatezza dei mezzi di prova previsti dalla disciplina di settore e che, con l'approvazione del codice del processo, merita un approfondimento ulteriore. Si pensi al caso, non infrequente, delle perizie redatte da consulenti tecnici di parte e allegare agli scritti difensivi, o alle prove raccolte in un altro giudizio, in relazione alle quali si pone il problema di verificare la loro efficacia e quali effetti possano avere sulla formazione del convincimento del giudice.

II. Negli studi sulla giustizia amministrativa, pur non essendosi ripetuto il vivace dibattito che ha caratterizzato la dottrina civilistica, è stato tradizionalmente accolto il principio della tipicità dei mezzi di prova e, dunque, della tassatività dell'elencazione dei mezzi previsti dalla normativa del giudizio avanti il Consiglio di Stato⁴³⁴. E ciò in ragione della specialità del processo amministrativo che non consentirebbe di estendere in via ermeneutica il catalogo dei mezzi istruttori richiamando altri modelli processuali.

In termini critici si è posta invece una parte della dottrina sostenendo che il sistema della prove nel processo amministrativo sarebbe aperto, non limitato cioè ai mezzi di prova specificatamente ammessi, e sorretto dal principio del libero convincimento del giudice⁴³⁵. In dettaglio, Carlo Emanuele Gallo ha sostenuto la non tassatività dell'enumerazione dei mezzi di prova nel processo amministrativo,

rientra, ad esempio, la problematica delle prove raccolte in un altro processo; fa parte della seconda, tra l'altro, l'utilizzo di una sentenza come mezzo di prova.

⁴³⁴ In questi termini, A. M. SANDULLI, *Il giudizio davanti il Consiglio di Stato e i giudici sottordinati*, cit., 382; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 302-303; P. DE LISE, *La prova nella procedura delle giurisdizioni amministrative*, cit., 965, il quale desume il principio di tassatività "dalla contrapposizione del giudizio di legittimità a quello di merito [...] da cui risulta ampiamente dimostrata l'applicabilità, nel primo, del principio *inclusio unius exclusio alterius*, alla stregua del quale è sempre stata esclusa l'ammissibilità, nel giudizio stesso, di strumenti probatori diversi da quelli espressamente previsti, come, ad esempio, della prova testimoniale". Da ultimo, G. D'ANGELO, *Le prove atipiche nel processo amministrativo*, cit.

⁴³⁵ E. PICOZZA, voce *Processo amministrativo (normativa)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, cit., 493-494.

in ragione del contenuto delle disposizioni normative e, in particolare, della legge Tar la quale, escludendo qualunque riferimento a limitazioni dei mezzi di prova, avrebbe sancito il superamento della concezione fondata su un'elencazione tassativa⁴³⁶.

E' evidente che l'ammissibilità di mezzi di prova atipici contribuirebbe ad un miglior acclaramento dei fatti da parte del giudice, in modo che non vi siano dubbi sulle circostanze in relazione alle quali si effettua la valutazione in diritto. Né paiono sussistere pregiudizi al diritto alla prova delle parti purché anche nell'assunzione delle prove atipiche sia rispettato integralmente il principio del contraddittorio, nel senso che il giudice deve indicare alle parti l'eventuale decisione di attribuire valore probatorio alla prova atipica.

Del resto, nel processo civile, la possibilità di impiegare per l'accertamento dei fatti anche prove non previste dalla legge è ormai una realtà pienamente riconosciuta da gran parte della dottrina e da pressoché tutta la giurisprudenza, con particolare riferimento, ad esempio, alle testimonianze stragiudiziali di fonte privata o pubblica o alle nuove prove imposte dal progresso della scienza e della tecnica⁴³⁷.

Tuttavia, le condivisibili argomentazioni a favore della non tassatività dei mezzi di prova di cui si è detto si scontravano con il dato normativo, che, quantomeno con riferimento al giudizio di legittimità, li restringeva a quelli espressamente previsti.

III. Oggi, l'art. 63, c. 5, del Codice, prevede che il giudice amministrativo possa disporre anche l'assunzione degli altri mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento⁴³⁸.

⁴³⁶ C. E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, cit., 138, il quale inoltre rileva come nel giudizio avanti le giunte provinciali amministrative, che costituisce l'antesignano del giudizio dinnanzi al Tar, non vi era la distinzione fra i mezzi di prova assumibili in sede di giurisdizione generale di legittimità o in sede di giurisdizione di merito, sicché i poteri istruttori "ben più estesi" che le giunte avevano in sede di giurisdizione di merito erano utilizzabili anche nel processo di legittimità.

⁴³⁷ Cfr. G. F. RICCI, *Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa*, in *Le prove nel processo civile - Atti del XXV convegno nazionale*, Milano, 2007, 173.

⁴³⁸ Il riferimento al codice di procedura civile non discende, beninteso, da un rapporto di genere a specie tra la legge processuale civile e quella amministrativa, ma perché, come autorevolmente rilevato,

La norma, così come formulata, se, da un lato, supera il problema dell'ammissibilità di parte delle prove non previste dalla disciplina di settore rendendo 'tipiche' – seppur mediante rinvio – anche le prove previste dal processo civile, dall'altro lascia aperti alcuni profili di indagine che concernono in realtà, più che l'ammissibilità di prove atipiche nel processo amministrativo, l'utilizzabilità in quest'ultimo giudizio delle prove previste dalla normativa processual-civilistica.

Sotto questo profilo – e in disparte la considerazione che in realtà nel codice di procedura sono disciplinati i procedimenti di produzione e di assunzione delle prove nel processo, mentre è nel codice civile che i mezzi di prova sono definiti e catalogati, ad eccezione dell'ispezione⁴³⁹ – il comma 5 citato è stata letto innanzitutto nel senso di ammettere nel processo amministrativo l'interrogatorio libero e la dichiarazione confessoria⁴⁴⁰.

Ed infatti, la confessione giudiziale oltre a poter essere provocata mediante interrogatorio formale, può anche essere volontaria⁴⁴¹. Inoltre, l'art. 2734 c.c. disciplina l'istituto della confessione stragiudiziale che può essere resa alla parte (o a chi la rappresenta) o a un terzo.

Il problema di tale interpretazione attiene alla compatibilità con la tradizionale esclusione dell'interrogatorio formale e del giuramento dal novero dei

per note ragioni storiche, le leggi processuali civili sono diventate la sede (ma non la sola sede: principi processuali comuni si rinvencono anche nella Costituzione e in leggi di altri ordinamenti processuali) di norme che, per il fatto di esprimere o richiamare principi fondamentali del nostro ordine costituzionale, valgono per tutti i processi (v. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, 266-267). Oggi, peraltro, in maniera non dissimile, l'art. 39, c. 1, del Codice, prevede che, per quanto non disciplinato dal Codice, si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, *in quanto compatibili o espressione di principi generali*.

⁴³⁹ La collocazione della disciplina delle prove nel codice civile e non nel codice di procedura discende anche dalla considerazione che le prove vengono in rilievo per far valere o per difendere le situazioni giuridiche soggettive non solo nel giudizio, ma anche fuori e prima di questo "poiché l'evidenza e la virtuale sicurezza di ottenere il riconoscimento è condizione già di per sé normalmente sufficiente per il rispetto delle situazioni medesime, per la tranquillità nel loro godimento e per la sicurezza nei rapporti che le riguardano" (P. DE LISE, *La prova nella procedura delle giurisdizioni amministrative*, cit., 955).

⁴⁴⁰ Come rilevato da G. D'ANGELO, *Osservazioni sulle disposizioni in tema di istruttoria*, in *Foro it.*, cit., 221.

⁴⁴¹ La confessione resa nell'ambito dell'interrogatorio formale è solo una delle ipotesi di confessione giudiziale: l'altra ipotesi è quella dell'art. 229 c.p.c., ai sensi del quale essa "può essere contenuta in qualsiasi atto processuale firmato dalla parte personalmente, salvo il caso dell'art. 117 c.p.c.", in tema di interrogatorio libero.

mezzi di prova esperibili nel processo amministrativo, ed oggi codificato dall'art. 63, c. 5, secondo cui, come detto, possono essere assunti gli altri mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento.

Come è noto, infatti, gli argomenti più ricorrenti che la dottrina ha adoperato per giustificare l'esclusione di queste prove sono essenzialmente due: da un lato, trattandosi di prove legali (cioè di prove le cui risultanze non sarebbero liberamente valutabili dal giudice), il ricorso ad esse non sarebbe conciliabile con il principio del libero convincimento del giudice⁴⁴²; dall'altro (e soprattutto), poiché la confessione deve provenire dalla persona capace di disporre del diritto (cfr. art. 2731 c.c.) e il giuramento non può essere deferito o riferito per la decisione di cause relative a diritti di cui le parti non possono disporre (art. 2739 c.c.), tali prove non sono ammesse perché le situazioni giuridiche implicate nel processo amministrativo sono indisponibili; indisponibile, in particolare, sarebbe il potere della p.a.⁴⁴³.

In sostanza, per la prima tesi, la ragione di tale esclusione sarebbe collegata con i poteri di cognizione del giudice; per la seconda, con la natura dei soggetti e degli interessi in gioco.

Ora, avendo il legislatore espressamente escluso solo l'interrogatorio formale, resta da chiedersi se (l'interrogatorio libero e) la confessione spontanea (cioè non provocata mediante interrogatorio) sia ammissibile nel processo amministrativo, alla luce delle predette ragioni giustificatrici della deroga al catalogo civilistico. Come detto, infatti, la confessione giudiziale può essere

⁴⁴² V. P. DIVIZIA, *Riflessioni in tema di confessione ed interrogatorio libero nel processo amministrativo*, in *Foro amm.-TAR*, 2002, 2739, secondo cui “ci si trova di fronte ad un bilanciamento di principi e valori processuali: il legislatore ha discrezionalmente privilegiato la conservazione del libero convincimento del giudice rispetto all'astratta possibilità di introdurre nel processo amministrativo prove quali il giuramento e la confessione, la cui efficacia probatoria è fissata dalla legge in maniera vincolante”. V. anche N. DI MODUGNO, *La nuova giurisdizione esclusiva e la prova nel processo amministrativo: prime riflessioni sulla recente riforma*, cit., 35, secondo cui tali mezzi “vincolano, rappresentando altrettante prove legali, il convincimento del Giudice che, dunque, non sarebbe più pienamente libero”.

⁴⁴³ G. CORSO, voce *Istruttoria nel processo amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, cit., 12, per il quale, in particolare, la sorte del potere amministrativo non potrebbe essere rimessa ad un amministratore o a un dipendente che confessi o giuri.

rilasciata dalla parte anche *sua sponte* ovvero oralmente, in quanto resa in udienza al giudice (nei casi in cui sia venuta a diretto contatto col giudice, ad eccezione dell'interrogatorio formale), o, ipotesi di maggiore interesse, in forma scritta, contenuta in qualsiasi atto processuale firmato dalla parte stessa⁴⁴⁴. In entrambi i casi, la confessione di un fatto ne fa piena prova ed esclude ogni libertà di apprezzamento in capo al giudice, il quale è vincolato da tale mezzo di prova, dovendo considerare il fatto come definitivamente provato (art. 2733, c. 2, c.c.). Inoltre, ai sensi dell'art. 2735 c.c., la confessione stragiudiziale resa alla parte o a chi la rappresenta ha la stessa efficacia probatoria di quella giudiziale, mentre se è rilasciata ad un terzo o contenuta in un testamento è liberamente apprezzata dal giudice.

Quanto all'eventuale incompatibilità con il principio del libero convincimento del giudice, e sempre che (anche) con esso si identifichi la *ratio* dell'esclusione della confessione e del giuramento dal novero delle prove ammissibili⁴⁴⁵, non sembra che tale asserito contrasto possa escludere l'ammissibilità della confessione spontanea nel processo amministrativo, nei limiti in cui, beninteso, non sia assegnato ad essa il valore probatorio di prova vincolante⁴⁴⁶. E' innegabile che la soluzione prospettata rappresenti una forzatura

⁴⁴⁴ Peralto, la giurisprudenza della Cassazione ritiene possibile una confessione giudiziale spontanea anche in sede di interrogatorio libero allorché risulti dal verbale d'udienza che la dichiarazione confessoria non sia stata provocata direttamente da una domanda del giudice, ma sia stata resa autonomamente (cfr. Cass. civile, Sez. II, 16 maggio 2006, n. 11403, in *Giust. civ.*, 2006, 5; secondo Cass. civile, Sez. Lav., 10 aprile 1990, n. 3035, in *www.dejure.it*, in tal caso, è necessario che il verbale rechi la sottoscrizione personale della stessa parte, necessaria ai fini della prova della consapevolezza e volontà della dichiarazione, ossia, in sostanza, del requisito della spontaneità). In dottrina v. M. CONTE, *Le prove civili*, Milano, 2005, 204; *contra* E. SILVESTRI, voce *Confessione nel diritto processuale civile*, in *Digesto discipline privatistiche - Sezione civile*, III, Torino, 1988, 424.

⁴⁴⁵ Cfr. A. CHIZZINI, *Il potere istruttorio del giudice amministrativo nel quadro delle recenti riforme delineate dal d. lgs. 80/1998 e dalla l. 205/2000*, cit., 895, nota 79, secondo cui la *ratio* dell'esclusione di tali mezzi di prove "è riferibile solo all'efficacia dispositiva del diritto dedotto (e non certo ... alla loro efficacia di prova legale, dato che pure il giuramento e la confessione non sempre e non strutturalmente hanno quella decisiva efficacia, come confermano gli artt. 2733 e 2738 c.c.)", ai sensi dei quali, in caso di litisconsorzio necessario, la confessione o il giuramento resi da alcuni soltanto dei litisconsorti sono liberamente apprezzati dal giudice.

⁴⁴⁶ Cfr. G. D'ANGELO, *Le prove atipiche nel processo amministrativo*, cit., 90, il quale richiama il noto insegnamento di Benvenuti, secondo cui la prova - confessione era ammissibile nel processo amministrativo, ma sottoposta al prudente apprezzamento del giudice: ciò che doveva essere negato non era la possibilità di una dichiarazione della parte, a sé contraria, e di cui il giudice potesse tenere

del modello di confessione spontanea delineato dalla disciplina processualcivilistica⁴⁴⁷, ma appare coerente con un'interpretazione letterale del dato normativo che lascia aperto uno spazio a tale mezzo istruttorio. La dichiarazione confessoria rimane dunque fonte di conoscenza discrezionalmente apprezzabile dal giudice proprio in virtù del principio del libero convincimento⁴⁴⁸.

Maggiori dubbi possono sorgere invece in relazione alla (seconda e più corretta ragione di esclusione di tali mezzi di prova ossia la) disponibilità soggettiva di disposizione del diritto cui i fatti confessati si riferiscono, che, ai sensi dell'art. 2731 c.c., costituisce il presupposto per l'esperibilità della confessione⁴⁴⁹. La confessione, infatti, è equiparata ad un atto di disposizione, e si riferisce, perciò, non solo ai diritti indisponibili considerati dagli articoli 2733 e 2735 c.c. (a norma dei quali la confessione fa piena prova contro colui che l'ha fatta purché non verta su fatti relativi a diritti non disponibili) ma, più in generale, alla capacità correlata allo stato del soggetto confitente, cioè alla capacità di disporre⁴⁵⁰.

In realtà, occorrerebbe distinguere tra la dichiarazione resa dalla parte pubblica da quella rilasciata dal privato. Nel processo amministrativo, infatti, una

conto ai fini della sentenza, ma era il carattere di prova legale riconosciuto dalle norme civilistiche alla confessione.

⁴⁴⁷ Ad avviso di A. M. ROSSI, *Profili dell'istruttoria nel processo amministrativo tra tradizione e novità*, in *Cons. Stato*, 2000, 2573, l'eventuale dichiarazione confessoria resa dalla parte e contenuta in qualsiasi documento portato all'attenzione del giudice è "certamente svuotata della forza probatoria tipicamente riconosciuta alla confessione processualcivilistica"; l'Autore però precisa che siffatta dichiarazione "non è del tutto inutilizzabile dal giudice perché nulla, ma è piuttosto e più semplicemente inefficace quale «piena prova» rimanendo" liberamente apprezzabile dal giudice.

⁴⁴⁸ Cfr. C. LAMBERTI, *Primi orientamenti sulla prova nel nuovo processo amministrativo*, cit., § 1, secondo cui la confessione, non potendo assumere nel processo amministrativo la natura di prova legale, può rilevare ai fini dell'inversione dell'onere della prova.

⁴⁴⁹ Sicché, ad esempio, le dichiarazioni contenute negli scritti difensivi, in quanto atti di parte, sottoscritti soltanto dal difensore e non dalla parte personalmente, non possono avere valore di confessione giudiziale spontanea a norma dell'art. 229, c.p.c., che richiede testualmente la firma della parte per l'esistenza dell'*animus confidendi*, perché la volontà di riconoscere fatti sfavorevoli al confidente e favorevoli alla controparte può essere manifestata efficacemente solo da chi abbia il potere di disporre del diritto controverso e quindi non dal difensore, a meno che questi sia munito di apposito mandato in tal senso che si aggiunge alla procura alle liti (Cons. Stato, Sez. V, 7 novembre 2006, n. 6526, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2006, 3055).

⁴⁵⁰ Cass. civile, Sez. III, 14 febbraio 2006, n. 3188, in *Giust. civ.*, 2006, 4, la quale aggiunge che, ai sensi dell'art. 2731 c.c., l'efficacia probatoria della confessione discende dalla capacità di disporre del diritto al quale si riferiscono i fatti confessati.

posizione è sicuramente indisponibile, ed è il potere dell'amministrazione, dal momento che "le valutazioni sulla base delle quali l'amministrazione compie le proprie scelte non sono libere nel fine, essendo predeterminato il fine da seguire, per l'appunto il pubblico interesse"⁴⁵¹. Se la confessione proviene invece dal privato non sembrano possano sussistere dubbi in ordine alla sua capacità di disporre della posizione dedotta in giudizio, a meno che non si ricorra all'anacronistica tesi secondo cui l'indisponibilità deriverebbe dall'intima connessione delle situazioni giuridiche – di cui è titolare il privato – con l'esercizio del potere pubblico, tutelate quindi solo in via mediata ed indiretta⁴⁵². Ed invero, l'indisponibilità degli interessi pubblici, coerente con il divieto di confessione, può assumere rilievo solo con riferimento alle dichiarazioni rese dalla parte pubblica, laddove l'interesse privato sotteso al ricorso amministrativo si presenta disponibile, come dimostrato ad esempio dalla circostanza che la parte può prestare acquiescenza all'atto amministrativo, ancora prima della scadenza del termine per il ricorso, con conseguente inammissibilità del ricorso medesimo⁴⁵³.

Opinando in tal senso coerentemente si dovrebbe in realtà concludere – ma si tratta di un tema poco indagato – che l'assunto dell'indisponibilità degli interessi pubblici per giustificare il divieto della confessione sia insufficiente non solo per le dichiarazioni provenienti dalla parte privata ma anche per quelle provenienti dall'amministrazione, per tutte le controversie che non toccano l'esercizio del potere o manifestazioni autoritative e che, quindi, presentano una connotazione essenzialmente patrimoniale, nelle quali "non è in alcun modo ravvisabile una situazione di indisponibilità della posizione giuridica controversa"⁴⁵⁴.

⁴⁵¹ C. E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, cit., 158.

⁴⁵² Non si condivide pertanto la posizione espressa da A. M. ROSSI, *Profili dell'istruttoria nel processo amministrativo tra tradizione e novità*, in *Cons. Stato*, cit., 2573, secondo cui la l'indisponibilità della posizione giuridica del privato sarebbe la conseguenza "della trascendente esistenza di un interesse pubblico da perseguire o cui soggiacere".

⁴⁵³ Cfr., in tal senso, T.A.R. Valle d'Aosta, Sez. I, 2 novembre 2011, n. 71, in *Foro amm.-TAR*, 2011, 3392.

⁴⁵⁴ Così, M. LIPARI, *I principi generali dell'istruttoria nel processo amministrativo dopo la legge n. 205/2000. Le trasformazioni del giudizio e gli indirizzi della giurisprudenza*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 139, il quale rileva come l'irragionevolezza della limitazione probatoria illustrata nel testo deriva anche dal fatto che per i diritti patrimoniali, non attribuiti alla cognizione del giudice amministrativo, resta ancora ferma "la piena

IV. Le illustrate limitazioni in tema di ammissibilità delle dichiarazioni confessorie nel processo amministrativo non dovrebbero destare preoccupazioni sull'esperibilità dell'interrogatorio libero che, alla luce dell'art. 63, c. 5, del Codice, ha trovato definitiva consacrazione nella normativa di settore e che, del resto, aveva già trovato ingresso 'giurisprudenziale' nel giudizio amministrativo⁴⁵⁵. Le risposte date in questa sede non acquisiscono infatti il valore di confessione, non vincolano il giudice nell'accertamento del fatto⁴⁵⁶, il quale invece può trarre elementi liberamente valutabili a fini probatori o di chiarificazione del *thema decidendum*. Come è noto, infatti, è dubbia quale sia l'esatta dimensione funzionale dell'interrogatorio libero, se si tratti cioè di strumento finalizzato alla precisazione e chiarificazione delle rispettive posizioni delle parti in ordine all'oggetto della controversia oppure di strumento a vocazione preminentemente se non esclusivamente probatoria⁴⁵⁷. Quale che sia la corretta ricostruzione dell'istituto in discorso, in ogni caso, esso può rappresentare un utile strumento per il giudice di accertamento dei presupposti della controversia, traendo informazioni rilevanti sui

utilizzabilità, nell'ordinario processo di cognizione svolto davanti al giudice ordinario, di tutti gli ordinari mezzi di prova". V. anche G. LO PRESTI, *L'istruttoria*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, cit., 741, secondo cui l'esclusione della confessione e del giuramento non sarebbero giustificati per le ipotesi in cui l'amministrazione agisca *iure privatorum* ovvero quando il potere di rilievo pubblicistico venga esercitato da soggetti di diritto privato o ancora con riferimento alle controversie relative a diritti soggettivi in rapporti paritetici. *Contra* v. però N. DI MODUGNO, *La nuova giurisdizione esclusiva e la prova nel processo amministrativo: prime riflessioni sulla recente riforma*, cit., 36, nota 112, il quale muove dall'opinabile assimilazione della funzionalizzazione dell'agire pubblico alla indisponibilità delle situazioni giuridiche dedotte in giudizio: "anche quando si estrinseca attraverso strumenti di diritto privato o comunque non autoritativi, l'attività delle Pubbliche Amministrazioni è comunque funzionalizzata alla cura di interessi pubblici sicché, in ogni caso, sembra doversi escludere quella disponibilità delle situazioni sostanziali che è alla base della confessione e del giuramento".

⁴⁵⁵ Ad esempio, T.A.R. Veneto, Sez. I, ord. 1° aprile 2005, in *Corriere merito*, 2005, 845: "ferma l'esclusione dell'interrogatorio formale nelle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del g.a., è ammissibile l'interrogatorio libero delle parti ex art. 117 c.p.c. e la prova per testimoni, previa assegnazione al difensore del ricorrente di un termine per integrare le indicazioni di cui all'art. 244 c.p.c.". Di recente, Cons. Stato, Sez. III, 23 febbraio 2012, n. 1069, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2012, 281, secondo cui non esistono ragioni per affermare che l'interrogatorio libero, che non costituisce un mezzo di prova ma solo uno strumento di possibile convincimento del giudice di natura sussidiaria, in particolare laddove le dichiarazioni di parte trovino riscontro in altri elementi di prova, deve ritenersi incompatibile con la funzione e la struttura del processo amministrativo.

⁴⁵⁶ V. M. NIGRO, *Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, in ID., *La riforma del processo amministrativo*, 1980, 130, il quale osservava che "non vedrei motivo per escludere l'ammissione dell'interrogatorio libero, dalle risposte al quale il giudice non può desumere se non argomenti di prove".

⁴⁵⁷ Si rinvia al riguardo, con ampie citazioni di dottrina e giurisprudenza, a M. MONTANARI, *Art. 117*,

fatti e le parti in causa⁴⁵⁸. Ed infatti la giurisprudenza pronunciata dopo l'entrata in vigore del Codice ha confermato che l'interrogatorio libero può costituire un importante ausilio alla chiarificazione e precisazione delle allegazioni di fatto contenute negli scritti difensionali, specie nelle controversie in cui solo il "contatto" con le parti può fornire indispensabili elementi "sensitivi" di convincimento ai fini del riscontro e della valutazione delle prove (in specie, documentali) già acquisite⁴⁵⁹. Il colloquio informale può consentire altresì al giudice di comprendere in maniera più esauriente i termini reali delle operazioni economiche e dei meccanismi tecnici sovente celati dietro il linguaggio specialistico utilizzato, facilitando allo stesso tempo l'espunzione dal "thema probandum" dei fatti non oggetto di specifica contestazione⁴⁶⁰. E tale 'contatto' tra le parti e il giudice sembra potersi esperire anche in sede di incidente cautelare⁴⁶¹. Si aggiunga che tale strumento potrebbe favorire la conciliazione della lite⁴⁶², da intendersi, più che nel senso proprio del termine, come possibile attività di revisione da parte dell'amministrazione, ad esempio nel caso di un giudizio impugnatorio, della propria decisione. Ferma restando l'importanza che l'interrogatorio libero può assumere nella ricostruzione del fatto, va ricordato che potrebbero verificarsi alcune sovrapposizioni con la richiesta di chiarimenti,

in C. CONSOLO (edizione diretta da), *Codice di procedura civile commentato*, Milano, 2007, 1125 ss.

⁴⁵⁸ Potendo anche orientare la successiva attività istruttoria, per strutturarla secondo un ordine logico e divenire - in alcuni casi - volano per una serie di attività esperibili *ex officio* (P. DIVIZIA, *Riflessioni in tema di confessione ed interrogatorio libero nel processo amministrativo*, in *Foro amm.-TAR*, 2744).

⁴⁵⁹ T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 14 marzo 2012, n. 852, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁴⁶⁰ T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 6 maggio 2011, n. 1205, in *Guida al diritto*, 2011, dossier 9, 33, in cui il giudice ha ammesso l'interrogatorio libero dal momento che nelle produzioni allegare in atti erano comprese numerose dichiarazioni scritte che potevano essere più compiutamente apprezzate attraverso l'audizione orale della ricorrente e di un rappresentante dell'amministrazione.

⁴⁶¹ Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, ord. 6 aprile 2011, n. 904, cit., ove si afferma che "l'art. 55, comma 7, c.p.a. si limita a precisare che, nella camera di consiglio, (soltanto) i difensori sono sentiti ove ne facciano richiesta, previsione quest'ultima compatibile con il fatto che nel processo amministrativo l'interrogatorio libero non è atto processuale che deve indefettibilmente svolgersi *in limite litis* (come invece per gli articoli 183 e 420 c.p.c.) ma è dipeso da una apposita e discrezionale valutazione di rilevanza del Collegio".

⁴⁶² V., per il processo civile, M. NEGRI, *Art. 185*, in L. P. COMOGGIO - C. CONSOLO - B. SASSANI - R. VACCARELLA, *Commentario del Codice di Procedura Civile*, III, Torino, 2012, 361, la quale, in sede di commento del citato articolo, afferma che il giudice può disporre l'interrogatorio libero "anche a fini conciliativi; fermo restando, ovviamente, il potere del giudice ... di disporre l'interrogatorio libero pure indipendentemente dalla possibilità di una conciliazione: un interrogatorio libero che, in questo

soprattutto alla luce dell'art. 63 del Codice che, come visto, prevede che tale richiesta possa essere formulata ad entrambe le parti⁴⁶³.

V. Si è detto che il comma 5 dell'art. 63 ha in parte ridimensionato il tema dell'atipicità delle prove nel processo amministrativo, nel senso di aver reso 'tipici' tutti i mezzi di prova dell'ordinamento processuale civile. E così, come illustrato, non dovrebbero esserci più ostacoli per l'ingresso dell'interrogatorio libero e (forse) della confessione spontanea. Ma analogo discorso potrebbe essere fatto anche per gli ulteriori strumenti *latu sensu* probatori di cui in passato si era discusso della loro ammissibilità: i procedimenti di istruzione preventiva e, in particolare, l'accertamento tecnico preventivo *ex art.* 696 c.p.c.⁴⁶⁴, volto, come è noto, a proteggere dal pericolo del ritardo nell'istruzione il buon esito dei provvedimenti di ammissione dei mezzi istruttori e, quindi, del processo di cognizione⁴⁶⁵. Il procedimento di istruzione preventiva ha la funzione di assicurare cioè, per mezzo del giudice, anche fuori dal processo, la conoscenza di un fatto utile a fini probatori e ha come presupposto una situazione di pericolo ossia l'eventualità che non sia possibile un utile esperimento della prova in relazione ad un giudizio non ancora pendente oppure che, se già introdotto, richieda ulteriore tempo per l'espletamento del mezzo di prova⁴⁶⁶. Si tratta di misure cautelari che non si sostanziano in veri e propri mezzi di prova, ma che svolgono una funzione

caso, avrà ... principalmente una funzione 'istruttoria'".

⁴⁶³ Sul punto si rinvia alle considerazioni espresse *supra* al paragrafo 2.7. Per A. LINGUITI, *Nota a T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 6 maggio 2011, n. 1205*, in *Guida al diritto*, Dossier 9, 2011, 33-34, l'interrogatorio libero si pone "a cavallo tra la verifica, gli schiarimenti ... e l'indagine tecnica ...", ma non si comprende perché l'Autore ritenga che l'ingresso di tale strumento confermerebbe che il processo amministrativo "deve svolgere una funzione non di controllo ma di prosecuzione dell'attività amministrativa volta a realizzare il migliore possibile assetto degli interessi pubblici e privati che l'amministrazione persegue".

⁴⁶⁴ Cfr. A. POLICE, *Istruzione preventiva e processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1998, 629; E. CANNADA BARTOLI, *Accertamento preventivo nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 1998, 497. Secondo P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 2003, 181, sebbene "non sia espressamente previsto, il giudice amministrativo può disporre un accertamento tecnico preventivo ai sensi dell'art. 696 cod. proc. civ."

⁴⁶⁵ La dottrina parla di tutela cautelare della prova (A. A. ROMANO, *Artt. 692-699*, in C. CONSOLO (edizione diretta da), *Codice di procedura civile commentato*, Milano, 2007, 5094).

⁴⁶⁶ In questa sede non è possibile soffermarsi sui presupposti dell'accertamento tecnico preventivo delineati dal c.p.c. Si veda per tutti G. BALENA, voce *Istruzione. Procedimento di istruzione preventiva*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XVIII, Roma, 1990, 5.

istruttoria e completano il quadro degli accertamenti che possono essere disposti per predisporre prove da utilizzare in giudizio.

La giurisprudenza amministrativa ha tradizionalmente ammesso l'esperibilità dell'accertamento tecnico preventivo⁴⁶⁷, soprattutto a seguito delle modifiche operate dalla legge n. 205 del 2000 ossia con l'introduzione della consulenza tecnica nel processo amministrativo⁴⁶⁸. In sostanza, la giurisprudenza individuava l'appiglio per far entrare l'accertamento tecnico preventivo nel processo nell'acquisizione atipica della consulenza tecnica⁴⁶⁹. Peraltro, la consulenza tecnica assunta in sede di istruzione preventiva non poteva essere ammessa nella medesima ampiezza in cui tali mezzi istruttori potrebbero essere utilizzati nel processo ordinario, poiché nell'istruzione preventiva essi mirano soltanto a verificare lo stato dei luoghi o la qualità o la condizione delle cose: la funzione è essenzialmente descrittiva rimanendo esclusa ogni attività valutativa del consulente⁴⁷⁰.

Anche con l'entrata in vigore del Codice l'orientamento è nel senso di ritenere ammissibile l'accertamento tecnico preventivo, per il tramite del più volte citato art. 63, c. 5, che consente appunto l'esperibilità di tutti i mezzi di prova del processo civile⁴⁷¹.

⁴⁶⁷ Un precedente che riveste particolare importanza è rappresentato da T.A.R. Toscana, Sez. I, ord. 20 dicembre 1996, n. 783, in *Foro amm.*, 1997, 1780.

⁴⁶⁸ Cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, decr. 2 febbraio 2002, in *www.lexitalia.it*, che ha ritenuto ammissibile un accertamento tecnico preventivo in corso di causa in forza del richiamo all'art. 1, c. 2 e all'art. 16 l. n. 205 del 2000, con i quali è stata integrata la disciplina in tema di mezzi istruttori nel processo amministrativo, di cui all'art. 44 del r. d. 26 giugno 1924, n. 1054, con la previsione anche della consulenza tecnica. V. anche T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, ord. 4 luglio 2007, n. 5992, in *Urbanistica e appalti*, 2007, 11, 1393. *Contra*, T.A.R. Liguria, Sez. I, 12 luglio 2007, n. 1389, in *Foro amm.-TAR*, 2007, 2320, che con una motivazione poco condivisibile ha affermato che la natura cautelare *ante causam* dello a.t.p. lo renderebbe incompatibile con il giudizio amministrativo, il quale garantirebbe invece un completo sistema di tutela, anche di urgenza e cautelare e che all'interno del procedimento amministrativo sono contemplati accertamenti simili a quelli garantiti con lo strumento in discorso.

⁴⁶⁹ Così G. D'ANGELO, *Le prove atipiche nel processo amministrativo*, cit., 104, il quale tuttavia critica l'atteggiamento della giurisprudenza, dal momento che la consulenza tecnica non dovrebbe sostituire il provvedimento cautelare, ma affiancarsi ad esso ovvero potrebbe essere disposta a conclusione della fase cautelare (al limite con lo stesso provvedimento che si pronuncia sull'istanza cautelare), non in pendenza di essa.

⁴⁷⁰ Che non sia "rigorosamente strumentale a tale funzione". Così A. POLICE, *Istruzione preventiva e processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, cit., 652.

⁴⁷¹ T.A.R. Venezia, Sez. II, 14 dicembre 2011, n. 1830, in *Foro amm.-TAR*, 2011, 3876, che ha ritenuto

In ogni caso, quale che sia la corretta natura, l'accertamento tecnico preventivo (o comunque una qualche forma di 'incidente probatorio') può rivestire una rilevanza decisiva pure nel processo amministrativo, anche in considerazione della finalizzazione dei procedimenti sommari di istruzione preventiva al diritto di difesa e alla tutela delle posizioni giuridiche. La *ratio* del procedimento regolato dall'art. 696 c.p.c. è infatti quella di ovviare al pericolo della dispersione della prova ossia nella possibilità che nel periodo occorrente per l'assunzione della prova in via ordinaria venga meno o risulti comunque alterato l'oggetto della prova medesima, prima che la parte interessata attivi un giudizio di merito. Si è infatti rilevato come anche dinnanzi al giudice amministrativo ben può essere necessario verificare, prima del processo o, urgentemente, in pendenza della lite, uno stato di cose o di luoghi suscettibile di venir meno in tutto o in parte⁴⁷² (si pensi ai settori dell'edilizia e dei condoni nei quali spesso si riscontrano situazioni e luoghi suscettibili di modificarsi nel tempo). L'assunzione di prove prima del processo svolge, pertanto, una funzione sostanzialmente corrispondente a quella che gli altri provvedimenti cautelari spiegano rispetto al soddisfacimento del diritto sostanziale, alla stregua dei principi del giusto processo, del diritto di difesa e di conservazione dei valori giuridici⁴⁷³.

ammissibile il ricorso per accertamento tecnico preventivo in ordine alle condizioni di fatto di un luogo, proprio in virtù dell'art. 63, ultimo comma del Codice. Conforme Cons. Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2011, n. 5769, in *Diritto & Giustizia*, 2011, 15 novembre. *Contra*, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 7 febbraio 2011, n. 377, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui non può richiamarsi l'art. 63, c. 5, perché "lo strumento azionato non costituisce un mezzo di prova... per proprie caratteristiche intrinseche tradizionalmente consolidate, in base alle quali anche nel processo civile è collocato nell'ambito delle misure cautelari". Tuttavia, il collegio afferma che "la categoria dei mezzi di prova assume rilievo giurisdizionale nella misura in cui sia strumentalmente diretta a fornire il sostegno alle allegazioni poste a fondamento della domanda giudiziale" e tale connessione era "insussistente nel caso di specie", ma quindi non potrebbe essere esclusa a priori.

⁴⁷² L. MONTESANO, *Opportunità di istruzioni preventive nella giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 5, il quale estendeva il possibile oggetto delle misure anche ad accertamenti sulla persona, utili ad esempio nelle controversie di pubblico impiego.

⁴⁷³ S. CATTANEO, *L'accertamento tecnico preventivo davanti al g.a.*, in *Urbanistica e appalti*, 2007, 1396, la quale richiama le considerazioni della dottrina civilistica sul punto e cioè che "solo con la previsione di istituti che cautelino il processo, l'unitario sistema della tutela cautelare può dirsi davvero capace di assicurare alla posizione giuridica sostanziale una protezione completa contro ogni *periculum in mora*" (A. A. ROMANO, *La tutela cautelare della prova nel processo civile*, Napoli, 2004, 270).

VI. Pur essendosi ridotto l'ambito di applicazione delle prove atipiche nel processo amministrativo, esso conserva ancora attualità per taluni mezzi istruttori che non sono disciplinati neanche dalle norme della procedura civile. Il riferimento è principalmente alla c.d. perizia stragiudiziale che sempre più di frequente è utilizzata dalla prassi del processo amministrativo (al pari di quello civile)⁴⁷⁴. Si tratta di documenti contenenti il resoconto di un'attività istruttoria effettuata fuori dal processo, avvalendosi di particolari strumenti o competenze tecnico-scientifiche; dissertazioni tecniche su quesiti posti dalle parti stesse, ad opera di un perito che non è designato dal giudice. In realtà, la giurisprudenza è oscillante in ordine al ruolo che tale mezzo può rivestire nel giudizio, confingurandolo, in alcuni casi, come strumento per dimostrare l'esistenza di un principio di prova e, quindi, sollecitare l'esercizio dei poteri istruttori del giudice (con la nomina di un consulente tecnico)⁴⁷⁵; in altri casi è stato ritenuto da solo sufficiente a fondare una sentenza di annullamento, come autonoma fonte di convincimento cioè dell'organo giudicante⁴⁷⁶.

La tesi – a dir il vero ormai recessiva – che assegna alle perizie stragiudiziali il valore di piena prova non sembra corretta, trattandosi pur sempre di strumenti di difesa provenienti da una parte del giudizio⁴⁷⁷, potendo invece costituire al più materiale indiziario utile per valutare le risultanze di determinate prove già

⁴⁷⁴ “Una forma casereccia dell'*expert witness* degli ordinamenti di *common law*” (A. CHIZZINI, *Il potere istruttorio del giudice amministrativo nel quadro delle recenti riforme delineate dal d. lgs. 80/1998 e dalla l. 205/2000*, cit., 884, il quale comunque afferma che “certo è pure che alla luce delle recenti riforme e della generale ammissione della testimonianza oggi ben più difficilmente potrà contestarsi la legittimità di tale radicata prassi”, 898).

⁴⁷⁵ Cons. Stato, Sez. V, 11 agosto 2010, n. 5630, in *Diritto & Giustizia*, 2010, che ha respinto una domanda di revocazione di una sentenza di appello fondata sul presunto errore revocatorio per la mancata valutazione del materiale probatorio versato in atti, atteso che il giudice non è tenuto ad esaminare e confutare le risultanze della consulenza di parte, e perché la stessa consulenza di parte non costituisce elemento di prova; id., Sez. VI, 7 settembre 2006, n. 5166, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2006, 2569; T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 12 luglio 2002, n. 928, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁴⁷⁶ Seppur temperata dalla necessità che i “rilievi” contenuti nelle consulenze di parte siano “precisi e circostanziati” e il giudice renda conto di questa sua positiva valutazione (Cass. civile, Sez. II, 11 ottobre 2001, n. 12411, in *Giust. civ.*, 2001, 1733), fornendo un'adeguata motivazione (Cass. civile, Sez. Lav., 3 marzo 1992, n. 2574, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, 361).

⁴⁷⁷ Come chiarito dalla Corte Costituzionale, secondo cui le consulenze di parte, pur inerendo all'istruzione probatoria, non costituiscono mezzi di prova ma semplici allegazioni difensive a contenuto tecnico, prive di autonomo valore probatorio (ord. 13 aprile 1995, n. 124, in *Giur. cost.*, 1995, 970).

esperite⁴⁷⁸. Del resto, che per la definizione del giudice possa avvalersi di specifiche conoscenze tecniche, qualsiasi esse siano, è ovviamente fuori discussione, ma affinché ciò possa avvenire egli deve necessariamente ricorrere all'ausilio della consulenza tecnica prevista dal Codice, perché, solo in questo modo, l'integrazione del suo sapere può compiersi nell'indispensabile rispetto delle garanzie difensive delle parti, quali sono quelle del contraddittorio e del diritto di difesa, dell'imparzialità e comprovata competenza tecnica del c.t.u., e della trasparenza e controllabilità delle operazioni svolte⁴⁷⁹.

Nondimeno il loro utilizzo può consentire di agevolare il c.d. principio di prova, integrando la domanda e più precisamente la prova dei fatti principali e secondari⁴⁸⁰. In sostanza, la necessità di comprovare, in punto di fatto, le proprie allegazioni, potrebbe essere soddisfatta con il deposito di una consulenza tecnica di parte in cui siano dati al giudice gli elementi di prova a disposizione della parte, a sostegno delle proprie affermazioni⁴⁸¹.

VII. Pure rilevante appare l'utilizzo di prove assunte in un diverso processo (civile, penale o tributario). La giurisprudenza civile, basandosi sull'art. 310, c. 3, c.p.c., secondo cui le prove raccolte in un processo estinto sono valutate dal giudice come argomenti di prova, è consolidata nel ritenere che il giudice, in mancanza di qualsiasi divieto e in virtù del principio dell'unità della giurisdizione, possa utilizzare anche prove raccolte in un diverso giudizio, svolto non solo tra le

⁴⁷⁸ A. DEGLI ESPOSTI, *Appunti sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, cit., 305, la quale richiama il consolidato orientamento della dottrina e dalla giurisprudenza secondo cui "in applicazione dei principi generali e in mancanza di norme che esplicitamente prevedevano una diversa disciplina, la produzione di atti quali perizie giurate e consulenze tecniche asseverate, potranno al più offrire al giudice elementi utili per valutare le risultanze di determinate prove già esperite".

⁴⁷⁹ Come rilevato da A. GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Riv. dir. e proc. civ.*, 2011, 718, il quale, nel criticare l'atteggiamento "lassista" della giurisprudenza che attribuisce valore di piena prova alle perizie stragiudiziali, aggiunge che, se le perizie stragiudiziali prodotte dalle parti vengono utilizzate per la decisione della causa, si determina "un'inammissibile obliterazione delle norme che il c.p.c. detta in tema di c.t.u., proprio al fine di regolare l'uso processuale del sapere tecnico-scientifico".

⁴⁸⁰ Cfr., al riguardo, I. F. CARAMAZZA - M. L. GUIDA, *La prova nel processo amministrativo*, in *Rass. avv. Stato*, 1985, 93, i quali osservano che la giurisprudenza è solita ricondurre atti notori, perizie giurate e consulenze tecniche asseverate all'assolvimento del c.d. onere del principio di prova.

⁴⁸¹ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 30 giugno 1998, n. 971, in *Foro Amm.*, 1998, 1758, in cui è stato dichiarato infondato il gravame proposto perché il ricorrente non ha adempiuto all'onere istruttorio, cui sarebbe stato agevole far fronte "quanto meno mediante il deposito di una consulenza tecnica di parte".

stesse, ma anche tra parti diverse, e, pertanto, può desumere dalle risultanze di esso i medesimi elementi sui quali fondare la sua decisione⁴⁸².

Anche nella giurisprudenza amministrativa l'opinione prevalente era nel senso che il giudice potesse valutare – quantomeno alla stregua di indizi – le prove raccolte in un processo giurisdizionale di altro genere⁴⁸³. In particolare, veniva soprattutto in riferimento non tanto il caso dell'ammissibilità delle prove tipiche raccolte in un altro processo dello stesso genere, ma soprattutto il caso delle prove assunte in altri processi e non previste nel giudizio amministrativo⁴⁸⁴.

Oggi, a seguito dell'ampliamento del catalogo dei mezzi di prova a disposizione del giudice amministrativo, l'indagine dovrebbe concentrarsi in realtà sull'efficacia da assegnare ai mezzi istruttori tipici, in relazione ai quali la diversità rispetto al modello legale consiste nell'utilizzo e nella valutazione delle stesse in una sede diversa da quella in cui sono state raccolte. Ed infatti, tra gli studiosi del processo civile, si è osservato come le prove acquisite in un altro processo – ma contemplate nel catalogo di quelle disponibili – non costituiscano prove atipiche e il loro inquadramento in tale ambito rappresenti in realtà un falso problema⁴⁸⁵.

La giurisprudenza amministrativa, pronunciata dopo l'entrata in vigore del Codice, ha affermato che il giudice amministrativo ben può utilizzare – in mancanza di qualsiasi divieto di legge – come fonte anche esclusiva del proprio convincimento le prove raccolte in un altro giudizio, conclusosi con sentenza non esplicante autorità di giudicato nei confronti di tutte le parti della causa, e ricavare gli elementi di fatto dalla sentenza e dagli altri atti del processo, purché le risultanze probatorie siano sottoposte a un autonomo vaglio critico svincolato

⁴⁸² Cass. civile, Sez. III, 19 febbraio 2008, n. 4239, in *Guida al diritto*, 2008, 21, 50; id., Sez. II, 19 ottobre 2007, n. 22020, in *Giust. civ.*, 2007, 10; id., Sez. I, 27 giugno 2006, n. 14821, in *Giust. civ.*, 2006, 6, con riferimento all'utilizzo di documenti prodotti in altro procedimento di natura amministrativa.

⁴⁸³ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 25 giugno 2004, n. 6254, in *Foro amm.-TAR*, 2004, 17; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 31 maggio 1999, n. 1023, in *Rass. amm. sic.*, 1999, 394.

⁴⁸⁴ V. l'analisi di G. D'ANGELO, *Le prove atipiche nel processo amministrativo*, cit., 73 e 77, il quale osserva come la giurisprudenza, di fronte all'alternativa di accogliere in modo netto e conseguente il canone della tipicità ha scelto "una soluzione di compromesso, che attiene all'efficacia della prova. La prova assunta nell'altro processo, ancorché non corrispondente a un mezzo probatorio previsto per il processo amministrativo, va valutata nei termini di un 'indizio'".

⁴⁸⁵ G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 373.

dall'interpretazione e dalla valutazione che ne abbia già dato l'altro giudice, e purché la valutazione del materiale probatorio sia effettuata in modo globale e non frammentaria e limitata a singoli elementi di prova. In sostanza, la giurisprudenza amministrativa continua a ritenere utilizzabili le prove raccolte in un altro processo (*rectius*: è riconosciuta la loro idoneità ad essere acquisite e valutate, al pari di qualsiasi altra prova) anche come fonte esclusiva del convincimento del giudice in ordine ai fatti di causa, e ciò in ossequio al principio dell'atipicità delle prove⁴⁸⁶. Al riguardo, va considerato che, se è vero che utilizzare una prova formata in un altro processo mina il principio di oralità anche se il processo si è svolto tra le stesse parti, non va trascurato che il principio di oralità non ha valore cogente nel nostro sistema processuale e comunque le prove raccolte in un altro processo dovrebbero pur sempre essersi formate nel rispetto della legge e del diritto di difesa, per cui non sembra inesatto il riconoscimento di un'ampia efficacia probatoria di tali prove⁴⁸⁷.

Quanto invece alle risultanze probatorie acquisite in un altro processo fra parti diverse, non avendo queste (o alcune di queste) potuto partecipare alla formazione della prove, la loro utilizzabilità dovrebbe essere necessariamente subordinata al rispetto del contraddittorio ossia alla possibilità per la parte di addurre la controprova o la prova contraria⁴⁸⁸, pena la loro inammissibilità, a causa di un'indebita compressione del diritto di difesa ai danni di coloro contro cui le prove sono prodotte⁴⁸⁹.

⁴⁸⁶ Cons. Stato, Sez. IV, 12 luglio 2012, n. 4120, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 20 giugno 2012, n. 416, *ivi*; Cons. Stato, Sez. VI, 28 marzo 2012, n. 1833, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2012, 711 il quale ha utilizzato ai fini della decisione le risultanze del processo penale e, tra queste, segnatamente i verbali delle prove testimoniali assunte in sede dibattimentale.

⁴⁸⁷ In termini, A. GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Riv. dir. e proc. civ.*, cit., 722-723.

⁴⁸⁸ In questo senso, si v. Cons. Stato, Sez. V, 10 giugno 1998, n. 798, in *Foro Amm.*, 1998, 1729, che ha ritenuto utilizzabile il materiale probatorio acquisito in un altro processo (nella specie, una consulenza tecnica d'ufficio disposta dall'a.g.o. in una controversia civile intercorsa tra le stesse parti e per il medesimo oggetto del giudizio innanzi a lui), perché le parti erano costituite in entrambi i giudizi. *Contra* sembra, invece, Cons. Stato, Sez. IV, 12 luglio 2012, n. 4120, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che ha ritenuto "superabile" il fatto che il processo penale si è svolto in assenza di contraddittorio con l'amministrazione comunale, non costituitasi parte civile.

⁴⁸⁹ Ad eccezione, si è sostenuto, del caso in cui siano divenute irripetibili (v. S. CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Studi in onore di Allorio*, I, Milano, 1989, 864).

3.7. Le regole istruttorie nel giudizio di appello

I. Una volta riconosciuta l'esigenza che, intervenuta la pronuncia, la causa possa essere riesaminata dallo stesso o da altro giudice, il più importante mezzo di impugnazione, ammesso nei sistemi processuali, è indubbiamente l'appello, che risulta così statisticamente il più usato e, concettualmente, il gravame per antonomasia, cioè quello fra i gravami che ne raccoglie e ne fonde le varie forme e i vari aspetti⁴⁹⁰. E nel processo amministrativo il doppio grado di giurisdizione costituisce un principio di rango costituzionale *ex art. 125 Cost.*⁴⁹¹, diversamente dalla regola generale secondo cui in materia di tutela giurisdizionale il nostro sistema non prevede la garanzia del secondo grado di giudizio, neanche in materia penale⁴⁹². La ragione giustificatrice di tale opzione trova fondamento, per un verso, in esigenze di carattere organizzativo e nella necessità di assicurare il decentramento e l'unità della funzione giurisdizionale amministrativa, ponendo una relazione necessaria tra la periferia e il centro del sistema di giustizia⁴⁹³; e, per altro verso, nella mancanza nel giudizio amministrativo del rimedio per

⁴⁹⁰ P. D'ONOFRIO, voce *Appello (diritto processuale civile)*, in *Novissimo digesto italiano*, I, Torino, 1957, 726.

⁴⁹¹ Cfr. Corte cost., 31 dicembre 1986, n. 301 (la quale ha affermato che "le garanzie del doppio grado di giurisdizione assurgono ad oggetto di norma costituzionale soltanto nell'area dell'art. 125 Cost. riflettente l'appello al Consiglio di Stato avverso le sentenze dei tribunali amministrativi di primo grado") e id., 1° febbraio 1982, n. 8, entrambe in *www.cortecostituzionale.it*.

⁴⁹² V. Corte cost., 10 luglio 1973, n. 117, in *www.cortecostituzionale.it*, secondo cui in materia penale "il doppio grado della cognizione di merito non ha rilevanza costituzionale e non inerisce, per necessaria implicazione, alla garanzia della difesa. ... Sicché, senza contrasto coi precetti della Costituzione, il legislatore ordinario può diversamente strutturare il processo di appello disciplinando, nell'ambito della sua discrezione, l'effetto devolutivo del gravame e l'opportunità o meno della rimessione della causa al primo giudice. E ciò anche nelle ipotesi di gravame nelle quali si adducono nullità incidenti sul procedimento di primo grado".

⁴⁹³ Cfr. G. MASTRANDEA, *Le impugnazioni*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2008, 1024, il quale rileva come le esigenze organizzative di "corrispondere ad un determinato assetto dell'amministrazione e della sua organizzazione una determinata organizzazione della giustizia amministrativa, ed in particolare delle garanzie giurisdizionali da offrirsi al cittadino nei riguardi dell'amministrazione pubblica al livello possibilmente più vicino, a spiegare anche la collocazione della norma sul doppio grado di giurisdizione nel Titolo V della Parte II" della Costituzione. Anche C. E. GALLO, voce *Appello nel processo amministrativo*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, I, Torino, 1987, 316, secondo cui il costituente aveva voluto "consentire al cittadino di rivolgersi ad un giudice amministrativo che fosse a lui più vicino, e quindi in qualche modo più facilmente raggiungibile ... la previsione di un giudice locale voleva [poi] rafforzare il decentramento della macchina burocratica statale".

Cassazione per violazione di legge⁴⁹⁴. Con l'istituzione dei T.A.R., quali organi di giustizia amministrativa di primo grado, ad opera della legge n. 1034 del 1971, si è così attuato in concreto il doppio grado di giurisdizione nel processo amministrativo, peraltro non attraverso la creazione di un organo di appello, ma attraverso l'istituzione di un nuovo giudice periferico di primo grado, il cui inserimento nell'ordinamento al di sotto del giudice preesistente ha, automaticamente, attribuito a quest'ultimo la funzione di giudice di seconda istanza⁴⁹⁵.

II. La disciplina dell'appello era costituita da un insieme disorganico di disposizioni ricavate dalla legge n. 1034 e dai più risalenti regolamenti sull'attività giurisdizionale del Consiglio di Stato (i citati r. d. 17 agosto 1907, n. 642, e r. d. 26 giugno 1924, n. 1054)⁴⁹⁶.

Per quanto qui rileva, sulla base dell'art. 28, c. 4, della legge n. 1034 del 1971, ai sensi del quale il Consiglio di Stato in sede di appello esercita gli stessi poteri giurisdizionali di cognizione e di decisione del giudice di primo grado, era generalmente esclusa la sussistenza di un principio preclusivo relativo alla produzione di nuove prove nel giudizio amministrativo di secondo grado⁴⁹⁷. In sostanza, secondo un'interpretazione letterale delle suddette disposizioni, i poteri istruttori del giudice di appello corrispondono a quelli del giudice Tar⁴⁹⁸, ferme

⁴⁹⁴ V. Corte costituzionale, 15 aprile 1981, n. 62, in *www.cortecostituzionale.it*.

⁴⁹⁵ A. PAJNO, *Appello nel processo amministrativo e funzioni di nomofilachia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, 542.

⁴⁹⁶ In ogni caso, come rilevato, l'insufficienza e la lacunosità della normativa richiamata depongono chiaramente nel senso del ruolo fondamentale della giurisprudenza e degli interpreti nella ricostruzione dogmatica dell'istituto nonché nel rinvenimento della disciplina applicabile (F. SATTA, *L'appello nel processo amministrativo*, in *Foro it.*, 1989, V, 437-438).

⁴⁹⁷ V. M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960, 387, secondo cui "è nella stessa struttura dell'istruzione nel processo amministrativo, in cui sono attribuiti al giudice larghi poteri esercitabili *ex officio*, che può trovarsi uno specifico fondamento della possibilità di introduzione di nuove prove in appello ... il meccanismo del metodo acquisitivo sembra sollecitare la concessione della massima libertà alle parti di introdurre nuove prove nel processo fino alla fine di esso (e, quindi, anche in secondo grado)".

⁴⁹⁸ V. G. VACIRCA, *Sull'ammissibilità di nuove prove in appello nel processo amministrativo*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 1987, 94, il quale aggiunge che in un processo a metodo acquisitivo "sembra difficile ammettere un sistema di preclusioni in materia probatoria, il quale presuppone che i mezzi di prova siano nella piena disponibilità delle parti e che l'eventuale decadenza sia suscettibile di pregiudicare soltanto quella di essa che vi incorra". In termini v. anche C. E. GALLO, voce *Appello nel processo amministrativo*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, cit., 329, secondo cui il giudice di appello può "disporre i medesimi

restando le limitazioni che non dipendono dal regime istruttorio, ma dalle caratteristiche proprie del giudizio di appello. Sicché, ad esempio, nel caso in cui l'ammissibilità o la rilevanza di un mezzo di prova sia stata esclusa in prime cure, in difformità della richiesta di parte, la riproposizione del mezzo stesso in Consiglio di Stato era consentita soltanto se il relativo capo di sentenza avesse formato oggetto di autonome censure. In assenza del motivo d'appello, quel capo di sentenza passava in giudicato⁴⁹⁹.

La tesi in discorso muoveva anche da due ulteriori argomenti. In primo luogo, dal punto di vista sistematico, i mezzi istruttori ammissibili erano indicati nel Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato (art. 44) e non nella legge Tar del 1971: appariva logico concludere che il disposto dell'art. 44 trovasse applicazione innanzitutto al processo al quale si riferisce e, soltanto in virtù del rinvio operato dall'art. 19 della legge n. 1034 del 1971, anche al giudizio dinnanzi al Tar⁵⁰⁰. In secondo luogo, pressappoco nel medesimo periodo temporale, anche nel vicino processo civile era consentita la produzione di nuovi documenti e l'ammissione di nuovi mezzi di prova (v. l'art. 345 c.p.c. in vigore a quel tempo), con la sola condizione che, se ciò poteva essere fatto in primo grado, ne sarebbero derivate conseguenze in ordine alla liquidazione delle spese e all'addebito di queste ultime alla parte che era rimasta inerte in occasione delle produzioni e delle deduzioni istruttorie dinnanzi ai primi giudici⁵⁰¹.

incombenti istruttori che può disporre il giudice di primo grado”.

⁴⁹⁹ L. MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, cit., 168, il quale ripropone pertanto le medesime considerazioni (per la cui critica v. *supra* nel testo) in ordine all'estensione dei poteri istruttori del giudice di primo grado ossia la sussistenza, anche per il Consiglio di Stato, del “potere-dovere di introdurre nel processo fatti secondari, fatti impeditivi, modificativi ed estintivi e fatti notori, disponendo anche d'ufficio l'assunzione di tutti quei mezzi istruttori, consentiti dall'ordinamento, che siano idonei a realizzare la completezza dell'istruzione”, in sintesi: “nuove prove sono quindi ammissibili in appello”.

⁵⁰⁰ G. CORSO, voce *Istruttoria nel processo amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, cit., 17-18, il quale, ad ulteriore sostegno della conclusione illustrata, osserva, per un verso, che quando il legislatore ha voluto ampliare i mezzi istruttori ammissibili (: la consulenza tecnica) lo ha fatto attraverso una modifica del T. u., e, per altro verso, con la riforma del 1998, il potere di assumere nella giurisdizione esclusiva i mezzi di prova del codice civile è stato attribuito “non al tribunale amministrativo regionale, ma al giudice amministrativo (art. 35, co. 3): con evidente riferimento al giudice di ciascuno dei due gradi di giudizio”.

⁵⁰¹ In realtà, nell'originario testo del c.p.c. del 1942 il divieto di introdurre ‘novità’ era assai rigoroso e severo ma con la modifica operata dalla legge n. 581 del 1950, all'art. 36, fu ammessa la produzione di

In realtà, oltre che dal dato letterale, l'orientamento giurisprudenziale amministrativo che si è sviluppato sulla base di tali scarse disposizioni normative è stato fortemente influenzato dalla disciplina del processo civile e dalle interpretazioni su questa fornite dalla Cassazione. Ed infatti, nel vigore dell'art. 345 c.p.c. di cui si è detto, si è consolidato un indirizzo che riteneva ammissibili nuove prove e nuove produzioni documentali nel giudizio di appello⁵⁰². In questa giurisprudenza però il rinvio all'art. 345 c.p.c. appare per lo più "tralatizio": in genere non sono enunciate particolari motivazioni, ad eccezione della considerazione della mancanza di una disciplina specifica nel processo amministrativo e di una generica compatibilità del citato articolo con i principi del processo amministrativo di appello⁵⁰³.

A seguito della modificata all'art. 345 del c.p.c. operata dalla legge n. 353 del 1990, ossia a seguito dell'introduzione del divieto di nuove prove in appello, anche la giurisprudenza prevalente ha mutato radicalmente avviso⁵⁰⁴, ritenendo applicabile al processo amministrativo la nuova regola sancita dall'art. 345 in ragione – parrebbe – della natura di principio processuale generale e quindi applicabile anche al processo amministrativo⁵⁰⁵. Non sono mancate tuttavia pronunce – invero minoritarie – le quali hanno invece continuato a negare rilevanza al nuovo art. 345, dal momento che la disciplina processuale

nuovi documenti e l'ammissione di nuovi mezzi di prova. Come si dirà, il c.p.c. è stato poi più volte modificato sul punto (cfr., con riferimento agli effetti sulla giurisprudenza amministrativa, M. STECCANELLA, *Il "novum" nel giudizio amministrativo di appello: prove nuove e domande nuove*, in www.giustamm.it).

⁵⁰² Cons. Stato, Sez. VI, 6 maggio 1993, n. 321, in *Foro it.*, III, 502; *ibid.*, 12 giugno 1992, n. 482, in *Foro Amm.*, 1992, 1403; *id.*, Sez. V, 13 settembre 1991, n. 1150, in *Foro Amm.*, 1991, fasc. 9; Cons. Giust. Amm. Sic., 8 novembre 1988, n. 186, in *Giur. amm. sic.*, 1989, 71, Cons. Stato, Sez. VI, 31 luglio 1987, n. 506, in *Cons. Stato*, 1987, 1132;

⁵⁰³ A. TRAVI, *Nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, 2 giugno 1999, n. 963 e id., Sez. V, 15 luglio 1998, n. 1045*, in *Foro it.*, 1999, III, 487, a cui si rinvia per un'ampia citazione giurisprudenziale.

⁵⁰⁴ Come osservato da F. SAIITA, *I nova nell'appello amministrativo*, cit., 50, il Consiglio di Stato si è "supinamente adagiato" al nuovo comma 3 dell'art. 345 c.p.c.; l'Autore critica pertanto l'atteggiamento della giurisprudenza amministrativa che - sovvertendo acriticamente il precedente orientamento - ha aderito alla nuova formulazione dell'art. 345 "come se nulla fosse, quasi che il legislatore avesse inteso intervenire anche sull'appello amministrativo".

⁵⁰⁵ *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 1 ottobre 2008, n. 4738, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2008, 2758; *id.*, Sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3649, in www.giustizia-amministrativa.it; *id.*, Sez. VI, 27 luglio 2007, n. 4166, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2007, 2257; *id.*, Sez. IV, 2 giugno 1999, n. 963, in *Giur. it.*, 1999, 1734.

amministrativa sarebbe modellata sulle originarie disposizioni del processo civile⁵⁰⁶.

Il quadro era reso ancor più frammentato dall'ulteriore distinzione operata in seno alla giurisprudenza in relazione al tipo di prova da ammettere, affermandosi che il divieto di *ius novorum* in appello riguarderebbe solo le prove costituenti e non quelle costituite (*id est*, i documenti). In particolare, tale orientamento derivava, da un lato, dall'acritica adesione alla giurisprudenza civile⁵⁰⁷ che per lungo tempo – ancorché oggetto di critiche⁵⁰⁸ – ha escluso i documenti dal divieto dei *nova* in appello⁵⁰⁹, e, dall'altro lato, dal particolare ruolo che tali prove rivestono nel processo amministrativo. Sul punto, peraltro, è intervenuto nuovamente il legislatore chiarendo *expressis verbis* con la legge n. 69 del 2009 (la c.d. legge sulla competitività) che il divieto di ammissione di nuovi mezzi di prova nel giudizio di appello si estende anche ai documenti, salvo che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile⁵¹⁰.

⁵⁰⁶ Cons. Stato, Sez. V, 11 settembre 2007, n. 4789, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2007, 2483; Cons. Giust. Amm. Sic., 29 gennaio 2007, n. 22, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. V, 2 marzo 1999, n. 222, in *Foro Amm.*, 1999, 680, secondo cui “la novella del 1990 al codice di rito non ha minimamente interessato il giudizio amministrativo di primo grado, le cui fasi non prevedono la preclusioni per le parti nel processo civile”.

⁵⁰⁷ F. SAIITA, *I nova nell'appello amministrativo*, cit., 51.

⁵⁰⁸ V. C. BELFIORE, *Qualche osservazione sulla produzione di documenti in appello*, in *Giur. merito*, 2004, 2425 ss., il quale rilevava come questa interpretazione giurisprudenziale non scaturiva da “precise norme legislative, né dal complessivo sistema del processo”, ed invece i documenti non sono concettualmente “cosa diversa dai mezzi di prova, poiché al pari di ogni altro mezzo di prova, essi nel processo non hanno altra funzione che quella di costituire uno strumento atto ad ammannire dimostrazione di fatti o situazioni rilevanti ai fini della decisione della causa”.

⁵⁰⁹ Giurisprudenza pacifica quantomeno sino al *revirement* operato dalle Sezioni Unite della Cassazione (20 aprile 2005, n. 8203, in *Giust. civ.*, 2005, 9, 2019; ma in precedenza si v. già Cass. civile, Sez. Lav., 20 gennaio 2003, n. 775, in *Giur. it.*, 2003, 1096), la quale ha affermato che nel rito ordinario, con riguardo alla produzione di nuovi documenti in grado di appello, l'art. 345, comma 3, c.p.c. “va interpretato nel senso che esso fissa sul piano generale il principio della inammissibilità di mezzi di prova “nuovi” - la cui ammissione, cioè, non sia stata richiesta in precedenza - e, quindi, anche delle produzioni documentali, indicando nello stesso tempo i limiti di tale regola, con il porre in via alternativa i requisiti che tali documenti, al pari degli altri mezzi di prova, devono presentare per poter trovare ingresso in sede di gravame ...: requisiti consistenti nella dimostrazione che le parti non abbiano potuto proporli prima per causa ad esse non imputabile, ovvero nel convincimento del giudice della indispensabilità degli stessi per la decisione”.

⁵¹⁰ Al riguardo, la Suprema Corte ha dissentito dalla tesi dottrinale secondo cui la produzione di documenti non contrasterebbe con i principi di concentrazione e celerità del processo, dal momento che: i) il principio del contraddittorio impone al giudice, provato un determinato fatto rilevante ai fini

Di conseguenza, e sempre a legislazione di settore invariata, la giurisprudenza amministrativa mutò nuovamente avviso sostenendo che il divieto di produzioni documentali introdotto dalla legge n. 69 citata potesse estendersi anche al giudizio amministrativo⁵¹¹.

Insomma, sulla reale portata del divieto di nuove prove in appello si è detto davvero tutto e tutto il suo contrario⁵¹².

E si aggiunga che i problemi sull'estensione dei poteri istruttori del giudice di secondo grado sono inevitabilmente influenzati dalla risoluzione della delicata questione della natura del giudizio di appello in Consiglio di Stato che, come è noto, non ha ancora trovato definitiva sistematizzazione⁵¹³.

Si tratta cioè di stabilire preliminarmente se si tratti di rimedio rivolto, almeno tendenzialmente, ad una nuova pronuncia sulla medesima controversia oggetto del giudizio di primo grado in funzione di una decisione sostitutiva (*novum iudicium*) ovvero di un rimedio rivolto ad una pronuncia tesa a controllare la sentenza emessa in prime cure ai fini della sua rescissione (*revisio prioris instantiae*)⁵¹⁴.

della decisione grazie alla produzione di un documento, di consentire all'altra parte di replicare, *i.e.* di dedurre i mezzi di prova che si rendono eventualmente necessari in relazione ai documenti prodotti; ii) se la semplice produzione in giudizio del documento effettivamente si attua con il mero deposito del medesimo in cancelleria o in udienza e quindi non comporta le attività spesso numerose necessarie per l'assunzione di una prova c.d. «costituenda», è innegabile che il giudice, prima di pronunciarsi, dovrà esaminare e valutare l'efficacia probatoria del documento; iii) ove la controparte contesti la validità o l'autenticità del documento prodotto, l'innestarsi di un procedimento di verifica della scrittura privata ovvero di querela di falso sul giudizio principale, non potrà che dilatare, talora significativamente, la durata dello stesso (in argomento v. R. GIORDANO, *La produzione di nuovi documenti in appello nel processo ordinario e in quello del lavoro secondo le sezioni unite della Corte di cassazione*, in *Giust. civ.*, 2005, 2040).

⁵¹¹ Tra le più recenti prima dell'entrata in vigore del Codice, Cons Stato, Sez. VI, 5 ottobre 2010, n. 7293, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2010, 2173; *ibid.*, 6 settembre 2010, n. 6473, in *www.giustizia-amministrativa.it*; *id.*, Sez. IV, 27 luglio 2010, n. 4915, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2010, 1439.

⁵¹² Tanto che le continue oscillazioni giurisprudenziali hanno indotto alcuni autori ad auspicare un intervento compositore dell'Adunanza Plenaria: M. BORGIO, *Il divieto di prove nuove nel giudizio amministrativo. Contrasti giurisprudenziali nell'ambito del Consiglio di Stato*, in *Rass. avv. Stato*, 2007, 248.

⁵¹³ La questione accennata nel testo, assai complessa e il cui adeguato approfondimento presupporrebbe la soluzione di numerosi problemi di carattere generale sulla natura e il contenuto del giudizio di appello, da un lato, esula dai limiti della presente ricerca e dall'altro - come subito si dirà brevemente - non ha ancora trovato una soluzione univoca.

⁵¹⁴ R. VILLATA, *Considerazioni sull'effetto devolutivo dell'appello nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 138. Propende per la prima tesi A. QUARANTA, voce *Doppio grado di giurisdizione (principio del): III) Diritto processuale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XII, Roma, 1989, 3. Per la seconda v. P.

Se il giudice di secondo grado è investito infatti (solo) della critica della sentenza di prime cure non potrebbero essere introdotti nuovi elementi probatori; viceversa la prospettiva dell'appello in funzione di nuova decisione della controversia porterebbe ad ammettere in linea di massima i *nova*.

Sul punto, va osservato che, pur rappresentando una disputa forse più terminologica che reale⁵¹⁵, né la dottrina né la giurisprudenza hanno raggiunto una posizione univoca e non sono mancate nemmeno posizioni intermedie secondo cui l'oggetto dell'appello amministrativo è sia la sentenza del T.a.r. sia il rapporto sostanziale già sottoposto al giudizio di quest'ultimo⁵¹⁶. In sostanza, ponendosi di fronte all'alternativa, sentenza o provvedimento amministrativo, come oggetto del giudizio di secondo grado, non è agevole pervenire ad una soluzione unitaria attesa la multiforme realtà che presenta il doppio grado di giudizio e la particolare struttura del giudizio amministrativo che, già in primo grado, è un giudizio di impugnazione, in cui si deducono specifici motivi che, tendenzialmente, si è soliti riprodurre anche in appello⁵¹⁷.

Al riguardo, si aggiunga anche che, come è stato osservato, l'influenza condizionante potrebbe anche essere in senso inverso: è dalla concreta disciplina dello *jus novorum* che può desumersi il modello d'appello⁵¹⁸.

VIRGA, *Diritto amministrativo*, II, *Atti e ricorsi*, Milano, 2001, 381.

⁵¹⁵ Cfr. G. TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2002, 295 e segg., il quale rileva che trattasi di formule a cui non può attribuirsi un valore assoluto e che, in ogni caso, la linea di fondo della scelta legislativa - nel processo civile - appare certamente orientata verso la qualificazione dell'appello come *revisio prioris instantiae*.

⁵¹⁶ Cfr., da ultimo, F. SAIITA, *Commento all'art. 101 del codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, § 1, secondo cui "il problema dell'oggetto del giudizio d'appello debba essere risolto evitando troppo rigide contrapposizioni e che, anziché rincorrere soluzioni generali, valide per tutte le ipotesi, si debba distinguere caso per caso: ci sembra, cioè, che, ancorché l'oggetto dell'appello amministrativo si identifichi formalmente con la sentenza di primo grado ... dal punto di vista sostanziale esso muti a seconda della posizione delle parti e dell'esito del processo di primo grado". In generale, si v. A. SCOGNAMIGLIO, *L'appello al Consiglio di Stato*, in E. PICOZZA (a cura di), *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, 2003, 453 ss.; A. PAJNO, *Appello nel processo amministrativo e funzioni di nomofilachia*, in *Studi per il centenario della Quarta Sezione*, II, Roma, 1989, 825 ss.

⁵¹⁷ Così G. ABBAMONTE - R. LASCHENA, *Giustizia amministrativa*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 287.

⁵¹⁸ F. SAIITA, *I nova nell'appello amministrativo*, cit., 59 e 255 ove si afferma che "è quantomeno dubbio che il regime dello *jus novorum* sia condizionato dall'oggetto del giudizio o comunque in qualche modo connesso ad esso, non foss'altro perché la sua individuazione non preesiste alle norme di legge, ma semmai si trae da queste ultime, sicché non è affatto scontato che, ad es., un appello finalizzato al

III. Su queste premesse si inserisce oggi la disciplina introdotta dal Codice, che dedica al tema dei *nova* l'art. 104, il cui 2° comma stabilisce che “non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che il collegio li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa, ovvero che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile”.

Il Codice ha dunque recepito integralmente il contenuto dell'art. 345 c.p.c., come modificato dalla legge n. 69 del 2009, assecondando l'atteggiamento della giurisprudenza amministrativa che, come visto, tendeva ad uniformarsi alla disciplina del processo civile, così come interpretata dalla Cassazione.

L'applicazione della norma sarà pertanto condizionata innanzitutto dall'interpretazione dei presupposti dell'indispensabilità e della causa non imputabile.

Al riguardo, sembra possibile richiamare gli *arrets* della giurisprudenza civile, condivisi successivamente anche da quella amministrativa. In particolare, sono stati ritenuti *indispensabili* i mezzi di prova necessari e decisivi per la decisione di secondo grado: idonei ad orientare in modo determinante il convincimento del giudice circa la conferma o la riforma della sentenza, poiché concernenti i fatti la cui mancata considerazione ha direttamente influito sulla decisione giudiziale. In altri termini, sarebbero indispensabili i soli fatti idonei a portare alla definizione della controversia, là dove i fatti che potrebbero sì orientare la definizione della lite, ma unicamente se valutati con altri già risultanti da prove già assunte o acquisite, non potrebbero considerarsi decisivi⁵¹⁹.

riesame dell'intera controversia debba necessariamente ammettere con ampiezza i *nova*; non è casuale, d'altronde, che i processualciviliisti individuino talvolta il criterio distintivo fra le due figure del *novum iudicium* e della *revisio prioris instantiae* proprio nella disciplina dello *jus novorum*”.

⁵¹⁹ Né potrebbero ritenersi “indispensabili” le prove che li hanno ad oggetto, restando dunque l'ammissione di detta prova subordinata alla dimostrazione dell'incolpevole ritardo (v. A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile e il progetto del Senato sul giudice di pace*, Padova, 1991, 160). In giurisprudenza, Cass. civile, Sez. III, 5 dicembre 2011, n. 26020, in *Giust. civ.*, 2011, 12, 1733; *ibid.*, 21 giugno 2011, n. 13606, in *Diritto & Giustizia* 2011, 24 giugno; *id.*, Sez. I, 17 giugno 2009, n. 14098, in *Guida al diritto*, 2009, 31, 70.

E in questo senso si muove anche la recente giurisprudenza amministrativa secondo cui le prove indispensabili sono “suscettibili di una influenza causale più incisiva rispetto a quella che le prove, definite come "rilevanti", hanno sulla decisione finale della controversia”⁵²⁰.

Nello specifico, tra le ipotesi che la dottrina processualcivilistica ha ritenuto integrare il presupposto dell’indispensabilità e che possono assumere rilevanza anche nel processo amministrativo si segnalano: i) i mezzi di prova la cui mancata assunzione in primo grado dipende dall’aver il giudice ritenuta assorbita la domanda o la questione cui inerivano⁵²¹; ii) i mezzi di prova necessari alla dimostrazione delle domande nuove proponibili (: interessi e gli accessori maturati dopo la sentenza impugnata, nonché il risarcimento dei danni subiti dopo la sentenza stessa, *ex artt.* 345 c.p.c. e 104 del Codice); iii) le prove connesse a fatti sopravvenuti o divenuti rilevanti a seguito di *ius superveniens*⁵²².

Nonostante gli sforzi della giurisprudenza va detto comunque che la formula utilizzata dal legislatore è molto ampia e lascia all’interprete una sostanziale discrezionalità⁵²³. In particolare, non è facile distinguere il concetto di indispensabilità da quello di rilevanza, posto che la prova o serve o non serve ai fini della causa: se oggetto di un mezzo di prova è un fatto rilevante ai fini della decisione, la prova è rilevante; altrimenti è irrilevante. In realtà, l’espressione

⁵²⁰ Cons. Stato, Sez. VI, 12 dicembre 2011, n. 6497, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2011, 3753 il quale aggiunge che tali prove “proprio perché "indispensabili", sono capaci, in altri termini, di determinare un positivo accertamento dei fatti di causa; decisivo talvolta anche per giungere ad un completo rovesciamento della decisione cui è pervenuto il giudice di primo grado”; id., Sez. IV, 10 novembre 2011, n. 5943, ivi, 2011, 3383, il quale conclude per un’influenza “anche determinante nella decisione finale della controversia”; per Cons. Stato, Sez. IV, 6 giugno 2011, n. 3384, in www.giustizia-amministrativa.it, sono indispensabili le prove “dal cui esito può emergere l’ingiustizia della prima sentenza e condurre a rovesciarne le statuizioni”; conforme id., Sez. VI, 4 giugno 2007, n. 2951, in *Foro it.*, 2008, III, 240.

⁵²¹ B. SASSANI, voce *Appello (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, agg., III, Milano, 1999, 190.

⁵²² M. DE CRISTOFARO, *Art. 345*, agg. A. TEDOLDI, in C. CONSOLO (edizione diretta da), *Codice di procedura civile commentato*, Milano, 2007, 2726, ed ivi ulteriori fattispecie (tipicamente processualcivilistiche) con riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

⁵²³ Cfr. F. MINNITI - M. MINNITI, *Giudizio di appello nel rito civile (cenni). L’ammissibilità di prove nuove in appello; in particolare, contenuto del concetto di indispensabilità (artt. 345 e 437 c.p.c.)*, in www.giustamm.it.

utilizzata dal legislatore rappresenta “un invito al giudice di appello ad essere ... parco nell’ammissione delle nuove prove”⁵²⁴.

Quanto alla (circostanza alternativa⁵²⁵ della) non imputabilità della causa che ha impedito alla parte di produrre o proporre un mezzo di prova nel giudizio di primo grado, si tratta in realtà di un’ulteriore utilizzazione dello strumento della rimessione in termini imperniato sulla non imputabilità della ragione di decadenza⁵²⁶ derivante, ad esempio, dalla sussistenza di un evento storico estraneo al processo o di un comportamento dell’avversario che abbiano impedito per la parte la proposizione del mezzo di prova⁵²⁷. Così ricostruito, il principio in questione ben si coordina e trova un’indiretta conferma nella previsione contenuta nel successivo comma 3 dell’art. 104, ai sensi del quale la proposizione di motivi aggiunti è ammessa soltanto qualora la parte venga a conoscenza di documenti non prodotti dalle altre parti nel giudizio di primo grado dai quali emergano vizi degli atti o provvedimenti impugnati.

IV. Ciò chiarito, i maggiori problemi di coordinamento attengono al rapporto tra lo svolgimento del giudizio di appello in punto di istruttoria come delineato dall’art. 104 del Codice con la struttura propria dei poteri istruttori del giudice amministrativo. In altri termini, la scelta del legislatore codicistico di ridurre l’attività istruttoria in appello alle ‘strette’ di cui all’art. 104 citato sembra la mera trasposizione delle previsioni del c.p.c. senza che sia stato tenuto in debito

⁵²⁴ Così P. SANDULLI - A. M. SOCCI, *Il processo del lavoro. La disciplina processuale del lavoro privato, pubblico e previdenziale*, Milano, 2010, 403 e nota 33.

⁵²⁵ Cons. Stato, Sez. IV, 15 marzo 2012, n. 1453, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2012, 598: “trattandosi di criteri alternativi, e non cumulativi, essi [l’indispensabilità e la non imputabilità] vanno analizzati separatamente”.

⁵²⁶ Cfr. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2006, 452, nt. 40, il quale ritiene che l’illustrata *ratio* della clausola di salvezza “avrebbe dovuto suggerire l’utilizzazione del rimedio ... anche per la proposizione di eccezioni non potute proporre in primo grado per ragioni non imputabili alla parte”.

⁵²⁷ Cfr. di recente Cons. Stato, Sez. V, 18 aprile 2012, n. 2241, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2012, 9, che ha ritenuto ‘rituale’ la presentazione di documentazione relativa all’autorizzazione commerciale solo in appello, dal momento che “la documentazione in questione non era ancora nella disponibilità di essa appellante, ma soltanto in quella della titolare della licenza, dalla quale solo recentemente era poi riuscita ad acquisirla”. Sembra far rientrare nel concetto di non imputabilità la forza maggiore, la scoperta tardiva o il fatto dell’avversario, Cons. Stato, Sez. VI, 15 giugno 2011, n. 3642, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2011, 6, 2057.

conto la persistente differenza nello svolgimento del giudizio. Ed infatti, la nuova formulazione dell'art. 345 c.p.c. costituisce il punto di arrivo dell'evoluzione del processo civile nel quale ad un rigido sistema di preclusioni che caratterizza il giudizio primo grado si affianca logicamente (ma comunque non è una conseguenza necessitata) un giudizio di appello altrettanto 'vincolato'. Nel processo amministrativo non vige invece un sistema di preclusioni e l'istruttoria è caratterizzata da ampia elasticità delle forme. Inoltre (e soprattutto), le regole di decadenza in materia probatoria anche in appello presuppongono che i mezzi di prova siano nella disponibilità delle parti e ciò sovente non accade nel processo amministrativo, informato, come ampiamente illustrato, al c.d. metodo acquisitivo.

Insomma, non si comprende per quale ragione l'attenuazione del principio dispositivo in ordine alla prova dei fatti dovrebbe valere solo per il giudizio di primo grado e non anche per il giudizio di appello⁵²⁸. Né potrebbe essere motivata una tale scelta sulla base del principio della ragionevole durata del processo che è uno soltanto dei principi del "giusto processo" e non può essere considerato automaticamente prevalente sulle altre garanzie costituzionali⁵²⁹. Del resto, proprio con riferimento alla compatibilità con la Costituzione, la Consulta ha affermato che "la possibilità che un'attività probatoria rimasta preclusa nel giudizio di primo grado sia esperita in appello, per cui l'instaurazione del secondo grado di giudizio sia l'unico mezzo attraverso il quale quell'attività possa essere svolta, non è di per sé irragionevole"⁵³⁰. Né, ancora, come si legge in alcune pronunce del Consiglio di Stato, l'inaammissibilità della produzione di nuovi

⁵²⁸ Cfr. R. GRECO - M. POLIZZY, *Art. 104*, in R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Codice del processo amministrativo*, Roma, 2010, 1427-1428, secondo i quali i principi in materia di prova che governano il giudizio amministrativo anche in grado di appello non coincidono "interamente con il rigido principio dispositivo che connota il processo civile, in ragione della posizione di supremazia che caratterizza la p.a., che spesso è la sola detentrica della documentazione indispensabile ai fini del decidere ed alla quale, pertanto, non può attribuirsi il potere di 'condizionare' l'esito del giudizio attraverso possibili omissioni e abusi".

⁵²⁹ G. COSTANTINO, *Le riforme dell'appello civile e l'introduzione del "filtro"*, in *Libro dell'anno del diritto Treccani 2013* (in corso di pubblicazione).

⁵³⁰ Corte cost., ord. 28 luglio 2000, n. 401, in *www.giurcost.org*, la quale naturalmente rimette una siffatta scelta alla discrezionalità (insindacabile) del legislatore.

documenti e la deduzione di nuovi mezzi istruttori potrebbe derivare dalla specificità del processo amministrativo “finalizzato e strutturato ad un rapido accertamento dell’assetto giuridico da dare agli interessi pubblici”⁵³¹, perché è una considerazione troppo generica ed astratta per fondare una preclusione processuale⁵³², ed anzi la natura pubblica degli interessi coinvolti nel giudizio potrebbe invocata anche a sostegno della necessità di accertare, finché sia possibile, i fatti⁵³³.

Sicché, sembra ragionevole concludere che, in ossequio ai principi (ulteriori: parità delle parti ed effettività di tutela) del giusto processo, qualora in appello sorga (*rectius*: sia ritenuta sussistente emendando eventualmente la decisione di primo grado) la necessità di riequilibrare la posizione delle parti del giudizio, il Consiglio di Stato dovrebbe poter usare gli analoghi poteri istruttori del giudice di primo grado, anche in ossequio a una maggiore aderenza al vero della decisione di gravame⁵³⁴. Il metodo acquisitivo, inteso come forma di garanzia dell’intero processo amministrativo, dovrebbe consentire cioè l’introduzione di nuovo materiale istruttorio nel processo, fino alla fine di questo⁵³⁵.

D’altronde, il principio della ragionevole durata del processo impone soltanto un’attività probatoria rilevante ed utile, ma non consente affatto di scaricare sulle parti le lentezze del processo, pur di farlo apparire celere⁵³⁶. Deve

⁵³¹ V. Cons. Stato, Sez. V, 15 luglio 1998, n. 1045, in *Foro it.*, 1999, III, 486, e *ibid.*, 2 novembre 1998, n. 1569, in *Foro amm.*, 1998, 3089.

⁵³² A. TRAVI, *Nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, 2 giugno 1999, n. 963 e id., Sez. V, 15 luglio 1998, n. 1045*, cit., 485.

⁵³³ G. VACIRCA, *Sull’ammissibilità di nuove prove in appello nel processo amministrativo*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, cit., 94.

⁵³⁴ Cfr. F. SAIITA, *I nova nell’appello amministrativo*, cit., 326, secondo cui in considerazione dell’esigenza di tutelare “il valore della decisione “giusta” in quanto fondata sulla ricostruzione veritiera dei fatti (valore garantito ... dall’art. 111 Cost. almeno quanto quello della ragionevole durata del processo) l’adozione del principio di preclusione dovrebbe rendere doverosa, in una prospettiva costituzionalmente orientata, la previsione di una certa dose (compatibile, ovviamente, con la necessaria terzietà del giudice) di poteri istruttori officiosi”.

⁵³⁵ F. D’ANGELO, *Prove nuove in appello e legittimità dell’azione amministrativa*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2008, 620, il quale ritiene che il principio acquisitivo anche in appello ha “un’intrinseca funzione sociale, in quanto consente di superare quella situazione di imparità processuale, esistente tra parti private e p.a., in punto di scoperta della prova”.

⁵³⁶ V. A. M. SOCCI, *Le preclusioni alle produzioni documentali nel processo civile dopo le Sezioni Unite. Il CTU e le produzioni documentali*, in *Giur. it.*, 2006, 99, secondo cui “nessun principio di preclusione può far produrre più sentenze, per quanto drastico sia”.

comunque trattarsi di prove la cui ammissibilità o rilevanza non sia stata esclusa dalla sentenza impugnata, posto che, in tal caso, l'esercizio dei poteri istruttori sarà subordinato all'accoglimento di uno specifico motivo di censura: l'ammissione del mezzo istruttorio deve passare attraverso una riforma della sentenza impugnata. Quando invece il mezzo istruttorio non è escluso dalla sentenza, la sua ammissione non incide sulla medesima, anche se dal suo espletamento potrebbero derivare elementi di prova idonei a provocare una riforma della decisione di primo grado⁵³⁷.

L'effetto devolutivo nel processo amministrativo non si manifesta dunque, sotto questo profilo, devolvendo al giudice di secondo grado il fatto come accertato nel giudizio di primo grado, bensì mediante la devoluzione al Consiglio di Stato degli stessi poteri spettanti al giudice di primo grado (anche se questi non li abbia esercitati) ai fini dell'accertamento del fatto⁵³⁸. In altri termini, qualunque sia il vizio denunciato, il giudice di appello ha il potere di indagare liberamente, mediante l'acquisizione di nuove prove o mediante il compimento di nuove valutazioni sul fatto, avvalendosi degli stessi poteri del giudice di primo grado, senza particolari limitazioni.

Non sfugge che con tale soluzione potrebbe venir contraddetto lo spirito della riforma (ancorché forse non voluto) che, da un lato, con l'art. 104 ha introdotto un rigido sistema di preclusioni e, dall'altro lato, non riproduce più il citato art. 28 della legge n. 1034 il quale, come detto, 'consegnava' al Consiglio di Stato gli stessi poteri istruttori del Tar⁵³⁹.

⁵³⁷ L. MIGLIORINI, voce *Istruzione del processo amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, cit., 6, il quale precisa pertanto che l'estensione dei poteri del giudice di appello deve comunque essere determinata in relazione all'iniziativa delle parti interessate.

⁵³⁸ V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, 876, il quale aggiunge che il giudice di appello non incontra "limitazioni per quel che concerne l'indagine sul fatto, escludendosi, correlativamente, ogni preclusione per le parti nella deduzione di nuovi mezzi di prova, ai fini della rinnovazione dell'istruttoria, ovviamente nei limiti delle censure proposte nell'atto di appello o nei limiti in cui il giudice possa rilevare di ufficio questioni attinenti al giudizio di primo grado".

⁵³⁹ Ad avviso di A. MEALE, *Le impugnazioni*, in R. CARANTA (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Bologna, 2010, 789-790, la mancata riproposizione nel Codice dell'art. 28 della legge T.A.R., e cioè che il Consiglio di Stato in sede di appello esercita gli stessi poteri giurisdizionali di cognizione e di decisione del giudice di primo grado, non assumerebbe particolare rilievo atteso che "eguale potestà discende lo stesso proprio dall'aspetto rinnovatorio del rimedio, ossia la sostituzione del nuovo al

Una soluzione di compromesso potrebbe allora ricercarsi all'interno dello stesso art. 104 e cioè ritenere indispensabili ai fini della decisione i mezzi di prova che il giudice di appello ritenga necessario acquisire, *ex officio* o su istanza di parte. Sicché, ad esempio, “ove la parte interessata, senza produrre il documento che risulti decisivo, ne affermi l'esistenza, il giudice amministrativo potrebbe esercitare i poteri istruttori tipici di un processo basato sul metodo acquisitivo”⁵⁴⁰. E ciò perché, come illustrato, il giudizio amministrativo si fonda, in tema di prova, sul principio dispositivo con metodo acquisitivo e, sulla base di tale principio, non può che essere consentito al giudice, anche nel grado di appello, di disporre eventuale istruttoria per l'acquisizione degli atti ritenuti necessari per la sua decisione, senza che possa valere la preclusione dettata dal citato art. 104, comma 2, c.p.a.⁵⁴¹.

Rimane il dubbio che tale ipotesi sia compatibile con il concetto di indispensabilità che non solo, come visto, è interpretato molto restrittivamente, ma potrebbe anche essere destinato a scomparire.

Con la recente legge n. 134 del 2012⁵⁴² è stato, infatti, nuovamente modificato l'art. 345 c.p.c. eliminando il riferimento all'indispensabilità dei mezzi di prova ai fini della decisione della causa per la loro ammissione lasciando 'sopravvivere' soltanto il presupposto della non imputabilità. In sostanza, stando alla lettera del nuovo articolo 345, comma 3, il giudice d'appello civile non potrebbe mai ammettere nuovi mezzi di prova, neppure ove questi siano

precedente giudizio”.

⁵⁴⁰ Cons. Stato, Sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7343, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2005, 3666. Si v. anche una dotta sentenza del Consiglio di Stato nella quale il giudice di secondo grado, riformando la decisione di prime cure, ha disposto “un'istruttoria ufficiosa” ritenendo, sempre in disaccordo dal T.A.R., che i ricorrenti avessero soddisfatto “l'onere della formulazione ed individuazione dei vizi inficianti i provvedimenti di cui si dolgono nei limiti consentiti dalla disponibilità degli atti, adducendo concreti elementi idonei a dimostrare quantomeno la possibilità di sussistenza dei denunciati vizi”. E tale attività delle parti è stata considerata sufficiente “per l'esercizio, ai fini della decisione sui motivi suddetti, del potere acquisitivo, di cui dispone il Giudice amministrativo” anche di appello (Cons. Stato, Sez. III, 21 dicembre 2011, n. 6775, in www.giustizia-amministrativa.it).

⁵⁴¹ Cons. Stato, Sez. III, 14 giugno 2012, n. 3528, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁴² L. 7 agosto 2012, n. 134, di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, recante misure urgenti per la crescita del Paese.

“indispensabili”, salvo che la parte dimostri di non averli potuti proporre o produrre nel giudizio di primo grado⁵⁴³.

Alla luce della perfetta corrispondenza tra le regole istruttorie del giudizio di appello civile e quello amministrativo a cui si è assistito sino ad oggi, è presumibile ritenere che l’art. 104 del Codice possa essere emendato, espungendo il riferimento alle prove indispensabili tra quelle ammissibili nel giudizio dinnanzi al Consiglio di Stato⁵⁴⁴. Ove dovesse concretamente essere apportata tale modifica, si acuirebbe la distanza tra le tradizionali regole istruttorie del processo amministrativo e il relativo giudizio di appello, con evidenti ripercussioni sulla tutela dei valori costituzionali di cui le prime sono poste a presidio⁵⁴⁵.

⁵⁴³ Scelta peraltro già criticata tra i primi commentatori alla nuova riforma del processo civile (cfr. G. FINOCCHIARO, *Ridotta l'ammissibilità delle nuove prove in appello*, in *Guida al diritto*, 2012, 35, 64, il quale ritiene “che la riforma dell’articolo 345 sia soltanto ‘di facciata’, ma all’atto applicativo il giudice dell’appello possa e debba continuare ad ammettere i nuovi mezzi di prova indispensabili per la decisione: opinare diversamente, infatti, significherebbe che il giudice dell’appello dovrebbe limitarsi a pronunciare sull’erroneità dell’operato del primo giudice, senza poter però rimediare agli errori compiuti da questi, il che si risolve in un assurdo logico, prima ancora che giuridico”. Sicché, ad avviso di tale Autore, nel caso in cui il giudice di appello accolga l’impugnazione, e ritenga che sia erroneo l’accertamento di fatto compiuto dal giudice di primo grado ovvero che le disposizioni di diritto applicabili nella specie siano diverse da quelle applicate in prime cure e richiedano nuovi accertamenti di fatto, “si troverà inevitabilmente nella necessità di rinnovare l’istruzione e di ammettere nuovi mezzi di prova”). “Gravemente limitativa delle potenzialità dell’appello” è stata definita la modifica all’art. 345 c.p.c. dall’Ufficio studi del Consiglio Nazionale Forense (dossier, 2012, 7, 40), con “la conseguenza che l’unico margine per l’integrazione probatoria risulta affidato alla ricorrenza del caso fortuito o della forza maggiore”.

⁵⁴⁴ Come osservato, con riferimento ai precedenti ‘recepimenti’ nella disciplina processual-amministrativa delle modifiche apportate in quella civile, nel processo amministrativo si tratta di interpretare l’art. 345, c. 3, c.p.c. “semplicemente per quel che dice” (L. BERTONAZZI, *Legge 18 giugno 2009, n. 69 e giustizia amministrativa: una primissima lettura*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 851).

⁵⁴⁵ Cfr., per un’interpretazione non dissimile da quella proposta seppur a livello di enunciato generale, Cons. Stato, Sez. V, 8 marzo 2011, n. 1465, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2011, 912 secondo cui “la *ratio* dell’art. 345, comma 3, c.p.c., laddove prevede, in deroga al divieto dei *nova* in appello, l’ammissibilità delle prove indispensabili, esprime invero l’esigenza di garantire, per quanto possibile, l’aderenza della decisione di gravame alla verità sostanziale, in esplicazione del principio del ‘giusto’ processo, sancito dall’art. 111, comma 1, Cost., la cui attuazione postula anche, se non in primo luogo, la tendenziale aderenza del risultato del processo alla verità sostanziale (in punto di fatto) e al diritto oggettivo sostanziale (in punto di diritto)”; v. anche *ibid.*, 14 settembre 2010, n. 6689, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2010, 1867.

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

I. L'effettività della tutela giurisdizionale è, in generale, la capacità del processo di conseguire risultati nella sfera sostanziale, vale a dire garantire la soddisfazione dell'interesse sostanziale dedotto in giudizio dal ricorrente⁵⁴⁶, attraverso il rispetto delle garanzie del giusto processo.

L'art. 44 della legge delega n. 69 del 2009 per il riassetto della disciplina del processo amministrativo ha indicato tra i principi e i criteri direttivi “assicurare la snellezza, concentrazione ed effettività della tutela”, e gli articoli 1 e 2 del Codice, di conseguenza, collocando l'effettività della tutela al primo posto tra i principi generali, hanno prescritto che la giurisdizione amministrativa assicuri una tutela piena ed effettiva secondo le regole del giusto processo⁵⁴⁷.

E i principi di cui ai primi articoli non rappresentano mere enunciazioni prive di portata applicativa ma assurgono, al contrario, a chiave di lettura dell'intero sistema, fornendo criteri integrativi per l'interpretazione delle specifiche previsioni codicistiche⁵⁴⁸.

In verità, il testo originariamente proposto dalla Commissione istituita presso il Consiglio di Stato per la redazione del Codice conteneva una più compiuta articolazione dei principi destinati a configurare pienamente quello amministrativo come processo ‘giusto’: nella norma riguardante il giusto processo vi era un espresso riferimento alle regole del “pieno accesso agli atti” e alla “piena

⁵⁴⁶ R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2011, 1727, con particolare riferimento al tema delle azioni introdotte dal Codice. In generale, sulle diverse accezioni in cui la locuzione “effettività della tutela giurisdizionale” è stata impiegata nell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale v. S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo – Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004, 43 ss., e ID., voce *Giusto processo (dir. proc. amm.)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, t. 1, Milano, 2008, 377 ss.

⁵⁴⁷ Come è noto, il principio dell'effettività della tutela era già desumibile dall'enunciato contenuto nel primo comma dell'art. 24 Cost. ed è espressamente statuito da fonti sovranazionali come gli articoli 6 e 13 della Convenzione di Roma ed è affermato nell'art. 47, 1° comma, della Carta di Nizza (cfr. M. BELLAVISTA, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 608, e C. E. GALLO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza dei giudici amministrativi italiani*, in *Dir. amm.*, 1996, 499 ss.).

⁵⁴⁸ In questo senso, tra gli altri, R. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo*, cit., 45.

conoscenza dei fatti”⁵⁴⁹. Come è noto, nella sua ultima lettura, il Governo, sulla base di generiche direttive di contenimento della spesa pubblica, ha apportato numerose modifiche al testo elaborato dalla Commissione e, nel Libro I, ha ritenuto di sintetizzare alcuni dei principi conseguenti alla disaggregazione del principio generale del giusto processo: ne è risultato un testo tecnicamente non molto elegante perché ha inserito una norma fondamentale (il principio del giusto processo) dopo norme che del principio del giusto processo sono una conseguenza (parità delle parti e contraddittorio)⁵⁵⁰. Il criterio guida del giusto processo è però definitivamente codificato e costituisce dunque il principio che deve informare l’interpretazione delle previsioni del Codice.

Da questo punto di vista, la conoscenza del fatto, in una logica di indifferenza del giudice verso la natura delle parti e le loro valutazioni, in una logica che lascia l’interesse dell’amministrazione “fuori dalla porta” rispetto alla funzione giurisdizionale, è il primo degli elementi che fanno la differenza⁵⁵¹. Anzi, è proprio nelle pieghe del fatto che spesso “si annidano le deviazioni del potere e/o le malizie del singolo”⁵⁵². In effetti, per “giusto processo amministrativo”, con particolare riguardo alla materia istruttoria, s’intende un sistema che permetta la realizzazione di un’eguaglianza sostanziale delle parti innanzitutto attraverso un più immediato e diretto accesso al fatto da parte del giudice e che preveda a tal fine l’esperibilità dei relativi mezzi di prova, cioè la possibilità di avvalersi – in condizione di parità nel processo – di tutti gli strumenti probatori previsti dall’ordinamento a tutela delle posizioni soggettive⁵⁵³.

⁵⁴⁹ Come segnalato da A. PAJNO, *Il Codice del processo amministrativo ed il superamento del sistema della giustizia amministrativa. Una introduzione al libro I*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 129.

⁵⁵⁰ F. MERUSI, *Il Codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 8-9. In particolare, l’art. 2 del Codice (rubricato “giusto processo”) stabilisce che “il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall’articolo 111, primo comma, della Costituzione”.

⁵⁵¹ A. TRAVI, *Feliciano Benvenuti e la giustizia amministrativa*, cit., 417.

⁵⁵² G. ABBAMONTE, *L’ingresso del fatto nel processo amministrativo*, cit., il quale osserva come il fatto sia ormai “entrato nel processo amministrativo ed è decisivo per l’identificazione delle questioni da prospettare e da risolvere e per la determinazione dei contenuti dei provvedimenti conseguenti” (§ 4).

⁵⁵³ A. LAMORGESE, *L’effettività della tutela nell’esperienza giurisprudenziale*, in *Foro amm.–Cons. Stato*, 2009, 1109 ss..

II. La disciplina originaria dell'istruttoria era indubbiamente lacunosa e i mezzi di prova erano limitati e sostanzialmente insufficienti per garantire un soddisfacente accertamento del fatto: alle (innegabili) considerazioni critiche svolte da Giannini con cui si è aperto il presente lavoro si sono susseguite però profonde trasformazioni del processo amministrativo e della sua fase istruttoria che hanno mutato il contesto di riferimento.

In particolare, già la legge n. 205 del 2000 ha segnato una tappa importante sul percorso individuato dal “Legislatore del giusto processo”, ammettendo nella giurisdizione esclusiva tutti i mezzi di prova previsti nel codice di procedura civile, con esclusione delle prove c.d. legali dell'interrogatorio e del giuramento (art. 7 l. n. 205 del 2000), ma compresa la consulenza tecnica, mezzo istruttorio introdotto anche nella giurisdizione generale di legittimità ai sensi dell'art. 16 della legge stessa.

Con il Codice si è assistito a un'ulteriore riscrittura della disciplina dell'istruttoria probatoria, ma molti temi sono rimasti sullo sfondo, a cominciare dall'individuazione dei principi generali dell'istruttoria stessa.

Sicché, gli studiosi sono stati chiamati a un'attività interpretativa per l'applicazione delle norme codicistiche non inferiore a quella cui erano chiamati in passato, in quanto il Codice costituisce senz'altro un “punto d'arrivo” delle elaborazioni degli ultimi decenni, ma è soprattutto un “punto di partenza” per l'evoluzione successiva.

In particolare, va senz'altro apprezzata la scelta espressa dal decreto n. 104 del 2010 con la quale è stata superata l'ingiustificata distinzione dei mezzi istruttori fondata sulla tipologia di giurisdizione presa in considerazione: il tradizionale riferimento alla giurisdizione esclusiva o di merito è apparso invero insufficiente a fondare mezzi istruttori più ampi di quelli generali o, meglio, per ritenere legittima la limitatezza dei mezzi istruttori nella giurisdizione di legittimità.

E' indubbio infatti che l'ampliamento dei mezzi di prova possa contribuire al pieno accesso al fatto da parte del giudice amministrativo e dunque ad un processo più giusto, inteso come capacità di penetrazione effettiva del sindacato

del giudice sulla realtà di fatto⁵⁵⁴: il contrasto della tradizionale disciplina del processo amministrativo rispetto al principio costituzionale del giusto processo, ossia come diritto alla prova dei fatti, era apparso evidente.

Tuttavia, anche in relazione al nuovo catalogo di mezzi di prova, non possono non evidenziarsi nuovamente alcune lacune e contraddizioni che caratterizzano il Titolo III del Libro II del Codice.

Il riferimento è, innanzitutto, all'art. 63, c. 4, del Codice che, come detto, subordina l'esperibilità della consulenza tecnica ad un giudizio di stretta necessità. Una previsione che, letteralmente intesa, potrebbe portare ad un declassamento della c.t.u. rispetto ad altri mezzi istruttori, da esperirsi solo in caso di stretta indispensabilità e, come tale, si mostra non in linea con l'attuale sviluppo del processo amministrativo.

Del pari, l'introduzione - ad opera dell'art. 63, c. 3, del Codice - della testimonianza nella sola forma scritta, al contrario del processo civile nel quale è alternativa a quella orale, non sembra rispettosa delle garanzie costituzionali della formazione della prova.

Anche la disciplina dei tradizionali mezzi di prova (innanzitutto la verifica e le prove documentali) risente di incrostazioni legate alla tradizione che, come illustrato, appaiono ingiustificate sul piano del giusto processo e del contraddittorio tra le parti.

In particolare, il Codice omette di prevedere la possibilità per le parti di conoscere le modalità di svolgimento delle operazioni della verifica e di assistere al compimento delle stesse.

Inoltre, soltanto con anacronistiche ragioni di ordine storico si può spiegare il divieto per il giudice amministrativo di accertare, anche solo incidentalmente, la falsità degli atti pubblici, in violazione delle garanzie costituzionali della tutela giurisdizionale piena ed effettiva.

⁵⁵⁴ V. D. DALFINO, *Disposizioni di rinvio e principi generali*, in *Foro it.*, 2010, V, 232, secondo cui è "espressione del principio di effettività la possibilità di far ricorso a (quasi) tutti i mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile (resta ancora fermo il divieto di giuramento e interrogatorio formale)".

Infine, sebbene in linea generale rappresenti un valido strumento di attuazione del giusto processo, la trasposizione del principio di non contestazione dal c.p.c. nel giudizio amministrativo presenta incognite rilevanti, a causa dell'assenza di previsioni espresse relative alla sua concreta applicazione ed efficacia.

Così come, nel richiamare le (scarne) regole processual-civilistiche dell'istruzione probatoria nel grado di appello, il Codice non tiene conto delle peculiarità e delle caratteristiche proprie del processo amministrativo.

III. E' sul piano del "non detto" che si scontano però le maggiori difficoltà interpretative.

In particolare, come si è visto, i principi enunciati in tema di estensione degli oneri probatori delle parti e dei poteri del giudice forniscono indicazioni obiettivamente altalenanti e si prestano a letture diverse, lasciando all'interprete il compito di orientarne la loro applicazione.

Il punto di equilibrio tra poteri officiosi e onere della prova non è stato infatti cristallizzato da una norma limitandosi a prevedere il Codice che spetta alle parti "l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità" riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni: un criterio guida che deve essere modulato quindi sul caso concreto.

E, in conformità alle regole del giusto processo, la tutela perché possa dirsi effettiva richiede innanzitutto che nell'applicazione al caso concreto si compensino sul piano processuale le disparità che eventualmente sussistono tra le parti sul piano sostanziale⁵⁵⁵ sul terreno della prova, posto che è intuitivo che un regime processuale sbilanciato a favore di una delle parti (come sovente avviene nel campo delle prove) finisce per rivelarsi veicolo di una tutela non effettiva, in

⁵⁵⁵ Nel giudizio amministrativo "parità delle parti e contraddittorio devono valere sempre, anche quando una delle parti sia pubblica, ed eserciti, sul piano del diritto sostanziale o comunque fino al momento del processo, poteri di supremazia e/o di autorità. Nel momento in cui entra nel processo, dunque, la pubblica amministrazione deve allinearsi alle altre parti in posizione pariordinata", A. DI GIOVANNI, *La domanda riconvenzionale nel processo amministrativo*, Padova, 2004, 72.

quanto inadeguata, per l'altra⁵⁵⁶. Il giusto processo implica, infatti, quale suo diretto e immediato corollario anche la "parità delle armi" nell'ambito del contraddittorio da intendersi come parità in ogni fase del processo⁵⁵⁷. I soggetti processuali devono essere posti "in condizioni di parità" ovverosia nella posizione di poter dedurre e agire effettivamente sul piano processuale, innanzitutto salvaguardando il diritto alla prova delle proprie affermazioni, senza che alcuna di essa sia arroccata su una posizione di privilegio⁵⁵⁸.

Certamente, non è solo sul piano processuale, ma anche su quello pre-processuale, ossia nel procedimento, che si debbono reperire nuovi spazi di tutela per la parte con riferimento alla cognizione dei fatti da dedursi poi in causa⁵⁵⁹. Tuttavia, il settore del processo non può dirsi estraneo alle difficoltà che rendono problematica per le parti stesse la dimostrazione di un fatto.

In assenza di previsioni normative espresse, le disposizioni codicistiche devono essere pertanto ricostruite nel senso di consentire ancora al giudice l'esercizio del potere-dovere di intervenire nel campo delle prove, dando impulso ai propri poteri istruttori, laddove alla parte sia pregiudicato il diritto alla prova delle proprie affermazioni.

Allo stato, non paiono infatti essere ancora maturi i tempi per il riconoscimento alle parti dell'esclusivo (o quantomeno di un maggior) potere di iniziativa istruttoria.

Non si tratta di una deresponsabilizzazione degli attori del processo dagli oneri probatori che dovrebbero essere loro attribuiti o nel

⁵⁵⁶ S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo – Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, cit., 68.

⁵⁵⁷ V. F. MERUSI, *Il Codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, cit., 9, secondo cui "se le conseguenze dell'applicazione del giusto processo ad un processo amministrativo contrastano con un principio elaborato dalla dottrina, è il diritto amministrativo che deve essere cambiato" (11).

⁵⁵⁸ L. IEVA, *Riflessioni sul principio costituzionale del "giusto processo" applicato al giudizio amministrativo*, in *www.giustamm.it*, § 3.

⁵⁵⁹ A. CHIZZINI, *Il potere istruttorio del giudice amministrativo nel quadro delle recenti riforme delineate dal d. lgs. 80/1998 e dalla l. 205/2000*, cit., 910.

“sovradimensionamento del ruolo del giudice”⁵⁶⁰, rischi che, come illustrato, sono invece scongiurati con la riserva agli stessi dell’introduzione dei fatti rilevanti⁵⁶¹.

Insomma, non sono qui in gioco i principi cardinali del processo di parti (il principio della domanda, la terzietà del giudice, ecc.), ma sono ragioni di giustizia che devono tendere al superamento di una concreta “diseguaglianza” che le parti incontrino nel “terreno materiale”⁵⁶².

Del resto, come detto, per tali aspetti il Codice non assume una posizione netta, ed è quindi compito degli interpreti e del giudice amministrativo fornire i criteri idonei per orientarsi, con le connesse responsabilità.

Sicché, il raggiungimento dell’effettività della tutela del cittadino nei confronti del potere pubblico non è dato soltanto dagli strumenti normativi, sostanziali e processuali, ma anche dalla ‘cultura’ del ceto giuridico che questi strumenti interpreta e applica⁵⁶³.

E l’obiettivo di assicurare un processo giusto costituisce un fattore cruciale nell’attuale contingenza, nella quale la giurisdizione amministrativa ha assunto ormai un rilievo determinante nell’ordinamento giuridico e nelle dinamiche di mercato. Ad essa è affidata infatti la cognizione delle controversie concernenti i nuovi diritti civili e sociali, le privatizzazioni e le liberalizzazioni, le grandi infrastrutture, l’organizzazione dei servizi e la qualità delle prestazioni, le attività di regolazione e i provvedimenti delle autorità indipendenti⁵⁶⁴. Anche in

⁵⁶⁰ M. LIPARI, *I principi generali dell’istruttoria nel processo amministrativo dopo la legge n. 205/2000. Le trasformazioni del giudizio e gli indirizzi della giurisprudenza*, cit., 94.

⁵⁶¹ Cfr. M. BELLAVISTA, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, cit., 609-610, secondo cui, per assicurare l’effettività della tutela, si potrebbe relegare “il principio dispositivo alla sola formazione della domanda, lasciando la possibilità di intervento al giudice nella fase di istruzione”.

⁵⁶² F. BENVENUTI, *L’istruzione nel processo amministrativo*, cit., 209.

⁵⁶³ Cfr. A. ZITO, *Tendenze della giustizia amministrativa negli anni Novanta e prospettive di riforma*, in *Jus*, 1997, 237 ss., secondo cui l’effettività della tutela del privato nei confronti della p.a. non è “tanto questione di scelta tra giudice ordinario o amministrativo ... quanto piuttosto sia questione di strumenti che l’ordinamento mette a disposizione del giudice sul piano sostanziale e processuale ed anche questione di adeguatezza dei modelli culturali sulla cui base viene interpretato il rapporto tra P.A. e privati e conseguentemente le stesse norme che questo rapporto disciplinano” (239).

⁵⁶⁴ V. B. RAGANELLI, *Efficacia della giustizia amministrativa e pienezza della tutela*, in F. G. SCOCA (studi diretti da), *Nuovi problemi di amministrazione pubblica*, Torino, 2012, 2, la quale aggiunge che “come giudice naturale dell’interesse pubblico nell’economia il giudice amministrativo interviene in settori che vanno dall’energia ai trasporti, dalle comunicazioni alle infrastrutture, in uno scenario sempre più aperto alle regole della concorrenza”. In relazione all’attuale ruolo del giudice amministrativo che

considerazione dell'impatto economico e sociale delle decisioni giurisdizionali amministrative, modi e tempi del giudizio sono divenuti fattore di accelerazione dei cambiamenti, quale elemento di sviluppo e di competitività, di crescita e di modernizzazione del paese⁵⁶⁵.

In tale contesto, tuttavia, la vigenza di un processo paritario, osservato dalla visuale del pieno accesso al fatto e agli atti, di una tutela giurisdizionale piena e non inferiore a quella dei diritti, la concreta possibilità per le parti di dimostrare la fondatezza delle loro pretese, e, tutto ciò, in un contesto di regole certe in materia di istruzione probatoria e in particolare nella distribuzione dei relativi oneri⁵⁶⁶, rappresentano traguardi ambiziosi (ma includibili) che stentano ancora, sia da parte del legislatore sia da parte della giurisprudenza, ad essere raggiunti⁵⁶⁷.

“deve assicurare una tutela certa, rapida ed effettiva, contribuendo così a garantire anche la competitività del Paese” v. le riflessioni di R. GAROFOLI, *La giustizia amministrativa: la strada già percorsa e gli ulteriori traguardi da raggiungere*, in *www.giustamm.it*, §1.

⁵⁶⁵ V. P. DE LISE, *Audizione sulla riforma della giustizia*, Commissioni riunite I e II della Camera dei Deputati, esame del disegno di legge costituzionale del Governo C. 4275 Riforma del titolo IV della parte II della Costituzione, Roma, 27 maggio 2011, pubblicata su *www.camera.it*.

⁵⁶⁶ Come osservato da A. TRAVI, *Considerazioni sul recente codice del processo amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 606-607, il “diritto processuale esige regole chiare e predeterminate, anche quando sia ‘amministrativo’: un ‘giusto’ processo tendenzialmente non dovrebbe ammettere mai norme incerte, o addirittura cangianti nel corso del suo svolgimento”.

⁵⁶⁷ Risulta ancora attuale e pertinente la considerazione secondo cui “per scarsa lungimiranza legislativa, per eccessiva determinazione giurisprudenziale, e forse anche per inadeguato interesse dottrinale, il nostro è ancora un sistema di giustizia amministrativa che aspetta di essere perfezionato e valorizzato” (A. POLICE, *La piena giurisdizione del giudice amministrativo*, in E. PICOZZA (a cura di), *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, 2003, 137).

BIBLIOGRAFIA

G. ABBAMONTE, *L'ingresso del fatto nel processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*;

G. ABBAMONTE - LASCHENA, *Giustizia amministrativa*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1997, XX;

M. ACIERNO - C. GRAZIOSI, *La riforma del 2009 nel primo grado di cognizione: qualche ritocco o un piccolo scisma?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 155 ss.;

L. ACQUARONE, *Il sistema probatorio*, in *Processo amministrativo: quadro problematico e linee di evoluzione*, (Atti del XXXI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 19-21 settembre 1985, Milano, 1988);

L. ACQUARONE, *Riflessioni e proposte in tema di riforma del sistema probatorio*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 155 ss.;

A. ANDREANI, *L'istruzione nel processo davanti ai tribunali amministrativi regionali: esperienze e prospettive*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 479 ss.;

A. ANDREANI, *Riflessioni sulla forma ed impugnabilità degli atti collegiali dei tribunali amministrativi regionali*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 435 ss.,

A. ANDREANI, *Riflessioni sulla forma ed impugnabilità degli atti collegiali dei Tribunali amministrativi regionali*, in *Il Processo amministrativo. Scritti in onore di Giovanni Miele*, Milano, 1979;

V. ANDRIOLI, voce *Prova (diritto processuale civile)*, in *Novissimo digesto italiano*, XIV, Torino, 1967, 260 ss.;

V. ANDRIOLI, voce *Prova testimoniale (diritto processuale civile)*, in *Novissimo digesto italiano*, XIV, Torino, 1967, 329 ss.;

E. A. APICELLA, *L'incidente di falso nel procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 776 ss.;

C. ARRIGONI, *Poteri istruttori "ex officio" del giudice del lavoro*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 333 ss.;

- C. ASPRELLA, *La testimonianza scritta e il tramonto dell'oralità*, in G. BALENA - A. CHIZZINI - F. CIPRIANI - S. MENCHINI - G. MONTELEONE (a cura di), *Il giusto processo civile*, Bari, 2009;
- M. ASPRONE - M. MARASCA - A. RUSCITO, *La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 2009;
- A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile e il progetto del Senato sul giudice di pace*, Padova, 1991;
- G. AZZARITI, *Limitazione dei mezzi di prova e istruttoria del processo amministrativo di legittimità*, in *Giur. cost.*, 1990, 1698 ss.;
- G. BALENA, *Elementi di diritto processuale civile*, II, Bari, 2006;
- G. BALENA, voce *Istruzione. Procedimento di istruzione preventiva*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XVIII, Roma, 1990, 1 ss.;
- G. BALENA, *La pseudo riforma della giustizia civile*, in www.judicium.it;
- G. BALENA - R. CAPONI - A. CHIZZINI - S. MENCHINI, *La riforma della giustizia civile*, Torino, 2009;
- G. BARBAGALLO, *La Giustizia amministrativa, sistemi monisti e dualisti a confronto. La giurisdizione del Consiglio di Stato dalle origini al 1923, nel Regno di Sardegna e nel Regno d'Italia*, in www.giustizia-amministrativa.it;
- V. BATTAGLIA, *Sull'onere del convenuto di "prendere posizione" in ordine ai fatti posti a fondamento della domanda (riflessioni sull'onere della prova)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1512 ss.;
- V. C. BELFIORE, *Qualche osservazione sulla produzione di documenti in appello*, in *Giur. merito*, 2004, 2425 ss.;
- M. BELLAVISTA, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 596 ss.;
- F. BENVENUTI, voce *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 589 ss.;
- F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953;
- F. BENVENUTI, *L'onere del principio di prova nel processo amministrativo*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1952, 774 ss.;

- F. BENVENUTI, *Scritti giuridici*, I, Milano, 2006;
- F. BENVENUTI, *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, in ID. – G. MIGLIO (a cura di), *L'unificazione amministrativa ed i suoi protagonisti*, (Atti del convegno celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione), Vicenza, 1969;
- L. BERTONAZZI, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano, 2005;
- L. BERTONAZZI, *Legge 18 giugno 2009, n. 69 e giustizia amministrativa: una primissima lettura*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 830 ss.;
- M. BORGIO, *Il divieto di prove nuove nel giudizio amministrativo. Contrasti giurisprudenziali nell'ambito del Consiglio di Stato*, in *Rass. avv. Stato*, 2007, 248 ss.;
- M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Bari, 1987;
- A. BRUNI, *Artt. 63-69*, in M. SANINO (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Torino, 2011;
- G. BUFFONE, *L'onere di contestazione*, Relazione al Consiglio Superiore della Magistratura - Ufficio per gli incontri di studio, Roma, 2011, pubblicata su www.tribunale.varese.it;
- S. CACACE, *La ricorrenza "guicciardiana" ed il processo amministrativo tra "vetera et nova"*. *L'istruttoria*, in www.giustizia-amministrativa.it;
- V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003;
- V. CAIANIELLO, *Rapporti tra procedimento amministrativo e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 241 ss.;
- V. CAIANIELLO, *Relazione di sintesi*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998;
- F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914;
- F. CAMMEO, *Sulle prove nel procedimento dinnanzi alle giurisdizioni di giustizia amministrativa*, in *Giust. it.*, 1916, 104 ss.;
- C. CANÉ - L. MICCICHÉ - R. MUCCI, *Il processo del lavoro - Aggiornato alla l. 18 giugno 2009, n. 69*, Milano, 2009;

- E. CANNADA BARTOLI, *Accertamento preventivo nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 1998, 497 ss.;
- E. CANNADA BARTOLI, voce *Processo amministrativo (considerazioni introduttive)*, in *Novissimo digesto italiano*, XIII, Torino, 1966, 1077 ss.;
- R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2011, 1707 ss.;
- M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962;
- M. CAPPELLETTI, *Principi fondamentali e tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, in *Giur. it.*, 1968, 8 ss.;
- V. E. CARACCIOLLO LA GROTTIERIA, *Osservazioni sull'applicazione della consulenza tecnica nel processo amministrativo*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2004, 147 ss.;
- I. F. CARAMAZZA - M. L. GUIDA, *La prova nel processo amministrativo*, in *Rass. avv. Stato*, 1985, 87 ss.;
- A. CARBONE, *Azione di adempimento, disponibilità della situazione giuridica e onere della prova*, in *Foro amm.-TAR*, 2011, 2959 ss.;
- A. CARIOLA, *Il giudice amministrativo e la prova: una provocazione a tesi su processo e politica*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 1 ss.;
- F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo - Profili sostanziali e processuali*, II, Milano, 2008;
- F. CARINGELLA, *Il giudice amministrativo alla ricerca della verità*, in www.giustizia-amministrativa.it;
- T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, II, Milano, 1951, 695 ss.;
- A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995;
- A. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 27 ss.;
- L. M. CARUSO, *Artt. 64-65-68-69*, in R. GAROFOLI - G. FERRARI (a cura di), *Commento al codice del processo amministrativo*, Roma, 2011;
- S. CASSARINO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1990;

- S. CATTANEO, *L'accertamento tecnico preventivo davanti al g.a.*, in *Urbanistica e appalti*, 2007, 1394 ss.;
- M. CATTANI, *Sull'onere della specifica contestazione da parte del datore di lavoro dei conteggi relativi alle spettanze richieste dal lavoratore*, in *Giust. civ.*, 2002, 1909 ss.;
- B. CAVALLONE, *Crisi delle "Maximen" e disciplina dell'istruzione probatoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 678 ss.;
- B. CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991;
- C. M. CEA, *Art. 115*, in *Nuove leggi civ.*, 2010, 798 ss.;
- C. M. CEA, *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2002, I, 2017 ss.;
- C. M. CEA, *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, in *Foro it.*, 2011, V, 99 ss.;
- A. CERRETO, *L'istituzione della V Sezione del Consiglio di Stato e le altre innovazioni introdotte dalla L. 7 marzo 1907 n. 62, con accenno alle questioni fondamentali emerse nella giurisprudenza della V Sezione nel periodo 1907-1923*, in www.giustizia-amministrativa.it;
- V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 463 ss.;
- S. CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Studi in onore di Allorio*, I, Milano, 1989;
- R. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo*, Milano, 2010;
- R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, in www.giustizia-amministrativa.it;
- R. CHIEPPA, *Un primo bilancio sul nuovo processo amministrativo: il contributo della giurisprudenza e della dottrina prevale sulle aspettative (deluse) di un efficace intervento correttivo del legislatore*, in www.giustizia-amministrativa.it;
- R. CHIEPPA - R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011;
- R. CHIEPPA - V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007;
- G. CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni. Sulla regola "ne eat iudex ultra petita partium"*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, I;

- P. CHIRULLI, *L'istruttoria*, in R. CARANTA (commentario sistematico diretto da), *Il nuovo processo amministrativo*, Bologna, 2011;
- A. CHIZZINI, *Il potere istruttorio del giudice amministrativo nel quadro delle recenti riforme delineate dal d. lgs. 80/1998 e dalla l. 205/2000*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 872 ss.;
- B. CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile*, II, Milano, 1993;
- F. CINTIOLI, *Concorrenza – istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010;
- F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d'ufficio e discrezionalità tecnica: l'intensità del sindacato giurisdizionale al vaglio della giurisprudenza*, in F. CARINGELLA - M. PROTTO, *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, Milano, 2002;
- F. CINTIOLI, voce *Discrezionalità tecnica (dir. amm.)*, in *Enc. Dir., Annali*, II, tomo II, 2008, 471 ss.;
- F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 983;
- F. CIPRIANI, *Prefazione al Codice di procedura civile con la relazione al Re*, Bari, 1997;
- P. CIRILLO, *Dovere di motivazione e sinteticità degli atti*, in www.giustizia-amministrativa.it;
- M. CLARICH, *La giustizia amministrativa nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Jus*, 2008, 391;
- M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in www.giustizia-amministrativa.it;
- M. CLARICH, *Processo amministrativo ancora a caccia di certezze*, in *Il Sole 24 Ore*, 24 luglio 2009, 31;
- L. P. COMOGLIO, voce *Istruzione e trattazione nel processo civile*, in *Digesto discipline privatistiche - Sezione civile*, X, Torino, 1993, 217;
- L. P. COMOGLIO, *La riforma del processo amministrativo e le garanzie del "giusto processo"*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 633 ss.;
- L. P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2004, 48;
- L. P. COMOGLIO, *Le prove*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XIX, Torino, 1997;

- L. P. COMOGLIO - P. DELLA VEDOVA - A. LOMBARDI - F. MOSCATELLI, *La nuova prova testimoniale: testimonianza scritta, decadenza dalla prova testimoniale, accompagnamento coattivo del teste*, Roma, 2009;
- L. P. COMOGLIO – C. FERRI – M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, I, Bologna, 2006;
- C. CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corriere giur.*, 2009, 877 ss.;
- M. CONTE, *Le prove civili*, Milano, 2005;
- G. CORAGGIO, voce *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 130 ss.;
- F. CORDOPATRI, voce *Presunzione (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 274 ss.;
- G. CORSINI - P. PALATUCCI (a cura di), *Libro I, Tomo III*, in G. S. RICHTER - P. S. RICHTER, *La giurisprudenza sul codice di procedura civile coordinata con la dottrina*, Milano, 2006;
- G. CORSO, voce *Istruttoria nel processo amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XVIII, Roma, 2003, 1 ss.;
- G. CORSO, voce *Prova (Diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXV, 1999, 1 ss.;
- G. COSTANTINO, *Il processo civile tra riforme ordinamentali, organizzazione e prassi degli uffici (una questione di metodo)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, 77 ss.;
- G. COSTANTINO, *Le riforme dell'appello civile e l'introduzione del "filtro"*, in *Libro dell'anno del diritto Treccani 2013*;
- G. COSTANTINO, *Note a prima lettura sul codice del processo amministrativo. Appio Claudio e l'apprendista stregone*, in *Foro it.*, V, 2010, 237;
- F. D'ALESSIO, *Le parti nel processo amministrativo*, Milano, 1915;
- D. DALFINO, *Disposizioni di rinvio e principi generali*, in *Foro it.*, 2010, V, 228;
- D. DALFINO, *Il rito speciale del lavoro come modello processuale*, in ID. (a cura di), *La nuova giustizia del lavoro*, Bari, 2011;

F. D'ANGELO, *Prove nuove in appello e legittimità dell'azione amministrativa*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2008, 612;

G. D'ANGELO, *Disposizioni in materia di giustizia amministrativa (l. 21 luglio 2000, n. 205). Art. 1 - Disposizione sul processo amministrativo. L'acquisizione di documenti*, in *Nuove leggi civ.*, 2001, 565 ss.;

G. D'ANGELO, *La consulenza tecnica nel processo amministrativo fra prassi consolidate e spunti innovativi*, in *Foro amm.-TAR*, 2005, 579, ss.;

G. D'ANGELO, *Le prove atipiche nel processo amministrativo*, Napoli, 2008;

G. D'ANGELO, *Osservazioni sulle disposizioni in tema di istruttoria*, in *Foro it.*, 2010, V, 215;

M. DE CRISTOFARO, *Art. 345*, agg. A. TEDOLDI, in C. CONSOLO (edizione diretta da), *Codice di procedura civile commentato*, Milano, 2007;

A. DEGLI ESPOSTI, *Appunti sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 276;

A. DEGLI ESPOSTI, *Mancata ottemperanza da parte della Pubblica Amministrazione dell'ordine di esibire documenti ed effetti in tema di istruzione probatoria*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 25;

S. DEL CORE, *Il principio di non contestazione è diventato legge: prime riflessioni su alcuni punti ancora controversi*, in *Giust. civ.*, 2009, 273 ss.;

P. DELLA VEDOVA, *Art. 257-bis*, in L. P. COMOGLIO - R. VACCARELLA (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, Torino, 2010;

E. DE FRANCISCO, *Il nuovo Codice del processo amministrativo: il giudizio di primo grado*, in www.giustizia-amministrativa.it;

G. DE GIORGI CEZZI, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli, 2003;

P. DE LISE, *Audizione sulla riforma della giustizia*, Commissioni riunite I e II della Camera dei Deputati, esame del disegno di legge costituzionale del Governo C. 4275 Riforma del titolo IV della parte II della Costituzione, Roma, 27 maggio 2011, pubblicata su www.camera.it;

P. DE LISE, *L'istruzione nel processo amministrativo*, in *Jus*, 2008, 419 ss.;

- P. DE LISE, *La prova nella procedura delle giurisdizioni amministrative*, in *Cons. Stato*, 1974, 954 ss.;
- M. DEL SIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. Amm.*, 2000, 185 ss.;
- G. DEL TORTO, *Il principio di non contestazione alla luce della l. 18 giugno 2009, n. 69: un punto di svolta?*, in *Giur. merito*, 2010, 980 ss.;
- E. DEMONTIS, *Sull'applicabilità del principio di non contestazione al convenuto contumace*, in *Nuova giur. civ.*, 2001, 352 ss.;
- F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti "regolatrici"*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2000, 469 ss.;
- D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Gior. dir. amm.*, 1999, 1179 ss.;
- D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995.
- F. DE VITA, voce *Non contestazione (principio di)*, in *Digesto discipline privatistiche - Sezione civile*, Aggiornamento V, Torino, 2010, 832 ss.;
- A. DI GIOVANNI, *La domanda riconvenzionale nel processo amministrativo*, Padova, 2004;
- C. DI MARZIO, *Il nuovo codice del processo amministrativo: alcune novità*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 2010, 483 ss.;
- N. DI MODUGNO, *La nuova giurisdizione esclusiva e la prova nel processo amministrativo: prime riflessioni sulla recente riforma*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 13 ss.;
- P. DIVIZIA, *Riflessioni in tema di confessione ed interrogatorio libero nel processo amministrativo*, in *Foro amm.-TAR*, 2002, 2729 ss.;
- A. DONDI, voce *Prova testimoniale nel processo civile*, in *Digesto discipline privatistiche - Sezione civile*, XVI, Torino, 1997, 40 ss.;
- P. D'ONOFRIO, voce *Appello (diritto processuale civile)*, in *Novissimo digesto italiano*, I, Torino, 1957, 726 ss.;
- M. DRAGONE, *Le S.U., la "vicinanza alla prova" e il riparto dell'onere probatorio*, in *Resp. civ.*, 2008, 687 ss.;

- E. FABIANI, *Note sulla nuova figura di testimonianza (c.d. scritta) introdotta dalla legge n. 69 del 2009*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, 823 ss.;
- G. FAGIOLARI, *L'atto amministrativo nella giustizia amministrativa*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, II;
- E. FAZZALARI, *La funzione del giudice nella direzione del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 64 ss.;
- B. FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo e giudice civile: principi ed esperienze a confronto*, in *Studi in onore di R. Martini*, Milano, 2009;
- G. FINOCCHIARO, *Commento al decreto del Ministero della Giustizia 17 febbraio 2010, n. 44061*, in *Guida al diritto*, 2010, 72 ss.;
- G. FINOCCHIARO, *Ridotta l'ammissibilità delle nuove prove in appello*, in *Guida al diritto*, 2012, 35, 63 ss.;
- E. FOLLIERI, *La natura giuridica dell'articolato provvisorio denominato codice del processo amministrativo*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2010, 2, 367 ss.;
- F. FOLLIERI, *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo: un "falso sintomo" del processo di parti, fra difficoltà applicative e tensioni concettuali*, in *Osservatorio Luiss sul Codice del processo amministrativo*;
- O. FORLENZA, *La tutela della fede pubblica prescinde dalla sede in cui è stata sollevata la questione di autenticità*, in *Guida al diritto*, 2011, 47, 110;
- I. FRANCO, *La consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo*, in www.pausania.it;
- C. E. GALLO, voce *Appello nel processo amministrativo*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, I, Torino, 1987, 315 ss.;
- C. E. GALLO, *Art. 44*, in A. ROMANO, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2001;
- C. E. GALLO, voce *Istruttoria processuale (dir. amm.)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, 3297 ss.;
- C. E. GALLO, *Il Codice del processo amministrativo: una prima lettura*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 1013;
- C. E. GALLO, *I poteri istruttori del giudice amministrativo*, in ius-publicum.com;

- C. E. GALLO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza dei giudici amministrativi italiani*, in *Dir. amm.*, 1996, 499 ss.;
- C. E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo - Diritto amministrativo speciale*, IV, Milano, 2000;
- C. E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, Milano, 1994.
- C. E. GALLO, *Lo svolgimento del giudizio nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 513;
- C. E. GALLO, *Presidente e Collegio nella tutela cautelare: novità e prospettive nella disciplina della legge n. 205 del 2000*, in www.giustizia-amministrativa.it;
- R. GAROFOLI, *La giustizia amministrativa: la strada già percorsa e gli ulteriori traguardi da raggiungere*, in www.giustamm.it;
- M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1988,
- M. S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, III, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 217 ss.;
- M. S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, I, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 522 ss.;
- E. GIARDINO, *La prova testimoniale nel processo amministrativo: presupposti e limiti*, in *Giornale dir. amm.*, 2011, 1317 ss.;
- R. GIORDANO, *La produzione di nuovi documenti in appello nel processo ordinario e in quello del lavoro secondo le sezioni unite della Corte di cassazione*, in *Giust. civ.*, 2005, 2040 ss.;
- R. GIORDANO - A. LOMBARDI, *Il nuovo processo civile*, Roma, 2009;
- R. GIOVAGNOLI - L. IEVA - G. PESCE, *Il processo amministrativo di primo grado*, in F. CARINGELLA - R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato di giustizia amministrativa*, Milano, 2005;
- E. GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in E. ALLORIO (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, I, t. II, Torino, 1973;
- A. GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Riv. dir. e proc. civ.*, 2011, 693 ss.;

- R. GRECO, *I poteri istruttori e di accertamento del giudice amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it;
- R. GRECO - M. POLIZZY, *Art. 104*, in R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Codice del processo amministrativo*, Roma, 2010;
- G. IANNIRUBERTO, *Il principio di non contestazione dopo la riforma dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 2010, 309 ss.;
- L. IEVA, *Riflessioni sul principio costituzionale del "giusto processo" applicato al giudizio amministrativo*, in www.giustamm.it;
- C. LAMBERTI, *Artt. 63 - 69*, in F. CARINGELLA - M. PROTTO (a cura di), *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, 2010;
- C. LAMBERTI, *Disponibilità della prova e poteri del giudice amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it;
- C. LAMBERTI, *Primi orientamenti sulla prova nel nuovo processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it;
- A. LAMORGESE, *L'effettività della tutela nell'esperienza giurisprudenziale*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2009, 1109 ss.;
- G. LEONE, *Elementi di diritto processuale amministrativo*, Padova, 2008;
- G. LEONE, *Il sistema delle impugnazioni amministrative*, Padova, 2006;
- A. LIBERATI, *Il nuovo diritto processuale amministrativo - Commento sistematico al Codice di procedura amministrativa, d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104*, Padova, 2010;
- E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, a cura di V. COLESANTI - E. MERLIN - E. F. RICCI, Milano, 2002;
- A. LINGUITI, *Nota a T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 6 maggio 2011, n. 1205*, in *Guida al diritto*, Dossier 9, 2011, 33 ss.;
- M. LIPARI, *I principi generali dell'istruttoria nel processo amministrativo dopo la legge n. 205/2000. Le trasformazioni del giudizio e gli indirizzi della giurisprudenza*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 55;
- G. LO PRESTI, *L'istruttoria*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2008;

- R. LUCIFREDI - V. CAIANIELLO, *I Tribunali amministrativi regionali*, Torino, 1972;
- A. LUGO, *Il potere dispositivo e l'onere della parte nel processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1983, 1055 ss.;
- F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2000;
- F. P. LUISO, *Il principio del contraddittorio e l'istruttoria nel processo amministrativo e tributario*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 328 ss.;
- F. P. LUISO, *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*, in *www.judicium.it*;
- M. V. LUMETTI, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Padova, 2012;
- M. L. MADDALENA, *Artt. 63-69*, in G. LEONE - L. MARUOTTI - C. SALTELLI (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Padova, 2010;
- B. MAMELI, *La domanda nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto al giudizio sul rapporto*, in F. CARINGELLA - M. PROTTO, *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, Milano, 2002;
- C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale*, II, Torino, 2010;
- C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2006;
- G. MANFREDI, *Il regime probatorio nel codice del processo amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 474 ss.;
- G. MARCHIANÒ, *L'ampliamento dei mezzi di prova nel giudizio amministrativo di legittimità ex art. 16 l. n. 10 del 1977*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1983, 126 ss.;
- L. MASI, *Discrezionalità tecnica - accertamenti tecnici e sindacato del giudice amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 1351 ss.;
- A. MASSONE, *Istruttoria nella fase cautelare del processo amministrativo*, in *Foro amm.-Tar*, 2008, 369 ss.;
- G. MASTRANDEA, *Le impugnazioni*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2008;
- A. MEALE, *Le impugnazioni*, in R. CARANTA (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Bologna, 2010;
- S. MAZZARESE, *Art. 2697*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Codice civile - annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2010;

F. MERUSI, *Audizione svolta presso la Commissione affari costituzionali della Camera*, seduta del 24 ottobre 1984 e raccolta nel volume *La riforma del processo amministrativo*, Roma, 1987;

F. MERUSI, *Il Codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1 ss.;

A. MEZZOTERO, *Art. 67*, in R. GAROFOLI - G. FERRARI (a cura di), *Commento al codice del processo amministrativo*, Roma, 2011;

A. MEZZOTERO - P. MAZZA, *Art. 63*, in R. GAROFOLI - G. FERRARI (a cura di), *Commento al codice del processo amministrativo*, Roma, 2011;

G. MICARI, *Mario Nigro, il giudice amministrativo "signore della prova" e novellazione legislativa*, in *Giur. merito*, 2005, 2471 ss.;

L. MIGLIORINI, voce *Istruzione del processo amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XVIII, 1990, 1 ss.;

L. MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, 1977;

Cfr. F. MINNITI - M. MINNITI, *Giudizio di appello nel rito civile (cenni). L'ammissibilità di prove nuove in appello; in particolare, contenuto del concetto di indispensabilità (artt. 345 e 437 c.p.c.)*, in *www.giustamm.it.*;

M. MONTANARI, *Art. 116-117*, agg. M. ADAMI, in C. CONSOLO (edizione diretta da), *Codice di procedura civile commentato*, Milano, 2007;

L. MONTESANO, *Opportunità di istruzioni preventive nella giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 5 ss.;

L. MONTESANO - G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, II, t. 1, Padova, 2002;

L. MONTESANO - G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, t. II, Padova, 2001;

G. MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2001;

M. NEGRI, *Art. 185*, in L. P. COMOGLIO - C. CONSOLO - B. SASSANI - R. VACCARELLA, *Commentario del Codice di Procedura Civile*, III, Torino, 2012;

- M. NIGRO, voce *Domanda (principio della): II* *Diritto processuale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XII, Roma, 1989, 1;
- M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002;
- M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983;
- M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960;
- M. NIGRO, *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, in *Foro it.*, 1967, V, 9 ss.;
- M. NIGRO, *Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, in ID., *La riforma del processo amministrativo*, 1980;
- M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione*, in *Scritti Giuridici*, III, Milano, 1996;
- S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica. L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, Padova, 2011;
- V. E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in ID. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, III, pt. II, 1923;
- V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione*, in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano, 1992;
- A. PAJNO, *Appello nel processo amministrativo e funzioni di nomofilachia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, 541 ss.;
- A. PAJNO, *Appello nel processo amministrativo e funzioni di nomofilachia*, in *Studi per il centenario della Quarta Sezione*, II, Roma, 1989;
- A. PAJNO, *Il Codice del processo amministrativo ed il superamento del sistema della giustizia amministrativa. Una introduzione al libro I*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 100 ss.;
- G. PALLIGGIANO - U. ZINGALES, *Il codice del nuovo processo amministrativo*, Milano, 2010;
- A. PALLOTTINO, *L'istruttoria nel processo davanti ai giudici amministrativi*, in *Foro it.*, 1980, V, 159 ss.;
- N. PAOLANTONIO, *L'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato attraverso la lettura degli atti parlamentari*, in *Quaderni di Dir. proc. amm.*, 1991, 59 ss.;

S. PATTI, voce *Prova (Diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXV, Roma, 1991, 1 ss.;

F. PATRONI GRIFFI, *La sentenza amministrativa*, in *www.giustizia-amministrativa.it*;

L. R. PERFETTI, *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 1997, 1727 ss.;

L. R. PERFETTI, voce *Prova (dir. proc. amm.)*, in *Enc. dir., Annali*, I, t. 1, Milano, 2008, 917 ss.;

G. PESCE, *Poteri istruttori e mezzi di prova nel processo amministrativo*, Milano, 2003;

E. PICOZZA, voce *Processo amministrativo (normativa)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, 1987, 463 ss.;

A. PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, Milano, 65 ss.;

A. POLICE, *Istruzione preventiva e processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1998, 629 ss.;

A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, *Contributo della teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001;

A. POLICE, *La piena giurisdizione del giudice amministrativo*, in E. PICOZZA (a cura di), *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, 2003;

D. PONTE, *Maggiore spazio al verificatore imparziale*, in *Guida al diritto*, 2010, 32, 36 ss.;

E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. It.*, 1910, 10 ss.;

A. PROTO PISANI, *Allegazioni dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in *Foro it.*, 2003, I, 604 ss.;

A. PROTO PISANI, *Appunti sulle prove civili*, in *Foro it.*, 1994, IV, 49 ss.;

A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006;

F. PUGLIESE, *Le nuove disposizioni in materia di giustizia rimodellano gli istituti processuali e l'attività amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 615 ss.;

C. PUNZI, *Il processo civile - sistema e problematiche*, I, *I soggetti e gli atti*, Torino, 2008;

C. PUNZI, *Il processo civile - sistema e problematiche*, II, *La fase di cognizione nella tutela dei diritti*, Torino, 2008;

A. QUARANTA, voce *Doppio grado di giurisdizione (principio del): III) Diritto processuale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XII, Roma, 1989, 1 ss.;

B. RAGANELLI, *Efficacia della giustizia amministrativa e pienezza della tutela*, in F. G. COCCA (studi diretti da), *Nuovi problemi di amministrazione pubblica*, Torino, 2012;

L. RAGGI, *Questioni in materia di prova nei procedimenti nanti le sezioni contenziose del Consiglio di Stato e le G.P.A.*, in *Arch. Giur. Serafini*, serie III, XIII, 1910, 177 ss.;

N. RASCIO, *La non contestazione come principio e la rimessione nel termine per impugnare: due innesti nel processo, benvenuti quanto scarni e perciò da rinfoltire*, in *Corriere giur.*, 2010, 1243 ss.;

M. RENNA, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo tra autonomia e "civiltà"*, in G. DELLA CANNEA - M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Collana Cinquant'anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana, Napoli, 2006;

S. RICCARDI, *Art. 116*, agg. A. PANZAROLA, in N. PICARDI (a cura di), *Codice di procedura civile*, I, Milano, 2008;

G. F. RICCI, *Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, 409 ss.;

G. F. RICCI, *L'allegazione dei fatti nel nuovo processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, 835 ss.;

G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, Milano, 1999;

G. F. RICCI, *Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa*, in *Le prove nel processo civile - Atti del XXV convegno nazionale*, Milano, 2007;

G. F. RICCI, *Prove atipiche, argomenti di prova e presunzioni*, Relazione tenuta nell'incontro di studio sul tema: "Le prove nel processo civile", Frascati, 8-10 maggio 2000, in *www.csm.it*;

- G. F. RICCI, *Prove e argomenti di prova*, in *Riv. trim. dir. e proc. civile*, 1988, 1036 ss.;
- S. RICCI, *La giustizia amministrativa*, Napoli, 1993;
- G. ROEHRSEN, voce *Giustizia amministrativa*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1968, VII, 1115 ss.;
- G. ROEHRSEN, *Relazione di sintesi*, in *Processo amministrativo: quadro problematico e linee di evoluzione*, in *Atti del XXXI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna 19-21 settembre 1985, Milano, 1988;
- A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 635 ss.;
- A. A. ROMANO, *Artt. 692-699*, in C. CONSOLO (edizione diretta da), *Codice di procedura civile commentato*, Milano, 2007;
- A. A. ROMANO, *La tutela cautelare della prova nel processo civile*, Napoli, 2004;
- A. M. ROSSI, *Profili dell'istruttoria nel processo amministrativo tra tradizione e novità*, in *Cons. Stato*, 2000, 2547 ss.;
- G. ROSSI, *L'incertezza sui principi del processo amministrativo*, in *www.giustamm.it.*;
- F. SAITTA, *Commento all'art. 101 del codice del processo amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it.*;
- F. SAITTA, *I nova nell'appello amministrativo*, Milano, 2010;
- F. SAITTA, *La prova del danno e l'incerta «civiltà» del processo amministrativo*, in *Giur. it.*, 2005, 1558 ss.;
- F. SAITTA, *Nuovi orientamenti in tema di mezzi di prova del contenzioso sul pubblico impiego*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 599 ss.;
- F. SAITTA, *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, in *www.giustamm.it.*;
- N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 2011;
- N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 2009;
- A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Napoli, 1904;

- P. SALVATORE, *Il sistema probatorio del processo amministrativo e le direttrici di riforma*, in *Scritti per Mario Nigro*, III, *Giustizia amministrativa e giustizia civile*, Milano, 1991;
- P. SALVATORE, *L'individuazione dei fatti e l'assunzione delle prove nel processo amministrativo*, in *Tribunali amministrativi regionali*, 2001, 81 ss.;
- A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009;
- A. SANDULLI (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, in S. CASSESE, *Corso di diritto amministrativo* (diretto da), VII, Milano, 2007;
- A. M. SANDULLI, *Il giudizio davanti il Consiglio di Stato e i giudici subordinati*, Napoli, 1963;
- A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1989;
- M. A. SANDULLI, *Anche il processo amministrativo ha finalmente un Codice*, in *Foro amm.-Tar*, 2010, 65 ss.;
- P. SANDULLI - A. M. SOCCI, *Il processo del lavoro. La disciplina processuale del lavoro privato, pubblico e previdenziale*, Milano, 2010;
- P. SANDULLI - A. M. SOCCI, *Il processo del lavoro*, Milano, 2000;
- F. SANTANGELI, *La non contestazione come prova liberamente valutabile*, in www.iudicium.it;
- B. SASSANI, voce *Appello (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir., agg.*, III, Milano, 1999, 178 ss.;
- B. SASSANI, *L'onere della contestazione*, in www.judicium.it;
- F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997;
- F. SATTA, *L'appello nel processo amministrativo*, in *Foro it.*, 1989, V, 437 ss.;
- M. E. SCHINAIA, voce *Consulente tecnico (diritto processuale amministrativo)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 2002, 1 ss.;
- M. E. SCHINAIA, *Notazioni sul regime probatorio nelle controversie di pubblico impiego*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 5 ss.;
- V. SCIALOJA, *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1931, I, 407 ss.;

- A. SCOGNAMIGLIO, *L'appello al Consiglio di Stato*, in E. PICOZZA (a cura di), *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, 2003;
- O. SEPE - G. PES, *Le nuove leggi di giustizia amministrativa: commento sistematico alla legge 6 dicembre 1971, n. 1034 ed al D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199*, Milano, 1972;
- F. G. COCA, *Artt. 63-69*, in A. QUARANTA - V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011;
- F. G. COCA, *Carattere generali del processo amministrativo*, in ID. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2003;
- F. G. COCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, in www.giustamm.it;
- F. G. COCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1045 ss.;
- F. G. COCA, *Sulle implicazioni del carattere sostanziale dell'interesse legittimo*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano, 1988;
- M. SICA, *Prova testimoniale e processo amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2001, 903 ss.;
- M. SICA, *Verificazioni e contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 216 ss.;
- E. SILVESTRI, voce *Confessione nel diritto processuale civile*, in *Digesto discipline privatistiche - Sezione civile*, III, Torino, 1988, 422 ss.;
- A. M. SOCCI, *Le preclusioni alle produzioni documentali nel processo civile dopo le Sezioni Unite. Il CTU e le produzioni documentali*, in *Giur. it.*, 2006, 98 ss.;
- V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 7 ss.;
- G. C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 135 ss.;
- M. STECCANELLA, *Il "novum" nel giudizio amministrativo di appello: prove nuove e domande nuove*, in www.giustamm.it;
- M. STIPO, *Le origini del rapporto di giurisdizione verso la p.a. e la doppia tutela*, Roma, 1979;

- M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992;
- M. TARUFFO, voce *Liberio convincimento del giudice (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XVIII, Roma, 1990, 1 ss.;
- M. TARUFFO, voce *Prova (in generale)*, in *Digesto discipline privatistiche - Sezione civile*, XVI, Torino, 1997, 3 ss.;
- G. TARZIA, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 1 ss.;
- G. TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2002;
- G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 2008;
- S. TARULLO, voce *Giusto processo (dir. proc. amm.)*, in *Enc. dir., Annali*, II, t. 1, Milano, 2008, 377 ss.;
- S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo – Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004;
- O. TENTOLINI, *La prova amministrativa*, Milano, 1950;
- L. TORCHIA, *Il nuovo codice del processo amministrativo*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, 1117 ss.;
- L. TOSI, *“Testimonianza orale” e “testimonianza scritta” nel processo tributario*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, 761 ss.;
- A. TRAVI, *Considerazioni sul recente codice del processo amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 585 ss.;
- A. TRAVI, *Feliciano Benvenuti e la giustizia amministrativa*, in *Jus*, 2008, 409 ss.;
- A. TRAVI, *Garanzia del diritto di azione e mezzi istruttori nel giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 558 ss.;
- A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 439 ss.;
- A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2012;
- A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2008;
- A. TRAVI, *Nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, 2 giugno 1999, n. 963 e id., Sez. V, 15 luglio 1998, n. 1045*, in *Foro it.*, 1999, III, 485 ss.;

- A. TRAVI, *Osservazioni generali sullo schema di decreto legislativo con un 'codice' del processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*;
- A. TRAVI, *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 1997, 1263 ss.;
- G. VACIRCA, *Prime riflessioni sul nuovo regime delle prove e delle controversie in materia di pubblico impiego*, in *Foro amm.*, 1987, 1344 ss.;
- G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il cinquantenario del Consiglio di Stato*, Roma, 1981;
- G. VACIRCA, *Sull'ammissibilità di nuove prove in appello nel processo amministrativo*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 1987, 93 ss.;
- D. VAIANO, *Sindacato di legittimità e «sostituzione» della pubblica amministrazione*, in *www.giustamm.it*;
- A. VALLEBONA, *Allegazioni e prove nel processo del lavoro*, Padova, 2006;
- S. VENEZIANO, *I nuovi mezzi probatori nella giurisdizione di legittimità e nella giurisdizione esclusiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 180 ss.;
- G. VERDE, *Diritto processuale civile*, II, Bologna, 2010;
- G. VERDE, voce *Domanda (principio della)*, I) *Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XII, Roma, 1989, 1 ss.;
- G. VERDE, voce *Prova (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 579 ss.;
- C. VIDETTA, *L'amministrazione della tecnica – la tecnica tra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2008;
- G. VIDIRI, *La contumacia ed il principio di non contestazione nel processo del lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2005, 494 ss.;
- V. VIGORITI, *Garanzie costituzionali del processo civile. Due process of law e art. 24 Cost.*, Milano, 1973;
- R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 195 ss.;
- R. VILLATA, *Considerazioni sull'effetto devolutivo dell'appello nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 131 ss.;

- R. VILLATA, *Riflessioni introduttive allo studio del principio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 201;
- L. VIOLA, *Il nuovo principio di non contestazione alla luce della prima giurisprudenza*, in *www.altalex.com*;
- G. VIRGA, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, Milano, 1991;
- P. VIRGA, *Diritto amministrativo, II, Atti e ricorsi*, Milano, 2001;
- P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 2003;
- R. ZAZA, *Considerazioni sulla istruzione probatoria nel processo amministrativo*, in *Cons. Stato*, 2003, 891 ss.;
- A. ZITO, *Tendenze della giustizia amministrativa negli anni Novanta e prospettive di riforma*, in *Jus*, 1997, 237 ss.;
- D. ZONNO, *I poteri del giudice amministrativo in tema di prove: intervento del giudice nella formazione della prova*, in *Giur. merito*, 2009, suppl. 12, 184 ss.